



Roj: **STS 2832/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2832**

Id Cendoj: **28079120012017100563**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/07/2017**

Nº de Recurso: **1923/2016**

Nº de Resolución: **531/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 8066/2016,**  
**STS 2832/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 11 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1923/2016 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2016 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona que estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Martin contra la sentencia dictada el 18 de mayo en el Procedimiento de enjuiciamiento Rápido nº 171/2016 seguido en el Juzgado de lo Penal nº 22 de Barcelona revocando parcialmente dicha resolución.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo penal nº 22 de Barcelona siguió procedimiento de enjuiciamiento rápido nº 171/2016 contra Martin por delitos contra la seguridad vial. Con fecha 18 de mayo de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

« ÚNICO.- Se declara probado que el acusado Martin , mayor de edad y con antecedentes penales, sobre las 04.30 horas del día 30 de abril de 2016 conducía el vehículo marca Opel, modelo Zafira, matrícula ....HGQ , por el Paseo Taulat de esta ciudad haciéndolo en condiciones psicofísicas no adecuadas a tal fin como consecuencia de una reciente ingesta de bebidas alcohólicas, teniendo sus capacidades sensoriales, de reflejo y de atención necesarias seriamente mermadas con el consiguiente riesgo para el resto de usuarios de la vía y con una luz de posición fuera de servicio, lo que fue observado por una dotación de la Guardia Urbana de Barcelona.

Requerido para la práctica de un control de alcoholemia por parte de la fuerza actuante, previa correcta y completa información de sus derechos, con alcoholímetro donde se obtuvo un resultado de 1.15 mgs de alcohol por litro de aire espirado, se negó abiertamente a repetir la prueba correctamente con etilómetro evidencial, pese a ser informado de las consecuencias de dicha negativa. A lo largo del lapso temporal relatado el acusado mostraba un claro aliento a alcohol, comportamiento insultante, un habla incoherente, ininteligible y repetitiva, y con movimiento oscilante de cuerpo y dificultades para mantener la verticalidad.

Requerido al acusado para que mostrara carnet de conducir que habilitara su conducción, no mostró ninguno ni dio razón de su posible existencia.

En la fecha de los hechos, el acusado ha sido condenado ejecutoriamente por el delito de conducción sin permiso en las siguientes sentencias:



Sentencia de fecha 29.7.2013, dictada por el Juzgado de Instrucción 15 de Barcelona, que le condenó a la pena de 32 trabajos en beneficio de la comunidad, la cual extinguió en fecha 6.7.2015.

Sentencia de fecha 17.2.2015, dictada por el Juzgado de lo Penal 28 de Barcelona, que le condenó a la pena de 12 meses de multa.

Sentencia de fecha 11.3.2015, dictada por el Juzgado de lo Penal 7 de Barcelona, que le condenó a la pena de 20 meses de multa».

**SEGUNDO.**- En su parte dispositiva la sentencia establece.

«Que debo CONDENAR y CONDENO, a Martin como autor criminalmente responsable:

De un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas, previsto y penado en el art. 379.2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de multa con cuota diaria de 4 euros -esto es, 720 euros- con responsabilidad personal caso de impago en los términos del art. 53 del Código Penal -90 días de privación de libertad- y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año.

De un delito de negativa a realizar las pruebas de impregnación alcohólica, previsto y penado en el art. 383 CP, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de embriaguez ex arts. 21.6, 21.1 y 20.2 del CP, a la pena de seis meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año, y

De un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción sin permiso, previsto y penado en el art. 384 CP, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante de multirreincidencia ex arts. 22.8 y 66.5 CP, a la pena de doce meses de multa con cuota diaria de 4 euros -esto es, 1440 euros- con responsabilidad personal caso de impago en los términos del art. 53 CP -180 días de privación de libertad- y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año.

Y le condeno al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a todas las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, mediante escrito presentado ante este Juzgado que cumpla los requisitos del art. 790 LECrim, dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia».

**TERCERO.** - Contra esa resolución promovió el penado recurso de apelación que sería estimado por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de fecha 9 de septiembre de 2016. Su parte dispositiva establece:

«Que ESTIMANDO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Martin contra la Sentencia dictada con fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis en el Procedimiento de Enjuiciamiento rápido nº 171/16 seguido en el Juzgado de lo Penal nº 22 de Barcelona, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución para absolver al mencionado recurrente del delito de negativa a realizar las pruebas de detección alcohólica por el que fue condenado, CONFIRMAMOS todos sus restantes extremos y declaramos de oficio la tercera parte de las costas procesales de la instancia así como la totalidad de las de la apelación.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes procesales, con expresión que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo exclusivamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ».

**CUARTO.**- Notificada la Sentencia se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando un **único motivo** por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim por no aplicación del art. 383 CP.

**QUINTO.** - La representación procesal de D. Martin impugnó el recurso; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 29 de junio de 2017.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** Suscita este recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal una controvertida cuestión jurídica que ha propiciado soluciones divergentes en distintos Tribunales de nivel provincial. El tema discutido ha sido ya objeto de debate y fijación de criterio por el Pleno de esta Sala a través de una resolución que estrenaba la nueva modalidad de casación introducida por la reforma de 2015 frente a sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial y, por tanto, enjuiciando delitos menos graves. Es la STS 210/2017 de 28 de marzo .

Hay que estar a lo resuelto en tal pronunciamiento del que éste será tributario. Nos limitaremos casi a reproducir los argumentos de aquella sentencia que fijó doctrina jurisprudencial sobre el punto debatido: si el rechazo a realizar la prueba de alcoholemia prevista reglamentariamente es suficiente para colmar las exigencias típicas del art. 383 CP cuando el sujeto se ha sometido voluntariamente a una primera medición. En aquella resolución se despejaba esa incógnita con una respuesta afirmativa fundada en diversos argumentos que ahora recordaremos.

Es en este caso el Ministerio Público quien combate en casación la interpretación postulada por una de las Secciones que integran la Audiencia Provincial de Barcelona partidaria de excluir la reacción penal cuando el sujeto no se pliega a efectuar más que una medición y luego no usa en su defensa ese extremo cuestionando esa prueba. Realizada una primera prueba, la negativa a realizar otra, no podría ser subsumida en el delito del artículo 383 CP al existir ya base suficiente no discutida para la condena por el delito del art. 379 CP . Resultaría disfuncional condenar además por la negativa del art. 383 CP pues el objetivo último del precepto ya se ha alcanzado.

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

Rezaba así el primigenio art. 380: «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 de 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 puede cuestionarse la conformidad de la norma con el texto constitucional.

La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que modificó el Código Penal en materia de seguridad vial, desplazó el referido delito a su art. 383 suprimiendo la referencia a la desobediencia para dotarle de autonomía. En el Preámbulo de la referida Ley Orgánica se lee: «*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 diferencias entre ambos preceptos (380/383) no son esenciales aunque tienen alguna significación. Algo 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 constituiría una mera infracción administrativa pues se diluía la instrumentalidad al servicio de la persecución del delito del art. 379 CP . Este tipo de discurso de alguna forma y con variantes ha aflorado de nuevo en la polémica doctrinal objeto de examen.

La redacción, vigente desde el 2 de diciembre 2007 como recuerda la sentencia de apelación, no se limita a suprimir la anterior remisión al delito de desobediencia. Añade una pena de privación del permiso de conducir con una clara finalidad político criminal ("que no *compense*" la negativa), lo que se alcanza a través de un método punitivo discutible e incluso, si se quiere, dogmáticamente criticable ( STS 419/2017, de 8 de junio ).

**TERCERO.-** El art. 383 CP es norma penal en blanco. Remite, expresamente a la normativa administrativa sobre comprobación de las tasas de alcoholemia que viene integrada 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, siguiendo la estela tanto de la sentencia de la Audiencia como el recurso del 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», se dispone 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*).

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 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 etilómetros 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. Este sirve solo como aproximación para luego dar paso en su caso a un etilómetro evidencial. Si el resultado bien con el de muestreo, bien ya con el evidencial, es negativo y no se observan síntomas de influjo de bebidas alcohólicas no son necesarias nuevas actuaciones.

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. La práctica previa de una medición de muestreo no altera la obligatoriedad de esa doble medición con aparato autorizado.

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.

**CUARTO.-** Es útil consignar sucintamente algunos fragmentos de dos precedentes sobre esa tipicidad emanados de esta Sala Segunda. Ambos recayeron en causas especiales seguidas contra aforados. La sentencia de instancia busca en algunos de sus pasajes apoyo a su interpretación.

a) La STS 3/1999, de 9 de diciembre tras realizar un análisis crítico de la regulación introducida en el artículo 380 CP por la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, trata de fijar los linderos que discriminan la infracción penal de la infracción administrativa vigente en aquel tiempo:

«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 ).

Debemos enfatizar ahora 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.

b) La STS 1/2002, de 22 de marzo , por su parte, analizaba un supuesto de negativa 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 muy relevante. Este pudiera parecer el supuesto ahora analizado en una primera aproximación. El hecho probado así lo sugiere. Eso marcaría una diferencia relevante respecto del asunto contemplado en la



STS 210/2017 . De ser así sería todavía más clara la procedencia de aplicar el art. 383 CP al haberse practicado la única prueba con un aparato digital o de muestreo. Pero, como se verá, no es así.

La prueba de muestreo en el caso analizado en la STS 1/2002 arrojó un resultado de 1 miligramo de alcohol por litro de aire espirado. Informado de que habría de someterse nuevamente a la prueba a practicar ya 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. Héctor ., 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<sup>a</sup> 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 ".

El sometimiento a una prueba de aproximación nunca exonera, en caso de que haya dado positivo, de las pruebas con alcoholímetro de precisión. La negativa es delictiva. Pero, pese a lo sugerido antes, no es ese el supuesto que ahora se contempla como evidencia el examen detenido de la causa ( art. 899 LECrim ). Hubo también una primera medición con alcoholímetro de precisión. La negativa se proyectó sobre una segunda medición (folio 14), aunque no aparece bien reflejado en el *factum* .

El argumento relativo a la necesidad de evitar actitudes fraudulentas se vierte en la sentencia 1/2002 a mayor abundamiento y en abstracto, en un marco teórico. Extraer de ese argumento la idea de que solo habrá delito cuando se invoca la ausencia de la prueba rechazada para tratar de exonerarse de la condena por el delito de conducción etílica es ir más lejos de lo que iba esa sentencia. Lo vemos enseguida.

**QUINTO.-** Tres posiciones diferenciadas, en lo que aquí interesa, podemos distinguir con la STS 210/2017 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. A esta tercera tesis se adscribe el Tribunal a *quo*.

Analicemos los argumentos que barajan 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 renunciabile. La literalidad del precepto antes transcrito (art. 23 del Reglamento) que alude a las mayores garantías y al contraste abonarían 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 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 recalcado. 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 renunciabiles.

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, irrenunciabiles. 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 ha dicho asimismo 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 la 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, hay que hablar de 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; y carece de las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada. 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 sentencia de este Tribunal 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 y aquí tendríamos un ejemplo de ello); 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 concurre 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 vigente 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. 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 es lógica la interpretación que parece inspirar en este caso al Tribunal *a quo* a tenor de la cual solo surgirá 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 introduce unos elementos extravagantes tanto desde el punto de vista de la dogmática penal como de la arquitectura del tipo delictivo. La consumación del delito quedaría pendiente de una anómala 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 o del resultado del etilómetro de muestreo. 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 una nueva prueba o medición (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 una prueba con aparato homologado o de una segunda medición ¿estaríamos ya ante una negativa punible convirtiendo en típico la que hasta ese momento se consideraba atípica? ¿Significaría esto concebir el acatamiento persistente del resultado de la primera medición en una especie de exótica excusa absolutoria? Solo si se acepta la situación de embriaguez la conducta sería atípica.

No es asumible esta alambicada construcción que emerge en el discurso de la Sala de instancia queriendo conectarla con la STS de 22 de marzo de 2002, donde aparece solo como argumento de refuerzo que en abstracto milita en favor de la interpretación postulada y no como razón principal de la decisión, o como exigencia de un desenlace condenatorio.

**g)** Ciertamente -apuntaba la STS 210/2017 - 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 más elevada. Pero esta apreciación no lleva a expulsar del tipo penal lo que también es una negativa en cuanto la prueba no puede realizarse en su integridad cuando el sometido a ella se niega a su segunda fase, sin la que no se puede considerar finalizada la prueba. También eso es *negativa*, aunque la gravedad esté atemperada.



**h)** No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una de las mediciones 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 normativo y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda prueba o medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. «El mensaje -y recogemos palabras literales de la STS 210/2017 - 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 espiración».

**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 del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada de desobediencia.

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 se produce ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se opone a órdenes de agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.

Mediante el 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 primariamente 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 está Sala Segunda (STS 419/2017, de 8 de junio ).

Que esta infracción además haya sido concebida como medio eficaz para lograr la efectividad del art. 379 blindando penalmente 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 sancionándose el entorpecimiento de funciones públicas, 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: SSTS 1/2002, de 22 de marzo y más recientemente 419/2017, de 8 de junio. Leemos en esta última: "En lo que se refiere al delito de desobediencia específica del art. 383 del C. Penal, se consuma por el hecho de negarse a someterse a las pruebas de tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas reseñadas en los preceptos precedentes. El legislador ha enfatizado la relevancia que tiene la pericia de alcoholemia para averiguar y acreditar probatoriamente el delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ha querido reforzar las posibilidades de su punición obligando a los conductores a realizar la pericia mediante la amenaza disuasoria de la imposición de una pena. Se ha considerado que sin la práctica de esa pericia era difícil garantizar la aplicación del tipo penal del art. 379.2 y que, ante la eventualidad de que no se aplicara el delito de desobediencia específica era muy plausible que disminuyera la protección de los bienes jurídicos que ampara el referido precepto: el bien inmediato supraindividual de la seguridad del tráfico y los bienes más mediatos, pero de una mayor tangibilidad y enjundia, consistentes en la vida y la salud (física y psíquica) de los ciudadanos.

El precepto cumple una importante función de prevención general negativa o disuasoria en cuanto que el conductor que pilota un vehículo evita no consumir alcohol ni otras drogas al ver bloqueadas sus posibilidades de evitar el castigo penal negándose a practicar las pruebas periciales que prevé el art. 383 del C. Penal. Por lo cual, el precepto previene anticipadamente que los conductores ingieran esas sustancias antes de ponerse al mando de un vehículo. La imperatividad de la prueba pericial y el refuerzo que supone para la averiguación del delito cumple así una importante función disuasoria orientada a evitar que la acción principal de peligro abstracto se produzca.

A esa función preventiva general de la norma se le suma la eficacia que se obtiene en la persecución del delito una vez que el hecho que integra el tipo penal del art. 379.2 se consuma. Máxime si se pondera que la relevancia de esa prueba pericial se ha incrementado sustancialmente con la tipificación establecida en segundo inciso del apartado 2 del precepto: «En todo caso será condenado con dichas penas (las previstas en el apartado anterior) el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro».

Se ha cuestionado doctrinal y jurisprudencialmente la aplicación conjunta de ambos preceptos al entender que el tipo penal del art. 383 del C. Penal presenta un carácter meramente formal que vulnera el principio de ofensividad o lesividad, al no concurrir un bien jurídico realmente afectado o vulnerado distinto a los bienes ya contemplados en el artículo 379 del mismo texto legal. Por lo cual, en el caso de que se aplicara este último precepto ya no cabría apreciar conjuntamente el delito de desobediencia. Sin embargo, a pesar de la dosis de razonabilidad que esa opción presenta, ello no tiene por qué ser necesariamente así.

En primer lugar, porque, tal como se ha expuesto *supra*, el Tribunal Constitucional ha afirmado que el delito de desobediencia tutela la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado, señala el TC, principio de autoridad-. Y ello no sólo lo ha admitido con anterioridad a la reforma de 2007 (SSTC 161 y 234 de 1997), sino también parece desprenderse el mismo criterio, si bien de forma indirecta o tácita, cuando entró a contemplar la posibilidad de un concurso real entre ambos delitos con posterioridad a la referida reforma, es decir, cuando el tipo de desobediencia se ubicó como específico en el Capítulo IV del Título XVII del C. Penal (STC 1/2009, de 18-12).

El delito específico de desobediencia del art. 383 del C. Penal ha sido conceptualizado por un sector doctrinal como un *delito obstáculo*, que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e incluso con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son por lo tanto delitos que se configuran como auténticos *obstáculos* que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos el principio de ofensividad cede ante la necesidad de prevención general y se presentan como tipos penales formales o de mera desobediencia mediante los que se anticipa,



si bien en algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal.

En el caso del art. 383 del C. Penal el legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el art. 379.2 del C. Penal. El legislador ha sopesado que, de no reforzar con una amenaza penal la obligación de someterse a la pericia de alcoholemia, los conductores se negarían a realizarla y los bienes jurídicos que tutela el precepto principal se verían desprotegidos.

El carácter meramente instrumental y formal del tipo penal recogido en el art. 383 y, además, su condición de precepto que a su vez tiene como fin garantizar y reforzar la aplicación de un tipo penal de peligro abstracto, así como la cuantía de la pena (superior a la del art. 379.2), son los factores que generan cierta reservas o recelos a su aplicación, dado el vínculo lejano que muestra con respecto a los bienes jurídicos materiales que de una forma muy mediata pretende tutelar (la vida y la salud de las personas).

Pues, en efecto, si el delito del art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, el delito del art. 383 cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el Capítulo IV del Título VII del C. Penal.

Así las cosas, puede decirse que el componente de ofensividad material del delito para los bienes personales principales es precario, como suele suceder con otros tipos penales que amparan directamente bienes jurídicos supraindividuales e institucionales. Ello no impide que cumpla desde esa perspectiva una función de cierta relevancia, tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la eficacia de la aplicación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La función del art. 383 todavía alcanza un mayor realce tras la introducción mediante la reforma legal de 2007 del tipo de conducción etílica que se cumplimenta por el mero acto de conducir un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas por encima de ciertas tasas legales, que se especifican en el nuevo inciso segundo del art. 379.2. A partir de esa reforma resulta imprescindible la práctica de la pericia de alcoholemia para constatar el elemento típico nuclear consistente en la tasa de alcoholemia. De modo que en el caso de que no operara el tipo penal del art. 383 la eficacia preventiva del nuevo supuesto todavía quedaría más debilitada que en los casos previstos en el primer inciso del art. 379.2 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin necesidad de que conste la tasa de alcoholemia).

Por lo demás, tampoco puede cuestionarse que el procurar que la autoridad y sus agentes ejerzan las funciones que les encomienda la sociedad en unas condiciones de legítima eficacia, prohibiéndose aquellas conductas que las dificulten u obstaculicen, constituye un bien jurídico tutelable por la norma penal.

Es cierto que se da en este caso la singularidad de que el objeto de la prueba es el propio imputado, circunstancia que genera no poca renuencia y rechazo por el ciudadano que se ve implicado como imputado en unas diligencias de investigación de esa índole. Esta contingencia, sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no supone ningún obstáculo de índole procesal para aplicar la norma sancionadora, toda vez que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y tampoco a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE ( SSTC 103/1985 , 107/1985 , 76/1990 , 197/1995 y 161/1997 , entre otras).

Con lo cual se comprueba una vez más que lo que en gran medida genera cierto rechazo o repulsa en el supuesto que nos ocupa no es que se utilice un delito formal o instrumental para garantizar el resultado probatorio de un juicio, sino más bien que ese delito sea instrumentalizado para que colabore el acusado en la obtención de su propia condena, al prohibirle una conducta omisiva que, en principio, debiera ser entendida como lo que se conoce como un autoencubrimiento impune. Sin embargo, conviene reiterar que, **una vez que el Tribunal Constitucional adopta la decisión de considerar imperativa esa colaboración al no insertarla dentro del concepto de declaración o confesión del reo, se hace ya muy difícil descartar de plano la posibilidad de que se esté incurriendo en un delito de desobediencia**. Y ello a pesar de las reticencias que pueda generar desde una óptica penal, sustantiva y procesal, la punición de un imputado por el mero hecho de autodefenderse adoptando un comportamiento omisivo contrario al art. 383 del C. Penal ...".



Así pues hay que concluir considerando ajustada a derecho la interpretación del juzgado de lo Penal: la negativa del acusado estuvo bien incardinada en el art. 383 CP .

#### **Procede la estimación del recurso.**

**SEXTO-** Las costas han de declararse de oficio.

#### **FALLO**

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

**1.- ESTIMAR el recurso de casación** interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2016 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona y que estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Martin contra la sentencia dictada el 18 de mayo (Procedimiento de enjuiciamiento Rápido nº 171/2016), seguido en el Juzgado de lo Penal nº 22 de Barcelona revocando parcialmente dicha resolución al absolver a Martin del delito de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica por el que había sido condenado; y en consecuencia **se deja sin efecto la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona** recobrando su plena eficacia en todos sus extremos la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 22 de Barcelona. **2.- Declarar de oficio** las costas de este recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia Juan Saavedra Ruiz

#### **VOTO PARTICULAR**

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA D<sup>a</sup> Ana Maria Ferrer Garcia, Discrepo respetuosamente del parecer mayoritario de mis compañeros en el mismo sentido en que lo hice respecto a la Sentencia del Pleno, STS 210/2017 de 28 de marzo , al adherirme al voto particular formulado por el Excmo. SR. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Entiendo que el recurso del Fiscal debió ser desestimado y confirmada la absolución del acusado delito del artículo 383 del Código Penal tal y como fue acordada por la Audiencia Provincial de Barcelona. El acusado Martin fue condenado en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 22 de Barcelona el 18 de mayo de 2016 , en el procedimiento de enjuiciamiento rápido 171/2016 , como autor de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 CP ; de otro de negativa a realizar las pruebas de impregnación alcohólica del 383 CP; y otro contra la seguridad vial en la modalidad de conducción sin permiso del artículo 384 CP .

Contra esa resolución promovió el penado recurso de apelación que fue estimado parcialmente por la Sección 8<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de septiembre de 2016 , que de revoco la condena en relación al delito de negativa a realizar la prueba de alcoholemia y la confirmó en los restantes extremos. Contra esta última sentencia interpuso el Fiscal recurso de casación por infracción de ley del artículo 849.1 LECrim por indebida inaplicación del artículo 383 CP . Como dijimos en el citado voto particular: «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 indubitada 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, 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», 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 practique 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 repercuta 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 recurso debió ser desestimado y confirmada la absolución del acusado en relación al delito del artículo 383 CP por el que venía condenado.

Ana Maria Ferrer Garcia