

RECURSO CASACION núm.: 1859/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
PLENO**

Sentencia núm. 210/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.
D. Manuel Marchena Gómez
D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
Dª. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Carlos Granados Pérez
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 28 de marzo de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1859/2016 interpuesto por D. Aurel Pana representado por el procurador Sr. D. Miguel Ángel Del Álamo García, bajo la dirección letrada de D. Flavio Durán Martín contra sentencia de fecha 9 de septiembre de 2.016, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid en juicio oral núm. 53/2016 en causa seguida por un delito contra la seguridad vial. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 9 de los de Madrid, incoó Juicio Rápido con el nº 53/2016, contra D. Aurel Pana que finalizó con sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

<<Sobre las 20:00 horas del día 22/02/2016, el acusado, Aurel Pana, mayor de edad, natural de Rumanía, con antecedentes penales no computables, conducía el vehículo Ford Transit, 1996 FXK, por el punto kilométrico 12 de la carretera M600, dirección El Escorial, con sus facultades disminuidas a consecuencia de una previa ingesta alcohólica que mermaba considerablemente su capacidad para manejar los mecanismos de dirección, control y frenado de su vehículo, así como aumentaba el tiempo de reacción ante acontecimientos imprevistos con pérdida de reflejos y de capacidad visual, motivo por el cual circulaba marcha atrás en un tramo de la vía con curvas y poca visibilidad, lo que fue presenciado por una patrulla de la Guardia Civil.

Los agentes se percataron de la presencia de síntomas evidentes de ingesta alcohólica en el acusado tales como fuerte olor a alcohol en el aliento. Cuando se le invitó a realizar las pruebas legales para la comprobación de las tasas de alcoholemia con todas las garantías, el acusado accedió a soplar una sola vez y arrojó un resultado de 1,02 mg/l en prueba practicada a las 21:30

horas, pero se negó rotundamente a realizar la segunda prueba, a pesar de que fue informado de las consecuencias de su negativa.

El acusado presentaba, entre otros síntomas, habla pastosa y titubeante, incoherencias, repetición de frases o ideas, falta de conexión lógica en las expresiones, comportamiento agresivo, insultante, desinhibido y con una deambulación titubeante, incapaz de mantenerse erguido.

El acusado condujo el vehículo sin haber obtenido nunca el preceptivo permiso o licencia que habilita para la conducción>>.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, al conocer del recurso de apelación aceptó los referidos hechos probados.

SEGUNDO.- La Audiencia resolvió la apelación mediante el siguiente pronunciamiento:

*<<FALLO.- Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso de apelación formulado por la representación procesal de AUREL PANA contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Madrid en el Juicio Oral número 53/2016 confirmando la mencionada resolución sin hacer imposición de las costas de esta instancia>>.*

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por la representación procesal de D. Aurel Pana 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 articulado mediante un único motivo al amparo del art. 849.1 LECrim, al existir infracción de Ley por indebida aplicación del art. 383 CP, invocándose igualmente los arts. 24.1 y 24.2 CE (derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías).

CUARTO.- El **Ministerio Fiscal impugnó** el recurso; la Sala lo admitió quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- De conformidad con el art. 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso el día 23 de febrero de 2017.

SEXTO.- Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García conforme a lo prevenido en el art. 206 LOPJ, al formular voto particular el ponente inicial, el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inaugura esta sentencia del Pleno de esta Sala una nueva modalidad de casación con anclaje directo en la función nomofiláctica que se encuentra en los orígenes de la casación. Esa función, siempre presente, se ha difuminado, sin embargo, en los últimos años eclipsada y casi arrinconada como consecuencia de la irrupción de otras exigencias, también irrenunciables, de un plausible sistema de recursos que, al no haber merecido la necesaria atención del legislador, han ido de manera suave, pero imparable y creciente, enturbiando o minimizando las genuinas misiones que un recurso de casación está llamado a cubrir.

De una parte, el papel estelar de los derechos fundamentales procesales, felizmente recuperado y reforzado en el régimen constitucional, reclamaba un más pulimentado sistema de tutela en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (art. 53 CE). El ensanchamiento de los espacios y materias a debatir en casación, producido inicialmente a impulsos de la jurisprudencia constitucional, se erigió en fórmula apta para satisfacer esas exigencias. Mediante sucesivas reformas legislativas (basta evocar ahora la aparición del art. 852 LEcRim y su precedente, art. 5.4 LOPJ) cristalizó esa mutación parcial de los perfiles de la casación.

Por otra parte, la ausencia de una real doble instancia en los delitos más graves reclamaba un paliativo en tanto el legislador no subsanase la laguna. El remiendo provisional vino de la mano de un estiramiento de las posibilidades de revisión probatoria en casación tan restringidas (casi ausentes) en el diseño tradicional de tal recurso extraordinario.

En otro orden de cosas, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarreaba unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras.

El legislador de 2015 ha sido sensible a esta necesidad. Al tiempo que generaliza la doble instancia (otra sentida necesidad), ha abierto la casación, solo por infracción de ley del art. 849.1º (*error iuris*), a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal. De esa forma se implanta una herramienta procesal idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), lo que repercute en una más efectiva satisfacción del principio de igualdad, minimizando (aunque sin llegar a neutralizar, lo que es objetivo no plenamente alcanzable) y reconduciendo a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, con lo que ello comporta de erosión del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE). No es admisible que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto.

Estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando

las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. También en esta vía casacional se acaba poniendo punto final en la jurisdicción ordinaria a un asunto concreto con personas singulares afectadas, dispensando en definitiva tutela judicial efectiva. Pero esta función es satisfecha primordialmente a través de la respuesta en la instancia y luego en una apelación con amplitud de cognición. Colmadas ya las exigencias de la tutela judicial efectiva con esa doble instancia, se abren las puertas de la casación pero con una muy limitada capacidad revisora: enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica. El horizonte esencial de esta modalidad de casación es, por tanto, homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. La respuesta a un concreto asunto también se proporciona pero en un segundo plano, como consecuencia y derivación de esa finalidad nuclear. Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE; más que de su art. 24.

Ya un pleno no jurisdiccional de esta Sala segunda (9 de junio de 2016) abordó la naturaleza de este recurso tratando de dibujar algunos de sus perfiles básicos. Conviene recordar en esta primera sentencia esas embrionarias aproximaciones interpretativas. El texto de Acuerdo es el siguiente:

"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 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 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 irrecusable (art 892 Lecrim).

El art 847 b) Lecrim debe ser interpretado en relación con los arts 792 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art 847, en el art 977 se establece taxativamente que contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno.

En consecuencia **el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves".**

El recurso aquí examinado se atiene fielmente, como veremos, a esas pautas: respeto escrupuloso al hecho probado; acomodación del razonamiento a la disciplina del *error iuris*; y planteamiento de un problema jurídico-penal de interés general.

SEGUNDO.- El asunto traído a casación proporciona un ejemplo paradigmático de esa finalidad institucional o supraindividual de este recurso. Nos enfrentamos a la interpretación de un delito (art. 383 CP) introducido en 2007 en el Código Penal remodelando el precedente del que es heredero. Es un tipo penal que solo en situaciones muy poco habituales podría acceder antes a casación (si se presentaba en conexión con delitos de mayor penalidad, lo que criminológicamente es infrecuente). En dos ocasiones en que el Tribunal Supremo se había pronunciado sobre la tipicidad precedente había sido en el seno de procesos contra aforados y con un alcance limitado. Otros precedentes podemos encontrar en los repertorios (SSTS 644/2016, de 14 de julio ó 2173/2002, de 19 de diciembre), muy escasos si comparamos con el volumen de asuntos por tal delito ventilados en nuestros tribunales.

La ausencia de doctrina jurisprudencial ha constituido campo bien abonado para que germinen y convivan interpretaciones opuestas sobre un punto muy concreto de frecuente aparición: la consideración penal de la negativa a reiterar transcurridos unos minutos, tal y como establece la norma reglamentaria, la medición de alcohol en aire espirado si el primer resultado fue positivo o se aprecian síntomas de embriaguez. Para muchos Jueces y Tribunales esa conducta colma las exigencias típicas del delito del art. 383 CP. Otros muchos, con argumentos tan valiosos y meditados como los blandidos en sentido opuesto, consideran, empero, que si el requerido accedió voluntariamente a la primera espiración, queda excluida esa tipicidad.

El recurso interpuesto posibilita que esta Sala Segunda del Tribunal Supremo interprete esa norma penal para alumbrar seguridad jurídica y uniformar su entendimiento. Es obvio que los argumentos y razones que arropan una y otra tesis tienen fuerza. Ni unos ni otros son desdeñables. Pero hay que ponderarlos y, valiéndose de todos los medios que ayudan en las labores exegéticas, aclarar con vocación de generalidad qué quiere decir la Ley y en concreto si la reseñada conducta merece la sanción penal que incorpora tal precepto. Esta seguridad jurídica es especialmente importante a la hora de delimitar las fronteras entre lo punible y lo no punible.

TERCERO.- El único motivo de casación se articula como exige el art. 847.1.b) a través del art 849.1 LECrim: infracción de ley por indebida aplicación del artículo 383 CP. La invocación conjunta que se hace de los arts. 24.1 y 24.2 (derechos fundamentales a la tutela judicial y a la defensa y a un proceso con todas las garantías) para reforzar la argumentación sobre vulneración de la referida norma penal sustantiva no aporta gran cosa. Es más retórica que material. Aunque demuestra que el letrado diligentemente ha manejado el acuerdo de esta Sala antes transrito para ajustarse a él. Se mencionan esos derechos evocando alguna sentencia de AP. Pero en realidad no se está sosteniendo que se infrinjan tales preceptos directamente: únicamente se extrae de esas normas constitucionales algún argumento para defender la interpretación propugnada en el recurso; un

recurso muy bien elaborado y documentado que pone una vez más de manifiesto que asistencia jurídica de oficio no está reñida con una defensa de calidad y gran altura técnica.

Recordemos ahora que no basta la mera invocación de derechos constitucionales para sustentar este recurso. Es necesario que se denuncie la infracción de un precepto penal sustantivo. Solo está expedita la vía del art. 849.1º; no la del art. 852 LECrim.

El escrito de recurso realiza un completo recorrido sobre las posiciones contradictorias de distintos tribunales. Destaca así el inocultable interés casacional del tema suscitado. En general y por vía de principio ese interés no puede negarse cuando se trata de cuestiones de derecho penal sustantivo que no han sido objeto de pronunciamiento alguno de este TS, lo que presumiblemente sucederá con mayor frecuencia durante los primeros años de rodaje de esta reforma procesal; y, transcurrido ese periodo, cuando se produzcan reformas penales que demanden nuevos criterios interpretativos.

Sostiene el recurrente que la negativa a realizar la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia, no puede ser subsumida en el delito del artículo 383 CP. Habiéndose sometido voluntariamente a una primera medición con etilómetro de precisión -que no de muestreo-, y no discutido ni impugnado el resultado de 1,02 mg/l, que determinó la condena por el delito del art. 379 CP, resultaría矛盾的 condonar además por la negativa del art. 383 CP al no haber realizado *todas* las pruebas previstas para la fijación de las tasas de alcoholemia.

CUARTO.- El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de la intoxicación por alcohol u otras drogas fue una novedad del CP 1995. Su originario art. 380 remitía al delito de desobediencia (art. 556 CP).

El artículo 380 rezaba así: «el conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la

comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código.»

Las dudas sobre su constitucionalidad fueron despejadas por las SSTC 161/1997, de 2 de octubre y 234/1997, de 18 de diciembre: ni desde el principio de proporcionalidad (penas más graves que el delito de conducción etílica), ni desde el derecho a la no auto incriminación podía cuestionarse su conformidad con la CE.

La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de seguridad vial, desplazó el referido delito a su artículo 383 y suprimió la referencia a la desobediencia, a fin de dotarle de autonomía y cierta singularidad. El Preámbulo de la referida Ley Orgánica explicaba: «*la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica (...) pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada.*»

El vigente art. 383 CP 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 (...).*

Las variaciones entre ambos preceptos (380/383) no son esenciales aunque tienen cierto significado. Alguna novedad de fondo aporta el nuevo 383. Bajo la anterior redacción alguna jurisprudencia menor consideró que la evidencia del estado de embriaguez del conductor hacía innecesaria la *comprobación*. La negativa en ese caso sería una mera infracción administrativa pues se perdía la instrumentalidad al servicio de la persecución del delito del art. 379. Este tipo de discurso de alguna forma y con variantes aflora de nuevo en la polémica doctrinal que ahora examinaremos.

La redacción vigente desde el 2 de diciembre 2007, excluye la remisión al delito de desobediencia de la norma anterior y añade una pena de privación del permiso de conducir con una clara finalidad político criminal ("que no compense" la negativa) que se alcanza con un método punitivo discutible.

QUINTO.- El artículo 383 CP se configura como tipo penal en blanco: remite, de forma expresa, a la normativa administrativa sobre comprobación de las tasas de alcoholemia.

La legislación administrativa vigente en la materia se integra por:

1) El artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

2) Los artículos 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Repasemos esa normativa extrapenal, como hace también en su dictamen el Ministerio Fiscal.

El art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, establece: "(...) 2. El conductor de un vehículo **está obligado a someterse a las pruebas** para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley".

Y a continuación: "3. Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente.

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

4. El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente.

5. A efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre,

salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado".

El desarrollo reglamentario hay que buscarlo en los arts. 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre. Bajo la leyenda «Normas sobre bebidas alcohólicas», disponen lo siguiente:

«Artículo 21. Investigación de la alcoholemia. Personas obligadas.

Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación (artículo 12.2, párrafo primero, del texto articulado).

Los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad".

Los arts. 22 y 23 disciplinan la forma de realizar esas comprobaciones en lo que es un desarrollo que no se desvía del marco legal acotado por la norma antes transcrita (que habla de *pruebas*: prever una doble medición no puede considerarse un exceso respecto de la previsión legal).

Dice el art. 22:

"1. Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados.

A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán **repetir** las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.

2. Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar".

La genérica previsión se concreta en el art. 23:

"1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente **someterá** al interesado, **para una mayor garantía y a efecto de contraste**, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.

2. De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos.

3. Igualmente, le informará del derecho que tiene a formular cuantas alegaciones u observaciones tenga por conveniente, por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviese, las cuales se consignarán por diligencia, y a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados.

4. En el caso de que el interesado decida la realización de dichos análisis, el agente de la autoridad adoptará las medidas más adecuadas para su traslado al centro sanitario más próximo al lugar de los hechos. Si el personal facultativo del centro apreciara que las pruebas solicitadas por el interesado son las adecuadas, adoptará las medidas tendentes a cumplir lo dispuesto en el artículo 26...".

Por último, en el art. 24 se prevén las actuaciones a seguir cuando los resultados han sido positivos o cuando se aprecian síntomas claros de la influencia de bebidas alcohólicas o indicios de participación en un delito:

"Si el resultado de la segunda prueba practicada por el agente, o el de los análisis efectuados a instancia del interesado, fuera positivo, o cuando el que condujese un vehículo de motor presentara síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o apareciera presuntamente implicado en una conducta delictiva, el agente de la autoridad, además de ajustarse, en todo caso, a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá:

"a) Describir con precisión, en el boletín de denuncia o en el atestado de las diligencias que practique, el procedimiento seguido para efectuar la prueba o pruebas de detección alcohólica, haciendo constar los datos necesarios para la identificación del instrumento o instrumentos de detección empleados, cuyas características genéricas también detallará.

b) Consignar las advertencias hechas al interesado, especialmente la del derecho que le asiste a contrastar los resultados obtenidos en las pruebas de detección alcohólica por el aire espirado mediante análisis adecuados, y acreditar en las diligencias las pruebas o análisis practicados en el centro sanitario al que fue trasladado el interesado.

c) Conducir al sometido a examen, o al que se negase a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al juzgado correspondiente a los efectos que procedan".

Así pues, la prueba para detectar la posible intoxicación por alcohol ha de consistir por lo general en la verificación del aire espirado mediante etilómetro oficialmente autorizados que cuantifiquen el grado de impregnación alcohólica. La secuencia establecida por el art. 22 del Reglamento General de Circulación es clara:

1) Todo conductor habrá de someterse, en los casos reglamentariamente previstos, a una primera medición mediante un «etilómetro oficialmente autorizado» (no basta uno de muestreo). Si el resultado es negativo y no presenta síntomas de influjo de bebidas alcohólicas la prueba ha de darse por practicada.

2) Si la primera prueba arroja un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores (art. 20); o, aún sin alcanzar estos límites, presenta la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, «el agente **someterá** al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente». El imperativo utilizado -"someterá"- concuerda con la obligatoriedad que para el conductor se proclama en los arts. 21 del Reglamento y 14 de la Ley. Esta segunda medición ha de practicarse también con un etilómetro debidamente homologado.

3) Procederá la prueba de contraste mediante análisis de sangre, orina u otros análogos en el solo en el caso de que informada la persona interesada, así lo solicite. En ese supuesto, habrá de proveerse la práctica

de aquella en la forma prevenida en el artículo 23.4. Esta prueba es voluntaria, por oposición a las anteriores que se diseñan como obligatorias. Lo enfatiza en su dictamen el Ministerio Público.

SEXTO.- No sobra consignar sucintamente algunos fragmentos de dos precedentes sobre esa tipicidad emanados de esta Sala Segunda. Ambos recaen en causas especiales seguidas contra aforados.

La STS 3/1999, de 9 de diciembre realiza un recorrido normativo y crítico de la regulación introducida en el artículo 380 CP por la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, y trata de fijar los linderos que discriminan la infracción penal de la infracción administrativa vigente en aquel tiempo.

Señala la sentencia:

«A la vista de esta dualidad de preceptos sancionadores –penales y administrativos– parece obligado deslindar ambos campos, lo que habrá de llevarse a cabo desde la perspectiva de la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal (art. 4.2 C. Civil) y del principio de intervención mínima, inherente al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.).

La simple lectura del art. 380 del Código Penal permite constatar la directa relación del mismo con el precedente, en cuanto habla de “someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, es decir, los casos de conducción de vehículo a motor o de ciclomotor “bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”; debiendo significarse al respecto que, para la comisión del delito previsto en el art. 379 del Código Penal, no basta conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es menester que el conductor lo haga “bajo la influencia” del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo, ya que el mismo no es una norma penal en blanco y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa. No basta, pues, para que deba entenderse cometido el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 del Código Penal, que el conductor del vehículo rebase las tasas establecidas (v. art. 20.1 del Reglamento General de Circulación), sino que es preciso –como se desprende del tenor literal del precepto– que conduzca “bajo la influencia” del alcohol, o de las otras sustancias legalmente previstas, en su caso, de modo que lo haga con indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción. De ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas de alcoholemia, deba reconocerse a otros elementos de prueba, tales como el testimonio de las personas que hayan observado la

forma de conducir o de comportarse el conductor de que se trate, particularmente el de los agentes de la Autoridad que hayan practicado la correspondiente prueba. Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.).

La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del art. 380 del Código Penal; y, b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: b.1) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse **también** en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa (arts. 65.5.2.b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial).

Debe hacerse notar que desde 2007 ha quedado tipificado un *quantum* de alcohol en sangre o aire espirado a partir del cual la conducta es delictiva (art. 379 CP) lo que acrecienta la importancia de una medición lo más exacta posible.

La STS 1/2002, de 22 de marzo, por su parte, analizaba un supuesto de negativa a otra prueba emanada de quien se había sometido ya a una espiración con un alcoholímetro de muestreo. La singularidad radica en que la primera de las comprobaciones se realizó por medio de un etilómetro de aproximación o portátil (prueba de muestreo). Este dato es decisivo para que no podamos extraer de este precedente conclusiones absolutas proyectables al presente supuesto. Hay una diferencia esencial: en el caso analizado por tal sentencia la primera prueba era de simple aproximación pues no se utilizó un alcoholímetro de precisión. Desde esa premisa la conclusión no podía ser otra que la condena. Es dato esencial relevante que rompe la simetría el hecho de que en el caso aquí examinando la primera prueba aceptada voluntariamente se realiza ya con un alcoholímetro de precisión.

La prueba de muestreo, arrojó un resultado de 1 milígramo de alcohol por litro de aire espirado. Informado de que habría de someterse a una nueva medición a practicar con un aparato de precisión de infrarrojos evidencial y personado el equipo de atestados, el acusado se negó rotundamente.

La Sentencia indica:

«En cuanto al delito de desobediencia a los agentes de la autoridad del art. 380 del Código Penal, del que también se acusa al Sr. D., debemos reiterar cuanto ya dijimos acerca del mismo en nuestra sentencia de fecha 9 de diciembre de 1.999, tanto respecto al carácter doctrinalmente polémico de esta figura penal, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Penal de 1.995, como sobre el reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (v. s^a del Pleno, de 2 de octubre de 1.997), y respecto de los casos en que la negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia por parte de los conductores requeridos al efecto por los agentes de la autoridad, rebasando el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tiene entidad suficiente para alcanzar el propio de la infracción penal: supuestos de negativa a someterse a estas diligencias por parte de conductores implicados en un accidente de circulación o que conduzcan con síntomas que permitan razonablemente presumir que conducen bajo la influencia de bebidas alcohólicas -v. art. 21.1 y 2 del Reglamento General de Circulación.

Todos los conductores de vehículos tienen la obligación de someterse a "las pruebas" que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (art. 12.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Obligación que se regula detalladamente en los artículos 20 y siguientes del Reglamento de Circulación (R.D. 13/1992, de 17 de enero). Tales pruebas -como se dice en el art. 22 del Reglamento citado- "consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados"; precisándose luego -en el art. 23 del citado Reglamento- que "si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0'5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0'25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado -como es el caso- (...), el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente" (el subrayado es nuestro) -exigencia, esta última, cumplida también en el presente caso-.

Llegados a este punto, **es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello -como sucede en el presente caso-, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del art. 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las**

características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal.

Es preciso concluir, por todo lo dicho, que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 380 del Código Penal"

Es claro que el sometimiento a una prueba de aproximación nunca exonerá, en caso de que haya dado positivo, de las pruebas con alcoholímetro de precisión. La negativa será delictiva.

SÉPTIMO.- Despejada esa tesis, y orillada también alguna otra que ha aparecido ocasionalmente en la jurisprudencia menor pero que ha perdido su base legislativa (la negativa a la segunda medición sería una simple falta de desobediencia), tres posiciones diferenciadas, en lo que aquí interesa, podemos distinguir en cuanto a la cuestión planteada:

1) La negativa a someterse a la segunda prueba de determinación de la tasa de alcohol en aire espirado mediante un etilómetro autorizado de forma oficial es constitutiva del delito del art. 383 CP.

2) La negativa es atípica si se accedió a la primera medición.

3) La negativa a la segunda prueba solo será delictiva cuando el afectado cuestione el resultado de la primera. Si lo acepta y no lo discute, ni en el momento ni posteriormente durante el procedimiento penal que se pueda seguir, no será punible, sin perjuicio de las penas que le puedan corresponder por el delito de conducción etílica.

Analicemos los argumentos que manejan estas diferentes tesis.

a) Se aduce en favor de la atipicidad que la segunda de las pruebas está concebida como garantía del afectado. Sería un derecho renunciable. La literalidad del precepto antes transscrito (art. 23 del Reglamento) que alude a las mayores garantías y al contraste abonaría esa idea. La segunda de las pruebas no constituiría una obligación del conductor sino una «garantía» en beneficio del derecho de defensa. En los supuestos en que no cuestiona

la validez y el resultado de la primera prueba, la renuncia a ese derecho no puede ser típica.

Hay que replicar que no se trata solo de una garantía del afectado y posible futuro investigado, sino también de una garantía institucional. Ésto debe ser recalculado. Se quiere alcanzar un alto grado de objetividad (evitar v.gr. la contaminación derivada del "alcohol en boca" o despejar las dudas derivadas de los márgenes de error de los etilómetros: entre un 5% y un 7,5% según informes del Centro Español de Metrología de enero de 2008 y marzo de 2010). Es, sí, garantía del afectado; pero también del sistema (STS 636/2002, de 15 de abril: las irregularidades en la metodología afectan al derecho al proceso debido pues es en cierta medida prueba pericial preconstituida -STC 100/1985, de 3 de octubre- lo que reclama un cuidadoso protocolo). Las garantías establecidas en favor del inculpado constituyen a la vez garantías del sistema y por eso no indefectiblemente son renunciables.

No sería correcta una artificiosa oposición entre garantías de las partes pasivas y garantías estructurales del proceso. Aquéllas son también garantías del sistema. Algunas son, por ello, irrenunciables. La asistencia letrada o la disposición del art. 406 LECrim son algunos ejemplos de lo que se dice. Que el acusado haya confesado su participación en un atraco no le disculpa de formar parte de una rueda de reconocimiento para asegurar la realidad de su confesión.

Una única prueba con un resultado de 0,61 mgr. por litro de alcohol en aire espirado no repetida, si suscita dudas por no haber sido reiterada y contemplarse un cierto margen de error no puede acabar en una condena con el argumento de que el acusado renunció a la segunda prueba. Si hay dudas, la única respuesta acorde con nuestro sistema es la absolución: no otra cosa permiten sus principios básicos estructurales. El delito del art. 379 no puede quedar en esos casos degradado a una infracción que no exige certeza, sino una simple probabilidad seguida de la renuncia del acusado a los medios que podrían despejar las dudas. No: la respuesta ortodoxa y canónica en un caso en que el juzgador tiene dudas por no haberse practicado la segunda espiración espaciada en el tiempo y por tanto no llega

a alcanzar la certeza que proporciona la doble medición no puede ser la condena por el delito del art. 379 pese a no considerarse acreditado un elemento del delito; sino la absolución (principio *in dubio*) sin perjuicio de la condena por el delito del art. 383 CP. Aunque el afectado haya desistido de la segunda espiración y haya dado por buena una tasa ligeramente superior a la consignada en el art. 379 CP.

b) En otro orden de cosas se ha sugerido que el plural que emplea el art. 383 CP (*pruebas*) impondría la interpretación más estricta: sería necesaria la negativa a las dos *pruebas*. Desde un punto de vista gramatical, sin embargo, parece más natural entender que ese plural no está pensando en dos pruebas sucesivas en concreto, sino en las diferentes pruebas existentes para esa verificación (alcoholemia, extracción de sangre que procederá cuando no sea posible aquellas, pruebas de detección de drogas...).

c) Se dice que el mandato del art. 23.2 del Reglamento se dirige solo al agente y no al particular. Pero la obligatoriedad respecto de éste viene sentada en preceptos anteriores. La segunda prueba –o, mejor segunda medición de una única prueba- es imperativa no solo para los agentes, sino también para el afectado. Así se desprende inmediatamente de la dicción del art. 21 del Reglamento General de Circulación.

d) Sin afán de extremar los argumentos semánticos, más que de dos pruebas sucesivas, estamos ante una única prueba cuya fiabilidad plena (aspiración del proceso y de la justicia penal y no solo garantía del imputado) requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin esas dos mediciones la prueba está incompleta reglamentariamente; no alcanza las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada. Lo apunta en su informe el Fiscal: la prueba reglamentada consta de dos mediciones con un intervalo de diez minutos. Si no se desarrolla así, no se respeta la legalidad reglamentaria.

e) También se ha apuntado, en línea con lo que sugería la primera STS sobre esta materia y alguna tesis que se manejó en las Audiencias y a la que

antes se aludió, que la finalidad de *comprobación* de un delito contra la seguridad del tráfico a que se refería el art. 379 dejaría al margen del tipo los casos en que esa infracción está ya *comprobada* por los resultados de la primera de las mediciones.

Pero si se es coherente y se lleva a sus últimas consecuencias ese argumento abocaría a negar la tipicidad cuando los síntomas son tan evidentes que la prueba (también la primera) puede considerarse en un juicio *ex ante* prescindible por contarse ya con medios probatorios suficientes e incluso sobrados (v.gr. testifical); o cuando el propio acusado acompaña su negativa a la prueba de su reconocimiento pleno de los hechos ofreciéndose a confesarlos y a firmar su autoinculpación.

O, también, cuando por estar ante un control preventivo, no hay el más mínimo síntoma de etilismo y por tanto, no hay indicios ni de delito ni de infracción administrativa y, en consecuencia, nada que comprobar.

Cuando el art. 383 CP está hablando de *comprobación* está pensando no en la averiguación de una supuesta infracción criminal concreta. Quiere describir en abstracto a qué pruebas se está refiriendo; esto es, a las establecidas en la ley para comprobar las tasas de alcoholemia. No es necesario que se trate de pruebas imprescindibles *in casu*. También cuando pueden aparecer como superfluas en el supuesto singular por contarse ya con material probatorio cualificado, subsiste la obligatoriedad de someterse a la prueba correlativa al deber del agente de efectuarla. De nuevo es pertinente aclarar que parece más exacto hablar de una única prueba que exige dos mediciones con un lapso temporal. La reforma de 2007 refuerza la autonomía de ese tipo en relación al art. 379 CP: ya no se habla de comprobación de los hechos descritos en el art. 379, sino de comprobación de las tasas de alcohol: si el resultado es "0" también se puede afirmar que se ha comprobado la tasa de alcohol.

f) No sería lógica una interpretación a tenor de la cual solo surgiría el delito si el acusado por conducción etílica quisiese hacer valer la ausencia de la segunda prueba en su defensa. Eso significaría que en esos casos el

delito no consistiría tanto en negarse ante el requerimiento del agente, cuanto en aprovechar en la propia defensa la no realización de esa segunda medición. Tal exégesis introduciría unos elementos extravagantes en la dogmática penal y arquitectura del tipo delictivo. La consumación del delito quedaría sometida a una extraña condición posterior: que el acusado no aceptase su estado de embriaguez. De esa manera, incluso si en el instante de negarse no pasó por su imaginación el más mínimo propósito de utilizar en su favor la falta de una segunda medición para cuestionar la prueba (y lo expresase así), lo que no era delito se convertiría en conducta punible en el momento en que por virtud de una estrategia procesal ideada posteriormente (y completamente legítima) se cuestionase la fiabilidad plena de la primera medición. Eso sería tanto como anudar la sanción penal, más que a la conducta en sí, al ejercicio irreprochable del derecho de defensa. La antijuricidad se desplazaría del acto de negarse ante el requerimiento del agente a la segunda prueba (lo que no será delito si da por bueno el primer resultado positivo) a la asunción sobrevenida de una concreta estrategia defensiva. En el presente caso, v.gr., si en el momento del informe final en el plenario, o del derecho a la última palabra, o al interponerse recurso, se hubiese aducido la inexistencia de segunda medición ¿estaríamos ya ante una negativa punible convirtiendo en típico lo que hasta ese momento se consideraba atípico? ¿significaría esto concebir el acatamiento persistente del resultado de la primera medición en una especie de anómala y exótica excusa absolutoria? Solo si se acepta la situación de embriaguez la conducta sería atípica.

No es asumible esta alambicada construcción.

g) Ciertamente no tiene la misma gravedad negarse tajantemente a las dos mediciones que rehusar solo la segunda (lo que además normalmente reportará escasa, si no nula, utilidad: como tampoco la reporta la negativa a ambas mediciones cuando los síntomas de intoxicación etílica son evidentes y palmarios). Se dice que no es ponderado equiparar ambas acciones. Frente a ello hay que constatar que todos los tipos penales abarcan un abanico mayor o menor de conductas encuadrables. No todas tienen igual gravedad. Se establece por ello una horquilla penológica: no son lo mismo

unas lesiones provocadas con una única puñalada propinada como respuesta a unos insultos que sanan en cinco días de incapacidad laboral; que otras provocadas gratuitamente apuñalando varias veces a la víctima que tarda varios meses en recuperar totalmente la salud. Ambas conductas son incardinables en el mismo tipo penal: la diferente gravedad obligará a discriminar uno y otro supuesto no mediante tipos distintos, sino a través de los criterios contenidos en el art. 66 CP eligiendo dentro del arco total penológico el *quantum* que se considere proporcionado.

Sin duda la negativa radical *a priori* es muestra de una rebeldía mayor y por tanto podrá merecer una penalidad mayor. Pero esta apreciación no lleva a expulsar del tipo penal lo que también es una negativa pues la prueba no puede realizarse en su integridad cuando el sometido a ella se niega a su segunda fase, sin la que la prueba no se puede considerar finalizada. También eso es *negativa*, aunque la gravedad esté atemperada.

h) No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP. La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda inspiración.

i) La cuestión nuclear es decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba en todo caso cuando se dan los requisitos legales. La

respuesta afirmativa se justifica por la afectación del principio de autoridad, bien jurídico protegido. Y es que en el centro de toda esta controversia hay que situar una pregunta esencial que condiciona el curso del debate: ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito del art. 383 CP?

Desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. El bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada.

En todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estarán afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

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. Estaremos ante un delito del art. 383.

Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en este precepto y el art. 379 (seguridad vial) son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones Así lo ha entendido también esta la Sala Segunda (STS 214/2010, de 12 de marzo).

Que esta infracción además haya sido concebida como medio eficaz para lograr la efectividad del art. 379 generando las pruebas que permiten acreditar sus elementos, no puede despistar haciendo pensar que el art. 383 es un delito instrumental respecto del delito del art. 379 de forma que solo tendría sentido la condena por tal infracción cuando mediante la negativa se quisiese eludir el descubrimiento de un delito del art. 379. El tipo penal no exige un móvil determinado en el autor. No es necesario que quien se niega lo haga con la finalidad de encubrir una infracción del art. 379 CP. Es delictiva y existe antijuricidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (v.gr., rechazo visceral; ira momentánea); y lo es tanto si en efecto existe previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor.

Por estas razones en la exégesis concreta del tipo del art. 383 no puede exagerarse el parentesco con el bien jurídico seguridad vial que es solo mediato; ni con la efectividad de la condena por el delito del art. 379 (que es compatible, en principio). El art. 383 representa algo más que la sanción de un autoencubrimiento. Solo si se le concibe de esa manera (autoencubrimiento) deformando el contenido sustancial del precepto, y se le

separa del principio de autoridad (vaciando su contenido sustancial) se entienden acotaciones interpretativas, que hemos rechazado, basadas en la no necesidad *in casu* de la prueba.

La protección del principio de autoridad resulta evidente. Sin embargo, no es determinante el ataque a la seguridad vial que en el supuesto concreto puede estar presente o no. Sin duda en la conformación legislativa del tipo se está pensando en tutelar la seguridad vial. Es ese un innegable objetivo de política criminal inmanente a esa tipicidad. Se alcanza ese propósito blindando con una singular protección penal la autoridad de los agentes que velan por tal seguridad cuando intervienen para comprobar la tasa de alcohol de cualquier conductor.

Esta visión del principio de autoridad como bien jurídico protegido aparece en la STC 234/1997, de 18 de diciembre o en la jurisprudencia de esta Sala (STS 1/2002, de 22 de marzo).

Así pues hay que concluir considerando ajustadas a derecho la interpretación del juzgado de lo Penal y de la Audiencia Provincial: la negativa a practicar la segunda prueba estuvo bien incardinada en el art. 383 CP.

Procede la desestimación del recurso.

OCTAVO.- La desestimación del recurso lleva a condenar al pago de las costas al impugnante (art. 901 LECrim).

F A L L O

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **D. Aurel Pana** contra sentencia de fecha 9 de septiembre de 2.016, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 4 de marzo de 2016 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid en causa seguida por un delito contra la seguridad vial.

2.- IMPONER las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese dicha resolución a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid así como al Juzgado de lo Penal nº 9 de Madrid.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Cándido Conde-Pumpido Tourón Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Carlos Granados Pérez

Perfecto Andrés Ibáñez Juan Saavedra Ruiz

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1859/2016, AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. LUCIANO VARELA CASTRO, EL EXCMO. SR. D. ANDRÉS PALOMO DEL ARCO Y LA EXCMA. SRA. D.^a ANA FERRER GARCÍA.

Con todo el respeto y consideración para la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, he de expresar mi discrepancia con la misma, pues entiendo que el único motivo del recurso debió ser estimado absolviendo al acusado recurrente del delito del artículo 383 del Código Penal (CP) por el que venía condenado.

Expreso igualmente mi adhesión al sentido de los votos particulares emitidos por los Magistrados Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Excmo. Sr. D. Pablo LLarena, así como a la interpretación gramatical de los preceptos aplicables que se contiene en este último.

Del mismo modo, comparto el sentido de las citas que se hacen en la sentencia mayoritaria respecto de los precedentes de esta Sala sobre esta cuestión, así como las consideraciones generales acerca de la regulación del recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El recurrente ha sido condenado en la instancia, en sentencia confirmada en apelación, como autor de un delito contra la seguridad vial por conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y como autor de un delito contra la seguridad vial por negativa a someterse a las pruebas para la comprobación de las tasas de alcoholemia. Al amparo del artículo 847.1.b) en relación con el artículo 849.1º de la LECrim, interpone contra la sentencia de apelación recurso de casación.

En el primer, y único, motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del artículo 383 del CP, y

argumenta que la negativa a someterse a la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia, no puede ser subsumida en el artículo 383 del CP cuando el interesado se hubiere sometido voluntariamente a una primera prueba con etilómetro de precisión (que no de muestreo) y no hubiera impugnado el resultado de esa primera prueba, citando sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales.

1. Se trata, por lo tanto de establecer si, requerido correctamente el conductor de un vehículo para someterse a las pruebas para la comprobación de la tasa de alcoholemia, accede a la práctica de la primera, que se lleva cabo válidamente con arreglo a las previsiones de la ley, es decir, con dispositivo autorizado, y se niega, sin embargo, a una segunda medición con el mismo o similar dispositivo (etilómetro de precisión), su negativa a esta segunda medición constituye la conducta típica prevista en el artículo 383 CP.

Las normas que deben ser interpretadas son el artículo 383 CP, el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, y los artículos 22 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

Conviene recordar su contenido.

El artículo 383 del CP, en la redacción dada por la LO 15/2007, dispone:

El 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 y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

La norma penal no contiene, pues, una remisión genérica a la normativa administrativa, sino a una regulación contenida en una ley, exterior al CP, pero, en todo caso, de rango legal.

Por su parte, el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, dispone:

2. *El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley.*

3. *Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente.*

4. *El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente.*

5. *A efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado.*

Y los artículos 22 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, disponen lo siguiente:

Artículo 22. Pruebas de detección alcohólica mediante el aire espirado.

1. *Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados.*

A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos (artículo 12.2, párrafo segundo, in fine, del texto articulado).

2. Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar.

Artículo 23. Práctica de las pruebas.

1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.

2. De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos.

3. Igualmente, le informará del derecho que tiene a formular cuantas alegaciones u observaciones tenga por conveniente, por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviese, las cuales se consignarán por diligencia, y a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados.

4. En el caso de que el interesado decida la realización de dichos análisis, el agente de la autoridad adoptará las medidas más adecuadas para su traslado al centro sanitario más próximo al lugar de los hechos. Si el personal facultativo del centro apreciara que las pruebas solicitadas por el interesado son las adecuadas, adoptará las medidas tendentes a cumplir lo dispuesto en el artículo 26.

El importe de dichos análisis deberá ser previamente depositado por el interesado y con él se atenderá al pago cuando el resultado de la prueba de contraste sea positivo; será a cargo de los órganos periféricos del organismo

autónomo Jefatura Central de Tráfico o de las autoridades municipales o autonómicas competentes cuando sea negativo, devolviéndose el depósito en este último caso.

Artículo 24. Diligencias del agente de la autoridad.

Si el resultado de la segunda prueba practicada por el agente, o el de los análisis efectuados a instancia del interesado, fuera positivo, o cuando el que condujese un vehículo de motor presentara síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas o apareciera presuntamente implicado en una conducta delictiva, el agente de la autoridad, además de ajustarse, en todo caso, a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá:

a) Describir con precisión, en el boletín de denuncia o en el atestado de las diligencias que practique, el procedimiento seguido para efectuar la prueba o pruebas de detección alcohólica, haciendo constar los datos necesarios para la identificación del instrumento o instrumentos de detección empleados, cuyas características genéricas también detallará.

b) Consignar las advertencias hechas al interesado, especialmente la del derecho que le asiste a contrastar los resultados obtenidos en las pruebas de detección alcohólica por el aire espirado mediante análisis adecuados, y acreditar en las diligencias las pruebas o análisis practicados en el centro sanitario al que fue trasladado el interesado.

c) Conducir al sometido a examen, o al que se negase a someterse a las pruebas de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al juzgado correspondiente a los efectos que procedan.

2. La cuestión que se plantea es si de esta regulación se puede obtener de forma indubitable que la negativa a someterse a la segunda medición de la tasa de alcohol prevista en el artículo 23 del Real Decreto 1428/2003 es constitutiva del delito del artículo 383 CP. Ha de partirse de la consideración del Derecho Penal como *última ratio*, por lo que no es razonable acudir a su aplicación si no resulta imprescindible. Aunque esa consideración se dirige en un principio al legislador, es útil al intérprete en la medida en la que debe

tener en cuenta que aquel debió atenerse a la misma. Además, tal como se cita en la sentencia de la mayoría, la STS nº 3/1999, de 9 de diciembre, que contiene un precedente sobre el particular, recordaba, como han hecho otras muchas resoluciones de esta Sala, que es obligada una *interpretación estricta y rigurosa de la norma penal (art. 4.2 C. Civil) y del principio de intervención mínima, inherente al Estado Social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.)*.

La seguridad vial es un bien jurídico relevante cuya protección mediante la conminación con sanciones penales, puede entenderse justificada. El consumo de alcohol superando determinadas dosis incrementa de forma muy notable los riesgos de una actividad, la conducción de vehículos, que es ya en sí misma una actividad de riesgo, de manera que es razonable que se imponga a los conductores e incluso, en determinadas circunstancias, también a otros usuarios de la vía, la obligación de someterse a pruebas orientadas a la determinación de las tasas de alcoholemia. Por ello está justificado el recurso al derecho penal, dentro de ciertos límites, impuestos, entre otros, por el principio de proporcionalidad, con la finalidad de conminar, no solo a la reducción o supresión del consumo de alcohol cuando se conduce un vehículo, sino también a aceptar la práctica de aquellas pruebas. Pero cuando las finalidades perseguidas por las normas a cuyo incumplimiento se asocian sanciones penales ya han sido alcanzadas, ha de entenderse que desaparece la justificación de la conminación penal.

En relación con la interpretación y aplicación de las normas pertinentes, antes mencionadas, han de resaltarse varios aspectos.

A) En primer lugar, que el artículo 383 se refiere a *las pruebas legalmente establecidas* para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Es decir, que las pruebas obligatorias, a los efectos de determinar la existencia de responsabilidad penal, han de estar establecidas por la ley. El reglamento podrá desarrollarlas, pero, a los efectos de determinar las conductas que dan lugar a responsabilidad penal al completar el precepto en blanco, constituiría un exceso establecer pruebas nuevas, diferentes de las contempladas en la ley. No existe una remisión global a la regulación reglamentaria.

El artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, se refiere a las pruebas que deben practicarse, estableciendo claramente que consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados. No, por lo tanto, cualquier dispositivo. La utilización de otra clase de dispositivos, como pueden ser los etilómetros considerados de muestreo, tiene la misma virtualidad, a estos efectos, que el examen realizado por el agente del aspecto y los signos externos del conductor. Ambos pueden ser indicios de la impregnación alcohólica, y justificar el requerimiento al conductor para que se someta a las pruebas, conforme al artículo 21 del Reglamento, pero ninguno de ellos son las pruebas establecidas legalmente a las que se refiere el artículo 383 CP. En este artículo 14 no se contiene ninguna mención expresa de una obligación para el conductor de someterse a una segunda medición con aparato autorizado.

Además, en relación a las pruebas obligatorias para el conductor, el Real Decreto Legislativo prevé la posibilidad de su repetición (término que, en una interpretación lógica, indica que la anterior fue solamente una prueba, pues si hubiera una segunda ya se habría repetido la primera), y señala que preferentemente será mediante análisis, si bien precisa que esa repetición será a efectos de contraste y a petición del ciudadano.

De todo ello se desprende que la norma con rango de ley solamente prevé una medición de la tasa de alcohol, realizada mediante aparato autorizado, que se podrá repetir a efectos de contraste y a petición del ciudadano, preferentemente mediante análisis de sangre, aunque sin excluir otras posibilidades. Entre ellas, una nueva medición con dispositivo autorizado, igual o similar al empleado en la primera medición.

Es cierto que el Real Decreto Legislativo contiene también una remisión, esta vez al Reglamento, pero no en cuanto a las pruebas que deban practicarse, sino en relación al procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas. Las pruebas, una vez más, establecidas legalmente.

El Reglamento, a los efectos de complemento de la norma penal, no puede, válidamente, ampliar el elenco de pruebas obligatorias para el ciudadano, más allá de los términos de la ley, porque no existe habilitación de esta norma en ese aspecto. Por lo tanto, cuando en la norma reglamentaria se prevé que en determinados casos el agente someterá al

conductor a una segunda medición con el etilómetro, está imponiendo una obligación al agente, no al conductor, que solamente viene obligado por la ley a la primera de las mediciones. Y al tiempo, está ofreciendo al conductor, a efectos de contraste y para una mayor garantía, como dice textualmente, la posibilidad de repetir la prueba de medición con etilómetro, sin perjuicio de un análisis posterior de sangre.

Una interpretación del reglamento en el sentido de que la segunda medición es obligatoria para el conductor en los casos previstos en el artículo 23.1 (*Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente*), conduciría a aceptar que la norma reglamentaria puede ir más allá de lo que la ley establece, imponiendo una segunda prueba de medición de la tasa de alcohol, no contemplada en aquella.

El reglamento puede incrementar las garantías, pues nada se opone a ello, pero no podría establecer nuevas pruebas no establecidas legalmente y facilitar la obtención de consecuencias penales de la negativa a someterse a ellas.

B) En segundo lugar, ha de reconocerse que, sin perjuicio de lo que se sostiene en el anterior apartado, la regulación reglamentaria es confusa. Se habla en el artículo 24 del resultado de la segunda prueba como el origen de actuaciones de los agentes que se contemplan en ese mismo artículo, pero luego, en el apartado a), se hace referencia a la posibilidad de que se haya realizado solo una prueba, en tanto que el agente debe consignar el procedimiento seguido para efectuar *la prueba* o pruebas de detección alcohólica.

De ahí se desprende que la segunda prueba es obligatoria para el agente en determinados casos, pero no parece que sea para “obtener” pruebas de

la impregnación alcohólica, ya obtenidas con la primera medición, sino para permitir al conductor acreditar que, a pesar de los primeros resultados o de los síntomas externos, sin embargo no hay datos objetivos definitivos sobre el consumo del alcohol. No resulta con la claridad que se expone en la decisión de la mayoría que esta segunda medición tenga como objetivo suprimir las posibles dudas que pudiera originar el resultado de la primera, entre otras cosas, porque nada impide que se efectúe con el mismo dispositivo empleado en la primera.

Aunque este aspecto se desarrolla con mayor claridad y precisión en el voto particular emitido por el Magistrado Sr. LLarena, es cierto que tanto el artículo 383 CP como el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, se refieren a pruebas en plural, pero ello no es definitivo, si se tiene en cuenta que en ambos casos se está haciendo referencia a las relativas a la detección de alcohol y a las relativas a la detección de drogas. Por otro lado, aunque en el citado artículo 14 se establecen obligaciones para el conductor (*El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas...*), y para los agentes, en cuanto deben utilizar dispositivos autorizados, no pueden recurrir a otro tipo de pruebas y deben ofrecer o al menos prever la realización de análisis de contraste, la normativa reglamentaria se dirige principalmente a los agentes, imponiéndoles, como había delegado la norma legal, la realización de las pruebas como marca la ley, la obligación de someter al conductor a una segunda medición en determinados casos (*el agente someterá al interesado*); la obligación de informarle previamente de la finalidad de mayor garantía y a efectos de contraste de esta segunda medición; a informar al conductor de sus derechos a análisis de sangre y otros; y a practicar las actuaciones previstas en el artículo 24. No se contiene ninguna norma dirigida directamente al conductor, salvo las que son repetición de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo.

C) En tercer lugar, si se acepta que la interpretación literal de las normas no resuelve el problema en la medida en que puede conducir de forma razonable a las dos conclusiones, es necesario determinar el fin de la norma, para determinar cual de ellas se ajusta mejor a su satisfacción.

La finalidad de las pruebas de detección del alcohol en los conductores o, en su caso, en otros usuarios de la vía, se centra en la necesidad de

asegurar que los niveles de riesgo creados por la circulación de vehículos, inherente a esta actividad, se mantiene dentro de límites razonables en lo que se refiere a las facultades físicas, especialmente de percepción y de reacción, de quienes los conducen, evitando que el consumo de alcohol o de otras sustancias prohibidas a las que se refiere la ley, disminuya dichas facultades incrementando aquellos niveles de riesgo para personas y bienes por encima del nivel que puede considerarse como riesgo permitido.

Para ello se establecen determinadas pruebas obligatorias para los conductores de vehículos. La ley exige que se practiquen con dispositivos autorizados, que en la actualidad son los llamados etilómetros de precisión.

Realizada válidamente una medición con uno de estos aparatos, su resultado es valorable como prueba de cargo. Ninguna norma lo impide. Puede afirmarse, pues, que para que sea posible tal valoración no es necesario que se haya practicado una segunda prueba. Sí es necesario, sin embargo que la posibilidad de hacerlo haya sido ofrecida al conductor, como prevé la ley, artículo 14.5 del Real Decreto Legislativo 6/2015, pues, aunque contempla que sea a petición del interesado, la obligación de informar por parte de los agentes resulta lógica y viene además impuesta por la norma reglamentaria. El texto legal no precisa cómo ha de hacerse esta segunda prueba a efectos de contraste, limitándose a decir que, preferentemente, será mediante análisis de sangre, sin excluir otras posibilidades.

Lo relevante, de todos modos, es que la primera prueba, válidamente realizada con dispositivo autorizado, puede ser valorada como prueba de cargo, aunque el conductor se niegue a realizar una segunda medición o no desee que se pratique un análisis de sangre. No se trata, pues, de una prueba única en dos actos, o en dos mediciones, lo que conduciría a negar valor probatorio, por prueba incompleta, a la primera medición aun cuando hubiese sido realizada con todas las garantías. Sino de una única prueba de medición con dispositivo autorizado, que puede ser repetida para mayor garantía y a efectos de contraste, de forma que su ausencia no repercute negativamente en la validez de la primera.

Por otro lado, reconociendo la importancia que revisten las pruebas de detección del alcohol y drogas para la seguridad vial, la finalidad del artículo 383 CP es desincentivar la negativa a someterse a aquellas pruebas.

Consecuentemente, si el objetivo de la prueba es determinar el nivel de alcohol del conductor, y si ese objetivo ya se alcanza con la primera prueba, carece de sentido sancionar penalmente a quien se niegue a realizar una segunda, que solo se establece reglamentariamente para mayor garantía y a efectos de contraste.

Es erróneo argumentar, por todo lo que antecede, que esta forma de entender la cuestión debilita la reacción del Estado contra el consumo excesivo de alcohol o drogas por parte de quienes conducen vehículos de motor, pues lo que se afirma, de modo incontestable, es que una prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia, bien realizada, constituye prueba de cargo, valorable por el Tribunal junto con las demás evidencias disponibles.

En conclusión, entiendo que la conclusión más razonable es la siguiente: **cuando se ha realizado correctamente, con dispositivo autorizado, una prueba de alcoholemia que permita comprobar adecuadamente la tasa de alcohol en el sujeto, la negativa a realizar la segunda medición con el mismo o similar aparato no es constitutiva del delito del artículo 383 CP.**

En el caso, por lo tanto, el motivo debió ser estimado, absolviendo al acusado recurrente del delito del artículo 383 CP por el que venía condenado.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Luciano Varela Castro

Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García



VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1859/2016.

Con total respeto a la posición mayoritaria del Pleno, discrepo de la misma, por entender que la negativa a someterse a la segunda prueba de alcoholemia mediante etilómetro de precisión, y no cuestionando el resultado de la primera, no debió subsumirse en el delito tipificado en el art. 383 CP; emitiendo, por ello el presente **VOTO PARTICULAR**:

Primero.- El delito de negativa a someterse a las pruebas de detención de la intoxicación de alcohol u otras drogas constituyó una novedad legislativa introducida por el Código Penal 1995, artículo 380, y en su actual nomenclatura, artículo 383, por la reforma operada por LO. 15/2007 de 30.11, solventadas las dudas sobre su constitucionalidad (SSTC 2.10.97 y 18.12.97), por contradicción con el derecho a no confesarse culpable, reconocido en el artículo 24.2 CE, como la infracción del principio de proporcionalidad de las penas por castigarse más gravemente la negativa del artículo 383 en la propia conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del artículo 379.2 CP. Muy resumidamente puede decirse que tales resoluciones negaron que la regulación contenida en el precepto mencionado vulnerarse el principio de proporcionalidad, atendiendo especialmente a que el legislador posee un amplio margen de discrecionalidad a la hora de delimitar las infracciones penales y sus consecuencias, en atención a las necesidades preventivas del momento. Asimismo el Tribunal Constitucional vino a corroborar la tesis que ya vertiera en anteriores sentencias en relación a la admisión de los controles preventivos de alcoholemia, esto es, que con la prueba de detección alcoholimétrica no se obliga al detectado a emitir una declaración,

rechazando, pues la vulneración del artículo 24.2 CE, sino que se le somete a una especial modalidad de pericia de resultado incierto.

En cuanto a la reforma operada por la LO. 15/2007, es cierto que algunas Audiencias vienen manteniendo que así como el delito que aparece regulado en el artículo 380 CP. 1995, sancionaba como reo de desobediencia grave a quien "se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior", redacción que llevó a un sector de aquellas a considerar que determinadas conductas impeditivas de la práctica de dichas pruebas resultaban atípicas, deviniendo meras infracciones administrativas, así, a modo de ejemplo, cuando por la evidencia del estado de embriaguez del conductor resultarán innecesarias, pero como la nueva redacción vigente desde el 2 diciembre 2007, recoge el artículo 383 que se sancionara -sin mencionar explícitamente lo que sea como reo de desobediencia- "al conductor que, requerido por agentes de autoridad, se negaré a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores...", entiende que lo que el tipo sanciona ahora no es negarse a llevar a cabo unas pruebas destinadas a la comprobación de preexistencia de un delito, sino la negativa pura y simple a someterse a dichas pruebas, con independencia de cuál sea el objeto de las mismas.

Tal razonamiento no debe asumirse al suponer una interpretación meramente literal del precepto contenido en el artículo 383 que llevará a apreciar el supuesto en la estricta y terminante negativa a llevar a cabo las pruebas alcoholimétricas sean de la índole que fueran de entre las contempladas en la disciplina vial.

De aplicarse tal vía hermenéutica se olvidaría que la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la seguridad del tráfico, no puede sino otorgarse una dualidad de bienes jurídicos protegidos, la preeminente seguridad vial pero también el entorpecimiento de funciones públicas vio dualidad si se quiere diluida tras la reforma operada por la LO. 15/2007-, que hizo desaparecer la mención a la desobediencia. Avala esta tesis que el propio artículo 383 considera que aquellas pruebas son "para la comprobación de las tasas de alcoholemia... a que **se refieren los**

anteriores artículos", entre ellos el artículo 379.2 que condena "al que condujese en vehículos de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, y en todo caso "el que pese con una tasa de alcohol el aire expirado superior a 0,6 mg por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro".

Y en su momento se expresaba por el Tribunal Constitucional en la STC, número 161/1997 de 2 octubre (" no cabe duda de que la protección de la seguridad del tráfico rodado forma parte de las finalidades del artículo 380 CP") y la referencia a "los artículos anteriores" no puede ser más ilustrativa a los efectos de reforzar este planteamiento. Por todo ello que en la solución interpretativa que este Tribunal "ad quem" ha venido adoptando sea necesario establecer previamente, aun cuando fuere de forma indiciaria que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes o psicotrópicos se ha producido para que la conducta de rehusar las pruebas de comprobación tenga una inicial revelan hacia jurídico penal. De esto último se desprende que la negativa que sanciona el artículo 383 CP, (aquí coincidente con lo predictable del anterior artículo 380) lo es de encubrimiento de la existencia de un delito contra la seguridad vial precedente con lo que, en consecuencia, no quedarían sin contenido práctico las normas administrativas que disciplinan la sanción al conductor que se niega a someterse al test de alcoholemia, puesto que éstas serían aplicables cuando no exista constatación del injusto previsto y penado en el artículo 379 CP.

En efecto una de las cuestiones relativas a la conducta típica del delito de negativa del artículo 383 radica en dilucidar si para la apreciación de esta figura delictiva, a la vista de su ubicación sistemática -delitos contra la seguridad vial- resulta o no necesario que el sujeto haya evidenciado síntomas de conducir bajo los efectos de las sustancias que conduzcan a una condena por el delito previsto en el artículo 379. En este punto resulta de gran trascendencia la doctrina sentada por la sentencia de esta Sala número 3/1999 de 9 diciembre- dictada en causa especial por aforado-. De acuerdo con esta resolución "la dependencia del artículo 380 respecto del artículo de 379 (en su enumeración anterior a la reforma de 2007) permite establecer, en orden a fijar los límites entre sanción penal y administrativa,

los siguientes criterios orientativos: a) la negativa a someterse al control de alcoholemia en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados A y B del artículo 21 Reglamento General de Circulación, Real Decreto 1428/2003 de 21 noviembre; esto es, en casos de evidente o cuando se detecten síntomas evidentes de conducción bajo los efectos de una intoxicación, debe incardinarse dentro del penal del artículo 380-actual 383-; y b) dicha negativa en los supuestos de los apartados C y D, del mismo precepto reglamentario (en caso de denuncia por la comisión de una infracción administrativa de tráfico o el supuesto de control preventivo de alcoholemia) precisa la siguiente distinción: b.1, si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas y se lo hacen saber así ha requerido, la negativa de este podría incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 (en la actualidad de negativa del artículo 383); y b.2 cuando no se advierten tales síntomas la negativa de requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa del artículo 65.5 d) del R.D.I.. 339/90 de 2 noviembre (en la actualidad del artículo 77 d) del Texto Refundido Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015 de 30 octubre).

Segundo.- Partiendo de estas premisas el art. 383, es una norma penal en blanco al remitirse "a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación...", que en la actualidad se encuentra en el R.D.L. 6/2015 antes citado, cuyo artículo 14 establece:

1.- *No puede circular por las vías objeto de esta ley el conductor de cualquier vehículo con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se determine (...)*

2.- *El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.*

3.- *Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados (...).*

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

4.- *El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente.*

5.- A efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado".

El procedimiento al que alude el artículo mencionado, está regulado en los artículos 21, 22 y 23 y 24 del Reglamento General de Circulación. Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y **consistirán, normalmente**, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de *impregnación alcohólica de los interesados*.

1.- Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de *impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado*, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente **someterá** al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una **segunda prueba** de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un **procedimiento similar** al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.

2.- De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos.

3.- Igualmente, le informará del derecho que tiene a formular cuantas alegaciones u observaciones y a **contrastar** los resultados obtenidos

mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados.

4.- *En el caso de que el interesado decida la realización de dichos análisis, el agente de la autoridad adoptará las medidas más adecuadas para su traslado al centro sanitario más próximo al lugar de los hechos. Si el personal facultativo del centro apreciara que las pruebas solicitadas por el interesado son las adecuadas, adoptará las medidas tendentes a cumplir lo dispuesto en el artículo 26.*

El artículo 24 que versa sobre las diligencias del agente de la autoridad, en su apartado c) establece que "los agentes de la autoridad **deberán conducir** al sometido a examen o **al que se negase a someterse a las pruebas** de detección alcohólica, en los supuestos en que los hechos revistan caracteres delictivos, de conformidad con lo dispuesto en la L.E.Criminal, **al juzgado** correspondiente a los efectos que procedan".

Tercero.- En base a la referida normativa tanto el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, como un sector de Audiencias Provinciales (2. 2 Alicante, s. 18.11.2015, s-7^a Barcelona, s. 19.6.2009, s. 3^a Barcelona, 2.11.2002, s. 1^a Castellón, s. 25.4.2008, s. 1^a Guadalajara, s. 19.6.2009, s. 3^a Gerona, s. 20.10.2009, s. 23^a Madrid, s. 16.2.2016), entienden que dado el carácter imperativo de tiempo verbal utilizado "**someterá**" en el artículo 23.1 Reglamento General de la Circulación no ofrece duda acerca de la obligación de practicar la segunda prueba en los supuestos a que se refiere, y contraste con él carácter facultativo de los análisis de sangre, orina o análogos, cuya práctica se considera como derecho de la persona sometida a examen, del que deberá ser puntualmente informada por el agente que practica la prueba.

Por ello, aunque la segunda prueba tenga por objeto contrastar y garantizar los resultados de la primera, su realización no es facultativa para el interesado ni para el agente interviniendo, en los casos en que existen indicios de impregnación alcohólica. Esta interpretación, consideran, resulta congruente con la propia dicción del artículo 383 CP, que hable de "pruebas (en plural) legalmente establecidas para la comprobación, por lo que ambas pruebas son obligatorias".

Se cita en apoyo a esta postura la sentencia de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo número 1/2002 de 22 marzo, recaída en causa especial de aforados, en la que tras destacar la obligación que tienen todos los conductores de vehículos a someterse a las "pruebas" que se establezcan para la detención de las posibles intoxicaciones por alcohol (artículo 12.2 Texto articulado Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por R.D.L. 339/90 de 2 marzo, vigente en aquel momento y artículos 20 y siguientes Reglamento Circulación R.D. 13/92 de 17 enero); declara que "es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias para ello (supuestos de conductores implicados en un accidente de circulación o que conduzcan con síntomas que permitan razonablemente presumir que conducen bajo la influencia de bebidas alcohólicas (artículo 21.1 y 2 Reglamento General de Circulación), y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 380 CP -actual artículo 383- **pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto- dadas las características de los etilómetros con que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica devendría absolutamente ineficaz la norma legal.**

Cuarto.- No obstante otro importante sector de Audiencias Provinciales, entre otras s. AP Madrid, s 29^a de 1.12.2011, s. 17^a de 10.9.2010, y s. 23^a de 13.11.2013, AP. Navarra, s. 1^a de 30.6.2012, Huelva s. 2^a de 20.1.2011, Gerona, s. 4^a de 11.12.2013, Cádiz s. 4^a de 27.1.2011, Cantabria s. 3^a de 29.6.2012; Las Palmas s. 1^a de 19.3.2010 y 9.12.2014, Barcelona s. 8^a de 21.10.2008, s. 9^a 5.12.2009, s. 5^a de 4.3.2013; s. 10^a 13.9.2013 y s. 5^a de 20.1.2014, que afronta la cuestión planteada en el presente recurso de haber accedido el acusado a la prueba de alcoholemia, mediante etilómetro de precisión realizada la primera un resultado positivo y negativa a la realización de la segunda, concluye que no concurre en estos supuestos el delito de negativa del artículo 383 CP -al menos con la generalidad que postula la sentencia recurrida-. Postura esta que considero más acertada, por cuanto:

1º es cierto que el Real Decreto 1428/2003, en su artículo 23.1, no ofrece, en principio, alternativa al agente de la autoridad que es someter al conductor presuntamente bajo la influencia de bebidas alcohólicas a una segunda prueba. En tal sentido la expresión **someterá** no deja margen al funcionario que, en consecuencia, se ve compelido por la disposición legal a someter a su vez al conductor a una segunda prueba.

Ahora bien el citado Real Decreto no ha previsto ni la eventualidad de que el conductor reconozca la influencia del alcohol en su condición declinando simultáneamente someterse a las pruebas, ni el supuesto que ahora contemplamos de que habiendo ofrecido resultado positivo la primera prueba, se rechace la práctica de una segunda, sin cuestionar su resultado. Y no parece demasiado razonable equiparar ambas conductas con la negativa abierta y persistente del conductor que presenta síntomas de haber ingerido bebidas alcohólicas, a someterse a las pruebas de detención de impregnación alcohólica.

2º el artículo 383 establece una tipificación de forma individual. La determinación de la conducta punible se realiza de forma única o singular. Su redacción descriptiva no es la de condenar a "aquellos conductores" que requeridos por agentes de la autoridad se negaren, sino la de condenar "al conductor que requeridos por un agente de la autoridad, se negaren a someterse a las pruebas legalmente establecidas..." esto es, el Código, que ha tipificado de forma individual la conducta punible, exige sin embargo que la negación sea a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Es decir, cuando define de forma singular el delito, no exige como acción típica la negativa a efectuar una prueba de detección, sino varias. De ahí que pueda entenderse que tal redacción es uno de los elementos fijados por el legislador como configurador del tipo penal. De ahí que la dicción literal del precepto hable textualmente de **las pruebas** y no de la prueba. Así se deriva no sólo de que el legislador realizara la redacción en plural, sino además de perfilar las pruebas como **las legalmente establecidas**, lo que supone una norma penal en blanco guardando íntima conexión con él R.D. 1428/2003 que aprobó el Reglamento General de la Circulación, en el que las pruebas de detección alcohólica no son tampoco individuales, sino que aquellas que se configuran como obligatorias -únicas sobre las que puede descansar el

delito del artículo 383- han sido reglamentadas en la pluralidad y el contraste. De tal suerte que la alusión penal a la negación plural (negación a someterse a las pruebas) es la consecuencia última de la voluntad del legislador que trata de sancionar una negación a todo lo legalmente impuesto.

Todo lo expuesto supone entender que cuando el artículo 383 condena a quien requerido por el agente de la autoridad se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas lo que realmente está tipificando es únicamente la conducta de aquel que no realice ninguna de las pruebas de aire expirado que indiquen los agentes, o lo que es lo mismo, que se niegue a realizar todas y cada una de las pruebas que son obligatorias y que por lo tanto le sean exigibles. El precepto habla de "pruebas" no "de cualquiera de las pruebas".

Por lo tanto, y como ya se ha indicado, si el Código Penal requiere, para la existencia del tipo penal, la omisión no parcial, sino plural de las legalmente establecidas, en los casos en que el acusado practique la primera de las dos obligatorias, negándose a practicar tan sólo la segunda, aplicando el principio "de donde el legislador no distingue no debe hacerlo el juzgador y menos aún en perjuicio del reo", podría concluirse que en estos casos no se cumplen los presupuestos del tipo penal del artículo 383 CP. 3º porque si un conductor al que se le ha realizado una primera prueba, practicada con todas las garantías, y da positiva, no cuestiona su resultado, no tacha la única medición efectuada, ni alega irregularidad alguna en el test de alcoholemia, y en el procedimiento correspondiente se le condena de un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 CP, puede cuestionarse si, además es autor de un delito del artículo 383 CP.

En efecto la realización de la segunda la prueba de impregnación está prevista en el artículo. 23.1 del Reglamento, que establece dos situaciones en las que ha de practicarse: una, si el resultado de la primera prueba diera un grado superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o 0,25 miligramos de alcohol litro de aire exspirado y otra si aún sin alcanzar esos límites la persona examinada presenta síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia del alcohol, pero dicha segunda prueba, tal y como establece literalmente el precepto mencionado, no se realiza a los efectos de comprobar el delito sino **para una mayor garantía y a efecto de contraste**,

es decir, una salvaguarda de los derechos de sometido de que la prueba que se le practicó en primer lugar y que arrojó un resultado positivo no fue debido a circunstancias extrañas ajenas a su persona.

Es por ello que el hecho de negarse el acusado a practicar una segunda prueba prevista como garantía del mismo, no puede suponer una conducta penalmente relevante, **pues quien renuncia a su derecho a contrastar habrá de pasar en todo caso por los resultados del primer examen.** Configurándose esta prueba de contraste, no como una obligación sino como un derecho del acusado, quien podrá interesar que este contraste se realice mediante análisis, de manera que la negativa a realizar este contraste ha de ser interpretada como la aceptación por parte del conductor de los resultados de la primera prueba y en consecuencia la renuncia a dicha prueba de contraste, lo que no puede interpretarse es como una negativa a la realización de las pruebas para la determinación de la tasa, pues teniendo en cuenta que en el caso de autos se ha practicado la primera medición mediante etílometro de precisión oficialmente autorizado, como demanda el art. 22 del Reglamento, las mismas han sido realizadas, si bien sin necesidad de prueba de contraste por renuncia u oposición del conductor, con las consecuencias que para él pueda suponer tal comportamiento en orden a la imposibilidad de discutir después los resultados de la prueba que no quiso contrastar con una segunda prueba o análisis.

En definitiva, debe descartarse que en casos como el presente si el acusado renuncia- a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado -explícita o implícitamente-, renuncia a una de las garantías que le ofrece el ordenamiento jurídico, - como también lo sería la extracción de sangre para los mismos fines-, y podrá ser condenado valorando como prueba de cargo el resultado obtenido con la primera prueba siempre que ésta reúna las condiciones legalmente establecidas, pero en contrapartida no podrá ser condenado por el delito de desobediencia por no darse un supuesto de fraude legal que hiciera ineficaz la norma, como así ha sucedido, por cuanto el acusado ha aceptado el resultado de la primera prueba y no ha cuestionado en la segunda instancia la condena por el delito previsto en el artículo 379.2 del Código Penal , no habiendo tampoco cuestionado en casación el valor de la prueba de alcoholemia ni su resultado, como tampoco la ingesta de bebidas alcohólicas y su influencia,

sino el hecho mismo de la conducción de un vehículo a motor. En consecuencia es un derecho del conductor requerido pero no una obligación lo que impide la comisión del delito del art. 383.

4º Porque no nos encontramos ante un supuesto similar al que se enjuició por esta Sala en la STS 1/ 2002 de 22 marzo, dado que debe descartarse que esta resolución consolide una interpretación formal del delito de desobediencia, esto es, que baste la mera desatención (total o parcial) al mandato para hacer aparecer el delito. Pese a que en algún pasaje de su texto pudiere desprenderse que es así, lo cierto es que, por el contrario, estima este Tribunal de alzada que lo realmente decisivo es la mención al "fraude de ley". En este particular, indica la repetida resolución que "es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello --como sucede en el presente caso--, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del art. 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto --dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo-- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal".

De repararse exclusivamente en el primer inciso, la consideración de la conducta consistente en rechazar la segunda medición como delictiva daría pie a pocas dudas, aún a fuerza de abocar a un concepto estrictamente formal de la desobediencia. Pero aquel primer inciso no es único y le sucede un segundo que no tiene ningún desperdicio a los fines del presente análisis, pues alude directamente al fraude de ley provocado por el sometido al test dado que "podría cuestionarse el resultado obtenido". Armonizando el completo dictado de la resolución de constante referencia, debe concluirse en que solamente cuando quien se sustraiga por su propia voluntad a la segunda medición e invoque posteriormente la irregularidad de la prueba alcoholimétrica cuestionando su resultado, se ofrece esa conducta de fraude que la doctrina legal integra en el delito que se viene tratando. Y el conductor cuando se niega a pasar la segunda prueba, prevista para su

garantía y en contradicción de la primera, no incurre en la conducta sancionada en el citado precepto. Todo ello-se insiste por este sector de Audiencias provinciales-porque la prueba a la que se invitó a someterse tan sólo tiene una naturaleza de constituir una garantía más, motivo por el cual se considera que su negativa ha de entenderse como una negativa a utilizar tal garantía, y no debe por tanto, penalizarse en su contra, por ser una manifestación emanada de su derecho de defensa, cuyo contenido esencial como derecho fundamental es nuclearmente libre y jamás impuesta. Se considera por esta línea de la llamada jurisprudencia menor, paradójico y en contra de la naturaleza de las cosas que por guardar el mejor escrúpulo para el derecho de defensa, permitiéndose pasar una segunda prueba del control del alcohol en el organismo, por si este diera un resultado menos gravoso que el primero, se penalizara la negativa a pasarlo con el delito sancionado SAP Navarra 113/2012 de 20 junio, "es absurdo porque se entiende que si el interesado, que es el único titular legítimo del derecho fundamental de defensa, renuncia, o lo que es lo mismo, se niega a pasar ese segundo control, se entiende que acepta el resultado del primero, como parámetro o índice de un contenido de alcohol" (SAP. Barcelona 409/2015 de 12 mayo).

Quinto.- Doctrina que sería aplicable al caso sometido a nuestro control casacional. El recurrente se sometió voluntariamente a una primera prueba con un etilómetro de precisión -no con el normal de muestreo- que arrojó un resultado positivo de 1,02 miligramos/litro. El acusado no negó la ingesta de alcohol ni cuestionó esa medición-ni en la instancia ni en la apelación- y la impugnación de la comisión del delito del artículo 379.2, no fue por no haber consumido bebidas alcohólicas, sino porque aquel sostuvo que él no era quien conducía el vehículo.

Y es sólo cuando se le insta a la realización de la segunda prueba con ese mismo etilómetro evidencial, pasados 10 minutos con la finalidad de contraste y garantía de la primera cuando se produce esa negativa a su práctica. Pero aquella primera medición, válida y no cuestionada, puede ser valorada en contra del mismo como elemento corroborado a la sintomatología que presentaba, a efectos de la comisión del artículo 379.2 CP, lo que implica que tal negativa en someterse a la segunda prueba ha resultado penalmente irrelevante a los efectos de determinar la concurrencia

de dicho delito contra la seguridad vial. Razones que debieron justificar la estimación del motivo examinado y la absolución del recurrente del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del artículo 383, por el que venía condenado con declaración de oficio de las costas de la primera instancia pues **sólo cuando la negativa a someterse a la segunda prueba entrañe fraude de Ley, de forma indirecta se intenta negar la validez de la primera prueba, esa negación constituiría el delito del artículo 383 CP.** pero no cuando solo suponga una renuncia a ese derecho- garantía prevista a su favor-.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. PABLO LLARENA CONDE A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 1859/2016.

PRIMERO.- Termina nuestra sentencia analizando el bien jurídico que se protege por el delito del artículo 383 del Código Penal. Describe que, pese a tratarse de un tipo penal que aparece estrechamente vinculado con la seguridad del tráfico, es ésta una protección mediata, pues lo que directamente tutela el tipo penal es el principio de autoridad. Y por más que pueda estarse de acuerdo con el posicionamiento de la Sala, he de advertir que la observación no presta una respuesta a la cuestión que aquí se suscita, esto es, si para el conductor de un vehículo es obligado efectuar la segunda prueba de detección del grado de impregnación alcohólica por aire espirado, de suerte que su negativa a realizarla constituye un desprecio del principio de autoridad que el tipo penal contempla, o si -por el contrario-, el conductor viene obligado a someterse una sola vez a dicha prueba, de manera que la segunda, la tercera o la decimocuarta repetición, carecen de virtualidad en la perpetración del delito que contemplamos.

Sobre esta cuestión, si bien la sentencia se extiende en los posicionamientos interpretativos que rechaza, entremezcla dos únicas razones que le llevan a proclamar que quien sea requerido para que realice la prueba de determinación del grado de impregnación alcohólica por aire espirado, debe soportar la pesquisa por dos ocasiones si así se le exige, y que una desatención parcial del proceso, supone la comisión del delito previsto en el artículo 383 del Código Penal. Concretamente, la Sala alcanza su conclusión desde una interpretación gramatical de la regulación normativa que ataña a esta cuestión, y lo refuerza apelando a la necesidad de que la prueba que se preconstituya, venga dotada de un alto grado de objetividad,

de modo que aporte una cierta *garantía institucional*, concluyendo que eso sólo se alcanza realizando la prueba en las dos ocasiones que se contemplan en el Reglamento de Circulación.

SEGUNDO.- Desde la consideración descriptiva, comparto -creo que como el resto de magistrados de la Sala- que la obligación de someterse a ambas pruebas de detección del grado de impregnación alcohólica, no deriva de la redacción plural que se recoge en el artículo 383 del Código Penal. Pese a la incompleta traslación del precepto en la fundamentación jurídica de la sentencia, el artículo 383 del Código Penal dispone que “El 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 y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”. La invocación a unas pruebas (en plural) que se recoge en el precepto, no supone que el legislador contemplara y exigiera la repetición que aquí debatimos, pues el artículo, como norma penal en blanco, no puede prever y considerar el contenido que modula la norma extrapenal de complemento a la que se remite. Si el tipo penal habla de pruebas, en plural, es porque viene a referirse a una diversidad de omisiones merecedoras de reproche penal, por eludir todas ellas la obligación de someterse a los instrumentos que permitan la detección de las conductas de riesgo que se recogen en los preceptos que le preceden, esto es, sanciona tanto que el conductor eluda el mecanismo que se establezca para comprobar la tasa de alcohol, como si la omisión hace referencia a los mecanismos de control de presencia de drogas tóxicas, de presencia de estupefacientes o de conducción bajo los efectos de sustancias psicotrópicas.

Debe observarse, además, que el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, adolece de igual inanidad para sustentar la interpretación del tipo penal, pues, aunque hace también referencia a una pluralidad de pruebas, el plural utilizado se conexiona otra vez con la diversidad de mecanismos de investigación y no con la reiteración de uno de ellos. Indica así el precepto que “2. El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas

en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley". Es cierto que el párrafo 3 de ese mismo artículo, parece comprometerse más y que adelanta una exigencia plural para las concretas pruebas de alcoholemia. Así parece entenderlo la mayoría de la Sala, que destaca que el artículo 14.3 dispone: "Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente" y añade "No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados". No obstante, carece de sentido concluir que en este precepto encontramos la base para entender que el artículo 383 del Código Penal obliga a pasar por una pluralidad de pruebas de etilometría, pues la taxatividad que quiere atribuirse a esa concreta disposición administrativa, no sólo se enfrenta a que se hable - también en plural- de los análisis clínicos (que nadie sostiene que hayan de ser reiterados), sino que pugna además, y fundamentalmente, con el número siguiente (art. 14.4 del Reglamento), en el que expresamente se desvela que los párrafos anteriores no han condicionado en modo alguno el modo en que deben realizarse las pruebas, al disponer que: "El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente".

En todo caso, la Sala considera que obligación de repetir la prueba de etilometría, viene claramente establecida en la regulación dada en los artículos 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

TERCERO.- No comparto que esa reiteración venga obligada.

Es evidente que la interpretación gramatical tiene un valor disminuido cuando se trata de determinar el alcance de un precepto penal, si el análisis lingüístico se está proyectando sobre la norma extrapenal a la que aquél se remite. Los principios inspiradores del derecho penal no se tienen marcadamente presentes en la redacción de la regulación administrativa, y la finalidad que orientó la norma de complemento puede presentar matices que nada tienen que ver con el bien jurídico que el tipo penal protege. Esto obliga a abordar con mayor precaución la interpretación gramatical de un tipo penal en blanco y sugiere la conveniencia de enriquecer el proceso valorativo de la regla de punición con otros resortes. Y no digo que la Sala no lo haga, sino que los que manejan no los comparto, por dos razones: a) Porque la norma reglamentaria extrapenal -gramaticalmente- no dice lo que se sostiene y b) Porque el resorte de complemento que se emplea (el de la garantía institucional), no es para mí determinante.

Vayamos a la literalidad del Reglamento extrapenal de remisión.

El Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, en su artículo 20, fija las tasas de alcohol en sangre y en aire espirado que se permiten a los conductores. Indica así que “No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro.

Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro.

Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir”.

Se expresa después (Artículo 21), qué personas están obligadas a someterse al control de impregnación alcohólica, indicando: “Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que

se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación (artículo 12.2, párrafo primero, del texto articulado).

Los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad".

No parece, que la *pluralización* de la referencia a las pruebas de impregnación alcohólica, responda todavía a un consciente posicionamiento normativo que conduzca con claridad a entender que tienen que ser varias las pruebas y que su elusión parcial pueda asentar la rotundidad de una sanción penal. El precepto hace referencia a las personas obligadas y no al alcance concreto de la obligación a la que están sujetos, respecto de la que - se dice expresamente- será *la prueba que se establezca*.

Es a partir aquí cuando se aborda la morfología de la prueba, pero haciéndolo en dos tiempos. En primer lugar, el artículo 22 concreta la naturaleza o el tipo de mecanismo que resulta obligatorio o, según qué circunstancias, optativo; y, en segundo término, el artículo 23 describe la metodología de su aplicación. Se expresa así en el artículo 22: "1. Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados.

A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos (artículo 12.2, párrafo segundo, in fine, del texto articulado).

2. Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar".

El artículo 22 se limita pues a determinar la naturaleza de la prueba que resulta obligada, pero sin posicionarse sobre su número. Todas las pruebas son descritas en plural, y entender por ello que un ciudadano está obligado a someterse a una pluralidad de pruebas de etilometría, es tan *precipitado* como lo sería afirmar -porque también se habla de ellas en plural- que las analíticas clínicas tienen que ser diversas o que han de ser también reiteradas. El precepto se circunscribe a rechazar métodos de detección del grado de impregnación alcohólica que sean el reflejo de la actuación imaginativa de un agente y que puedan ser contrarios al derecho a la dignidad de un ciudadano. Exigencias excéntricas como mantener la verticalidad, tocándose la nariz con el vértice del pulgar de una mano y la rodilla con el vértice del meñique de la misma mano. o poder andar una cierta distancia sin perder el paralelismo con un bordillo o con cualquier otra línea de la calzada, no pueden ser objeto de imposición policial, y su desatención no conculca en modo alguno, ni la norma administrativa de someterse a control, ni el principio de autoridad que el tipo penal contempla. El precepto fija que, para la verificación del grado de impregnación alcohólica, hay dos únicas metodologías que resultan imponibles y a las que se está sujeto: a) La de etilómetros oficialmente autorizados y b) Sólo cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida el uso de etilómetros, estarán obligados a someterse a las pruebas de detección que el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados considere oportuno realizar. Junto a estas metodologías de sumisión obligatoria, se establece una tercera modalidad, que sólo opera tras la ejecución de aquella y que únicamente es aplicable a solicitud del obligado, consistente en analíticas que permitan confirmar o refutar el resultado del etilómetro.

Sólo el artículo 23 describe la específica metodología que presta soporte a la interpretación de la Sala, indicando expresamente: "Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto

de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente". En todo caso, si bien es incuestionable que *someter* significa hacer pasar a alguien por una acción determinada, no pueden eludirse dos circunstancias complementarias. Por un lado, el mandato imperativo del Reglamento no tiene por destinatario al ciudadano, sino que se dirige expresamente a los agentes policiales actuantes, indicándoles la imposibilidad de abordar las actuaciones restrictivas de derechos que se contemplan en los dos artículos siguientes, sin desplegar antes una segunda prueba, que sirva de contraste respecto de la corrección de la primera. En segundo término, la reiteración de la prueba -y así se dice- tiene una finalidad de *garantía*, cuyo contenido semántico está más cercano al disfrute adecuado de un derecho, que a la imposición de un deber.

Esta es la única sugerencia gramatical, con sus matices de adverso, que puede conducir a la doble obligación que defiende la mayoría de esta Sala.

CUARTO.- La Sala habla además de la necesidad de que la prueba preconstituida venga dotada de un alto grado de objetividad, de modo que aporte una cierta *garantía institucional*.

La opinión mayoritaria de la Sala no entiende que la exigencia de una segunda prueba en *contraste y garantía*, venga referida al exclusivo desarrollo de los derechos del sometido a las pruebas, sino que se posiciona afirmando que la repetición de la prueba de etilometría -también- opera como un instrumento para que la prueba preconstituida venga pertrechada de un mayor grado de objetividad y pueda aportar cierta garantía institucional su utilización procesal. Desde esta concepción, perfilan que *las pruebas* a las que hace referencia el Reglamento, no son en realidad dos pruebas, sino una sola, pero integrada con dos momentos. Es esta morfología la que les permite sustentar que el delito de omisión que se describe en el artículo 383 del CP, queda consumado cuando el sujeto activo ha actuado en el comportamiento intermedio que enjuiciamos aquí, esto es, se ha sometido al primer control etilométrico y ha rechazado reiterarlo. Como la prueba es una,

pero tiene dos momentos para completarse con la objetividad y la garantía institucional que exige la norma, no afrontar uno de estos momentos, determina que la prueba no esté cumplida y que el sujeto activo se haya negado a someterse a las pruebas legalmente establecidas.

El criterio gramatical parece entrar en una cierta contradicción. En todo caso, sinceramente creo que entender que la prueba sólo estará completa y correctamente practicada si se realizan las dos mediciones, es una interpretación que debería ser claramente rechazada. La interpretación, si bien lleva a la condena de quien permitió evidenciar su estado de embriaguez y por ello facilitó que pudieran adoptarse las garantías viarias que resultaban precisas, conduce a posicionamientos tan ilógicos en todos los demás supuestos. que justificaría el rechazo de la postura de la Sala. Si la prueba de impregnación alcohólica por aire espirado es única, y si precisa de dos momentos para alcanzar un resultado *objetivo e institucionalmente estable*, no acierto a entender cómo el Reglamento no obliga a reiterar la prueba cuando el primer resultado es negativo, permitiéndose a los conductores continuar su trayecto sin haberse despejado la posible existencia de un riesgo en la circulación con esa certeza *objetiva*. Si se trata de una sola prueba, que precisa de un doble resultado para *su estabilidad institucional*, no se acierta a comprender que cuando en el primer control el conductor refleje un resultado negativo, pero presente síntomas claros de encontrarse bajo los efectos de bebidas alcohólicas, baste con realizar una segunda prueba para adoptar las medidas restrictivas y no se exija una prueba dirimente que reconfirme de manera *objetiva y estable* la sospecha del segundo resultado (art. 23 del Reglamento). Y si la prueba precisa y exige dos mediciones (y el Reglamento no posibilita añadir otros controles), jamás podría sustentarse una condena penal por una tasa superior a 0,6 gr de alcohol, ni podrá tampoco imponerse una sanción o restricción administrativa, si las dos lecturas están enfrentadas en su antijuricidad. Si la *objetividad y estabilidad* de la prueba, precisa de la reiteración del resultado incriminitorio, la coyuntura que he expresado debería haber despertado en el legislador la cautela de permitir someter al conductor a una *tercera prueba dirimente*, pues sería el único modo para poder apartar de nuestras

carreteras (de manera objetiva y creíble) a los conductores que ponen en riesgo la circulación cuando se trasladan o retornan a sus casas.

QUINTO.- La STC 127/1990, de 5 de julio, recordaba: “Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente cominada”.

Se describe así un marco en el que la interpretación de la norma debe ajustarse a la mejor protección del bien jurídico, desde una concepción restrictiva. Es evidente que el principio de intervención mínima, o de “*ultima ratio*”, va dirigido al legislador y no al aplicador de la norma; en todo caso, cuando los términos del legislador no fueron claros, el principio se transforma en un criterio más de la interpretación, pues el juez sabe que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad penal, de entre las distintas opciones que posibiliten la protección penal que inspiró la norma.

Por ello rechazo el posicionamiento del parecer mayoritario de la Sala, y mantengo mi discrepancia defendiendo la existencia de un esquema regulativo con el siguiente contenido:

A. La prueba de determinación del grado de impregnación alcohólica por aire espirado es única e instantánea.

B. Como en el resto de mediciones y analíticas técnicas, su objetividad y seguridad no deriva de su repetición (menos aún cuando no se contempla una ulterior reiteración dirimente), sino que reside en el control de fabricación, calibración, revisión y en los errores máximos tolerados para los aparatos de medición, tal y como se establece en una normativa administrativa detallada y específica. Concretamente hoy, en la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología; que se desarrolla mediante Real Decreto 244/2016, de 3 de junio; así como en la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado.

C. La desatención de la prueba constituye el delito previsto en el artículo 383 del CP.

D. La repetición de la prueba a la que se refiere -para determinados supuestos- el artículo 23 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, no es sino una obligación impuesta a las autoridades policiales, en garantía del derecho de los conductores, con carácter previo a poder adoptar las medidas restrictivas que se establecen en los artículos 24 y 25 del Reglamento.

E. La negativa de un conductor a efectuar esa segunda prueba, entraña renunciar a su derecho de contrastar el resultado primeramente obtenido. Por ello, ni la renuncia es constitutiva del delito contemplado en el artículo 383 del CP, ni permite cuestionar los resultados de la primera lectura, más allá de los supuestos de inobservancia del régimen de supervisión, calibración y control de los etilómetros, establecido en el régimen regulador vigente en cada momento para estos instrumentos.

F. En los casos en los que el conductor renuncie a esta segunda prueba, la policía podrá adoptar las medidas contempladas en los artículos 24, 25 y concordantes del Reglamento de Circulación, conforme al resultado obtenido en la primera de las mediciones, precisamente por renuncia del conductor a todo corroboración.

G. Cuando el resultado de la primera prueba fuera negativo, pero existan indicios claros de que el conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el artículo 23 del Reglamento de Circulación, permite que los agentes policiales puedan imponer de nuevo la prueba, operando esta en los mismos términos de unidad y obligatoriedad que ya se han descrito.

Entiendo que esta es la lectura correcta del artículo 383 del CP y de la normativa extrapenal que lo complementa. Sólo el corrimiento de la obligatoriedad de las pruebas, presentando cómo exigibles un número mayor de pruebas de las que se imponen, permite entender que en el caso presente se haya desatendido el principio de autoridad. Por otro lado, el control y la precisión de los aparatos de medición, permiten la adecuada protección de la seguridad de la vía con la realización de una sola prueba, prestando mi lectura del precepto una mayor protección del bien jurídico mediato que es la seguridad vial, que la que resulta de entender que sólo habrá prueba si hay dos mediciones apuntando en el mismo sentido. Por último, mi posicionamiento facilita una plena garantía para el conductor que reclame el contraste de los resultados, mediante una reiteración de la prueba del etilómetro y con analíticas después (ésta a su costa si se confirmara el positivo).

No obstante lo expuesto, soy consciente de que es el parecer mayoritario el que configura el sentido de cualquier decisión que se atribuya a un órgano colegiado y deliberativo, siendo además consciente de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo y del motivo de casación que contemplamos.

Por ello, asumo plenamente el posicionamiento interpretativo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y adelanto que seguiré tal criterio para decisiones futuras, mientras no se produzca una modificación normativa que recoja con plena claridad el posicionamiento que he mantenido.

Pablo Llarena Conde



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA