



Roj: **STS 2684/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2684**

Id Cendoj: **28079120012022100641**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2022**

Nº de Recurso: **3937/2020**

Nº de Resolución: **670/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 670/2022

Fecha de sentencia: 30/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3937/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: crc

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3937/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 670/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Susana Polo García

En Madrid, a 30 de junio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación 3937/2020 interpuesto por Eulalio , representado por la procuradora doña Sonia Martínez Serrano, bajo la dirección letrada de doña Concepción Ferrández Campillo, contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2020 por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, en el Rollo de Apelación 1109/2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del ahora recurrente contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2018 por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Benidorm, en el Procedimiento Abreviado 56/2018, que condeno a Eulalio como autor responsable de un delito de conducción bajo los efectos del alcohol del artículo 379.2 del Código Penal, con la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal y de un delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación alcohólica del artículo 383.2 del mismo texto legal, con la atenuante de embriaguez de los artículos 21.7, 21.1 y 20.2 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n.º 4 de Benidorm incoó Procedimiento Abreviado 117/2017 por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, contra Eulalio , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 3 de Benidorm. Incoado el Procedimiento Abreviado 56/2018, con fecha 2 de octubre de 2018 dictó sentencia n.º 270/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Queda probado y así se declara que el acusado Eulalio con D.N.I. NUM000 , vecino de Altea, C/ DIRECCION000 NUM001 , nacido en Huéscar el NUM002 /75, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia en el art. 379.2CP, sobre las 23.50 h. del día 14 de diciembre de 2016 conducía el turismo con mat-DJP propiedad de su madre Benita y asegurado en LINEA DIRECTA ASEGURADORA habiendo ingerido previamente alcohol en exceso, lo que le mermaba sus facultades y aptitudes para la conducción, por lo que cuando circulaba por el Camí de l'Algar, Altea, invadió el carril contrario colisionando con el vehículo mat.-JTX propiedad de Prudencio al que causó daños por 4.641,44€ haciéndolo volcar y caer sobre la valla de la finca de Teofilo a la que causó daños por 329,72€.

Una vez practicada prueba de alcoholemia con el etilómetro de aproximación arrojó 1,1,1 mg/l de alcohol en sangre y fue requerido por la PL para someterse a la prueba de alcoholemia mediante alcoholímetro evidencial, negándose deliberadamente a la misma no obstante haber sido advertido de sus consecuencias legales.

El acusado presentaba rostro congestionado y sudoroso, fuerte olor a alcohol, ojos enrojecidos y paso vacilante."

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

DEBO **CONDENAR y CONDENO** a Eulalio con D.N.I. NUM000 , vecino de Altea, C/ DIRECCION000 NUM001 , nacido en Huéscar el NUM002 /75, con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia en el art. 379.2CP, como autor responsable de un *delito de conducción bajo los efectos del alcohol del art. 379.2CP* , con la agravante de reincidencia del art. 22.8CP a la pena de 4 meses y 15 días de prisión, accesoria, y 2 años, 6 meses y 1 día de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores con pérdida de vigencia del permiso conforme al art. 47.3º CP y costas.

Y como autor responsable de *un delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación alcohólica*, del art. 383.2CP, con la atenuante de embriaguez del art. 21.7, 21.1 y 20.2CP a la pena de 6 meses de prisión, accesoria, y 1 año y 1 día de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y costas.

MUTUALIDAD DE LEVANTE antes del juicio se retiró al haber cobrado de LINEA DIRECTA ASEGURADORA ella o sus asegurados. Ésta se subroga.

Notifíquese la presente resolución a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS, a contar desde la fecha de notificación de esta.

Así por esta mi Sentencia de la que se deducirá testimonio para su unión a las diligencias de su razón, juzgando en esta **instancia**, lo pronuncio, acuerdo y firmo."

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación contra la citada sentencia por la representación procesal de Eulalio , La Audiencia Provincial de Alicante, Sección Décima, incoó Rollo de Apelación n.º 1109/2019, en el que, con fecha 21 de julio de 2020, dictó sentencia n.º 264/2020 con el siguiente pronunciamiento:

" PARTE DISPOSITIVA



FALLAMOS: Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador JUAN DIAZ SILES en nombre y representación de Eulalio , contra la sentencia de 02 de octubre de 2018, dictada en Juicio Oral núm. 000056/2018 por el JUZGADO DE LO PENAL Nº 3 DE BENIDORM, dimanante de Procedimiento Abreviado 117/2017 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Benidorm, debemos confirmar y CONFIRMAMOS dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y partes personadas haciéndoles saber que la presente resolución no es firme y contra ella cabe recurso de casación por infracción de ley, en el término de CINCO DIAS ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el supuesto previsto en el art. 847 de la Lecrim.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

CERTIFICO IGUALMENTE: Que no se hace constar extremo alguno referente a insolvencia del recurrente por no constar haberse recibido en este Tribunal la pieza de responsabilidad civil."

CUARTO.- Notificada esta última sentencia a las partes, la representación procesal del Sr. Eulalio anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, 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 *Eulalio* se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, y principio in dubio pro reo.

Segundo.- Por infracción de ley y de doctrina constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del artículo 379.2 del Código Penal.

Tercero.- Por infracción de ley y de doctrina constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del artículo 382.2 del Código Penal.

Cuarto.- Por infracción de ley y de doctrina constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del artículo 22.8 del Código Penal, no procediendo la aplicación de la agravante de reincidencia.

Quinto.- Por infracción de ley y de doctrina constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del artículo 20.2 del Código Penal.

Sexto.- Por infracción de ley y de doctrina constitucional, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al haberse infringido precepto penal de carácter sustantivo, por indebida aplicación del artículo 66.1.º y 6.º del Código Penal, en relación a la individualización de la pena y, en relación con los artículos 24.1.º y 120.3.º de la Constitución Española.

SEXTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de fecha 17 de febrero de 2021, interesó la inadmisión de todos los motivos, excepto el segundo y el sexto que deben admitirse y tramitarse por alegar infracción de ley e interés casacional. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 28 de junio de 2022, prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal n.º 3 de Benidorm, en su Procedimiento Abreviado n.º 56/2018, dictó Sentencia 270/2018, de 2 de octubre, en la que condenó a Eulalio : a) como autor criminalmente responsable de un delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia, a las penas de 4 meses y 15 días de prisión y accesoria de 2 años, 6 meses y 1 día de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, con pérdida de vigencia del permiso conforme al artículo 47.3 del Código Penal, y b) como autor de un delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación del grado de impregnación alcohólica del artículo 383.2 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del artículo 21.7, en relación con los artículos 21.1 y 20.2, todos ellos del Código Penal, a la pena de 6 meses de prisión, así como a la pena accesoria de 1 año y 1 día de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.



Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 10.ª, que fue íntegramente desestimado en Sentencia n.º 264/2020, de 21 de julio, la que actualmente se impugna en un recurso de casación que se estructura en seis motivos.

1.1. El recurrente formaliza su primer motivo por infracción de precepto constitucional de los artículos 5.4 de la LOPJ y 24 de la Constitución Española, al entender que se ha producido un quebranto de su derecho fundamental a la presunción de inocencia y al principio in dubio pro reo.

1.2. 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 interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, facilitó que la función nomofiláctica de esta Sala pudiera impulsarse respecto de todos los delitos previstos en el Código Penal, con la única exclusión de los delitos leves, generalizando para ello el recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda **instancia** por exclusiva " *infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849* ", cuya admisión queda condicionada a la existencia de un verdadero interés casacional.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que resolvió de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada 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.

Y 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 1.º 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 2.º, 850, 851 y 852.

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

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

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

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

1.3. Lo expuesto muestra que el primero de los motivos formulados por el recurrente carece de viabilidad casacional, en la medida en que no plantea un error de subsunción de los hechos en la norma penal, sino que cuestiona los mismos, lo que determina su actual desestimación.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 2.1. Su segundo motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringido el artículo 379.2 del Código Penal.

2.2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "*Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*".



Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, u obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba (art. 849.2 LECRIM) o por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 852 de la ley procesal), pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

2.3. Lo expuesto conduce nuevamente a la desestimación del motivo.

El alegato cuestiona la aplicación del tipo penal por el que se ha condenado al recurrente, pero lo realiza a partir de la negación de que el día de los hechos condujera un vehículo de motor con su capacidad psicomotriz limitada y perjudicada por una previa ingesta alcohólica. Posicionamiento que sustenta en que el relato de hechos probados refiere que la única prueba que se practicó para la detección del grado de impregnación alcohólica ofreció un resultado de 1,11 mg/litro de alcohol en sangre, cuando el artículo 379.2 del Código Penal exigiría una tasa en sangre de 1,2 gramos.

Es evidente el error material en que se ha incurrido en la confección del relato fáctico, pues la lectura del aparato de medición viene referida a mg/litro de aire espirado y no a gramos (en este caso miligramos) por litro de sangre. La subsanación podría haberse alcanzado mediante un simple Auto de corrección de errores. En todo caso, más allá del grado de impregnación alcohólica a partir del cual nuestro legislador contempla necesariamente la condena, la aplicación del tipo penal responde a la conducción de vehículos de motor bajo la influencia o con afectación psicomotriz derivada de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, lo que el relato histórico de la sentencia de **instancia** -respetado en plenitud por la sentencia de apelación que no corrigió el mencionado error- plasma de manera incontrovertible al indicar que el acusado "sobre las 23.50 h. del día 14 de diciembre de 2016 conducía el turismo con mat.-DJP propiedad de su madre Benita y asegurado en LINEA DIRECTA ASEGURADORA habiendo ingerido previamente alcohol en exceso, lo que le mermaba sus facultades y aptitudes para la conducción, por lo que cuando circulaba por el Camí de l'Algar, Altea, invadió el carril contrario colisionando con el vehículo mat.-JTX propiedad de Prudencio al que causó daños por 4.641,44 € haciéndolo volcar y caer sobre la valla de la finca de Teofilo a la que causó daños por 329,72€", y añade que el recurrente " *presentaba rostro congestionado y sudoroso, fuerte olor a alcohol, ojos enrojecidos y paso vacilante*". De ese modo, el relato fáctico aporta los elementos del delito por el que ha sido condenado.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender infringido el artículo 382.2 del Código Penal, en concreto aduciendo una ausencia de dolo porque el acusado era ignorante de que estaba obligado a realizar una segunda prueba de detección del grado de impregnación alcohólica.

El motivo, considerando el cauce procesal que cabe contra la sentencia y que emplea el recurso, debe ser destinado por las razones expresadas en el fundamento anterior, al contradecir el alegato un relato fáctico que expresamente recoge que " *Una vez practicada prueba de alcoholemia con el etilómetro de aproximación arrojó 1,11 mg/l de alcohol en sangre (sic) y fue requerido por la PL [Policía Local] para someterse a la prueba de alcoholemia mediante alcoholímetro evidencial, negándose deliberadamente a la misma no obstante haber sido advertido de sus consecuencias legales*".

El motivo se desestima.

CUARTO.- 4.1. Su cuarto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicado el artículo 22.8 del Código Penal.

El argumento descansa en que el relato de hechos probados carece de los datos imprescindibles y mínimos para poder apreciar la agravante de reincidencia, lo que no se adujo en el recurso de apelación y se expresa por primera vez con ocasión del presente recurso de casación.

4.2. Planteada la controversia en estos términos, el recurso suscita dos cuestiones: de un lado, determinar si esta Sala debe entrar en el análisis de la cuestión de fondo, en tanto que se plantea como cuestión nueva que



no fue invocada en el previo recurso de apelación y, de resolverse esta cuestión en sentido positivo, solventar si la agravación aplicada carece de sustento jurídico.

4.2.1. Nuestra jurisprudencia tiene recogido que el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que las partes plantearon en sus escritos de conclusiones formulados en la **instancia**, sin alcanzar cuestiones nuevas que, pudiéndose haber planteado en tiempo, afloran en el trámite casacional sin poder ser discutidas en el plenario ni someterse a la debida contradicción. El recurso de casación se circunscribe así al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de **instancia** al enjuiciar las cuestiones que las partes le plantearon, sin que puedan formularse **alegaciones ex novo** y *per saltum* relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes, y que, por tanto, no aparecen expresamente razonadas y resueltas en la sentencia de **instancia** (SSTS 320/2018, de 29 de junio; 176/2018, de 12 de abril; 445/2010, de 13 de mayo; 344/2005, de 18 de marzo o 707/2002, de 26 de abril).

4.2.2. Como ya se ha expresado, tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre y, con ello, la generalización del sistema de **dobles instancias** en la jurisdicción penal, se abrió la vía de la casación por motivo de infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM respecto de sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, facultando así que la Sala Segunda del Tribunal Supremo pueda analizar el alcance de aquellas normas sustantivas penales ordinariamente aplicadas por los Juzgados de lo Penal, a partir de las desviaciones en su aplicación en que puedan incurrir las distintas Audiencias Provinciales.

Ello conduce a que a esta nueva realidad procesal le resulte igualmente aplicable la doctrina que se ha expuesto. Puesto que la decisión que se impugna es la sentencia dictada en apelación por las Audiencias Provinciales, el planteamiento *ex novo* de un motivo casacional con el que se discrepe de la sentencia de **instancia**, supondría emplear un instrumento establecido para evaluar la corrección de la resolución dada en segunda **instancia**, si bien proyectándolo a una cuestión jurídica sobre la que la sentencia impugnada guarda silencio, al ser una materia que no fue expresamente debatida por las partes.

4.2.3. Sin embargo, este criterio no es absoluto. La Sala, considerando que la inadmisión de motivos *ex novo* podría producir situaciones de patente indefensión y de indebida denegación de justicia, ha excepcionado dos supuestos en los que admitir el análisis y resolución de cuestiones nuevas: a) Cuando se trate de infracciones de preceptos constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión y b) Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo, siempre que la infracción subsanable pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional y por cauce del artículo 849.1 de la LECRIM, al recogerse en el inmutable relato fáctico de la sentencia impugnada todos los requisitos necesarios para la estimación de la pretensión. Se trata de supuestos en los que el relato fáctico recogido en la sentencia impugnada describe, de manera cerrada e incontrovertible, el sustrato histórico que indiscutiblemente conduce a la conclusión jurídica que se reclama.

4.2.4. En el presente supuesto, como se ha expresado, el recurso denuncia por primera vez que los hechos declarados probados no recogen ningún dato sobre la condena anterior, considerando por ello que no pueden apreciarse concurrentes las circunstancias fácticas que justificarían la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal.

Su pretensión debe ser acogida por el Tribunal.

La jurisprudencia de esta Sala ha reiterado que para que sea procedente la aplicación de la agravación de reincidencia es preciso que consten expresamente en la sentencia los datos fácticos que acreditan la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 22.8 del Código Penal, de manera que no exista duda sobre si los antecedentes penales han podido quedar cancelados por el transcurso de los plazos previstos en el artículo 136 del texto punitivo. Hemos expresado que el relato fáctico de la sentencia debe recoger la fecha de la sentencia condenatoria precedente, el delito por el que se dictó la condena, y la fecha de cumplimiento efectivo de la pena impuesta, pues es esa fecha la que debe de tenerse en cuenta para el cómputo de los plazos señalados en el citado artículo 136 del Código Penal. Sin estas menciones, hemos subrayado que la reincidencia no podrá apreciarse, pues se crea una situación de indefinición que debe resolverse a favor del reo, al no ser imposible que la pena se encuentre cumplida y que se haya completado además el plazo de su cancelación (SSTS 1273/2000, de 14 de julio; 88/2001, 31 de enero; 1293/2003, de 7 de octubre; 344/2009, de 31 de marzo; 143/2014, de 27 de febrero o 474/2018, de 17 de octubre, entre muchas otras).

En el presente supuesto, al no recogerse ni en el relato histórico de la sentencia (que la sentencia impugnada hace suyos), ni siquiera en la fundamentación jurídica del pronunciamiento de **instancia**, ningún dato de por qué se entiende que no se ha cumplido la pena o de por qué no se entienden cancelados los antecedentes penales, es indiscutible que no puede predicar la concurrencia de la circunstancia modificativa que se ha aplicado.



El motivo debe estimarse.

QUINTO.- Su quinto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender, en relación con el delito del artículo 383 del Código Penal, indebidamente inaplicada la eximente de embriaguez del artículo 20.2 del Código Penal o, en su caso, la eximente incompleta del artículo 21.1 en relación con el artículo 20.2 del Código Penal.

Ningún argumento se expresa de por qué estas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que se reclaman son de más oportuna aplicación que la atenuante analógica apreciada en la **instancia**.

La jurisprudencia de esta Sala exige para la apreciación de la eximente completa que concurra una disminución de las facultades psíquicas que impida al autor del hecho comprender la ilicitud de su acción, y para la apreciación de la eximente incompleta que se aprecie una disminución importante de su capacidad de comprensión. Las exigencias conducen a la **doble** desestimación del motivo. En primer lugar, porque la **alegación** es *per saltum* y en este supuesto el motivo no está acompañado de un incontrovertido soporte fáctico en la sentencia de **instancia**. De otro, porque el relato histórico de la sentencia proclama una realidad enfrentada a la que sería precisa para estimar el motivo, pues subraya que el acusado se negó a realizar la prueba de manera deliberada y pese a ser advertido de sus consecuencias legales, lo que evidencia una relevante capacidad de percepción, por más que afectada por la influencia alcohólica que lleva a la aplicación de la atenuante analógica.

El motivo se desestima.

SEXTO.- Su sexto motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM. El motivo se formaliza subordinado a la estimación del motivo relativo a la inexistencia de la agravante de reincidencia.

Considera el recurrente que al no concurrir la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, el delito del artículo 379.2 del Código Penal debería venir castigado con pena de multa, en lugar de la pena de privativa de libertad que le ha sido impuesta, y que no procedería la imposición de las penas en su mitad superior.

Ciertamente, las dos respuestas punitivas a las que hace referencia el motivo respondieron a que el Juez de lo Penal apreció una reiteración delictiva y evaluó así la incapacidad correctiva de las penas anteriores.

La no apreciación de la reincidencia impide la aplicación de la regla de punición del artículo 66.1.4 del Código Penal, pero en la coyuntura de tener que individualizar la pena este Tribunal, de conformidad con el artículo 66.1.6.ª del Código Penal, la Sala considera apropiado imponer por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la pena de prisión, en consideración a que el nivel de afectación alcohólica fue de marcada relevancia, como lo fueron también las consecuencias derivadas de la acción del acusado. El comportamiento del recurrente no se ciñó a introducir un riesgo abstracto para la seguridad del tráfico, sino que su grado de descontrol generó que invadiera el carril correspondiente a los vehículos que circulaban en sentido contrario y materializó el riesgo impactando contra el coche perteneciente a Prudencio, causándole daños cuya reparación ascendió a 4.641 euros. Por las mismas razones, se considera oportuna la individualización de la pena privativa de libertad en tres meses y quince días, y en dos años la de privación del permiso de conducir.

SÉPTIMO.- Conforme al artículo 901 de la LECRIM, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

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

Estimar el motivo de infracción de ley por indebida aplicación del artículo 22.8 del Código Penal. En su consecuencia, casamos la sentencia en el sentido de declarar no concurrente la agravante de reincidencia respecto del delito del artículo 379.2 por el que el recurrente viene condenado, anulando la pena impuesta por ese delito, que será sustituida por la expresada en nuestra segunda sentencia. Todo ello, desestimando el resto de pretensiones sostenidas por Eulalio y manteniendo en lo demás el resto de pronunciamientos contenidos en la sentencia de **instancia**, además de declararse de oficio las costas derivadas de la tramitación del recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales 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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 3937/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D.ª Susana Polo García

En Madrid, a 30 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el Rollo de Apelación 1109/2019, seguido por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Alicante, para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 2 de octubre de 2018 por el Juzgado de lo Penal n.º 3 de Benidorm, en el Procedimiento Abreviado 56/2018, dimanante del procedimiento instruido por el Juzgado de Instrucción n.º 4 de Benidorm, Procedimiento Abreviado 117/2017, por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, contra Eulalio , nacido en Huéscar el NUM003 de 1975, con DNI n.º NUM000 , en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial el 21 de julio de 2020, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de **instancia**, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El fundamento cuarto de la sentencia rescindente, estimó el motivo de casación que por infracción de ley formuló la representación procesal de Eulalio , en el sentido de rechazar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal, respecto del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas por el que está condenado el acusado. En su consecuencia, anuló la pena impuesta que, por lo también expresado en el fundamento sexto de nuestra sentencia rescindente, se sustituye por las penas de prisión por tiempo de 3 meses y 15 días, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 2 años.

FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Eulalio , como autor de un delito contra la seguridad vial, en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de prisión por tiempo de 3 meses y 15 días, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 2 años.



Todo ello manteniendo la condena impuesta como autor de un delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación del grado de impregnación alcohólica, concurriendo la atenuante analógica de embriaguez, así como el resto de los pronunciamientos de la sentencia de **instancia** en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno 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 Pablo Llarena Conde Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ