



Roj: **STS 2/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2**

Id Cendoj: **28079120012020100002**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/01/2020**

Nº de Recurso: **399/2018**

Nº de Resolución: **652/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2491/2017,**
STS 2/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 652/2019

Fecha de sentencia: 08/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 399/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 399/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 652/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet



D^a. Susana Polo García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 8 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 399/2018, interpuesto por D. Norberto , representado por la procuradora D^a Laura Albarrán Gil, bajo la dirección letrada de D^a María Luisa Pérez Álvarez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5^a), de fecha 22 de noviembre de 2017 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Vigo el 25 de septiembre de 2017.

Interviene como parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Quinta, en el rollo de apelación nº 942/2017 dictó sentencia en fecha 22 de noviembre de 2017, desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia de 25 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo, procedente del Juicio Rápido nº 257/2017, dimanante de las Diligencias Urgentes nº 1646/2017 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Redondela, que condenó a Norberto como autor criminalmente responsable de un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y un delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"El acusado,- Norberto , Mayor de edad y condenado, entre otras, en Sentencia de fecha 18 de junio de 2008 a las penas de 6 meses de prisión, que extinguió el día 14 de febrero de 2016, por delito de desobediencia, 1 año y 3 meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, que extinguió el día 19 de diciembre de 2010 y nueve meses de multa, que extinguió el día 30 de junio de 2008, por delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y 5 meses de prisión, que extinguió el día 14 de febrero de 2016 y 1 año y tres meses de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, que extinguió el día 19 de diciembre de 2010, por delito de lesiones por imprudencia grave, sobre las 01:45 horas del día 23 de julio de 2.017, circulaba por la Calle Abeleira Menéndez de Vigo conduciendo el vehículo Seat León, matrícula-FTY , propiedad de su hijo Sixto , tras haber ingerido bebidas alcohólicas, lugar en que la policía le dio el alto al conductor, quien se detuvo.

En ese momento los agentes pudieron comprobar su estado de embriaguez ya que el mismo presentaba los ojos rojizos y vidriosos, fuerte olor a alcohol en el aliento, notorio a distancia, y acusada pérdida de equilibrio.

Los Agentes, dado el estado que presentaba, le informaron de su obligación de someterse a la prueba de alcoholemia, a lo que el acusado accedió, en un primer momento, por lo que se realizó un primer intento a las 02:21 horas, que el mismo interrumpió deliberadamente, siendo nuevamente informado de las consecuencias penales de su negativa a la realización correcta de las pruebas, y accedió a un segundo intento, a las 02:24 horas, que igualmente interrumpió voluntariamente, pese a haber sido informado de las consecuencias penales de ello. "

El Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO al acusado, Norberto como autor criminalmente responsable de *un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379.2 C.P y un delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia del art. 383 C.P , con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal , a las siguientes penas:*

- por el primero de los delitos, pena de 9 meses de multa con cuota de 5 euros- con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, así como la privación del derecho a conducir vehículos y ciclomotores durante 2 años y 6 meses. Artículo 47 del Código Penal.

- por el segundo delito, la pena de 9 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 2 años y 6 meses. Artículo 47 del Código Penal.

Se imponen al acusado las costas procesales causadas en esta instancia."



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada, la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª, acepta y da por reproducido el relato de Hechos Probados en la Sentencia impugnada.

Y dictó el siguiente pronunciamiento:

"Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D. Norberto contra la sentencia de 25/9/2017 dictada los autos de Juicio Rápido nº 257/2017 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo, que confirmamos, todo ello sin pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada."

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

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, D. Norberto formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, en relación con el artículo 24.2 CE, por quebrante del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Motivo Segundo.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., en relación con los artículos 379.2 y 383 CP.

Motivo Tercero.- Subsidiariamente, por infracción del art. 849.1 LECr., en relación con los arts. 383, 20.2 y 21.1 Código Penal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal impugnó los motivos del recurso interpuesto, suplicando a la Sala se dicte providencia de inadmisión del mismo, conforme a su informe de fecha 8 de mayo de 2018. Por diligencia de ordenación de fecha 29 de mayo de 2018, se tuvo por decaído a la parte recurrente del trámite que le fue conferido a los efectos del artículo 882 LECr.. Por providencia de la Sala, de fecha 9 de enero de 2019, no concurriendo en el recurso presentado ninguna causa de inadmisión y presentado el mismo interés casacional, la Sala lo admitió a trámite, dándose traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones, que fue evacuado mediante informe de fecha 29 de enero de 2019, en el suplicó a la Sala que el motivo carece de interés casacional y no procede, por tanto, apreciarle en el delito previsto y penado en el art. 383 del C.P. la atenuante analógica de embriaguez; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo dictó sentencia en el procedente Juicio Rápido nº 257/2017, dimanante de las Diligencias Urgentes nº 1646/2017 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Redondela, que condenó a Norberto como autor criminalmente responsable de un delito contra la seguridad vial por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y un delito contra la seguridad vial en la modalidad de desobediencia con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, imponiéndole las penas, por el primer delito, de 9 meses de multa con cuota de 5 euros- con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, así como la privación del derecho a conducir vehículos y ciclomotores durante 2 años y 6 meses, y por el segundo delito, la pena de 9 meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 2 años y 6 meses.

La sentencia fue apelada, conociendo del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 5ª, que dictó sentencia el 22 de noviembre de 2017, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado y confirmó en su integridad la sentencia del Juzgado de lo Penal nº nº 3 de Vigo.

SEGUNDO.- En primer término, debemos hacer constar, que el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, establece que:

"PRIMERO: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ACUERDO: a) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en



casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de 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 2º), 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).".

Por tanto, la reforma de la casación, puede sintetizarse de la siguiente forma:

1º.- Las sentencias de apelación de las Audiencias solo tienen casación por el nº 1 del art. 849.

2º.- En tal apartado sólo pueden invocarse preceptos penales sustantivos.

3º.- Los hechos probados son de obligado respeto.

4º.- El interés casacional deriva de: a) oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales; c) precepto penal de menos de 5 años en vigor.

TERCERO.- Como consecuencia de lo expuesto, no procede admitir el primer motivo de casación formulado por Infracción de precepto constitucional del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, por quebranto del derecho a la presunción de inocencia del acusado.

Los requisitos de acceso a la casación, que ha efectuado esta Sala, anteriormente expuestos, no implican vulneración de la tutela judicial efectiva invocada, ni de ningún otro derecho fundamental, en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el reciente Auto 40/2018, de 13 de abril de 2018, en los siguientes términos:

"La aplicación de los anteriores criterios de enjuiciamiento constitucional a la pretensión de amparo formulada permite concluir que el presente recurso de amparo incurre en un supuesto de inadmisión previsto en el artículo 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 LOTC, por manifiesta inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales alegados. Como desarrollaremos a continuación, la interpretación de los requisitos de acceso a la casación efectuada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo es plenamente coherente tanto con el texto de la ley procesal, sistemáticamente contemplada, como con el fundamento de su reforma (por Ley 41/2015, de 5 de octubre). De esta manera, en un caso como el presente en el que la pretensión acusatoria había sido ya juzgada en doble instancia, la apreciación de la causa de inadmisión cuestionada no puede entenderse arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni tampoco contraria a la plena efectividad de los derechos fundamentales cuya supuesta vulneración sustentaba el recurso de la demandante, sino que se funda en la existencia de una causa legal que ha sido razonablemente aplicada. "

Sigue diciendo el citado auto que: "El criterio interpretativo tomado en consideración por el Tribunal Supremo en las resoluciones cuestionadas tiene vocación de aplicación general, pues es uno de los incluidos en el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, dictado con la finalidad de unificar criterios "sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 en el ámbito del recurso de casación". En el mismo se aboga por una interpretación en sus propios términos del artículo 847.1 b) LECrim, de manera que "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 art. 849 LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2, 850, 851 y 852". Y se añade: "Los recursos articulados por el art. 849.1 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 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".

Y, concluye el mismo afirmando que: "Por lo tanto, en atención a esta causa de inadmisión y los supuestos que, recogidos en el reseñado acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, se expresan en el preámbulo de la Ley, no cabe sino concluir que la decisión de inadmisión cuestionada es consecuencia razonable y razonada de la aplicación de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que permite apreciar la carencia manifiesta de fundamento de la presente pretensión de amparo."

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso se alega infracción del artículo 849.1º de la LECr en relación con los artículos 379.2 y 383 del Código Penal. En el desarrollo de los mismos se aduce que la condena por ambos tipos penales -art. 379 y 383- infringe el principio *non bis in idem*.

La cuestión planteada carece de interés casacional, ya que no se encuentra en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sino todo lo contrario, es conforme a la misma, cuestión que fue resuelta en la sentencia de Pleno 419/2017, de 8 de junio, en la que se razona que "la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de *bis in idem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión "unos mismos hechos", considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010).

En el caso que se juzga es claro que el sujeto activo del delito es el mismo para ambas infracciones penales, concurriendo así la identidad de sujeto activo.

En cambio, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, toda vez que en el delito del art. 379.2 del C. Penal la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el art. 383 del C. Penal consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes.

A este respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero, se argumenta que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el art. 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el art. 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye pues la vulneración del principio *non bis in idem*.

Por lo cual, el supuesto de un *bis in idem* quedaría ya descartado al no concurrir una de las tres identidades que exige reiterada jurisprudencia de la jurisdicción constitucional."

Además, la citada sentencia 419/2017 analiza al concurso real de delitos, descarta la infracción del principio de proporcionalidad, y afirma que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos penales no es el mismo, con cita de la STC 161/1997, de 2 de octubre.

Por último, desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutela los tipos penales de desobediencia, afirma la citada sentencia que "ha de entenderse que aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un *bis in idem*. Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico."

Tampoco se cita por el recurrente jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales ni los preceptos supuestamente infringidos llevan menos de 5 años en vigor, por lo que el motivo debe ser inadmitido.

QUINTO.- 1. En el tercer motivo del recurso se invoca infracción del artículo 849.1º de la LECrim, en relación con los artículos 383, 20.2 y 21.1 del Código Penal, por inaplicación de la atenuante de embriaguez, al encontrarse el acusado afectado por la previa ingesta previa de bebidas alcohólicas.



En principio el motivo carece de interés casacional, pues no se alega contradicción con la jurisprudencia de esta Sala Segunda, ni la existencia de resoluciones contradictorias por parte de las Audiencias Provinciales, siendo unánime la postura mantenida por las mismas, en el sentido de afirmar la posibilidad de apreciación de la atenuante de embriaguez al citado delito, ni tampoco se plantea la interpretación de un precepto que esté en vigor desde hace menos de cinco años y sobre el que no exista jurisprudencia de esta Sala Segunda.

El recurrente se limita a citar en apoyo de su posición la STS 419/2017, de 8 de junio, que hemos analizado en el anterior Fundamento de Derecho, en la que la primera sentencia recurrida, confirmada en apelación, había apreciado la atenuante de embriaguez con respecto al delito de desobediencia. Ahora bien, ello no implica ninguna contradicción con la Jurisprudencia de esta Sala, ya que el tema objeto de debate de la sentencia dictada en casación fue la vulneración del principio *non bis in ídem* por la condena por estos delitos, por tutelar ambos el mismo bien jurídico, no la aplicación de la atenuante de embriaguez.

No obstante, el único interés casacional que podría tener la cuestión planteada, es el relativo a la ausencia de pronunciamiento expreso por parte de esta Sala. Al respecto dijimos en nuestra sentencia 325/2019, de 20 de junio que "No obstante, debe observarse una doble realidad: En primer término, que los únicos presupuestos de configuración legal que condicionan la admisibilidad del recurso de casación en estos casos son la naturaleza sustantiva de la cuestión que se suscita, y la conveniencia de que este Tribunal, en su función nomofiláctica, defina el alcance y aplicación de la norma afectada (art. 847,1.b LECRIM). En segundo lugar, que el acuerdo de esta Sala al que se ha hecho referencia, remarcando tres coyunturas en las que la función interpretativa se percibe con claridad, no niega que pueda apreciarse un interés casacional en supuestos distintos de los que se han descrito".

2. En el caso planteado no existe pronunciamiento expreso de la Sala, en cambio, sí lo ha hecho con respecto al delito del art. 379.2 del C. Penal, afirmando que en el que la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, la embriaguez es inherente al citado delito, y en base a ello no resulta de aplicación la atenuación pretendida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal (STS 481/2001, de 26 de marzo, entre otras).

En cuanto al delito de desobediencia del art. 383 del CP, ha afirmado esta Sala que resulta innegable su vinculación con la seguridad vial, pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada, siendo el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en el resto de los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial. Como decíamos en nuestra sentencia 210/2017, de 28 de marzo "Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol".

Como consecuencia de lo anterior, dada la naturaleza y bien jurídico protegido en el delito del art. 383, nada impide que sea de aplicación la eximente incompleta o atenuante de embriaguez, ya que la misma no es inherente al delito ni la ley la tiene en cuenta al describir o sancionar la infracción, pues el precepto sanciona al "conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia".

3. Ahora bien, hay que señalar que la atenuante de embriaguez que ahora se reclama no fue planteada por la defensa ni ante el Juez de lo Penal, ni en el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, lo que impide su examen por primera vez en casación. Como decimos en nuestra sentencia 500/2018, de 24 de octubre, la Jurisprudencia consolidada de esta Sala de forma constante (SS 29-6-2018, nº 320/2018; 12-4-2018, nº 176/2018; 13-5-2010, nº 445/2010; 18-3-2005, nº 344/2005 y nº 707/2002, 26-4-2002) ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes. Lo que implica que no puedan formularse, *ex novo* y *per saltum* alegaciones relativas a otros no suscitados con anterioridad, que obligarían al Tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral, y a decidir sobre ellos por primera vez y no en vía de recurso de casación. Es decir, como si actuase en instancia, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas.



No obstante, la doctrina jurisprudencial admite dos clases de excepciones a este criterio. Cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y si se trata de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

La cuestión planteada, que concurre la atenuación de responsabilidad de embriaguez, no tiene encaje en las excepciones mencionadas, puesto que la Sala junto con el relato de hechos probados tendría que llevar a cabo un análisis pormenorizado de la prueba practicada para poder llegar a la conclusión de que la previa ingesta de bebidas alcohólicas por el recurrente, le habría afectado a sus capacidades volitivas y cognitivas, y en que intensidad, en relación a su negativa a someterse a la pruebas legales de comprobación de la tasa de alcoholemia, lo que excede de este control casacional.

En el caso, en realidad, no se ha formalizado un motivo por infracción legal de norma de carácter sustantivo, puesto que se solicita una valoración *ex novo* por la Sala de la prueba practicada, en relación a la atenuante de embriaguez no planteada en la instancia ni en el recurso de apelación, razón por la cual el motivo no puede ser admitido, lo que en este momento se ha de traducirse en desestimación del recurso.

SEXTO.- En virtud de todo lo argumentado, ha de desestimarse el recurso de casación interpuesto con imposición al recurrente de las costas causadas en esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

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

1º) **Desestimar el recurso de casación** interpuesto por la representación procesal de **Norberto**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 5ª), rollo de apelación nº 942/2017, de fecha 22 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de los de Vigo, el 25 de septiembre de 2017.

2º) Impone al recurrente las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina