



Roj: **SAP M 7928/2018 - ECLI: ES:APM:2018:7928**

Id Cendoj: **28079370302018100307**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **21/05/2018**

Nº de Recurso: **255/2018**

Nº de Resolución: **309/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **IGNACIO JOSE FERNANDEZ SOTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**

### **SECCIÓN TRIGÉSIMA**

**Rollo nº 255/18 RAA**

**P.A. 406/2016**

**Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid**

**SENTENCIA nº 309/2018**

**Sres. Magistrados**

**D<sup>a</sup> ROSA MARÍA QUINTANA SAN MARTÍN**

**D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO**

**D<sup>a</sup> MARÍA FERNANDA GARCÍA PÉREZ**

En Madrid, a 21 de mayo de 2018

VISTO ante esta Sección, el rollo de apelación nº 255/18 formado para sustanciar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 29 de noviembre de 2017 dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid en el procedimiento abreviado nº 406/2016 de los de dicho órgano Jurisdiccional, seguido por delito CONTRA LA SEGURIDAD VIAL, siendo parte apelante EL MINISTERIO FISCAL, y parte apelada D. Joaquín , actuando como Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO JOSÉ FERNÁNDEZ SOTO, quien expresa el parecer del Tribunal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal indicado en el encabezamiento en la fecha expresada se dictó Sentencia cuyos hechos probados dicen lo siguiente:

«Apreciando en conciencia la prueba practicada, expresa y terminantemente se declara probado que sobre las 5:25 horas, del día 15 de marzo de 2015, el acusado Joaquín , mayor de edad con antecedentes penales no computables en esta causa circulaba por el Paseo de la Chopera de Madrid, con el Volkswagen matrícula ....-DQF , después de una previa ingesta alcohólica, siendo interceptado por Agentes del CPL en un control de alcoholemia, invitándolo a someterse a las pruebas de alcoholemia, haciendo la primera prueba que no ha quedado probado arrojara un resultado de 0,44 mgs. alcohol por litro de aire espirado y al observar el resultado se dio a la fuga en el vehículo sin realizar la segunda prueba.»

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la sentencia establece:

«Absuelvo al acusado Joaquín , de un delito contra la Seguridad Vial ( art. 379.2, primer inciso CP ) y de un delito contra la Seguridad Vial ( art. 383 CP ) de los que venía imputado, declarando de oficio las costas procesales.»



**TERCERO.-** Notificada dicha resolución a todas las partes interesadas, contra la misma se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, en cuyo escrito, tras expresar los fundamentos del recurso que tuvo por pertinentes, interesó la revocación de la sentencia en el sentido de que se condenase al acusado por el delito de negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia.

**CUARTO.-** Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo al resto de las partes personadas, para que en el término legal formularan las alegaciones que tuvieren por conveniente a sus respectivos derechos. En ese trámite, la defensa impugnó el recurso. Evacuado dicho trámite se remitieron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Madrid mediante oficio de 12 de febrero de 2018.

**QUINTO.-** Recibidos y registrados los autos en esta sección el 15 de febrero, por diligencia de ordenación de la fecha se designó ponente y se señaló día para deliberación por providencia de 16 de mayo, sin celebrarse vista pública al no solicitarse ni estimarse necesaria, quedando los mismos vistos para Sentencia.

## HECHOS PROBADOS

**ÚNICO:** Se aceptan íntegramente los hechos probados de la resolución recurrida

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal solicita la revocación parcial de la sentencia que absolvió al acusado de los dos delitos contra la seguridad vial por los que se había formulado acusación. La sentencia de instancia consideró no probada la influencia de alcohol en la conducción, dado que solo se obtuvo un resultado en la prueba de alcoholemia y la sintomatología acreditada no fue suficientemente significativa. Al tiempo, aun acreditado que el acusado fue apercibido de incurrir en delito contra la seguridad vial, absolvió al acusado del delito del art. 383 al considerar que una vez que el acusado accedió a realizar la primera prueba en aire espirado, la fuga de éste sin practicar la segunda supone únicamente su renuncia al derecho a contrastar los resultados del primer examen, sin ninguna relevancia delictiva.

Se solicita por el Ministerio Fiscal, caso de estimarse el recurso, la condena del acusado a las penas de ocho meses de prisión y dos años de privación del derecho a conducir.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo hemos de afirmar la posibilidad de revisar en esta instancia la sentencia absolutoria, teniendo en cuenta los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 45/2011, de 11 de abril .

Dicha sentencia parte de la reiterada doctrina constitucional relativa a los casos en que es necesaria la audiencia del acusado en apelación, y así, recuerda que en la reciente STC 184/2009, de 7 de septiembre , FJ 3 -con referencia a la STC 120/2009, de 18 de mayo , FJ 3, que sintetiza de manera detallada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto-, se había recordado «la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía , § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él ( STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía , §§ 58 y 59).»

Ahora bien, el Tribunal recuerda que «también hemos afirmado desde la STC 170/2002, de 30 de septiembre , FJ 15, que *cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente*



*sobre la base de lo actuado* » En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indica que «tras celebrarse una vista pública en primera instancia, la ausencia de debate público en apelación puede justificarse por las particularidades del procedimiento considerado, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente expuestos y protegidos ante éste, y principalmente la índole de las cuestiones que éste tiene que juzgar ... Así, ante un Tribunal de apelación que goza de plenitud de jurisdicción, el artículo 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de comparecer personalmente en los debates» (entre otras STEDH de 16 noviembre 2010, caso García Hernández c. España § 24; 16 diciembre 2008, caso Bazo González c. España § 30). De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación «no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas» ( STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 36). De donde se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la mencionada STEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España , se consideró inexistente la vulneración del art. 6.1 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados.» (§ 36)."

Por ello concluye el Tribunal Constitucional: «La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído. De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.»

Entendemos que, en el presente caso, es clara la posibilidad de revisión del argumento de la sentencia absolutoria, en cuanto no se pretende la modificación del relato de hechos probados, sino únicamente determinar cuál es la interpretación correcta del art. 383 cuando el requerido a someterse a las pruebas de alcoholemia accede a la práctica de la primera prueba pero rehúsa -en este caso llega a darse a la fuga-realizar la segunda. Así se evidencia en los escritos de recurso e impugnación, limitados a exponer las tesis contrapuestas en la jurisprudencia menor, ya que el Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de la Sec. 23ª de esta Audiencia, mantiene que la conducta del acusado supone la comisión de la indicada figura delictiva.

La nueva regulación de los arts. 790.2 y 792.2 ha limitado las facultades de revisión en caso de sentencias absolutorias, pero ciñéndolo al supuesto de alegación de error en la valoración en la prueba, en cuyo caso solo puede instarse la nulidad de la sentencia. La normativa legal y la interpretación constitucional sigue dejando abierta la posibilidad de revocar una sentencia absolutoria cuando el motivo es puramente jurídico, sin necesidad de nueva vista ni audiencia del acusado.

**TERCERO.-** Pues bien, la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal ha sido ya resuelta por la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 28 de marzo de 2017 (ROJ: STS 1073/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1073) que inauguró la nueva modalidad casacional por infracción de ley que permite fijar la doctrina jurisprudencial en los procedimientos seguidos por delitos graves y menos graves ante el Juzgado de lo Penal, frente a la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo, que considera este supuesto paradigmático por la existencia de resoluciones contradictorias y ausencia de una doctrina jurisprudencial clara, tras analizar pormenorizadamente la normativa legal y los argumentos a favor y en contra de una y otra tesis, se decanta por la tesis de que la negativa a la segunda prueba con etilómetro evidencial es constitutiva del delito del art. 383 CP al no tratarse de una medición disponible para el conductor, como sostiene la sentencia apelada, y ello incluso aunque no



quedara acreditada la conducción bajo los efectos del alcohol, bastando con que la primera prueba diera un resultado positivo:

«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 espiración.»

Y para concluir, sostiene que

«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 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 .»

Doctrina que, pese a existir en su momento varios votos particulares, ha sido reiterada y consolidada en las posteriores SS.TS de 29 de junio de 2017 (ROJ: STS 2580/2017-ECLI:ES:TS:2017:2580 ), 11 de julio de 2017 (ROJ: STS 2832/2017- ECLI:ES:TS:2017:2832 ), 1 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4536/2017-ECLI:ES:TS:2017:4536 ) y 6 de abril de 2018 (ROJ: STS 1292/2018- ECLI:ES:TS :2018:1292)

Procede, por lo expuesto, la estimación del recurso. Se da en la conducta del acusado la antijuricidad material requerida por el tipo, aunque finalmente la juzgadora absolviera del delito de conducción bajo los efectos del alcohol. No obstante, la estimación será parcial en relación con la pena a imponer, atendida la menor entidad de la negativa a una prueba que a la totalidad de las mismas y su sanción por vez primera en esta segunda instancia, razones por las que se impondrá en su mínima extensión de seis meses de prisión, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de un año y un día. Se imponen al acusado la mitad de las costas procesales, tal y como dispone el art. 123 del Código Penal , manteniendo la declaración de oficio de la otra mitad correspondiente al delito contra la seguridad vial de conducción bajo los efectos del alcohol por el que ha sido absuelto.

**CUARTO.-** Se declaran de oficio las costas de esta alzada, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 240 LECrim .

Vistos los artículos anteriormente citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. EL REY

## FALLAMOS

ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 27 de Madrid, de fecha 29 de noviembre de 2017 , en el procedimiento abreviado nº 406/16 y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha sentencia y en consecuencia CONDENAMOS al acusado Joaquín , como autor de un delito contra la seguridad vial ya definido, a la pena de PRISIÓN DE SEIS MESES, con la accesoria legal de INHABILITACIÓN PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA y PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES por tiempo de UN AÑO Y UN DÍA así como al pago de la mitad de las costas procesales de la primera instancia.

Declaramos de oficio el pago de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Notifíquese a las partes la presente sentencia, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno. Líbrese testimonio de esta sentencia y remítase juntamente con los autos principales al Juzgado de su procedencia para que se lleve a efecto lo acordado.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por los Magistrados que la dictaron, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo que yo, la Secretaria, doy fe.