



Roj: **STS 1593/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1593**

Id Cendoj: **28079120012020100293**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2020**

Nº de Recurso: **3253/2018**

Nº de Resolución: **292/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 3253/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 292/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. **Manuel Marchena Gómez**, presidente

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de junio de 2020.

Esta sala ha visto recurso de casación con el nº 3253/18, interpuesto por la representación procesal de **D. Jaime**, contra la sentencia dictada el 14 de junio de 2018 por la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el Rollo de Sala nº 88/18, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 9 de marzo de 2018 dictada en el procedimiento abreviado nº 390/17 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito contra la seguridad vial, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Guillermo García San Miguel; y llevando personalmente su defensa; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Bilbao, tramitó procedimiento abreviado núm. 1393/16 por delito contra la seguridad vial, contra D. Jaime; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, (proc. abreviado nº 390/17) y dictó Sentencia en fecha 9 de marzo de 2018 que contiene los siguientes hechos probados: "Probado y así se declara que el acusado Jaime, mayor de edad, nacido el NUM000 -1962, con DNI NUM001, sin antecedentes penales, **sobre las 01:44 horas del día 26 de Noviembre de 2016**, conducía el vehículo matrícula ...-YDW propiedad de Autos Servale Trapaga S.L. por la AP-8 sentido Bilbao, bajo la previa ingesta de bebidas alcohólicas que disminuían notablemente sus facultades psico-físicas en orden al debido manejo del vehículo, motivo por el que circulaba haciendo desplazamientos laterales hacia izquierda y derecha, así como con la línea longitudinal discontinua de separación de carriles bajo el eje longitudinal del vehículo.



El acusado, debidamente informado de los derechos que le asisten y de la normativa aplicable, se sometió voluntariamente a las pruebas de detección alcohólica mediante el procedimiento de aire espirado, arrojando la primera de ellas, practicada a las 02:08 horas un resultado positivo de 0,66 mgrs. de alcohol por litro de aire espirado, la cuál fué reiterada a las 02:27 horas, arrojando un resultado positivo de 0,62 mgrs. de alcohol por litro de aire espirado.

El acusado presentaba como síntomas de ingesta alcohólica: olor a alcohol, ojos vidriosos, hablar lento." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debo condenar y condeno a Jaime como autor responsable de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a la pena de multa de siete meses a razón de seis euros-día con la responsabilidad personal subsidiaria establecida en el artículo 53 del Código Penal para caso de impago, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de dieciocho meses así como al abono de las costas procesales." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Jaime, oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, dictándose sentencia núm. 90194/18 por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya en fecha 14 de junio de 2018, en el rollo de apelación núm. 88/18, cuyo Fallo es el siguiente: "Estimando en parte el recurso interpuesto por la representación y defensa de D. Jaime contra la sentencia emitida el nueve de marzo de dos mil dieciocho, confirmamos el relato de hechos probados, así como su calificación jurídica, revocando el pronunciamiento sobre la pena a imponer, que, por lo que se refiere a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la concretamos en UN AÑO y UN DÍA, en lugar de los dieciocho meses impuestos en la sentencia emitida en la causa número 390/17 del Juzgado de lo Penal número Tres de los de Bilbao. Mantenemos el resto de pronunciamientos, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Contra la presente sentencia únicamente cabe interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en los artículos 847.1-2 b y 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Jaime que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de ley en concreto por una fracción del artículo 379 CP en base al artículo 847.1b LECrim, en relación con el 849.1 LECrim.

Segundo.- Por infracción de ley, en concreto por infracción del artículo 379 CP en base al artículo 847.1b) en relación con el artículo 849.1 LECrim.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 27 de noviembre de 2018, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 27 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se interpone recurso contra la sentencia núm. 90194/2018, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que estimó parcialmente el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 69/2018, de 9 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao, en el marco del procedimiento abreviado núm. 1393/2016.

La resolución dictada en la primera instancia condenó al acusado Jaime como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, en su modalidad de conducción de vehículo de motor en estado de embriaguez, a la pena de multa de 7 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros y privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo de 18 meses.

La sentencia de la Audiencia Provincial, dictada en grado de apelación, mantuvo el pronunciamiento condenatorio respecto de la pena de multa, pero rebajó la privación del derecho a conducir vehículos de motor al tiempo de 1 año y 1 día.



La defensa del acusado formaliza recurso de casación haciendo valer dos motivos, por la vía del art. 849.1 de la LECrim, que van a ser objeto de tratamiento individualizado.

2.- A juicio del recurrente, la resolución combatida ha incurrido en un error de derecho en el juicio de subsunción, por indebida aplicación del art. 379.2 del CP. Estima que la aplicación del margen de error del etilómetro contenido en la Orden ITC3707/2006 (7,5%), obligaría a reducir, por ministerio de la ley, los índices que determinaron el grado de presencia del alcohol en aire expirado. De ahí que los 0,66 mgrs correspondientes a la primera prueba quedarían reducidos a 0,60 y los 0,62 mgrs de la segunda se situarían en 0,57 mgrs de alcohol por litro de aire expirado.

Como quiera que el art. 379.2 del CP fija en 0,60 mgrs el índice que obliga, "en todo caso" a estimar que el conductor no está en condiciones de conducir, desaparecería la base fáctica sobre la que se apoya la condena.

No tiene razón la defensa y el motivo ha de ser desestimado.

2.1.- Con carácter previo conviene hacer una puntualización. La vía casacional que permite el art. 847.1.b) de la LECrim es la que define el art. 849.1 de la LECrim, a saber, el error de derecho en la aplicación de la ley penal sustantiva. Como tantas veces hemos apuntado, esa vía impugnativa impone como presupuesto metodológico que el razonamiento del recurrente se construya a partir del relato de hechos probados que ha sido fijado por el Tribunal sentenciador. El art. 849.1 de la LECrim no permite discutir lo que debería haber sido incluido en el *factum*, sino el juicio de tipicidad que, a partir de lo que ha sido declarado probado, ha verificado el Tribunal *a quo*.

Pues bien, en el juicio histórico proclamado por el Juzgado de lo Penal y aceptado en apelación por la Audiencia Provincial nada se dice respecto del principal argumento de censura, esto es, la no aplicación del grado de error en el calibrado que impone la Orden ITC3707/2006. La Sala entiende, sin embargo, que esa omisión no representa ningún obstáculo para valorar las alegaciones del recurrente.

De un lado, porque los hechos probados, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, pueden ser integrados por fragmentos de la fundamentación jurídica cuando favorezcan al acusado. Hemos admitido la posibilidad de que los hechos probados sean complementados por constataciones de hecho formuladas de forma terminante en la fundamentación jurídica, pero hemos negado que el relato fáctico, en los elementos esenciales del delito que motiva la condena, pueda configurarse mediante afirmaciones fácticas surgidas de procesos argumentativos contenidos en la fundamentación jurídica (cfr. SSTS 21/2010, 26 de enero y 520/2012, 19 de junio y 862/2012, 31 de octubre, entre otras).

En definitiva, se trata de una omisión fáctica que, como apuntamos, encierra una indudable trascendencia jurídica, porque la aplicación de ese margen de error en la calibración, con independencia del rango jerárquico de la norma, resulta determinante del juicio de tipicidad.

2.2.- Pese a todo, eliminado ese aparente obstáculo -tampoco apreciado por el Fiscal en su dictamen de impugnación, aunque niegue a las alegaciones del recurrente interés casacional- la desestimación del motivo resulta obligada.

El art. 379.2 del CP impone al órgano sentenciador que estime, en todo caso, que el conductor de un vehículo de motor no se halla en condiciones de incorporarse a la conducción rodada si supera una tasa de alcohol de 0,60 miligramos por litro de aire expirado o una tasa de alcohol en sangre de 1,2 gramos por litro. Con esta fórmula el legislador está valiéndose del censurado sistema de prueba tasada, en el que el desenlace valorativo de un determinado medio de prueba está ya predefinido. Esa solución, si bien se mira, implica que es el legislador quien define, de forma anticipada y taxativa, cuándo ha de entenderse generado un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. Como tal, no es excepcional en el ámbito del derecho comparado. Algunos Estados próximos geográficamente al nuestro fijan incluso un índice sensiblemente inferior. Pero es incontestable que, del mismo modo que un coeficiente que desborde esos parámetros determina la condena del acusado, la absolución no es obligada cuando existen otros elementos de juicio que avalan, de modo inequívoco, la conclusión de que el conductor ponía en riesgo la integridad de las personas o de los bienes como consecuencia de su estado de embriaguez.

Por consiguiente, aun cuando en el hecho probado se hubiera incorporado el resultado derivado de la aplicación del margen de error impuesto por la orden ITC3707/2006 y se hubiera degradado el índice arrojado por las dos pruebas a las que Jaime fue sometido, seguiría existiendo base fáctica para su condena. En efecto, el contacto del acusado con el alcohol es innegable. Así lo refleja la prueba a la que fue sometido, más allá de que el índice no arrojará el margen al que el legislador asocia como irremediable la condena. Pero además en el *factum* se sostiene que el acusado conducía el vehículo matrículaYDW "...bajo la previa ingesta de bebidas alcohólicas que disminuían notablemente sus facultades psico-físicas en orden al debido manejo del vehículo, motivo por el que circulaba haciendo desplazamientos laterales hacia izquierda y derecha, así como



con la línea longitudinal discontinua de separación de carriles bajo el eje longitudinal del vehículo". Así mismo se añade que el acusado "...presentaba síntomas de ingesta alcohólica: olor a alcohol, ojos vidriosos, hablar lento".

En definitiva, no hubo error de subsunción y el motivo ha de ser desestimado (art. 883.4 y 885.1 LECrim).

3.- El segundo motivo, por la misma vía del art 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 379 del CP. A juicio de la defensa, la sentencia recurrida ha vulnerado el criterio de aplicación de las penas fijadas en ese precepto. Se habría infringido también el principio acusatorio, al haber aplicado una pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal.

La pena interesada por el Fiscal -argumenta la defensa- fue la de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, el Juez de lo Penal impuso una pena de multa de 7 meses a razón de 6 euros de cuota diaria. También rebasó el límite impuesto a la pena de privación del permiso de conducir, pues mientras la acusación pública había solicitado una duración de 1 año y 3 meses, la sentencia de instancia impuso 18 meses.

Este exceso, sin embargo, fue corregido por la Audiencia Provincial que, estimando parcialmente el recurso de apelación, consideró vulnerado el principio acusatorio y rebajó la duración de la pena a 1 año y 1 día.

El debate, por tanto, se centra exclusivamente en la alegación acerca de la errónea aplicación del art. 379 del CP, al haber optado el órgano sentenciador por la pena de multa cuando el Fiscal había solicitado en conclusiones definitivas la de trabajos en beneficio de la comunidad.

3.1.- Con carácter previo, resulta obligada una precisión relacionada con los límites objetivos de alegación que autorizan los arts. 847.2.b) y 849.1 de la LECrim.

El Ministerio Fiscal impugna la admisión del motivo e insta ahora su desestimación al entender que la argumentación del recurrente desborda el error de derecho que habilita el art. 849.1 de la LECrim y se adentra en consideraciones acerca de la posible vulneración del principio acusatorio que, como infracción constitucional sólo debería tener cabida en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim.

La Sala estima, sin embargo, que no existe el obstáculo procesal que se denuncia.

Que el principio acusatorio representa un presupuesto que se integra en el círculo de derechos fundamentales que definen el derecho de defensa y, en general, el derecho a un proceso con todas las garantías, no es cuestionable. De hecho, así lo ha declarado en numerosos precedentes la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la STC 75/2013, 8 de abril, afirmaba que *"... la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE "*). *El derecho fundamental pretende, así, garantizar que la Sentencia finalmente dictada no se haya fundado en hechos y preceptos frente a los que el condenado no hubiera podido ejercer su defensa contradictoria; en este sentido, la íntima relación existente entre el principio acusatorio y el derecho a la defensa ha sido asimismo señalada por este Tribunal al insistir en que del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3 y 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2.*

Pero la pena impuesta a una conducta subsumida en un tipo penal es también una cuestión de legalidad ordinaria. Sin adentrarnos en el debate acerca de si la pena es un elemento más en la estructura analítica del delito, una referencia conceptual necesaria para definirlo o sólo una consecuencia del mismo, lo cierto es que cuando el órgano decisorio quebranta las reglas de su determinación, está interpretando erróneamente el precepto penal que define la respuesta sancionadora a la acción típicamente antijurídica y culpable.

No existe obstáculo, por consiguiente, para valorar por la vía de los arts. 847.2.b) y 849,1 de la LECrim los errores interpretativos en la determinación de la pena, aunque esos errores en algunos casos - el que nos ocupa es uno de ellos- tengan también relevancia constitucional.

3.2.- El Ministerio Fiscal solicitó en conclusiones definitivas se impusiera al acusado una pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad. El Juzgado de lo Penal y, en grado de apelación, la Audiencia Provincial, estimaron que la pena procedente no era esa, sino la de multa.



La incorporación a un tipo penal de varias penas enunciadas con carácter alternativo puede suscitar la duda de si el Tribunal es libre para la elección de cualquiera de ellas, con independencia de la que solicite el Ministerio Fiscal. En principio, podría pensarse que el carácter disyuntivo de las penas otorga esa libertad de elección, en la medida en que la respuesta penal asociada por el legislador a una determinada conducta es expresiva de una valoración que ha estar ajustada al principio de proporcionalidad y enlazada con el desvalor de la conducta descrita como antijurídica. Sin embargo, la inicial claridad de esta idea se oscurece cuando en un mismo precepto -el art. 379 del CP es un ejemplo-, se incluyen de forma alternativa las penas de prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Que la pena de prisión es más grave que la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad resulta bien claro. Y atendiendo al criterio taxonómico que inspira la redacción del art. 33 del CP, la pena de multa es también más grave que la de trabajos en beneficio de la comunidad.

Cuando el Fiscal en conclusiones provisionales interesa una pena de trabajos en beneficio de la comunidad está optando por un límite penológico que puede condicionar -de hecho, condicionará- la estrategia de la defensa. Esa petición, por ejemplo, puede haber sido determinante del rechazo a la conformidad del acusado. Abrir la posibilidad de que el órgano judicial, de forma sorpresiva, imponga como desenlace del proceso una pena de prisión, carece de justificación desde la perspectiva del derecho de defensa y de la obligada escisión funcional entre las labores de acusación y defensa que, a su vez, es presupuesto de la imparcialidad del Juez.

La Sala estima que la enumeración que hace el art. 379 del CP de tres penas -prisión, multa y trabajos en beneficio de la comunidad-, enunciadas en términos alternativos, tiene una indudable naturaleza secuencial. Se trata de tres penas fijadas atendiendo a una gravedad descendente. Cuando el Fiscal opta por una u otra de esas opciones está definiendo los términos de la respuesta penal del Estado en el supuesto de que el proceso desemboque en una sentencia condenatoria. La exigida correlación entre la propuesta acusatoria del Fiscal y la sentencia del Juez, en supuestos de esta naturaleza, no puede ser quebrantada con la elección sobrevenida de una pena más grave que el órgano judicial considera.

Cuando así se actúa se vulnera, no sólo el tipo legal que define la pena imponible, sino las exigencias del principio acusatorio, tal y como ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. Así lo hemos proclamado en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006: "*... el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa*". Este acuerdo fue matizado por el de 27 de diciembre de 2007 (cfr. SSTS 16/2006, 13 de marzo y 11/2008, 11 de enero, entre otras muchas).

Por cuanto antecede, procede la estimación del segundo de los motivos, con los efectos que se determinan en nuestra segunda sentencia.

4.- Conforme al art. 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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de Jaime, contra la sentencia núm. 90194/2018, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que estimó parcialmente el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 69/2018, de 9 de marzo, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Bilbao, en el marco del procedimiento abreviado núm. 1393/2016, en causa seguida contra el mismo por un delito contra la seguridad de tráfico, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 3253/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. **Manuel Marchena Gómez**, presidente

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3253/2018 donde la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el rollo núm. 88/18, dictó sentencia de fecha 14 de junio de 2018, en grado de apelación, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gómez**.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el FJ 3º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del segundo de los motivos entablados, declarando que la imposición de la pena de multa de 7 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros, pena no solicitada por el Ministerio Fiscal, que interesó la de trabajos en beneficio de la comunidad por tiempo de 60 días, contraviene lo prevenido en el art. 379.2 del CP, interpretado conforme a las exigencias del principio acusatorio.

La extensión de la pena, acomodada a lo interesado por el Fiscal, se considera por esta Sala acorde con el juicio de proporcionalidad que, tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial, ponderaron en la imposición de la pena de multa.

FALLO

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

Se deja sin efecto la pena de multa impuesta por el tribunal de instancia a Jaime y se condena a éste, como autor de un delito de conducción en estado de embriaguez, a la pena de 60 días de trabajos en beneficio de la comunidad. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. **Manuel Marchena Gómez**, presidente D^a. Ana María Ferrer García D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina