



Roj: **STS 1292/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1292**

Id Cendoj: **28079120012018100159**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **619/2017**

Nº de Resolución: **163/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 619/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 163/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 6 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 619/17 por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava) que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal num. 6 de Barcelona dimanante del Procedimiento Abreviado 16/2016 en causa seguida por un delito contra la seguridad vial. Ha sido parte recurrida D. Felipe representado por el Procurador D. Federico Ruiperez Palomino, bajo la dirección letrada de D. Carlos Ramón Chinchilla Salido, quien a su vez, ha formulado subsidiariamente, una adhesión supeditada al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción de L'Hospitalet de Llobregat num. 1 incoó Diligencias Urgentes 3/16 contra D. Felipe y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal num. 6 de Barcelona (P.A. 16/16) que, con fecha 22 de febrero de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** « UNICO: De la prueba practicada en el acto del juicio ha quedado probado que sobre las 17:30 horas del día 10 de enero de 2016, el acusado Felipe , mayor de edad, con DNI n° NUM000 , sin antecedentes penales conducía por la calle Riera de l'Escorxador de L'Hospitalet de Llobregat el vehículo matrícula X....DD , bajo la influencia de bebidas alcohólicas.



Una dotación de la guardia urbana observó la conducción irregular del acusado que arrancaba y paraba, circulando unos pocos metros por lo que le requirió para que mostrase la documentación. Los agentes se apercibieron del estado del acusado ya que emitía un fuerte olor a alcohol, le costaba mantener la verticalidad, se agarraba para no caerse, intentó encender un cigarrillo al revés, mirada perdida, dilatación de pupilas y habla pastosa.

Realizada una primera prueba alcoholimétrica por los agentes de la Guardia urbana de L'Hospitalet de Llobregat, arrojó un resultado a las 17:35 horas de 1,47 mg/l por aire espirado.

El acusado se negó a realizar la segunda prueba, a pesar de que fue advertido por los agentes de su negativa, manifestando de forma expresa que no quería soplar.»

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente **Parte dispositiva:** «FALLO: CONDENO a Felipe , mayor de edad, con DNI n° NUM000 , sin antecedentes penales, como autor de un delito contra la seguridad vial del art. 379, 2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 31 días de trabajos en beneficio de la comunidad y la de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por un año y un día y como autor de un delito de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica del art. 383 del Código Penal , en el que concurre la circunstancia atenuante analógica de embriaguez del art. 21, 7° del Código Penal en relación con los arts. 21, 2° y 20, 2° del Código Penal , a la pena de pena de prisión de seis meses con la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por un año y un día. El penado deberá abonar las costas causadas en esta instancia.

Conforme al art. 47 del Código Penal , se declara la pérdida de vigencia del permiso de conducir.

Notifíquese esta resolución a las partes, comunicándoles que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el término de cinco días ante este Juzgado para la Illtrma. Audiencia Provincial de Barcelona conforme al art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Comuníquese, una vez firme la misma, al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos.»

TERCERO.- Por la representación de D. Felipe , se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª, Rollo Apelación 119/16) sentencia de fecha 18 de octubre de 2016 , que contiene el siguiente **FALLO:** «Que, ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto 'por la representación procesal del acusado Felipe contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n° num. 6 de los de Barcelona en fecha 22 de febrero del año en curso en sus autos de procedimiento abreviado arriba referenciados, debemos REVOCAR y REVOCAMOS parcialmente la dicha sentencia en el sentido de ABSOLVER libremente y con todos los pronunciamientos favorables al apelante del delito, de desobediencia por el que viene condenado en la Instancia, confirmando la dicha sentencia en todos sus demás pronunciamientos. Declaramos de oficio las costas causadas en esta Alzada, así como la mitad de las causadas en la 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. »

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 el Ministerio Fiscal se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

UNICO.- Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del artículo 383 del Código Penal .

SEXTO.- Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, impugnó el mismo y formuló subsidiariamente, una adhesión supeditada al mismo, al amparo del n° 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 15 de noviembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 18 de octubre de 2016 , que estimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal de D. Felipe



contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 6 de Barcelona, que lo había condenado como autor de un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 CP y de otro de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica del artículo 383 CP, y revocó parcialmente citada sentencia para absolver a aquel del segundo de los delitos citados.

Contra dicha resolución interpuso recurso el Fiscal, al que se opuso el Sr. Felipe, si bien aprovechó el mismo para interponer recurso supeditado de casación.

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 las Audiencias 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 28 de marzo, que resolvió 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 al aspecto en el que se ha suscitado el interés casacional, es decir el planteado por el Fiscal. Sin embargo el que como supeditado formalizó el condenado ha de ser rechazado de plano, ya que el motivo que lo fundamenta, error en la valoración de la prueba que se suscita con apoyo en el artículo 849.2 LECRIM, excede de los márgenes señalados para esta nueva modalidad de casación.

SEGUNDO.- El recurso planteado por el Fiscal se estructura a través de un único motivo formalizado al amparo de los artículos 849.1 LECRIM por infracción dl artículo 383 CP .



Sostiene el recurrente que, por el contrario de lo afirmado por la Audiencia Provincial, los hechos declarados probados reúnen todos los presupuestos del delito previsto en el mencionado precepto. La cuestión a debate es sí la negativa a realizar una segunda medición para la detección de la ingesta alcohólica por parte del conductor requerido a ello por parte de los agentes de la autoridad, una vez ha resultado positiva una primera prueba realizada con etilómetro de precisión, completa o no la tipicidad del artículo 383 CP .

La STS 210/2017 de 28 de marzo , dictada por el Pleno de esta Sala, consagró un criterio jurisprudencial avalado por una mayoría de 11 de sus miembros y la disidencia de otros seis plasmada en tres votos particulares. Así el suyo se consolidó como criterio que, por un elemental principio de seguridad jurídica, ha de ser seguido como doctrina de la Sala, aun cuando la ponente que redacta esta sentencia y algún otro magistrado que la suscribe, expusiéramos en su día nuestra discrepancia.

Por ello nos remitimos a lo señalado en aquella ocasión, por ser íntegramente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa.

TERCERO.- El vigente artículo 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** (...)» .

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

La legislación administrativa vigente en la materia se integra por:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.



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

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

Dice el artículo 22:

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

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

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

La genérica previsión se concreta en el artículo 23:

«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 artículo 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».

De tales previsiones concluía la STS 210/2017 de 28 de marzo :

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

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

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

3) Procederá la prueba de contraste mediante análisis de sangre, orina u otros análogos en el solo en el caso de que informada la persona interesada, así lo solicite. En ese supuesto, habrá de proveerse la práctica de aquella en la forma prevenida en el artículo 23.4. Esta prueba es voluntaria, por oposición a las anteriores que se diseñan como obligatorias. Lo enfatiza en su dictamen el Ministerio Público».

CUARTO.- Prosigue la STS 210/2017 explicando « No sobra consignar sucintamente algunos fragmentos de dos precedentes sobre esa tipicidad emanados de esta Sala Segunda. Ambos recaen en causas especiales seguidas contra aforados.

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

Señala la sentencia:

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

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



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

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

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

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

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

La Sentencia indica:

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

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

Llegados a este punto, es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello -como sucede en el presente caso-, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del art. 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal.

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

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

QUINTO.- La sentencia que transcribimos sintetiza en tres las posturas sobre la cuestión debatida:

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 artículo 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.

Y las analiza del siguiente modo:

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

Hay que replicar que no se trata solo de una garantía del afectado y posible futuro investigado, sino también de una garantía institucional. Ésto debe ser 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 inculpaado constituyen a la vez garantías del sistema y por eso no indefectiblemente son renunciables.

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

Una única prueba con un resultado de 0,61 mgr. por litro de alcohol en aire espirado no repetida, si suscita dudas por no haber sido reiterada y contemplarse un cierto margen de error no puede acabar en una condena con el argumento de que el acusado renunció a la segunda prueba. Si hay dudas, la única respuesta acorde con nuestro sistema es la absolución: no otra cosa permiten sus principios básicos estructurales. El delito del art. 379 no puede quedar en esos casos degradado a una infracción que no exige certeza, sino una simple probabilidad seguida de la renuncia del acusado a los medios que podrían despejar las dudas. No: la respuesta ortodoxa y canónica en un caso en que el juzgador tiene dudas por no haberse practicado la segunda espiración espaciada en el tiempo y por tanto no llega a alcanzar la certeza que proporciona la doble medición no puede ser la condena por el delito del art. 379 pese a no considerarse acreditado un elemento del delito; sino la absolución (principio *in dubio*) sin perjuicio de la condena por el delito del art. 383 CP. Aunque el afectado haya desistido de la segunda espiración y haya dado por buena una tasa ligeramente superior a la consignada en el art. 379 CP.

b) En otro orden de cosas se ha sugerido que el plural que emplea el art. 383 CP (*pruebas*) impondría la interpretación más estricta: sería necesaria la negativa a las dos *pruebas*. Desde un punto de vista gramatical,



sin embargo, parece más natural entender que ese plural no está pensando en dos pruebas sucesivas en concreto, sino en las diferentes pruebas existentes para esa verificación (**alcoholemia**, extracción de sangre que procederá cuando no sea posible aquellas, pruebas de detección de drogas...).

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

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

e) También se ha apuntado, en línea con lo que sugería la primera STS sobre esta materia y alguna tesis que se manejó en las Audiencias y a la que antes se aludió, que la finalidad de *comprobación* de un delito contra la seguridad del tráfico a que se refería el art. 379 dejaría al margen del tipo los casos en que esa infracción está ya *comprobada* por los resultados de la primera de las mediciones.

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

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

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

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

No es asumible esta alambicada construcción.

g) Ciertamente no tiene la misma gravedad negarse tajantemente a las dos mediciones que rehusar solo la segunda (lo que además normalmente reportará escasa, si no nula, utilidad: como tampoco la reporta la



negativa a ambas mediciones cuando los síntomas de intoxicación etílica son evidentes y palmarios). Se dice que no es ponderado equiparar ambas acciones. Frente a ello hay que constatar que todos los tipos penales abarcan un abanico mayor o menor de conductas encuadrables. No todas tienen igual gravedad. Se establece por ello una horquilla penológica: no son lo mismo unas lesiones provocadas con una única puñalada propinada como respuesta a unos insultos que sanan en cinco días de incapacidad laboral; que otras provocadas gratuitamente apuñalando varias veces a la víctima que tarda varios meses en recuperar totalmente la salud. Ambas conductas son incardinables en el mismo tipo penal: la diferente gravedad obligará a discriminar uno y otro supuesto no mediante tipos distintos, sino a través de los criterios contenidos en el art. 66 CP eligiendo dentro del arco total penológico el *quantum* que se considere proporcionado.

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

h) No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP. La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda 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 de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada.

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

Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383.

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



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

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

Como colofón de lo argumentado, concluyó la sentencia del Pleno de esta Sala que la negativa a practicar la segunda prueba está incardinada en el art. 383 CP.

SEXTO.- En el caso que nos ocupa, el relato de hechos que nos vincula afirmó :«sobre las 17:30 horas del día 10 de enero de 2016, el acusado Felipe , mayor de edad, con DNI n° NUM000 , sin antecedentes penales conducía por la calle Riera de l'Escorxador de L'Hospitalet de Llobregat el vehículo matrícula X...DD , bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

Una dotación de la guardia urbana observó la conducción irregular del acusado que arrancaba y paraba, circulando unos pocos metros por lo que le requirió para que mostrase la documentación. Los agentes se apercibieron del estado del acusado ya que emitía un fuerte olor a alcohol, le costaba mantener la verticalidad, se agarraba para no caerse, intentó encender un cigarrillo al revés, mirada perdida, dilatación de pupilas y habla pastosa.

Realizada una primera prueba alcohométrica por los agentes de la Guardia urbana de L'Hospitalet de Llobregat, arrojó un resultado a las 17:35 horas de 1,47 mg/l por aire espirado.

El acusado se negó a realizar la segunda prueba, a pesar de que fue advertido por los agentes de su negativa, manifestando de forma expresa que no quería soplar.»

En aplicación de la doctrina que acabamos de exponer, hemos también en este caso de concluir que la negativa a practicar la segunda prueba está incardinada en el art. 383 CP.

Todo ello tomando en consideración que la posibilidad de modificar en casación por cuestiones jurídicas las sentencias absolutorias, para condenar al absuelto o para agravar su situación, está aceptada por esta Sala, respaldada por la doctrina del Tribunal Constitucional y la del TEDH, siempre que se desarrolle a través del cauce casacional de infracción de Ley, con intervención de la defensa técnica, aun sin audiencia personal del reo, si se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada.

En atención a ello, el recurso interpuesto por el Fiscal va a ser estimado, declarando de oficio las costas derivadas del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM.

FALLO

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



1º.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2016 dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona , declarando de oficio las costas derivadas del mismo, que casamos y anulamos procediendo a dictar segunda sentencia conforme a derecho.

2º.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Felipe , con imposición al mismo de las costas de esta instancia.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos procesales 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.

RECURSO CASACION núm.: 619/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 6 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 619/17 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Octava) que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal num. 6 de Barcelona dimanante del Procedimiento Abreviado 16/2016 en causa seguida por un delito contra la seguridad vial, sentencia que fue recurrida en casación ante esta sala Segunda del Tribunal Supremo y que ha sido CASADA Y ANULADA por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De conformidad con lo expuesto en la sentencia que antecede, los hechos declarados probados son constitutivos, además del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas por el que ya fue condenado Felipe , de un delito negativa a practicar la prueba de **alcoholemia** previsto en el artículo 383 CP , al colmar los presupuestos de tipicidad del mismo. Procede apreciar, como en su día lo hizo el Juzgado de lo Penal, la circunstancia atenuante analógica de embriaguez, e imponer la misma pena que aquel impuso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido CONDENAR a Felipe como autor responsable de un delito de negativa a practicar la prueba de **alcoholemia** del artículo 383 CP , concurriendo la atenuante analógica de embriaguez, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores por un año y un día, así como a la mitad de las costas de la primera instancia, confirmando en los restantes extremos la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 a la de Barcelona de 22 de febrero de 2106, dictada en el procedimiento abreviado 16/2016, en el apartado que fue también confirmado



por la sentencia de la Sección 8ª de Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de octubre de 2016 , que estimó el recurso de apelación interpuesto contra aquella.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro

Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ