

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064587

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 653/2019, de 8 de enero de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3775/2018

**SUMARIO:****Penas privativas de derechos. Trabajos en beneficio de la comunidad. Ejecución.**

En la sentencia del juzgado de lo penal se condenó al recurrente como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar a las penas alternativas que prevé el artículo 171 del Código Penal, la pena privativa de libertad y la pena de trabajos en beneficios de la comunidad, si el condenado prestara su consentimiento. La Audiencia Provincial deja sin efecto la condena alternativa a pena de trabajos en beneficio de la comunidad porque el consentimiento es condición sine qua non para su imposición por cuanto su cumplimiento requiere la colaboración del penado señalando que la prestación de dicho consentimiento debía ser anterior a la imposición de la pena.

El artículo 49 del Código Penal, en su apartado primero, no señala un momento para el consentimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y no puede realizarse una interpretación contraria al reo sobre el momento la prestación del consentimiento. La determinación de la consecuencia jurídica es una función jurisdiccional que el juzgador realiza después de la declaración de hechos probados y de calificar jurídicamente esos hechos, fijando la consecuencia jurídica al hecho constitutivo de delito.

El órgano de enjuiciamiento debe optar por la pena que opte entre las alternativas previstas en la ley, debiendo motivar en la fundamentación correspondiente las razones de la opción realizada e incorporarla al fallo de la sentencia. Ahora bien, 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.

Por tanto, el Tribunal Supremo señala que el momento hábil para la prestación del mismo puede ser cualquiera anterior a la definitiva resolución del objeto del proceso, o a su ejecución.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 39, 49, 66, 72 y 171.  
Constitución española, art. 120.

**PONENTE:**

*Don Andrés Martínez Arrieta.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA  
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO  
Don VICENTE MAGRO SERVET  
Don SUSANA POLO GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 653/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3775/2018

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3775/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 653/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por D. Fulgencio representado por la procuradora D.ª M.ª de la Paloma Villamana Herrera y defendido por el letrado D. Ricardo Egoscozabal Cortés, y como recurrido el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, sobre delito de amenazas.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Benidorm dictó sentencia el 13 de junio de 2018 en el Juicio Oral 268/2018), por delitos de amenazas contra D. Fulgencio; procedente del procedimiento abreviado tramitado con el núm. 159/2017 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Benidorm, una vez concluido se remitió a la Audiencia Provincial de Alicante, cuya Sección Primera (Rollo Sumario núm. 1143/18) dictó sentencia en fecha 18 de octubre de 2018 en la que se acepta el Antecedente de la Sentencia apelada que se transcribe a continuación: "ÚNICO Se declara expresamente probado como resultado de la prueba practicada en estos autos que el acusado Fulgencio sin antecedentes penales, el día 25 de febrero de 2017, se encontraba en el domicilio familiar sito en la CALLE000 NUM000. NUM001 de Altea, cuando se dirigió a su mujer Constanza de la Cruz Martín con ánimo de amedrentarla y privarla de tranquilidad y sosiego con un cuchillo en la mano le dijo me cago en Dios mira lo que puedo hacer".

#### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "F A L L A M O S: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la el Ministerio Fiscal debemos dejar sin efecto la condena alternativa a pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad, contenida en la sentencia recurrida, confirmando el resto de penas impuestas en la sentencia apelada y declarando de oficio las costas de esta alzada."

#### **Tercero.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de D. Fulgencio , 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.

#### **Cuarto.**

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Infracción del art. 49 del Código Penal.

SEGUNDO.- Infracción del principio general de la aplicación al reo de la condición más beneficiosa y que resulte más favorable al mismo.

#### **Quinto.**

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Sexto.**

Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 11 de diciembre de 2019.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Único.**

La sentencia objeto de la presente censura a través del recurso de casación es la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante al conocer recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado Penal número 1 de Benidorm. Tiene un contenido muy concreto de impugnación, referido al momento y la relevancia del consentimiento que, conforme al artículo 49 del Código Penal, debe producirse para imponer esta pena. Centramos la cuestión. En la sentencia del juzgado de lo penal se condenó al recurrente como autor de un delito de amenazas en el ámbito familiar "a las penas de nueve meses y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial, o la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad si el mismo prestara su consentimiento", además de la privación del derecho y porte de armas durante dos años y la prohibición de acercarse a la víctima. Como se observa, el juzgado penal reprodujo en el fallo las dos penas alternativas que prevé el artículo 171 del Código Penal, la pena privativa de libertad y la pena de trabajos en beneficios de la comunidad, si el condenado prestara su consentimiento. La Audiencia Provincial de Alicante, al conocer del recurso de apelación, estima el recurso del fiscal y deja sin efecto "la condena alternativa a pena de trabajos en beneficio de la comunidad, contenida en la sentencia, confirmando el resto de las penas impuestas". Suprime, por lo tanto, del fallo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad afirmando en la fundamentación que el error del juzgador deviene porque "el consentimiento es condición sine qua non para la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por cuanto su cumplimiento requiere la colaboración del penado. Por tanto la prestación de dicho consentimiento debe ser anterior a la imposición de la pena".

Para completar el ámbito de la discusión que pretende el recurso, hacemos constar, y así lo expresó el fiscal en su escrito de impugnación, que el penado se dirigió al juzgado de lo penal, y reiteró en el recurso de apelación, su conformidad con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

El contenido del recurso insta un pronunciamiento sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, afirmando que el artículo 49 del Código Penal, en su apartado primero, no señala un momento para el consentimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y no puede realizarse una interpretación contraria al reo sobre el momento la prestación del consentimiento. Reseña la existencia de pronunciamientos judiciales, en la denominada jurisprudencia menor, en la que se han sostenido dos criterios, amplio y estricto, sobre el momento la prestación del consentimiento. El Ministerio Fiscal aboga por la existencia de un evidente interés casacional e interesa que, al no existir obstáculo alguno que impidiera la aplicación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, ésta era procedente dado el consentimiento expresado y considera que la Audiencia ha adoptado una resolución muy rigurosa al imponer la pena de prisión, sin que se atisbe negligencia alguna en la situación procesal del recurrente.

Así expuesto la cuestión abordamos en la resolución. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad fue introducida por el Código de 1995 como alternativa a las penas cortas de prisión y la configura bajo tres perfiles, como pena principal; como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad civil subsidiaria en caso de impago de una pena de multa; y como forma sustitutiva de las penas privativas de libertad. El artículo 49 prevé la necesidad de consentimiento del penado y señala que corresponde el control de su ejecución al juez de vigilancia penitenciaria. Es considerada como una pena privativa de derechos, artículo 39 del Código Penal.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta pena en Sentencia de Pleno, 603/2018, de 28 de noviembre, dictada con ocasión de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad que la sentencia impone como sustitutiva de una pena de multa. Su pronunciamiento aborda la comisión de un delito de quebrantamiento de condena por incomparecencia a la entrevista para fijar el contenido de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, resolviendo la cuestión en sentido negativo.

También, se ha pronunciado tangencialmente sobre la cuestión objeto del presente recurso. Concretamente, en STS 325/2019, de 20 de junio, (FJ.3.º) dijimos: "la juez de primera instancia [consideró] que las circunstancias del caso y del culpable justificaban la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sin que se abriera la posibilidad de aplicarse esa pena alternativa al haberse desatendido la exigencia legal del artículo 49 del Código Penal, se constata la infracción del régimen legal de aplicación de la penalidad prevista en el artículo 153.1 del Código Penal que el recurso denuncia. Y, puesto que la denuncia también se materializó en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia, sin que la sentencia impugnada contemplara la cuestión y solventara la infracción de ley que ahora se reitera, procede anular la pena privativa de libertad impuesta al recurrente por cada uno de los tres delitos de malos tratos en el ámbito familiar del artículo 153.1 del Código Penal por los que viene condenado, así como las correspondientes penas accesorias de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la privación de libertad que ahora se anula, sancionándose las referidas conductas con la pena alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad que el recurrente acepta y reclama."

Esta Sentencia abordó la cuestión con un criterio amplio sobre el momento de la prestación del consentimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Este podría prestarse antes de su ejecución.

El supuesto de nuestra casación el objeto de nuestra decisión se refiere al momento de prestación del consentimiento, que es preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal. La Audiencia provincial entendió que como quiera que el acusado no había prestado su consentimiento a la imposición de esta pena ésta no podía imponerse, dado que consentimiento es preceptivo, y por tanto hay que entender que si no consiente ha de tenerse por no impuesta, por lo que la pena procedente es la privativa de libertad de nueve meses de prisión. Parte de considerar que el consentimiento debe ser previo a la imposición y que no es válido la prestación de un consentimiento en un momento posterior a su imposición. En resoluciones de otras Audiencias provinciales, cuyos pronunciamientos se aportan en los recursos del informe del Ministerio Fiscal, se sostiene la posibilidad del consentimiento en un momento posterior, antes de la apelación o, incluso, durante la ejecutoria.

La divergencia de pronunciamientos judiciales da a la cuestión relevancia casacional para el conocimiento de este recurso.

El artículo 171.4 del Código Penal previene para el supuesto de las amenazas leves en el ámbito familiar la pena alternativa de prisión de seis meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, de 31 a 80 días, además de otras penas privativas de derechos. La imposición de la pena, cualquier pena, forma parte del principio de legalidad. Cuando el legislador previene dos consecuencias penales alternativas el juzgador debe realizar la opción jurisdiccional sobre la pena que considera procedente y es en la sentencia donde debe procederse a esa decisión, que comprende la determinación y la individualización de la pena, es decir, cuál de las penas previstas como alternativa en el tipo penal se impone para el supuesto objeto de enjuiciamiento y su duración. La ley no prevé que puedan imponerse las dos penas, ni que éstas puedan ser impuestas bajo condiciones. La determinación de la consecuencia jurídica es una función jurisdiccional que el juzgador realiza después de la declaración de hechos probados y de calificar jurídicamente esos hechos, fijando la consecuencia jurídica al hecho constitutivo de delito, y esa función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva al juez o tribunal, ha de desarrollarse de forma concreta ajustándose a las previsiones de la ley en la concreción de la pena y en cuanto su extensión teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias personales del reo, sin que en ningún caso su ejecución pueda quedar a expensas de la opción del acusado o de cualquier parte procesal. Es obvio que la opción que el juzgador realiza en ejercicio de esa función ha de estar motivada por exigencias del artículo 120 de la Constitución y las propias del Código Penal contenidas en el artículo 66 y 72 etc. del Código Penal.

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).

Pero como quiera que el recurso de apelación no depende, obviamente, del juzgado que previamente ha resuelto, lo procedente es fijar ya desde entonces el contenido de la concreta consecuencia jurídica por la que el juzgado o el tribunal ha optado. En consecuencia, el órgano de enjuiciamiento debe optar por la pena que opte entre las alternativas previstas en la ley, debiendo motivar en la fundamentación correspondiente las razones de la opción realizada e incorporarla al fallo de la sentencia. Ahora bien, 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.

En el caso de esta casación procede estimar el recurso y declarar que puesto que el acusado ha prestado consentimiento en tiempo hábil a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, es esta la pena impuesta y la que ha de ser ejecutada.

### FALLO

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

Estimar el recurso de Casación interpuesto por la representación procesal de D. Fulgencio , contra sentencia de 18 de octubre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Primera, dimanante del Sumario 1062/2017 procedente del procedimiento abreviado tramitado con el núm. 159/2017 por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Benidorm, sobre amenazas.

Declarar procedente la pena impuesta de trabajos en beneficio de la comunidad en los términos contenidos en el fallo de la sentencia dictada.

Procede declarar de oficio el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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