



Roj: **STS 4536/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4536**

Id Cendoj: **28079129912017100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **11/12/2017**

Nº de Recurso: **725/2017**

Nº de Resolución: **794/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 395/2017,**
STS 4536/2017

RECURSO CASACION núm.: 725/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 794/2017

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez

D. Andres Martinez Arrieta

D. Julian Sanchez Melgar

D. Jose Ramon Soriano Soriano

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 11 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto ha visto el recurso de casación num. 725/2017 por infracción de ley, interpuesto por D. Jose Luis representado por D. José Cecilio Castillo González, contra sentencia de fecha 3 de enero de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16) que estimó parcialmente el recurso de apelación



interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares, procedente del Juicio rápido 74/2016 en causa seguida por un delito contra la seguridad vial. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal num. 6 de Alcalá de Henares, incoó Juicio Rápido num. 74/2016 , contra D. Jose Luis y con fecha 12 de septiembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** «Se declara probado que sobre las 06:00 horas del día 3 de julio de 2016, Jose Luis , mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, conducía el vehículo Volkswagen Golf matrícula ...XNW por la calle Andrés Saborit de Alcalá de Henares, pese a haber ingerido previamente bebidas alcohólicas que mermaban su capacidad para la conducción por lo que al llegar a la altura de un semáforo paró el vehículo en medio del carril de circulación y se quedó dormido al volante con el motor arrancado, las luces encendidas y el aparato de radiocd y el aire acondicionado encendido.

Personados en el lugar agentes de la Policía Local éstos tuvieron que dar insistentes golpes en la ventanilla del conductor para que el Sr. Jose Luis se despertara y, tras ello, le apreciaron síntomas tales como ojos muy enrojecidos y vidriosos, fetor alcohólico en el aliento notorio a distancia y dificultad en mantener la verticalidad, por lo se personó el equipo de atestados encargado de la práctica de las pruebas de impregnación alcohólica, quienes le informaron de la obligatoriedad de su práctica y de las consecuencias de negarse a ello. El Sr. Jose Luis , si bien realizó una primera prueba en el alcoholímetro de muestreo, se negó a practicar la prueba con un etilómetro oficialmente autorizado.

Al tiempo de cometer los hechos, el Sr. Jose Luis había sido ejecutoriamente condenado por mediante Sentencia Firme de fecha 15 de mayo de 2015 dictada por el Juzgado de Instrucción nº48 de Madrid como autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del Art. 379 Código Penal ».

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte dispositiva: «Condeno a Jose Luis como autor de un DELITO DE CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO del artículo 379.2 del código penal , con la agravante de reincidencia, a la pena de MULTA DE DIEZ MESES DE DURACIÓN CON CUOTA DIARIA DE OCHO EUROS, con responsabilidad penal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago; Y PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES POR PERIODO DE DOS AÑOS, CON PÉRDIDA DE LA VIGENCIA DE LA LICENCIA DE CONDUCIR.

Condeno a Jose Luis como autor de un DELITO DE CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO del artículo 383 del código penal , con la circunstancias atenuante de embriaguez, a la pena de SEIS MESES DE PRISION;

INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE DURACIÓN DE LA CONDENA DE PRISIÓN IMPUESTA; Y PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES POR PERIODO DE UN AÑO Y UN DÍA.

Condeno a Jose Luis al pago de las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente a las partes y al Ministerio Fiscal.

Esta Sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales, quedando el original en el libro de Sentencia».

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal y la representación de D. Jose Luis , se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16, Rollo Apelación 1891/2016) sentencia de fecha 3 de enero de 2017 , que contiene el siguiente FALLO: «Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio fiscal, contra la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2016. dictada por el Juzgado de lo Penal num. 6 de Alcalá de Henares, en el juicio rápido nº 74/16 condenando a Jose Luis por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, a la PENA DE PRIVACIÓN DEL PERMISO DE CONDUCIR VEHÍCULOS DE MOTOR Y CICLOMOTOR POR UN PERIODO DE DOS AÑOS, SEIS MESES Y UN DIA, confirmando la mencionada resolución en todos sus restantes pronunciamientos en cuanto que no se ven afectados por esta modificación.

Al mismo tiempo, debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de Jose Luis , sin hacer expresa imposición de las costas de ninguno de ambos recursos.



Notifíquese esta resolución a las partes, haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación al amparo de lo señalado en el reformado artículo 792-4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación a los artículos 847-2 b) y 849-1 del mismo Texto legal , por estricta aplicación de ley y con respeto a los hechos declarados probados.»

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

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación de D. Jose Luis se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

UNICO.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 de la LECrim . por infracción de los arts. 379 y 383 del CP en relación con los art. 21 y 24 del Reglamento de Circulación en relación con el art. 2 de la LECrim . apartado 1 del Anexo y art. 12 de la Ley de Tráfico, circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial .

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

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 8 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 3 de enero de 2017 , que desestimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal se D. Jose Luis contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 6 de Alcalá de Henares, que lo había condenado como autor de sendos delitos contra la seguridad en el tráfico de los artículos 379.2 y 383 CP .

Contra dicha resolución interpuso recurso el condenado que en un único motivo canalizado a través del artículo 849.1 LECRIM denuncia infracción de los artículos 379 y 383 del Código Penal , artículos 21 y 24 del Reglamento de Circulación en relación con el 2 de la LECRIM , apartado 1 del Anexo y artículo 12 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial .

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

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 26 de marzo , que resolvió de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, «estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)», orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal , buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar que debe interpretarse por «interés casacional», esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

«A) El artículo 847 1º letra b) de la LECRIM debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la LECRIM , debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos



los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 Lecrim)».

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, y en relación a los dos aspectos en los que se ha suscitado el interés casacional: el alcance de la acción típica de conducir y vulneración del principio non bis in ídem respecto de la condena por delitos previstos en los artículos 379 y 383 del CP . Cuestiones ambas resueltas en sendas sentencias de este Pleno, la 436/2017 de 15 de junio y la 419/2017 de 8 de junio .

SEGUNDO .- La primera de las cuestiones que suscita el recurso concierne al alcance de la acción típica de conducir, en cuanto sostiene que el acusado no lo había hecho en los momentos previos a ser sorprendido por los agentes de la Policía Local, lo que conecta con el concepto de conductor a efectos penales y la posibilidad de subsumir en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas los supuestos en que se encuentra el vehículo detenido y su conductor embriagado.

1. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se regulaba en el artículo 340 bis a) del Código Penal de 1973 . El referido precepto señalaba que « será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso o la licencia de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años: 1º. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. »

Posteriormente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, acogió la redacción de este precepto y reguló, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad del tráfico», en el artículo 379 CP , el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin modificaciones sustantivas relevantes, sin perjuicio de la necesaria acomodación penológica.

El artículo 379 CP 1995 en su redacción original señalaba que «el que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa de tres a ocho meses y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, respectivamente, por tiempo superior a uno y hasta cuatro años .»

A la inicial redacción siguió la reformada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal en la que la conducta típica permaneció incólume y, de nuevo, se modificaron la clase y extensión de las penas imponibles.

El artículo fue reformado nuevamente por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial. Esta modificación supuso una revisión plena de la hasta entonces vigente regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico, que pasaron a denominarse «De los delitos contra la seguridad vial». En concreto, el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas pasó a ser regulado en el apartado segundo del artículo 379 CP y se le añadió un nuevo inciso, de modo que su redacción quedó así: «Con las mismas penas (que las señaladas en el apartado primero) será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas 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.»

Por último, el artículo 379 CP ha sido objeto de una modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que mantuvo inalterada la redacción del delito, aunque, mediante la remisión al apartado primero del referido artículo, estableció una nueva penalidad.



2. Vista la evolución normativa podemos distinguir dos etapas en la regulación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: una primera en la que se castigaba exclusivamente la conducción bajo el efecto de alcohol u otras drogas tóxicas, y una segunda partir de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, que introdujo un tipo de carácter objetivo que presume la influencia en las facultades del sujeto en los supuestos en que el conductor supere determinada tasa de alcohol en aire o en sangre.

En el marco normativo de la primera de las etapas perfiladas, el Tribunal Constitucional, en STC (Pleno) 2/2003, de 16 de enero, señaló que «el delito contenido en el artículo 379 no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el artículo 12.1 del Real Decreto 339/1990 (Ley sobre Tráfico), pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de **alcoholemia** que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, consecuencia de ello, a la seguridad del tráfico que es el bien jurídico protegido por dicho delito.»

Según esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras, en STS 1/2002, de 22 de marzo, que «para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (v. STS de 9 de diciembre de 1.999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del artículo 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un "peligro concreto" ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un "peligro abstracto" que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. ss. de 19 de mayo de 1.982, 7 de julio de 1.989 y 5 de marzo de 1.992, entre otras).»

De igual modo, la jurisprudencia fijó los requisitos necesarios tendentes a distinguir la infracción penal de la administrativa al señalar, entre otras, en STS 867/2006, de 15 de septiembre, que «es un criterio jurisprudencial y forense consolidado, que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal, cuando se trata de conducción bajo ingesta alcohólica, radicaba entre otros aspectos, en el carácter meramente formal de la norma administrativa de superar una determinada ingesta alcohólica mediante las oportunas periciales, en tanto que el ilícito penal supera esa trasgresión formal para exigir la acreditación de un peligro real para la seguridad del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma.»

Finalmente y en relación con esta primera etapa, la STS 636/2002, de 15 de abril, señaló que «dos son los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el art. 379 del Código penal: Uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción. Ahora bien, tal influencia no tiene por qué exteriorizarse en una flagrante infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto), apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo, sino basta el delito de peligro *in abstracto*, practicándose la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción. En este sentido, la jurisprudencia señala que no basta el dato objetivo del grado de impregnación alcohólica, sino que es preciso acreditar la influencia que la misma tenga en la conducción (STS 5/1989, de 15 de enero), no siendo necesario un peligro concreto (Sentencia de 2 de mayo de 1981), sino únicamente que la "conducción" estuvo "influenciada por el alcohol" (Sentencias de 6 de abril de 1989 y 14 de julio de 1993, entre otras muchas posteriores).»

La naturaleza objetiva del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP tras la reforma del 2007 fue reconocida *obiter dictum* en la STS 706/2012, de 24 de septiembre, y en un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, señaló «que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del art. 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0.60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379, si se demuestra la repercusión en la conducción.»

Por su parte, la STS (Pleno) 436/2017, de 15 de junio, ha establecido que el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tiene, desde la reforma de 2007, una «tipicidad desdoblada». Al respecto indica:



«a) De una parte, subsiste la modalidad clásica que ha sido objeto de numerosas acotaciones y acercamientos jurisprudenciales que la conceptúan como un delito de peligro hipotético; peligro abstracto tipificado, según otra terminología.

b) A su lado se ha introducido otra descripción típica: conducción por encima de una tasa objetivada. Para algunos es éste un tipo diferenciable; para otros una simple especificación de influencia presumida basada en datos científicos y experienciales. Esta figura está más cercana a lo que es un puro delito de peligro abstracto; de peligro legalmente presumido. En esta segunda configuración queda muy diluida, si no lisa y llanamente anulada, la cierta holgura que al aplicador del derecho le proporciona la necesidad de que el alcohol tenga influencia en la acción de conducir, según venía apostillándose con un discurso característico de los delitos de peligro hipotético.

Es necesario en el tipo del artículo 379.2 inciso inicial que las bebidas alcohólicas ingeridas repercutan en la conducción. Cosa diferente es que a partir de determinadas tasas pueda afirmarse que siempre existirá esa influencia -artículo 379.2 inciso final- (es lo que en la jurisprudencia alemana se conoce como incapacidad absoluta para conducir). Aquí partimos de una conducta incluíble en el inciso final del artículo 379.2 lo que repercute sin duda, estrechándolo, en el marco de valoración del intérprete de la idoneidad en abstracto de la conducta para afectar al bien jurídico. Más margen existiría en la primera modalidad.

(...) De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesoria de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado ex ante por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora».

3. El recurso plantea como de interés casacional el alcance del concepto de conductor susceptible de cubrir la tipicidad del artículo 379 CP. Los diferentes preceptos contenidos en el Capítulo IV, de Título XVII, del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad vial» (artículos 379 a 385 ter CP) describen, prácticamente todos ellos, diferentes figuras típicas cometidas con ocasión o en relación a la realización de la actividad de «conducir» (verbo típico). No obstante, la regulación penal no ofrece una definición legal de lo que deba entenderse por «conducir».

Recientemente el Pleno de esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión que ahora se plantea en la STS 436/2017 de 15 de junio que acabamos de reproducir en algunos de sus párrafos. Y en la misma podemos leer: «El ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia en esa indagación la normativa administrativa. A ella acude también el Fiscal en su fundado dictamen del que tomamos prestadas algunas de las ideas que siguen. No se aprecian razones para apartarse a estos efectos de la noción extraíble de normas extrapenales.

La interpretación combinada de varios instrumentos normativos arroja luces sobre lo que debe entenderse por conducir: Veamos:

1) 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. De él retenemos dos puntos:

1.1) Su art. 3 señala que a los efectos de la ley y sus disposiciones complementarias, los conceptos básicos sobre vehículos, vías públicas y usuarios de las mismas son los previstos en su Anexo I. En dicho Anexo no se contiene una definición de «conducir», pero sí de «conductor». Es definido como «la persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo (...)».

1.2) Sus arts. 1 («Objeto»), 10 («Usuarios, conductores y titulares de vehículos») y 13 («Normas generales de conducción»), proporcionan otras referencias no desdeñables.

1.3) El Capítulo II del Título II, (arts. 13 a 44), fija las normas de la circulación de los diferentes tipos de vehículos y usuarios. Utiliza el verbo *circular* para relacionar los diferentes usos que pueden darse a las diferentes vías



y caminos que enuncia. Los arts. 28 y 29 contienen previsiones referidas a las maniobras de aparcar y salir del aparcamiento.

2) El 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. Esta norma maneja el verbo conducir en diversos preceptos. Entre otros, su art. 3, bajo la rúbrica «conductores», prescribe que «se deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto al mismo conductor como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía.». Los arts. 72 y 73 se refieren a la acción de aparcar.

3) El Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Su objeto viene constituido por la regulación de la enseñanza de la actividad de conducción. Hace referencia a acciones incardinables en ella, (arts 41, 42 y 43) y regula de manera extensa y pormenorizada las diferentes pruebas y maniobras que deben realizarse para la obtención de las autorizaciones administrativas para conducir vehículos de motor.

Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTs de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico.

La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de «conducir», (STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: «conducir: 1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio».

La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. (...)

(...) El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción.

La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas.»

4. La aplicación de tal doctrina al caso que nos ocupa obliga a desestimar este aspecto del recurso. El relato de hechos probados que nos vincula afirma «que sobre las 06:00 horas del día 3 de julio de 2016, Jose Luis , (...), conducía el vehículo Volkswagen Golf matrículaXNW por la calle Andrés Saborit de Alcalá de Henares, pese a haber ingerido previamente bebidas alcohólicas que mermaban su capacidad para la conducción por lo que al llegar a la altura de un semáforo paró el vehículo en medio del carril de circulación y se quedó dormido al volante con el motor arrancado, las luces encendidas y el aparato de radiocd y el aire acondicionado encendido.

Personados en el lugar agentes de la Policía Local éstos tuvieron que dar insistentes golpes en la ventanilla del conductor para que el Sr. Jose Luis se despertara y, tras ello, le apreciaron síntomas tales como ojos muy enrojecidos y vidriosos, fetor alcohólico en el aliento notorio a distancia y dificultad en mantener la verticalidad, por lo se personó el equipo de atestados encargado de la práctica de las pruebas de impregnación alcohólica, quienes le informaron de la obligatoriedad de su práctica y de las consecuencias de negarse a ello. El Sr. Jose Luis , si bien realizó una primera prueba en el alcoholímetro de muestreo, se negó a practicar la prueba con un etilómetro oficialmente autorizado.»



El recurrente se aleja de esta secuencia fáctica adentrándose en la prueba que sustentó tales afirmaciones, de cuya valoración discrepa, disquisiciones ahora vedadas. A partir del fragmento que se ha transcrito, aun cuando el acusado al ser sorprendido se encontrara parado, en el momento inmediatamente anterior a quedarse dormido tras parar el vehículo en el medio del carril de circulación, circuló al volante del vehículo con su capacidad para la conducción mermada por efecto del alcohol previamente ingerido. Comportamiento que indubitadamente encaja de plano en la tipicidad del artículo 379.2 CP por el que fue condenado.

En atención a ello, la primera de las cuestiones que el recurso suscitó debe ser rechazada.

TERCERO.- En segundo lugar plantea el recurso la vulneración del principio *non bis in ídem* al haber sido condenado el acusado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y también por el de negativas a realizar la prueba de **alcoholemia**.

Es cuestión respecto a la que se mantenían por parte de las Audiencias Provinciales posiciones encontradas, fue tratada por el Pleno de esta Sala, cuya doctrina unificada condensó la STS 419/2017 de 8 de junio, que a continuación reproducimos:

« (...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de *bis in ídem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión «unos mismos hechos», considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981, 154/1990, 204/1996, 177/1999, 2/2003, 180/2004, 1/2009 y 77/2010).

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

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

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

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

Sin embargo, todavía cabría cuestionar la aplicación del concurso real de delitos en el caso de que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos (arts. 379.2 y 383 del C. Penal) fuera el mismo. En tal caso, aunque no se incurriera en un *bis in ídem* por no tratarse de la misma conducta en ambas acciones, sí cabría plantearse la posibilidad de que se vulnerara el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra vinculado con el *non bis in ídem* y también comprendido, entre otros preceptos, en el art. 25.1 de la CE.

3. En la sentencia de esta Sala 210/2017, de 28 de marzo, al responder al interrogante de cuál es el bien jurídico que tutela el art. 383 del C. Penal, se argumenta que 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. Y añade después la precitada sentencia que el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia, aunque 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 deja de ser una modalidad singularizada.

Matiza la sentencia 210/2017 que 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 estará 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 -añade la cita jurisprudencial- 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. Sólo 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.

4. En la STC 161/1997, de 2 de octubre (fund. juríd. 10), se argumenta que «como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe -"delitos contra la seguridad del tráfico" -, de la caracterización como "conductor" de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar -conducción de un vehículo a motor- no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP . La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva, según la jurisprudencia constitucional, a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma».

A estos bienes jurídicos añade también el Tribunal Constitucional los bienes tutelados en el delito de desobediencia grave: el "orden público", tal como indica el título en el que se ubica el delito, entendido como orden jurídico o como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Y como segunda finalidad protectora propia y específica del tipo penal de desobediencia: la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado, señala el TC, principio de autoridad-.

Por consiguiente, según el criterio del Tribunal Constitucional, son dos los bienes jurídicos tutelados por el art. 380 del C. Penal (actual 383), y no uno sólo, como se reseña en la sentencia impugnada, circunstancia que impide estimar que nos hallemos ante un *bis in ídem* , quedando así excluido, en principio, el concurso de normas.

5. El delito previsto en el art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un *peligro real, aunque genérico o abstracto*, caracterizado por la *peligrosidad ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

El tipo penal del art. 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante*, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

Y en lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar. (.....)

6. 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 .

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

7. La reforma del C. Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior art. 380 , cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el art. 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al art. 556 del C. Penal , pero ello no implica que se haya dejado de conceptualizar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole.

A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de **alcoholemia** determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de **alcoholemia** se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas.



Al final de todo el debate, se constata que la cuestión de fondo se centra en dirimir si el optar por un concurso real de delitos en lugar de por un concurso de normas puede vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena. Desproporción que ha sido remarcada, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, al castigar con mayor pena el delito que actúa como instrumento eficaz (art. 383) para que opere el delito que tutela más directamente la seguridad vial (art. 379.2), pese a lo cual este último es castigado con una pena menor.

La suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador.

Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el art. 379.2 del C. Penal .

Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que presentaba el acusado en el momento de la ejecución de los hechos. Sin olvidar la imprescindibilidad de la pericia para la condena por el segundo inciso del art. 379.2 del C. Penal .

Por lo demás, desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el art. 379.2 del C. Penal , que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del art. 383 del C. Penal , sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

Así pues, descartado que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas, debe también rechazarse el segundo motivo del recurso.»

Hasta aquí la larga cita de la STS 419/17 de 8 de junio . La aplicación de la doctrina que la misma contiene al caso que nos ocupa obliga a desestimar también la segunda de las cuestiones que el recurso suscitaba y, con ella, la totalidad del mismo.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede imponer al recurrente las costas de esta instancia.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. Jose Luis , contra la sentencia dictada por la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de enero de 2017 .

Imponer las costas causadas en esta instancia al recurrente.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar

Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Lurca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia



Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Condena

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ