



Roj: **STS 1323/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1323**

Id Cendoj: **28079120012018100172**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/04/2018**

Nº de Recurso: **1341/2017**

Nº de Resolución: **169/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1341/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 169/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 1341/2017 por infracción de ley interpuesto por D. Santos , representado por la procuradora D.^a M.^a del Mar Portales Yagüe bajo la dirección letrada de D.^a Tania Felipe Martínez. contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6.^a Rollo apelación num. 422/2017 dimanante de juicio Rápido 16/2016 del Juzgado de lo Penal num. 4 de Getafe). Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 7 de Leganés (Madrid) incoó Diligencias urgentes número 15/16 contra Santos y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe (Madrid) que, con fecha 21 de marzo de 2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: « Sobre las 12.15 horas, del día 16 de marzo de 2016, el acusado Santos , con N.I.E. Ng NUM000 , nacido el NUM001 /1972 en Perú, con antecedentes penales computables en virtud de sentencia condenatoria firme de 05/03/2013 dictada por el Juzgado de Instrucción N.º 47 de Madrid por la que el acusado fue condenado por un delito de conducción sin licencia a una pena de multa de 8 meses y que se tramita en ejecutoria N.º 605/2013 ante el Juzgado de Ejecutorias Penales N.º 12 de Madrid, en virtud de sentencia condenatoria firme 25/06/2013 dictada por el Juzgado de Instrucción N.º 17 de Madrid por un delito de conducción sin licencia por la que el acusado fue condenado a una pena de multa de 12 meses que se tramita en ejecutoria N.º 1571/2013 ante el Juzgado de Ejecutorias Penales N.º 12 de Madrid y en virtud de sentencia condenatoria firme 25/10/2013 dictada por



el juzgado de lo Penal Ng 25 de Madrid por la que el acusado fue condenado por un delito de conducción sin licencia cuya pena se tramita ante el Juzgado de Ejecutorias Penales N° 7 de Madrid en ejecutoria N° 1037/2014, conducía el vehículo marca Kia modelo Sportage con matrícula M2389YJ, por el punto kilométrico 7,900 de la carretera A-42 en el término municipal de Leganés careciendo de permiso o licencia para conducir vehículos a motor, por haber sido privado del mismo por pérdida de puntos, cuando fue sorprendido en dicha conducción por Agentes de la Guardia Civil N° NUM002 y NUM003 ».

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: «FALLO: CONDENO A Santos , como autor responsable de un delito contra la seguridad del tráfico previsto y penado en el artículo 384.2º del Código Penal , con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de multirreincidencia, a la pena de **OCHO MESES DE PRISION**, y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales causadas.

Dedúzcase testimonio de lo actuado en el acto de juicio, con remisión de la grabación del mismo y la comparecencia que realiza el testigo Ángel , y remítase al Juzgado de instrucción que corresponda por si las manifestaciones que realiza pudieran ser constitutivas de un delito de falso testimonio previsto en el artículo 458.1 del Código Penal .

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes a las que se hará saber que contra la misma cabe Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, en término de CINCO DIAS transcurrido el cual se procederá a declararse su firmeza».

TERCERO.- Por la repretación del acusado D. Santos , se interpuesto recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª, Rollo de apelación número 422/2017) sentencia en fecha 24 de mayo de 2017 . que contiene la siguiente **PARTE DISPOSITIVA** : « Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dª Mª ÁNGELES LUCENDO GONZÁLEZ, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de D. Santos , representado en esta Audiencia por la Procuradora de los Tribunales Dª MARÍA DEL MAR PORTALES YAGÜE, contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Penal n° 4 de Getafe, de fecha 21 de marzo de 2.016 , y a los que este procedimiento se contrae, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente la misma, declarando de oficio las costas causadas en esta alzada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , anunciado dentro del plazo de cinco días, contados a partir del siguiente al de la última notificación, quedando exceptuadas aquellas sentencias que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia, contra las que no cabe recurso alguno.

Caso de no interponerse recurso de casación, devuélvase la causa original junto con testimonio de la presente resolución al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, por la representación de D. Santos , se preparó recurso de casación por infracción de ley, 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.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION**:

UNICO.- Por infracción de ley del número 1 del artículo 849 de la LECRIM .

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

SEPTIMO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 31 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 24 de mayo de 2017 , que estimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal de D. Santos contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe de 21 de marzo de 2016 , que lo había condenado como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 384.2 CP , concurriendo la agravante de multirreincidencia a la pena de ocho meses de prisión, correspondientes accesorias y costas.

Contra dicha resolución interpuso recurso el condenado, al que se opuso el Fiscal.



Nos encontramos en la vía impugnativa que ha habilitado la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la «infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 », cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia «sucintamente motivada» acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso «carezca de interés casacional».

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.

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 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 artículo 849 de la LECRIM , debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 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 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 (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 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 (artículo 892 LECRIM)».

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración.

SEGUNDO.- El recurso que nos ocupa se plantea en un único motivo por infracción del ley con apoyo en el artículo 849.1 que aglutina distintas cuestiones.

En primer lugar, infracción del artículo 384 CP . Denuncia que ha sido condenado con arreglo al artículo 384.2 *in fine* del CP , sin que su comportamiento generara un peligro superior al que exige la tipicidad administrativa que no llegó a rebasar.

1 . La cuestión que ahora se suscita es la misma que resolvió la sentencia 369/2017 de 22 de mayo del Pleno de esta Sala , y otras posteriores como la 588/2017 de 20 de julio , ambas en recursos interpuestos contra sendas sentencias procedentes de la Audiencia Provincial de Toledo y que esgrimían los mismos argumentos que la que ahora nos ocupa. Tesis la de esta Sala de casación que se alinea con la mantenida por la mayoría de las Audiencias Provinciales.

Señaló la mencionada STS (Pleno) 369/2017 de 22 de mayo , a cuyo contenido íntegro nos remitimos, que indudablemente el bien jurídico protegido por el artículo 384.2 CP es la seguridad vial según han afirmado esta Sala ((SSTS 91/2011 de 13 de febrero , 1032/2013 de 30 de diciembre o 335/2016 de 21 de abril , entre otras),



el Tribunal Constitucional en STC 161/1997 de 2 de octubre , y la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011 de 17 de noviembre.

La conducta que sanciona el artículo 384.2 en la modalidad que nos interesa consiste en la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

Se trata de un delito de peligro abstracto, calificado así por el legislador en Preámbulo de la L.O. 5/2010 de 22 de julio, última norma que modificó el precepto, y por esta Sala en sus SSTS 507/2013 de 20 de junio o 335/2016 de 21 de abril en las que se dijo que el tipo obedece a la idea de preservar el bien jurídico protegido que se pone en peligro cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar tal actividad.

En palabras de la STS (Pleno) 369/2017 de 22 de mayo ya mencionada, de la lectura del artículo 384 en el inciso que nos interesa «no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor.

El riesgo abstracto para el bien jurídico protegido resulta, por consiguiente, de la conducción sin poseer la habilitación teórica y práctica y sin haberse comprobado las capacidades física y psíquica en el conductor, lo cual incrementa, como es natural, el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma.

No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible. La Directiva 2006/126/CE exige a las legislaciones de los Estados de la Unión Europea unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas previas de autorización de la licencia o permiso de conducción, que tienden a disminuir los riesgos de la conducción y sus consecuencias.

Bajo la consideración de que se trata de un delito abstracto, la conducta se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa (permiso o licencia), sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna, ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria....».

De otro lado, la conducta que sustenta el delito tipificado en el artículo 384 del Código Penal , no es exactamente la misma que la que se define en la Ley de Seguridad Vial.

«El tipo penal sanciona la conducción de un vehículo a motor careciendo de todo permiso o licencia por no haberlo tenido nunca o por haber perdido vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente, mientras que el tipo administrativo se refiere a carecer de la autorización administrativa correspondiente, es decir, puede tenerse pero no es adecuada a las características del vehículo con el que se circula, conforme a las diferentes modalidades que se determinan legalmente y las circunstancias propias del caso (arts. 34 a 40 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo , por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores) ». Y añade «... todo ilícito penal en esta materia parte como mínimo de una infracción administrativa, pero no a la inversa».

2. En el caso que nos ocupa el relato de hechos probados que nos vincula afirmó que «Sobre las 12.15 horas, del día 16 de marzo de 2016, el acusado Santosconducía el vehículo marca Kia modelo Sportage con matrícula Q....R. , por el punto kilométrico 7,900 de la carretera A-42 en el término municipal de Leganés careciendo de permiso o licencia para conducir vehículos a motor, por haber sido privado del mismo por pérdida de puntos, cuando fue sorprendido en dicha conducción por Agentes de la Guardia Civil Nº NUM002 y NUM003 ».

En primer lugar, aun sin anudar a ello consecuencia explícita alguna, denuncia el recurrente que fue condenado por conducir careciendo de carnet, con apoyo en el artículo 384.2 CP , por lo que la mención a la pérdida de puntos en el relato de hechos es errónea. Ciertamente el apartado 2 del CP «al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelarmente o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca el permiso o licencia de conducción».

Ahora bien, en atención al cauce casacional que nos vincula, hemos de partir del respeto al relato de hechos probado. Y la secuencia que el mismo describe encaja en el párrafo primero del 384 CP, y no con el segundo. Ciertamente se trata de un error que debería haber sido apreciado tanto por el órgano de primera instancia como por el de apelación. No obstante ello, el objeto de esta nueva modalidad de casación consiste en fijar patrones uniformes en la interpretación de las normas jurídicas, y en este caso, la discrepancia que plantea el recurso en relación al artículo 384 se limita a reproducir la doctrina que respecto a los tipos contenidos



en tal precepto mantenía la Audiencia Provincial de Toledo, demandando como presupuesto de tipicidad, la creación de un peligro concreto.

Las SSTs 715/2017 de 30 de octubre , 699/2017 de 25 octubre , 612/2017 de 13 de septiembre , 838/2017, de 21 de diciembre o la 36/2018 de 24 de enero , todas ellas dictadas en supuestos en el que el acusado conducía un vehículo de motor tras la pérdida total de puntos, han concluido igualmente que el delito previsto en el apartado primero del artículo 384 CP es un delito de peligro abstracto.

No estamos, pues, ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial.

El delito, consistente en conducir un vehículo de motor en las condiciones indicadas, es un delito de peligro abstracto que no exige la creación de un peligro concreto para la seguridad vial, pues, insistimos, quien ya ha demostrado reiteradamente su peligrosidad conduciendo un vehículo de motor mediante la repetición de infracciones queda inhabilitado para hacerlo, salvo que acredite nuevamente su idoneidad y capacidad de autodisciplina para un pilotaje regular. El legislador adelanta las barreras de protección del bien jurídico seguridad vial de forma legítima y deliberada. Se presume el riesgo al presumirse en el acusado, en virtud de previsiones administrativas fundadas en la reiteración de infracciones, una falta de aptitud deducida normativamente de su habitualidad en el desprecio de normas de tráfico esenciales y propensión arraigada a vulnerar las reglas de la circulación viaria. Solo decae esa presunción -peligrosidad implícita- cuando se recuperan los puntos realizando los oportunos cursos en la forma establecida normativamente.

En atención a todo ello, pese al error en la identificación del inciso aplicable de los distintos que integran el artículo 384 CP , la común argumentación respecto a la cuestión planteada, y la similar estructura e idéntica penalidad de las distintas modalidades que se describen, descartamos que la corrección del aludido error haya comprometa el principio acusatorio ni cercene las posibilidades de defensa del acusado, por ello, procede mantener como ajustada a derecho la incardinación de los hechos en el tipo previsto en el artículo 384, eso sí, en su párrafo primero.

En este aspecto, el primer motivo de recurso debe rechazarse.

TERCERO. - En segundo lugar, en el mismo motivo, el recurso cuestiona la aplicación que la sentencia recurrida hace del artículo 66 1.5 en relación con el 136 ambos CP . Censura la aplicación de aquel sobre unos antecedentes que sostiene son cancelables.

1. El artículo 66 1.5 CP dispone «Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Cualquier análisis sobre su aplicación nos reconduce a los presupuestos de la reincidencia. Establece el artículo 22.8 del CP «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de esta Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Ciertamente la doctrina de esta Sala, condensada entre otras en SSTs 4/2013 de 22 de enero , 313/2013 de 23 de abril; 547/2014 de 4 de julio ; 630/2014 de 30 de septiembre , 521/2016 de 16 de junio , 857/2016 de 11 de noviembre , 147/2017 de 8 de marzo o 538/2017 de 11 de julio , ha señalado que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición, o pago inmediato en el caso de la multa. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que



consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación (artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

2. En este caso, la sentencia dictada en apelación dio por reproducidos los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado de lo Penal, que especificó como antecedentes del acusado «sentencia condenatoria firme de 05/03/2013 dictada por el Juzgado de Instrucción Nº 47 de Madrid por la que el acusado fue condenado por un delito de conducción sin licencia a una pena de multa de 8 meses y que se tramita en ejecutoria Nº 605/2013 ante el Juzgado de Ejecutorias Penales Nº 12 de Madrid, en virtud de sentencia condenatoria firme 25/06/2013 dictada por el Juzgado de Instrucción Nº 17 de Madrid por un delito de conducción sin licencia por la que el acusado fue condenado a una pena de multa de 12 meses que se tramita en ejecutoria Nº1571/2013 ante el Juzgado de Ejecutorias Penales Nº 12 de Madrid y en virtud de sentencia condenatoria firme 25/10/2013 dictada por el juzgado de lo Penal Nº 25 de Madrid por la que el acusado fue condenado por un delito de conducción sin licencia cuya pena se tramita ante el Juzgado de Ejecutorias Penales Nº 7 de Madrid en ejecutoria Nº 1037/2014».

A partir de tales datos habríamos de afirmar que los antecedentes son cancelables. Se recogen tres previas condenas por delitos de conducción sin licencia, firmes respectivamente el 5 de marzo, el 25 de junio y el 25 de octubre de 2013. En los dos primeros casos se impuso la pena de multa, y en el tercero no consta. Ninguna de las penas de multa que se especifican supera los 12 meses, por lo que su plazo de cancelación es de dos años. La pena impuesta en la tercera ocasión no consta. Las distintas que prevé el artículo 384 CP son en todo caso penas menos graves (prisión de tres a seis meses, multa de 12 a 24 meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días). Cabría la posibilidad de que se hubiera impuesto una pena de multa superior a 12 meses, sujeta a un plazo de cancelación de tres años, sin embargo, la duda motivada por el déficit descriptivo de la sentencia no puede perjudicar al acusado.

En cuanto el *dies a quo* del cómputo, al omitir referencias a la fecha de extinción de las penas, hemos de acudir a la de firmeza de las sentencias. Además no se especifica la fecha de los hechos de los que dimana cada una de las condenas, y no podemos presuponer que los delitos objetos de la segunda y de la tercera de las ejecutorias indicadas, se hubieran cometido después de haber adquirido firmeza las sentencias anteriores, caso en el que habría quedado interrumpido el plazo de cancelación, que debe transcurrir «sin haber vuelto a delinquir» el condenado (artículo 136.1 CP). Por tal razón debe efectuarse el cómputo desde la firmeza de cada una ellas, y en todos los casos, cuando se cometieron los hechos que ahora nos ocupan, habían transcurrido más de dos años.

Estas son las conclusiones que se alcanzan a partir del *factum* que nos vincula.

Sobre la posibilidad de integrar los déficit del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015 de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. Aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado, pero también se ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016 de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica (STS 110/2017 de 22 de febrero).

3. En el caso que nos ocupa, la sentencia del Juzgado de lo Penal se limitó a señalar en su fundamento segundo «por lo que respecta a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, concurre la circunstancia agravante de reincidencia por las tres condenas anteriores impuestas al acusado por delitos de



conducción sin permiso, cuyos antecedentes se encontraban vigentes a la fecha de comisión de los hechos enjuiciados en el presente juicio».

Algo más argumentó la sentencia ahora recurrida, pero incurrió en un claro error al hacerlo. Señaló en el fundamento cuarto «respecto a la reincidencia, se alega por el recurrente que el acusado lleva tres años sin delinquir, y que los antecedentes penales, tres condenas anteriores impuestas al acusado por conducción sin permiso, son del año 2013, e incluso el que primero ya sea susceptible de cancelación. Lo cierto es que examinada la hoja histórico penal del acusado, obrante a los folios 26 y siguientes de las actuaciones, los antecedentes están vigentes, así la sentencia firme de 5 de marzo de 2013, que el recurrente sostiene susceptible de cancelación, en la que se le impone una pena de un año y ocho meses de privación del permiso de conducir es una pena menos grave, cuyo antecedente penal se cancela a los tres años desde la extinción de la pena, por lo que difícilmente puede estar cancelado en la fecha de la comisión de los hechos, objeto de la presente resolución, 16 de marzo de 2016, tal y como señala el fiscal en su informe de impugnación del recurso de apelación.

Por lo que el motivo debe ser desestimado al ser correcta la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, por las tres condenas anteriores impuestas al Sr. Santos por delitos de conducción sin permiso, estando vigentes en la fecha de la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento, y de la sentencia impugnada».

Todo apunta a que se confundió la Sala de apelación al consultar la nutrida hoja de antecedentes del acusado, pues el tipo incorporado al artículo 384 no prevé entre sus penas la de privación del permiso de conducir, pero aunque así fuera, está claro que a fecha 16 de marzo habían transcurrido ya más de tres años desde la firmeza de la sentencia de la que surge el antecedente que analizó (5 de marzo de 2013).

En conclusión, la fundamentación jurídica de la sentencia es insuficiente a los fines de integrar una secuencia de hechos huérfana de los elementos básicos de la agravante que se aplica y que provoca la consiguiente exasperación punitiva, sin que pueda esta Sala de examinar directamente la hoja histórico penal del recurrente para completar la sentencia recurrida en su perjuicio.

En este sentido hemos de resaltar que también es criterio consolidado de esta Sala que, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del artículo 849.1º, no puede acudir al examen de las actuaciones al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues ello supondría incorporar nuevos datos a la sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa implica una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (SSTS 647/2008, de 23-9 ; 8/2009, de 20-12-2008 (rec. 10784/2008) ; 1175/2009, de 16-11 ; 1061/2010, de 10-11 ; 207/2012 de 12 de marzo ; 812/2016 de 28 de octubre ; 259/2017 de 6 de abril).

Por ello en este aspecto, el motivo planteado se va a estimar. Sin la agravante de reincidencia, queda sin efecto la posibilidad agravatoria intensificada que prevé en artículo 66.1.5 CP, lo que obliga a efectuar una nueva determinación penológica en la segunda sentencia que dictaremos a continuación. En la que ya avanzamos, nos inclinamos también por la pena privativa de libertad, como lo hicieron los Tribunales de instancia y apelación. Pues si bien esta es más aflictiva que las penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, se perfila como adecuada ante la reproducción de comportamientos similares por parte del acusado, lo que evidencia que las penas pecuniarias anteriormente impuestas no han producido los efectos rehabilitadores y de prevención especial esperables. En cuanto a su proporcionalidad, ya dijo el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia 150/1991 de 4 de julio que rechazó la cuestión de inconstitucionalidad que fue planteada en relación a la agravante de reincidencia que «el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada)». En este caso no se aprecia tal desproporción, en la medida en que la pena de prisión que se compatibiliza con otras menos gravosas, lo que permite acomodar en cada caso el castigo a los contornos del principio de culpabilidad.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM declaramos de oficio las costas de este recurso que va a ser parcialmente estimado.

FALLO

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



ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Santos , contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª Rollo apelación num. 422/2017 dimanante de juicio Rápido 16/2016 del Juzgado de lo Penal num. 4 de Getafe) que le condenó por un delito contra la seguridad del tráfico, que casamos y anulamos, declarando de oficio las costas.

Remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando al acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1341/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 11 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 1341/17 interpuesto por la representación de contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2017 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª Rollo apelación num. 422/2017 dimanante de juicio Rápido 16/2016 del Juzgado de lo Penal num. 4 de Getafe) que le condenó por un delito contra la seguridad del tráfico, sentencia que fue recurrida en casación y que ha sido CASADA Y ANULADA por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia rescindida parcialmente en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De conformidad con lo explicado en la sentencia que antecede procede condenar al acusado como autor de un delito previsto y penado en el artículo 384.1 CP . Optamos por la pena de prisión que podemos recorrer en toda su extensión ya que no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes. Teniendo en cuenta la reiteración del acusado en delitos de la misma naturaleza, concretamos la pena en 5 meses de prisión.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **CONDENAR** a Santos como autor de un delito del artículo 384 párrafo 1 CP , sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y ratificamos en los restantes extremos que no se opongan a lo señalado, la sentencia dictada por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid el 24 de mayo de 2017 en el Rollo de apelación 422/2016 , que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Getafe el 21 de marzo de 2016 en el Juicio Rápido 16/2016.

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

Así se acuerda y firma.



Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Antonio del Moral Garcia

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ