

Roj: **STS 2221/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2221**Id Cendoj: **28079129912017100004**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **31/05/2017**Nº de Recurso: **887/2016**Nº de Resolución: **392/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Excmos. Sres. y Excma. Sra. D. Manuel Marchena Gomez, presidente En Madrid, a 31 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación 887/2016 interpuesto por Isidro , representado por la procuradora D.ª Concepción Montero Rubiato bajo la dirección letrada de D. Enrique López Sastre, contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección Cuarta , en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado 281/2016, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Consuelo y estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Isidro , contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2016 por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valladolid, en el Juicio Rápido n.º 4/2016 , condenando al acusado Isidro como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito familiar del artículo 171.4 y 6 del Código Penal . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal y Consuelo , representada por la procuradora D.ª María Luisa Martín Burgos bajo la dirección letrada de D. David Lázaro Delgado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Valladolid incoó Diligencias Urgentes /Juicio Rápido 17/2016 por delito de malos tratos y amenazas, contra Isidro , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valladolid. Incoado el Juicio Rápido 4/2016, con fecha 28 de enero de 2016 dictó sentencia n.º 45/2016 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

« **UNICO.-** Probado y así se declara que Consuelo y Isidro están casados entre sí y se iniciado el correspondiente proceso de divorcio, habiéndose formulado diversas denuncias entre ellos.

El día 19.12.2015 Isidro desde su teléfono móvil numero NUM000 envió al de su esposa Sra. Consuelo , teléfono NUM001 , un mensaje que decía "...ten cuidado lo que ablas con...que os puedo hundir la vida y la bamos a hacer...(.) te boi a undir en la miseria (..) lo vas a pasar mal. Tebas a ver en la calle del trabajo no tardando cuando te beauf..".

No ha quedado acreditado que el día 16 de enero de 2016, sobre las 14 horas, cuando Consuelo caminaba por la Calle Moradas de esta ciudad fuese agredida por Isidro .».

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valladolid emitió el siguiente pronunciamiento:

« **Absuelvo** a Isidro del delito de malos tratos y del delito leve de injurias del que venía siendo acusado en el presente procedimiento.

Condeno a Isidro únicamente como autor de un **delito de amenazas leves** en el ámbito familiar ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, al que impongo la pena, de SEIS MESES (**6 meses**) de prisión, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; prohibición de la tenencia y porte de armas durante UN AÑO Y SEIS MESES (**1 año y 6 meses**) y la prohibición de aproximación a Consuelo a una distancia de 100 metros, de su lugar de residencia o trabajo

o lugares que frecuente por tiempo de UN AÑO Y SEIS MESES (**1 año y 6 meses**) y de comunicación con ella, por cualquier medio, por igual plazo de UN AÑO Y SEIS MESES (**1 año y 6 meses**).

Ello, con imposición de costas.

Firme que sea la presente resolución, háganse las anotaciones pertinentes en el SIRAJ.

La presente resolución no es firme y frente a la misma cabe recurso de apelación ante a Audiencia Provincial en el plazo de **CINCO** días.».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valladolid, la representación procesal de Isidro y la de Consuelo interpusieron recurso de apelación. Dichos recursos los vio la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado 281/2016 que, con fecha 6 de abril de 2016, dictó sentencia n.º 109/2016 con el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos el recurso e apelación interpuesto por la representación procesal de Consuelo , y debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Isidro , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Valladolid, en el Juicio Rápido n.º 4/16, de fecha 28/01/16 , la cual se REVOCA, y en su lugar ACORDAMOS:

CONDENAR al acusado Isidro como autor de un delito de AMENAZAS LEVES EN EL ÁMBITO FAMILIAR ya calificado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de VEINTE DÍAS DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD, que se llevarán a cabo en la forma que determine el Juzgado de lo Penal.

No obstante, para el caso de que el penado no muestre su consentimiento para el cumplimiento de dicha pena, se le imponen CUATRO MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena.

En todo caso, se le condena a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por siete meses; prohibición de aproximarse a Consuelo a una distancia no inferior a 100 metros, a su lugar de residencia o trabajo o lugares frecuentados por ella, y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo de un año y cuatro meses, en ambos casos.

Se condena al referido Isidro al pago de la mitad de las costas procesales de primera instancia, incluidas las de la acusación particular, y se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta instancia en ambos recursos.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que conforme al art. 847.1.2º b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , contra la misma pueden interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley del motivo previsto en el número 1º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación.».

CUARTO.- Notificada a las partes la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid, la representación procesal de Isidro , anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso formalizado por Isidro , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primer y único motivo.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 57.1 y 3 del Código Penal

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 21 de junio de 2016 informó que el recurso interpuesto carece de interés casacional al no poder integrarse en ninguno de los supuestos previstos para el recurso de casación, e interesó su inadmisión a trámite al amparo del artículo 885.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Esta Sala resolvió el 21 de noviembre de 2016 la procedencia de la admisión a trámite del recurso de conformidad con los artículos 847.1.b) y 889 de la L.E.Crim . y los criterios aprobados en el pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016.

SÉPTIMO.- La representación procesal de Consuelo en escrito fechado el 23 de junio de 2016 y el Ministerio Fiscal en escrito fechado el 14 de diciembre de 2016, impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Por resolución de 4 de abril de 2017 se convocó al Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del presente recurso el día 25 de abril de 2017, constituyéndose en la fecha indicada los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo expresados bajo la presidencia del primero de los indicados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 4 de los de Valladolid, en su procedimiento para enjuiciamiento rápido número 4/2016, procedente de las Diligencias Urgentes 17/16 de las del Juzgado de Violencia contra la mujer nº 1 de esa misma capital, dictó sentencia el 28 de enero de 2016, en la que condenaba a Isidro, como autor de un delito de amenazas leves, en el marco de la violencia de género, previsto y penado en el artículo 171.4 del Código Penal. El Juzgado de lo Penal asentó su condena en un relato fáctico en el que se declaró probado que el acusado había estado casado con Consuelo y que, con ocasión de haberse iniciado un proceso de divorcio, así como en un contexto en el que ambos esposos se habían denunciado recíprocamente, el 19 de diciembre de 2015, Isidro envió un mensaje telefónico a su esposa en el que literalmente constaba " *...ten cuidado lo que ablas con...que os puedo hundir la vida y vamos a hacer...te boi a undir en la miseria (...) lo vas a pasar mal. Tebas a ver en la calle del trabajo no tardando cuando te beauf...*". Por tales hechos, el Juzgado de lo Penal impuso al acusado la pena de 6 meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de tenencia y porte de armas por tiempo de 1 año y 6 meses, así como prohibición de aproximación a Consuelo, a su lugar de trabajo o a su residencia, en una distancia inferior a 100 metros, además de la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, todas ellas por igual plazo de 1 año y 6 meses.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del condenado, en el que interesó la revocación del pronunciamiento de condena, por entender que los hechos no eran constitutivos de infracción penal ninguna. Subsidiariamente, interesó la aplicación del artículo 171.6 del Código Penal y la reducción penológica que le es inherente.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en su rollo de apelación 281/16, dictó sentencia el 6 de abril de 2016, en la que desestimó la pretensión absolutoria formulada como pretensión principal. No obstante, considerando que las expresiones intimidatorias se produjeron de manera puntual sin que se hubieran vuelto a repetir, que fueron una reacción colérica propiciada por las varias denuncias que la esposa había interpuesto contra el recurrente y que habían terminado siendo sobreesídas, así como que la denunciante se había visto mínimamente afectada en su tranquilidad, el Tribunal estimó procedente la aplicación del artículo 171.6 del CP, revocó la pena impuesta y condenó al acusado a la pena de 20 días de trabajos en beneficio de la comunidad (o 4 meses de prisión para el caso de que el penado no mostrara su consentimiento para el cumplimiento de aquella), así como las penas de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 7 meses, y prohibición de aproximación a Consuelo, a su lugar de trabajo o a su residencia, en una distancia inferior a 100 metros, además de la prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, por tiempo de 1 año y 4 meses.

Contra ésta sentencia se interpone el presente recurso de casación, por infracción de ley, en los términos novedosamente facultados por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, al reconocerse en el actual redactado del artículo 847.1.b de la LECRIM, la procedencia del recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales. En su único motivo, el recurrente sostiene que la sentencia apelada, al estimar su pretensión subsidiariamente interpuesta, ha aplicado indebidamente el artículo 57.1 y 57.3 del Código Penal.

Destaca el recurrente que la Audiencia Provincial de Valladolid ha condenado a Isidro como autor de un delito de amenazas leves en el ámbito de la violencia de género, con aplicación del subtipo atenuado del artículo 171.6 del Código Penal, habiéndole impuesto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por tiempo de 20 días. Subraya que el artículo 13 del Código Penal dispone que son delitos leves las infracciones que la Ley castiga con pena leve y que los trabajos en beneficio de la comunidad entre 1 y 30 días, tienen la consideración de pena leve, conforme con el artículo 33.4.i del Código Penal. En tal sentido, sostiene el recurrente que las prohibiciones accesorias de acercamiento y de comunicación con la víctima, no podrían imponerse con una duración superior a los seis meses, pues el artículo 57.3 del Código Penal dispone que " *también podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un periodo de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo que tengan la consideración de delito leve*". Entiende así indebidamente aplicado el artículo 57.1 del Código Penal y excesiva la duración de 1 año y 4 meses por las que se le han impuesto las medidas de alejamiento y de prohibición de comunicar con la víctima.

SEGUNDO.- La cuestión esencial que suscita el recurso es si una pena menos grave, cuando resulte degradada hasta el límite de imponerse en una extensión que esté dentro del marco penológico correspondiente a las penas leves (art. 33.4 del Código Penal), entraña una modificación de la naturaleza de la infracción penal, en el sentido de que deba entenderse que los hechos sancionados tienen la consideración de delito leve.

La problemática, ni es meramente conceptual, ni se limita al supuesto que el recurrente expresa, sino que muestra un contenido sustantivo amplio y extenso, en atención al especial tratamiento que el legislador dispensa a los recientemente introducidos delitos leves, en el sentido de que:

1) Los antecedentes penales derivados de la perpetración de un delito leve, no computan a los efectos de configurar la agravante de reincidencia, tal y como expresamente se dispone en el párrafo cuarto del artículo 22.8 del Código Penal .

2) Tampoco computan estos antecedentes penales a los efectos de excluir la concurrencia del requisito de ser delincuente primario, en orden a la eventual concesión del beneficio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, conforme establece el artículo 80.2.1ª del Código Penal .

3) Afectará de manera singular al plazo de prescripción de la responsabilidad penal que pueda derivarse de la perpetración de actuaciones criminales, dado que los delitos leves prescriben al año, mientras que los delitos menos graves (salvo los delitos de injurias y calumnias) tienen como tiempo mínimo de prescripción el de cinco años (art. 131.1 del Código Penal).

4) Tiene también repercusión respecto a la responsabilidad personal subsidiaria, considerando que el artículo 53.1 del Código Penal indica que la responsabilidad personal subsidiaria podrá cumplirse mediante localización permanente en los casos de delitos leves, sin que resulte posible respecto de delitos que tengan la consideración de menos graves o graves

5) Si bien la persona condenada por un delito leve, también puede ser sancionada con las prohibiciones del artículo 48 CP , cuando se trate de un delito del catálogo recogido en el artículo 57.1 CP (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), como el propio recurrente suscita, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 CP , la duración de las prohibiciones quedaría limitada en estos casos a un máximo de seis meses y

6) A ello se añade que el artículo 57.3 CP (que es el único que habla de delitos leves) también está redactado en términos potestativos y se refiere sólo a los delitos del artículo 57.1 CP , sin realizar referencia alguna al artículo 57.2 Código Penal . Del mismo modo, el artículo 57.2 sólo invoca, por remisión al artículo 57.1, los delitos graves y menos graves, sin extender su aplicación a los delitos leves. Ello supone que en el caso de la comisión de un delito leve del catálogo recogido en el artículo 57.1 CP , que se cometa contra las personas a las que se refiere el artículo 57.2 CP , la imposición de las prohibiciones, no sólo está sujeta a la máxima extensión de 6 meses que ya hemos indicado, sino que resultará de aplicación potestativa, a diferencia de la obligatoria imposición que el legislador ha contemplado para los delitos graves y menos graves.

TERCERO.- La cuestión viene propiciada por la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, de 30 de marzo. Como es sabido, esta ley modificó la clasificación de las infracciones penales, desapareciendo el Libro III del Código, que recogía las faltas, e introduciendo una nueva clase de infracción, llamada " *delito leve* ". Como explica la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, ha habido conductas, antes consideradas constitutivas de una falta, que han resultado destipificadas con la reforma; mientras que otras, que el legislador consideró necesario mantener, pasaron a considerarse " *delitos leves* ". En todo caso, junto a esta derogación o transformación de las infracciones penales que tenían la consideración de " *falta* ", se observa también un cambio singular respecto de la que era la legislación derogada. Con anterioridad a la reforma, el artículo 71.1 del Código Penal expresamente indicaba que " *En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta*"; un redactado del precepto que se ha modificado, no sólo en el sentido de eliminarse la proscripción de la degradación a falta (lo que resultaría lógico a la vista de la desaparición de tal categoría de infracción), sino que, a diferencia de lo que acontece en otros muchos pasajes del código penal, la modificación del artículo 71.1 no sustituye la vieja expresión de " *falta* " por la novedosa de " *delito leve* ". De este modo, ha desaparecido la prohibición de que la minoración penológica pueda desembocar en una degradación a delito leve, disponiendo el actual redactado que: " *En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente*". El legislador elude de este modo un posicionamiento expreso -positivo o negativo- sobre si la degradación de la pena permite entender que los hechos sancionados revisten la menor gravedad que justifica que se les aplique el tratamiento punitivo especializado que se ha previsto para los delitos leves o, por el contrario, se mantiene que los hechos contemplados como delitos leves y los que el legislador define como delitos menos graves, presentan una



diferenciación sustantiva que impide su comunicación, por más que todas las infracciones penales que no han resultado despenalizadas con la eliminación de las faltas, merezcan ya la consideración de delito.

Son múltiples los supuestos en los que el Código Penal contempla una degradación penológica de los distintos tipos penales que puede conducir a que la sanción impuesta a sus responsables recaiga en el espacio propio de las penas leves. La imperfección en la ejecución de un delito menos grave (art.16 , 61 y 62 del Código Penal), la complicidad en su comisión (art. 63), la concurrencia de eximentes incompletas de la responsabilidad criminal (art. 68), la apreciación de dos o más atenuaciones genéricas o de al menos una que se contemple como muy cualificada (art. 66.1.2ª y 7ª), la apreciación de la concurrencia de un error vencible sobre la ilicitud del hecho (art. 14.3) o -ya en la parte especial del Código Penal - cualquier minoración de pena que resulte de la aplicación de una regla específica de atenuación, en alguno de los numerosos supuestos en los que el legislador faculta al juzgador a que imponga la pena inferior en grado a la contemplada para el tipo penal de que se trate, son supuestos que obligan a la aclarar si la rebaja en grado de la pena prevista para el tipo penal, entraña la modificación de la naturaleza delictiva que plantea el recurso.

Al respecto, debe destacarse que toda previsión abstracta del tipo penal se realiza desde la evaluación por el legislador del modo en que puede desarrollarse el ataque al bien jurídico que la norma penal protege y evaluando además el daño que determinadas acciones u omisiones pueden infligirle. Es esa contemplación general la que determina el régimen de persecución y punición que la norma establece para tales conductas, y la extensión de la pena no modifica esa consideración, sino que es la manifestación más visible del reproche penal que el legislador asigna al delito. De este modo, cuando el artículo 13 del Código Penal asocia la gravedad de la infracción penal, con la escala de gravedad de la pena que esté prevista para el delito (art. 33 del mismo texto punitivo), la referencia que el legislador establece para evaluar la gravedad del delito, no es la pena que resulte finalmente impuesta por los hechos que se enjuician y sancionan, tal y como el recurrente pretende hacer ver con su recurso, sino la pena con la que la *infracción penal* es castigada por *la ley*, esto es, la inicialmente prevista, en consideración abstracta . Dicho de otro modo, la particular naturaleza de la acción u omisión sancionada en el Código Penal y su capacidad de atentar contra el bien jurídico, es lo que determina la gravedad de la infracción y, con ello, el conjunto de instrumentos que el Estado puede y debe desplegar para el adecuado reproche y la ajustada corrección de cualquier conducta que le haga referencia. En ese sentido -aunque nos referíamos entonces a las prohibiciones accesorias que fija el artículo 57 del Código Penal , en función de que el delito tenga prevista una pena grave o menos grave-, nuestra reciente sentencia 437/2016, de 23 de mayo (FJ 4), expresamente indicaba: "*Uno de los delitos por los que ha sido condenado el acusado es el de abuso sexual tipificado en el artículo 181. 1. 2 y 4 del Código Penal , que está sancionado, como se señala en la sentencia recurrida, con una pena de cuatro a diez años de prisión, por lo que constituye, a tenor de lo dispuesto en los artículos 13 y 33 del Código Penal , un delito grave, ya que a estos efectos deberá tenerse en cuenta la pena en abstracto imponible al delito y no la concreta impuesta, de ahí que la prohibición de aproximarse a la víctima y las otras prohibiciones acordadas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal , al que acaba de hacerse referencia, tendrá una duración que se extenderá entre uno y diez al de la duración de la pena de prisión de cinco años impuesta en la sentencia recurrida, como se interesa en el motivo, que es apoyado por el Ministerio Fiscal*".

Resulta así que los condicionantes normativos anteriormente referidos, cuando conducen a una degradación de la pena prevista para un tipo penal, no modifican la naturaleza de la infracción, por más que la sanción atenuada venga a ubicarse en distinta e inferior escala de las contempladas en el artículo 33 del Código Penal .

Por ello, considerar al artículo 171.6 del Código Penal como una regla específica de atenuación que permite rebajar el umbral inferior de la pena prevista para el delito de lesiones leves en el ámbito de la violencia de género (art. 171.4), determina que el delito de referencia no venga a adquirir la consideración de delito leve por la mera aplicación de la atenuación. Dado que no se condiciona la aplicación del artículo 171.6 del Código Penal , a la satisfacción de nuevas especificaciones o de nuevos elementos que vengan a añadirse a los ya exigidos en el tipo penal recogido en el artículo 171.4, podría concluirse que el precepto no constituye, propiamente dicho, un subtipo atenuado, sino una regla específica de atenuación que, en cuanto tal, está radicalmente desarmada para impulsar el cambio de naturaleza que el recurrente aduce.

CUARTO.- El recurso interpuesto considera que para determinar la naturaleza *menos grave* o *leve* de la infracción, ha de estarse a la pena finalmente impuesta. Sostiene el acusado que puesto que sólo se le han impuesto penas leves (privación del derecho de tenencia y porte de armas por tiempo de 7 meses y trabajos en beneficio de la comunidad durante 20 días), el delito determinante de su condena tiene la consideración de leve, de suerte que las penas accesorias que se le impongan, han de ser las correspondientes a esa naturaleza. La pretensión, como hemos visto, se enfrenta a la consideración de la penalidad en abstracto que hemos expresado en el fundamento anterior, esto es, que el régimen de punición previsto para los delitos menos graves -y las penas accesorias que les son inherentes-, resultan de aplicación cuando la infracción está

inicialmente contemplada como delito menos grave, con independencia de la pena que finalmente se imponga al autor de los hechos.

Desde esta consideración -aún siendo cosa distinta de la expresada por el recurrente, pero por ser igualmente conducente a su pretensión-, surge el análisis de la naturaleza de la norma recogida en el artículo 171.6 del Código Penal. Entender que el artículo 171.6 del Código Penal no es una regla atenuatoria del tipo penal previsto en el artículo 171.4 del Código, sino que se trata de un verdadero subtipo atenuado, permitiría concluir que constituiría un delito leve, si la penalidad en abstracto para él prevista -que no atenuación- tiene la consideración de pena leve.

La consideración de que el 171.6 del Código Penal, no es una regla atenuatoria, sino un real subtipo privilegiado, descansa en la posibilidad que el precepto otorga a que se imponga una pena de menor grado, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, haciendo así referencia a unos supuestos fácticos muy abiertos y dúctiles pero, en todo caso, específicos del caso concreto que contempla la norma. La concepción no resultaría ajena a nuestra jurisprudencia, pues innumerables resoluciones de esta Sala han contemplado como subtipos atenuados a diversos preceptos del Código Penal que contienen disposiciones normativas semejantes a la que contemplamos. Así ha sido respecto del apartado cuarto del artículo 153 del Código Penal, en las lesiones relacionadas con la violencia de género, que expresa que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado. También respecto al apartado cuarto del artículo 242, en el delito de robo, que dispone que en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en los apartados anteriores. Se añade el apartado segundo del artículo 368 del Código Penal, en el delito contra la salud pública por favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, que permite aplicar la pena inferior en grado a las señaladas, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. El artículo 565 del Código Penal también hace una indicación semejante. El delito de tenencia ilícita de armas establece que los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos. El artículo 579 Bis, respecto de los delitos de terrorismo, reconoce a su vez la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados para el delito de que se trate, cuando el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido. Y en ese contexto, nuestra jurisprudencia ha ejemplificado con el supuesto ahora analizado del artículo 171.6 del Código Penal, como una muestra más de los subtipos atenuados en los que el código penal posibilita la minoración penológica en un grado, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, siendo muestra de ello nuestras sentencias 241/2011, de 11 de abril; 312/ 2011, de 29 de abril; 327/ 2011, de 1 de abril; 347/ 2011, de 30 de marzo; 413/ 2011, de 11 de mayo; y 397/ 2011, de 24 de mayo, entre muchas otras.

En todo caso, la consideración del precepto como un verdadero subtipo atenuado, tampoco conduciría a la estimación de la pretensión del recurrente.

A la sencillez de las normas generales recogidas en los tres primeros números del artículo 13 del Código Penal, en las que se expresa que un delito tiene la consideración de grave, menos grave o leve, cuando esa misma consideración tengan las penas previstas para la infracción de que se trate, se añade una previsión normativa complementaria, que sale al paso de la existencia de penas cuya duración se prolonga a lo largo de dos categorías, impidiendo con ello que su extensión sirva de referencia para definir la gravedad del delito. Por ello, el artículo 13.4 CP establece: *"Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve."*

De este modo, las reglas especiales que el precepto expresa son las siguientes:

1) Si la pena por su extensión, puede incluirse a la vez en las categorías de pena grave y pena menos grave: el delito se considerará grave. Es decir, la disyuntiva entre grave y menos grave se resuelve a favor de la opción más gravosa: el delito es grave.

2) Si la pena por su extensión, puede incluirse a la vez en las categorías de pena menos grave y pena leve: el delito se considerará leve. Es decir, la disyuntiva entre menos grave y leve se resuelve a favor de la opción menos gravosa para el condenado: el delito es leve, con todas las implicaciones favorables que ello comporta, como ya se ha expresado. Lo que no es obstáculo para que, a efectos procedimentales y por facilitar al encausado el más amplio respeto de sus garantías, la Disposición Adicional Séptima de la LECRIM, introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización

de la justificación penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, señale que: " Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto ".

Sin embargo, el legislador no presenta ninguna regla especial que resuelva la naturaleza del delito, cuando la sanción prevista para un tipo o subtipo penal sea alternativa y una de las penas tenga la consideración de pena *menos grave* y la otra de pena *leve*. Así ocurre en el caso que contemplamos, pues previéndose en el artículo 171.6 que las conductas subsumidas en dicha precepto, serán sancionadas con la pena inferior en grado a la contemplada para los supuestos del artículo 171.4 del Código Penal, la previsión sancionadora comporta la imposición, en todo caso, de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de 6 meses a 1 año (pena leve conforme con el artículo 33.4.b del Código Penal), así como, alternativamente, o bien la pena de prisión de 3 meses a 5 meses y 29 días (pena menos grave al decir del artículo 33.3.a), o bien la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 15 a 29 días (leve conforme al artículo 33.4.i).

QUINTO.- A favor de considerar estos delitos como leves, se ha expresado que si el legislador, al crear los delitos leves con la reforma operada por la LO 1/ 2015, considera que la disyuntiva entre pena menos grave y pena leve se resuelve a favor de la pena leve, por analogía deben aplicarse esos mismos criterios para el supuesto de penas alternativas que muestren la misma divergencia de gravamen. Entienden que el legislador ha solucionado la cuestión desde un punto de vista sustantivo para los casos de pena única, por lo que se hace tan lógico aplicar esta solución al conflicto que se plantea con las penas alternativas, como incongruente sería optar por la consideración de *menos grave* en el supuesto más parecido a aquel en el que el legislador desechó la opción de mayor gravamen.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, SAP 369/2016, de 18 de noviembre, es expresión de este posicionamiento, al indicar: "El criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia aludida ha sido acogido posteriormente por el Acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su reunión de 26 de octubre de 2010, según el cual: "Para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito o falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta. En los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado "; añadiendo después: " Pues bien, el Ministerio Fiscal había solicitado la pena de cincuenta jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad de conformidad con lo previsto en el art. 270.1 según LO 5/2010. Por tanto, siendo de aplicación como más favorable el apartado cuarto, párrafo segundo, del citado art. 270 CP, que establece una pena alternativa de "multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días", y como el art. 13.4 CP (al margen de la interpretación de la Circular 1/2015 no vinculante para los tribunales) dispone con claridad que "cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve", si a tenor del Acuerdo de 26 de octubre de 2010 antes mencionado se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendiéndolo éste como el declarado como tal en resolución judicial que así se pronuncie, y en el presente caso el delito objeto de acusación pasa a tener la consideración de delito leve cuyo plazo de prescripción se establece en un año, ninguna duda existe de que ha prescrito el delito, tal y como dijimos en la referida sentencia al aplicar el art 270.4.2º CP. Consiguientemente, el recurso debe ser desestimado ".

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Soria, SAP 76/2015, de 10 de septiembre, entiende que el artículo 13.4 CP deberá aplicarse de igual forma para los casos de penas alternativas. Considera que el citado artículo viene a solucionar ambos problemas de la misma manera, lo que expresa con el siguiente tenor: "Siendo delitos leves, las infracciones que la ley castiga con pena leve, conforme el artículo 13 del CP. y señalando (artículo 13.4), que "cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas como pena menos grave o grave, el delito se considerará como grave, en todo caso. Si la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve".

Es decir, si la pena alternativa a imponer, lo es de multa de 2 a 12 meses, es obvio, que nos encontraríamos con una pena alternativa, leve, que determinaría, por aplicación de lo expuesto, que nos encontremos ante un delito leve, no menos grave, como sucedería por la aplicación del CP vigente en el momento de los hechos ".

SEXTO.- La solución propuesta por la Fiscalía, en su Circular 1/2015, es considerar como menos graves, a los delitos con penas alternativas, en los que una de ellas sea menos grave y la otra leve, considerando que la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la pena que

se solicite o imponga. Así lo recoge también la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, SAP 169/2016, de 14 de noviembre, que entendió que si una de las penas alternativas es menos grave, también lo será el delito. Indica así: " *El criterio expuesto, que esta Sala asume y hace propio, ha de comportar la estimación del recurso de apelación estudiado y la nulidad de la sentencia recurrida por falta de competencia objetiva o por razón de la materia, por cuanto el delito objeto de enjuiciamiento contiene una pena alternativa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, por su extensión, tiene naturaleza menos grave, por lo que el delito ha de considerarse menos grave y en tal caso la competencia para su enjuiciamiento compete al juzgado de lo penal.* ".

Y este es el posicionamiento que unánimemente proclama esta Sala. La norma recogida en el artículo 13.4 del Código Penal, no es sino una regla especial para la determinación de la naturaleza de la infracción penal, en aquellos exclusivos supuestos en los que la pena, por su extensión, no puede categorizarse conforme con las reglas expresadas en el artículo 33 del Código Penal. Únicamente cuando la extensión de la pena fijada por el legislador se sitúa a caballo entre dos categorías que vienen definidas precisamente por su duración, el desvanecimiento de las referencias legales para la graduación, justifica la regla complementaria que analizamos. Para el resto de supuestos, entre los que se incluyen aquellos delitos en los que la penalidad es compuesta (bien por fijarse de forma conjunta varias penas con distinta consideración de leves o menos graves, como acontece en el artículo 405 del Código Penal; bien en los casos en que la diversidad afecta a penas cuya imposición está prevista de manera alternativa, como el que nos ocupa), la no concurrencia de los presupuestos contemplados en la regla especial del artículo 13.4 del Código Penal, conduce a la aplicación de unas reglas generales que resultan perfectamente claras al respecto: cuando la infracción penal esté castigada por la Ley con una pena menos grave (individual, conjunta o alternativamente impuesta), la naturaleza menos grave viene también aparejada al delito, y éste sólo tiene la consideración de leve, cuando la pena con la que esté castigado sea leve. Una extensión de la regla especial a supuestos distintos de los que la norma penal contempla, no sólo contradice los principios inspiradores de la regla general, pues desvincula la naturaleza del delito, de la gravedad que el legislador ha atribuido a la conducta típica, sino que introduciría además una profunda ruptura en los principios de definición y estabilidad que rigen las normas atributivas de la competencia, dado que supondría que un órgano de instrucción pudiera llegar a imponer -conjunta o alternativamente- una pena menos grave en enjuiciamientos sin conformidad (contrariamente al criterio de gravedad de la pena que apuntan los artículos 14.1, 14.3 y 14 Bis de la LECRIM, en su redacción dada por la Ley 41/2015) o -de adverso- resultaría forzado a declinar su competencia cuando, en las conclusiones definitivas, se modificara la pena leve peticionada inicialmente, por una pena alternativa menos grave; lo que contradice las reglas de competencia constante e invariable que refleja el inciso último del artículo 783.2 de la LECRIM, así como en el artículo 800.1 de la misma ley.

SÉPTIMO.- Con independencia de que concluyamos en esta resolución que es *menos grave* el delito que tiene previsto una pena de esta entidad, aun cuando la sanción venga anunciada como alternativa a otra pena que merezca la consideración de leve, surge la cuestión de si las prohibiciones accesorias de acercamiento y comunicación con la víctima, deben ajustarse a la gravedad o levedad del delito, o por el contrario se corresponden con la gravedad de la pena principal finalmente impuesta.

Como bien indica el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, las prohibiciones contempladas en el artículo 57 del Código Penal, ubicado en la Sección Quinta del Capítulo Tercero del Libro I del C.P. bajo la rúbrica " *De las penas accesorias* ", es una pena accesoria impropia. No sólo es una pena accesoria cuya extensión, excepcionalmente, no está vinculada a la duración de la pena principal (art. 33.6 y 57 del Código Penal), sino que también, a diferencia del resto de penas accesorias reguladas en la misma sección, no se trata de restricciones inherentes a la imposición de otras sanciones, sino que su aplicación deriva de la condena por determinados delitos.

En consecuencia, partiendo de que el delito perpetrado ha de considerarse menos grave y que su naturaleza no muta ante la posibilidad de que el juez haya rebajado las penas principales en un grado y haya impuesto finalmente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en un tramo correspondiente a pena leve, resulta correcta la decisión de la Audiencia Provincial de aplicar el art. 57-2 en relación al art. 57-1 del C.P, desechando la norma del 57.3 del Código Penal, por venir únicamente prevista para los delitos leves.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas al recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

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



Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Isidro , contra la sentencia dictada el 6 de abril de 2016 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valladolid en el Rollo de Apelación Procedimiento Abreviado n.º 281/2016, condenando al recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso. Comuníquese esta resolución a la referida Audiencia Provincial 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 alguno, e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarda Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde Carlos Granados Perez Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz Joaquin Gimenez Garcia