

Trabajo Fin de Máster

Análisis del delito de negativa al test de alcoholemia tras la reforma 5/2010 del Código Penal

Máster Universitario en Análisis y Prevención del Crimen



Autor: D. Daniel Soto García

Tutora: Dra. Dña. Elena Beatriz Fernández Castejón

Análisis del delito de negativa al test de alcoholemia
tras la reforma 5/2010 del Código Penal

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
1. NATURALEZA JURÍDICA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	9
2. VALORACIÓN Y ANÁLISIS DEL ILÍCITO PENAL	14
3. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	36
4. CONSECUENCIAS LEGALES	41
5. CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	48

ABREVIATURAS

ACP	Antiguo Código Penal
AN	Audiencia Nacional
Art. /arts.	Artículo / s
BJP	Bien jurídico protegido
BOE	Boletín oficial del Estado
CE	Constitución Española de 29 de diciembre de 1978
CP	Código Penal
FFCCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LSV	Ley de Seguridad Vial
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RGC	Reglamento General de Circulación
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STC/SSTC	Sentencia/ as del Tribunal Constitucional
STS/SSTS	Sentencia/ as del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

RESUMEN

La línea de investigación seleccionada se corresponde con el estudio de un artículo específico de nuestro Código Penal, concretamente, el art. 383 que versa sobre la negativa a la realización del test de alcoholemia, enmarcado dentro de la parte especial del Derecho Penal: Estudio jurídico de delitos. En el análisis del delito de negativa al test de alcoholemia del artículo anteriormente citado, trataré de estudiar este tipo penal tan polémico que entró en vigor en el Código Penal de 1995 y que desde entonces, ha sufrido diversas modificaciones. Estamos ante uno de los fenómenos de criminalización anticipada más acusados de nuestro Código Penal, planteando así graves controversias respecto a la posible vulneración de principios fundamentales del derecho penal como el principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

The line of research selected corresponds to the study of a specific article of our Penal Code, specifically, art. 383 that deals with the refusal to carry out the breathalyzer test, framed within the special part of Criminal Law: Legal study of crimes. In the analysis of the crime of refusing the breathalyzer test in the aforementioned article, I will try to study this very controversial type of crime that came into force in the 1995 Penal Code and which has since undergone various modifications. We are facing one of the most accused phenomena of early criminalization of our Penal Code, thus raising serious controversies regarding the possible violation of fundamental principles of criminal law such as the principle of proportionality.

PALABRAS CLAVE / KEYWORDS

Seguridad vial, test de alcoholemia, principio de proporcionalidad, delito pluriofensivo, riesgo abstracto.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, nos encontramos en una sociedad que hace necesario el uso de vehículos en los desplazamientos, con un problema adyacente, y es que la principal causa de siniestralidad y pérdida de vidas humanas aparece con el binomio: alcohol y conducción, por este motivo, la seguridad vial será analizada más ampliamente en estos extremos.

En un intento de disminuir el problema, el derecho administrativo y el penal establecen sanciones a estas conductas, como las “*multas*”, carné por puntos, suspensión del permiso de conducir... constituyendo una utopía creer que podemos concienciar al ciudadano de la exigencia del respeto a las normas, como por ejemplo, no conducir si se ha consumido alcohol solo mediante la amenaza de sanción. No solo el consumo de alcohol ha sido el único motivo para estas modificaciones, también lo ha sido el aumento de accidentes de tráfico.

El legislador opta por sancionar penalmente en el año 1995 la conducta que asociaba alcohol y conducción. Aquí, empiezan a suscitarse los primeros problemas, presentes en la actualidad, en relación al principio “*non bis in idem*”, ya que la misma conducta se castiga penal y administrativamente. Se decide sancionar penalmente la negativa a realizar el test de alcoholemia y detección de drogas, convirtiéndola en obligatoria, generándose una aparente presunción en su contra. Este ilícito penal podría ser el más polémico dentro de los relativos a la seguridad vial.

El legislador entiende necesario la creación del nuevo tipo por el escaso poder intimidatorio del derecho administrativo. Crea un precepto criticado si tenemos en cuenta el principio de intervención mínima y de última *ratio*, tras elevar sanciones con alma administrativa a la categoría de delito. Cabe la duda si al aplicar el Código Penal se ha conseguido la intimidación pretendida para sancionar esta conducta (De Vicente, 2012).

Al realizarse controles de alcoholemia sin existir un mínimo indicio de criminalidad (controles rutinarios), se fomentaría la inseguridad jurídica y se aprecia la disconformidad de nuestro sistema sancionatorio. Mientras tanto, distintos autores

sostienen que el verdadero motivo, pudiera ser un supuesto fin económico y recaudatorio.

Este planteamiento del legislador, mediante el uso de una política represiva, al incrementar la pena del delito de conducir bajo influencia de alcohol, no soluciona el problema de proporcionalidad planteado en relación al nuevo delito de negativa a someterse al test de detección de alcohol. En realidad, se añade una nueva tipología cualificada denominada “delito sin ofensa”. Algunos autores sostienen que no se trata de una necesidad social verdadera, más bien, del entusiasmo por la criminología del legislador. Se halla la primera crítica en relación al principio de intervención mínima del derecho penal y el de última *ratio* (Martínez, 2010).

La LO 10/95, modificada por la LO 15/07 en materia de seguridad vial, otorga así un sesgo administrativo mayor a la regulación, ya que añade el concepto de seguridad vial, mientras que elimina el concepto seguridad del tráfico rodado. Se emplean los delitos de riesgo abstracto como el castigo de la mera potencialidad y los delitos obstáculos como el castigo de las premisas idóneas. Esta regulación, supone un mero ejemplo de las recientes tendencias de política criminal, criticadas por parte de la doctrina. Algunas motivaciones para su crítica:

Según De Vicente (2012), sanciones que hasta la fecha, habían consistido meramente en sanciones administrativas con el ACP, han sido elevadas a la categoría de delito (empleando el derecho penal simbólico). La forma de actuar de los agentes de la autoridad, era la inmovilización del vehículo motorizado y extender el correspondiente boletín de denuncia. El sujeto infractor sería sancionado administrativamente y el vehículo inmovilizado, pero no era detenido el conductor ni se realizaba la correspondiente instrucción penal (Sánchez, 1998). Por ejemplo: Arts. 379, 383, 384 del Código Penal.

En otro sentido, se halla cierta duplicidad entre el derecho penal y el derecho administrativo, con la consiguiente anticipación de la barrera punitiva del derecho penal y la supuesta vulneración del principio *non bis in ídem*.

Alcácer (2004) «considera una perspectiva todavía más cercana al derecho administrativo sancionador, en lo relativo a remisiones que abiertamente se efectúan a

la normativa reglamentaria, como en el recurso a la presunción del riesgo de la conducta» (p.6).

Por su parte, Sánchez (2006) refiere que el Derecho penal se convierte de esta forma en un instrumento para gestionar los problemas sociales, como haría el derecho administrativo en materia de sanciones.

Matellanes (2005) corrobora estos extremos al afirmar que actualmente, los ilícitos contra la seguridad vial se regulan de forma alineada junto a la política criminal instaurada por el legislador. Con el empleo de la técnica de riesgo abstracto, se acude a la anticipación de la protección de los bienes jurídicos universales.

Según lo expuesto, tanto el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, como el delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, serían ejemplos de infracciones que, a día de hoy constituyen delito, al ser hechos típicos descritos en nuestro Código Penal pero poseen alma de infracciones administrativas (Martínez, 2010).

Similar opinión se obtiene de Carmona (2004) que demandó de *lege ferenda* (recomendación a tener en consideración como conveniente en la revisión legislativa próxima), la conveniencia de suprimir el art. 383 CP.

La hipótesis de este trabajo es que el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia tipificado en el art. 383 CP podría vulnerar el principio de proporcionalidad.

En relación a los objetivos del presente trabajo, serían los siguientes:

-Obtener conocimiento general sobre el delito de negativa a realizar el test de alcoholemia, tipificado en el artículo 383 Código Penal.

-Conocer la naturaleza y bien jurídico protegido así como los motivos por los que han llegado a plantearse cuestiones de inconstitucionalidad.

-Conocer los requisitos necesarios para aplicar el nuevo delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

-Conocer los posibles motivos que elevaron a categoría de delito una infracción hasta entonces administrativa.

-Contrastar distintas posturas de diversos autores que han escrito sobre esta polémica temática.



1. NATURALEZA JURÍDICA Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el Capítulo IV de nuestro Código Penal, encontramos delitos que atentan contra la seguridad vial. En cuanto al ámbito normativo, que rodean lo que hoy se conoce como seguridad vial, destacan: Código Penal, Ley sobre Tráfico y SV y Reglamento G. de Circulación.

Bajo el título XVII, el legislador concibe la necesidad de protección de nuestra vida colectiva, con nuevos bienes jurídicos colectivos (De Vicente, 2012).

La primera crítica a tratar, sería su ubicación sistemática. Este precepto no parece proteger la seguridad vial, más bien, podría ser considerado un delito de desobediencia. No obstante, la remisión al art. 556 CP finaliza reformando los delitos contra la seguridad vial con la LO 15/07, actualmente derecho positivo aunque con algunas modificaciones (Mir, Corcoy & Cardenal, 2008). Retomando, podría ser considerado un delito de desobediencia que sanciona el incumplimiento de las órdenes recibidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones los cuales actúan en representación de los poderes públicos (Suárez, 2011).

El mismo precepto, por algunos es considerado un hecho delictivo de desobediencia mientras que para otros, atenta contra la seguridad vial. Además, podría considerarse también un delito pluriofensivo o que atenta contra la Admin. de Justicia. Lo cierto es, que depende de cómo sea considerado, la naturaleza jurídica cambiaría. (Gutiérrez, García del Blanco, Martín & Sandíez de Ulzurrun, (2009).

Autores como Queralt (2008) lo siguen considerando delito de desobediencia, ya que «Se trata de una desobediencia» (p. 937). Por tanto, no debería modificarse la naturaleza jurídica del mismo (Queralt, 2008).

Si es considerado un delito pluriofensivo (opinión mayoritaria por la doctrina y jurisprudencia), se asume la combinación de proteger el principio de autoridad con la de seguridad vial, sin olvidar que de esta forma se está protegiendo también la vida y salud de los conciudadanos (Gutiérrez et al, 2009).

Es necesario conseguir garantías suficientes para el ejercicio de las funciones de la administración pública y así minimizar los riesgos que el tráfico viario crea. Consecuentemente, el motivo no queda reducido a la vulneración de la autoridad y a la necesidad de proteger el orden público.

Tras la reforma, este tipo no forma parte de una modalidad específica del delito de desobediencia del art. 556 CP, estamos ante un delito contra la seguridad vial conformando un bien jurídico supraindividual y universal (Magaldi, 2007).

El bien jurídico es de naturaleza colectiva. La seguridad vial, que es puesta en riesgo, por ejemplo, cuando un conductor circula al volante de un vehículo a motor sin permiso de conducir por haber perdido los puntos, por no haberlo obtenido nunca, o cuando una persona conduce bajo los efectos de drogas o alcohol (Magaldi, 2007).

Por tanto, al proteger la seguridad vial, se protege la integridad del ciudadano así como su vida, además, los bienes comunitarios y particulares en posible situación de riesgo.

La sala 2ª del TS, afirmó que «el BJP sería el público de la seguridad vial y no el privado de las posibles lesiones o fallecimientos» (De Vicente, 2012, p.44).

Para Ganzenmüller (1998), la asistencia letrada resulta potestativa, debido a la ubicación sistemática del tipo, por lo que aquellos infractores detenidos por cometer delitos en contra de la seguridad vial pueden prescindir de abogado (art. 520.8 LECrim).

Antes de la entrada en vigor del Código Penal del 95 (ACP), la obligación de someterse a las pruebas para la investigación de alcoholemia, tenía sanción gubernativa. Con posterioridad, se eleva a categoría de delito de desobediencia grave.

No debería ser considerado como un delito contra la seguridad vial, aunque esta sea su ubicación sistemática (Luzón, 2011). En este sentido, la SAP de Madrid (07-02-2003): «en base a su estructura, el delito del art. 380 contiene, parecidos caracteres que el ilícito de desobediencia del art. 556 CP» (Martínez, 2010, p.130).

Además, Gómez (1998) entiende que no puede creerse que el bien jurídico protegido sea la seguridad vial, pese a su ubicación sistemática, por lo que en realidad se describe

un delito de desobediencia. En esta línea, nos encontraríamos ante un supuesto delito de desobediencia que debiera encuadrarse en el Código Penal: Título XXII (*delitos contra el orden público*), dentro de esto, en el segundo capítulo donde aparecen los atentados contra la autoridad. Además, se podría reducir más el abanico porque en realidad se refiere a agentes y funcionarios.

Según Vives y Berenguer, el principio de autoridad sería el bien jurídico protegido. Para Muñoz (2010) sería el ejercicio de un cargo concreto. Para Octavio de Toledo, el orden público. Se estaría obstaculizando el buen funcionamiento de la AP al encontrarnos ante una negativa rotunda (Gómez, 1998).

Recordemos que las penas deben estar orientadas a la reeducación y la reinserción social (art. 25.2 CE), por lo que dada la gravedad del hecho, constituye un pensamiento contrario a la lógica que la privación de la libertad fuese la única pena en el antiguo 380, ya que su redacción obviaba la retirada del carné de conducir (Sánchez, 1998). Esta crítica quedó solventada con la nueva y actual redacción del art. 383 CP.

Su carácter controvertido, ha hecho que esta novedosa legislación haya sido polémica desde el principio. Con anterioridad a la reforma de la LO 15/07 constituía un delito de desobediencia grave, el cual remitía al 556 CP, que castigaba con una pena de prisión de 6 meses hasta un año (Muñoz, 2010).

La calificación formal "*desobediencia grave*" desapareció y se omitió la remisión al art. 556 CP con la redacción que tenemos en la actualidad. Sin embargo, la forma de desvincularse no parece total ya que es necesario un requerimiento expreso y directo el agente de la autoridad. A su vez, es requisito indispensable que el agente actuante realice apercibimiento acerca de las consecuencias penales que tendrá la conducta.

El bien jurídico protegido del art. 379.2 CP es colectivo y a su vez, un concepto abstracto. Aunque la mayoría de la doctrina entiende que es un concepto material autónomo, es decir, una serie de circunstancias mínimas exigibles para que con seguridad tenga lugar el tráfico.

Tras la aparición de la LO 5/10, aparece la nueva redacción del art. 380, donde ya no se trata como un delito de desobediencia, dejando de ser el principio de autoridad el

bien jurídico formal (como aparecía en la antigua regulación del art. 380), el cual aparecía ligado al art. 556 “*delito de desobediencia grave a la autoridad*”. Este último delito, se ubicaba en el Título XXII CP, donde se regulan delitos contra el orden público. Para De Vicente (2008), el bien jurídico formal se convierte en el interés del estado en controlar y supervisar ciertas conductas. Por consiguiente, el bien jurídico “*seguridad vial*” es reforzado por el legislador, intentando que no sea cuestionado.

Quedan vinculados estrechamente el bien jurídico supraindividual (seguridad vial) y bienes jurídicos individuales como la integridad física o la vida. De esta forma, poner en peligro la seguridad vial genera un riesgo que pudiera lesionar bienes jurídicos individuales de usuarios, siendo ellos quienes otorgan de conexión al hecho de adelantar las barreras penales que suponen los delitos considerados de riesgo abstracto (Magaldi, 2007).

El motivo para proteger la seguridad vial es, en última instancia, la protección de la vida, integridad y bienes que puedan verse dañados (De Vicente, 2012).

Este precepto guarda una relación doble e indirecta con la protección de la vida y salud en el marco del tráfico viario, pues es un tipo de riesgo abstracto que tiene como fin evitar la comisión de otro tipo de riesgo abstracto al que se halla subordinado, la conducción influenciada por alcohol (Gutiérrez et al, 2009). Con esto, el legislador trata de proteger dos bienes jurídicos, por un lado la seguridad vial y consecuencia de ello la integridad y la vida de los ciudadanos.

Cuesta (2012) y parte de la doctrina entienden que el bien jurídico digno de protección es doble. Esta deducción es posible si se toma como referencias las STS 161/97 y 234/97 del TC y la STS 3/99. En primer lugar, el principio de autoridad (siendo el contenido material del delito la desobediencia grave), «que en un régimen democrático cobra más significación al actuar siempre la autoridad y sus agentes por delegación de los cargos públicos sujetos al ppio de legalidad y responsabilidad» (Cuesta, 2002, p.133).

El principio de autoridad aparece representado por los funcionarios de las FFCCS especializados en tráfico, los cuales serán agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica pues se trata de una prueba que así lo requiere, en donde el

legislador requiere estar en posesión de conocimientos determinados sobre alcohol, drogas y cualquier otro tipo de estupefaciente y su influencia a la hora de conducir.

Los agentes actuarán en el ejercicio de sus funciones para lograr las condiciones óptimas de seguridad frente al riesgo que se genera por conducir bajo la influencia de alcohol o drogas tóxicas (FGE, 2011).

Este precepto se ubica en los delitos contra la seguridad vial, salvaguardando la seguridad vial como bien colectivo. Sin embargo, el bien jurídico formal únicamente lesionado sería: Cuesta (2012) «el interés del Estado en controlar determinadas conductas» (p. 106).

Según Mantovani (2007), en relación a la seguridad vial, solo entraría en el radio de la acción típica de forma “*remota*”, es decir, la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol genera una “*premisa idónea*” para la puesta en peligro del interés reseñado (Cuesta, 2002). Por tanto, el art. 383 CP cumple todos los requisitos del denominado “delito obstáculo”, generando de esta forma una prevención sin riesgo (Cuesta, 2002).

Toda lógica muestra que, aquella persona que no desee someterse a las pruebas señaladas es porque se encuentra supuestamente intoxicado por drogas o alcohol, sin embargo, esto podría menoscabar el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, considerado derecho fundamental.

En definitiva, estamos ante un ilícito penal autocalificado de desobediencia que, estando incluido en los delitos contra la seguridad vial, su naturaleza jurídica pudiera ser diferente, encontrándonos ante un delito obstáculo no demostrado empíricamente que sea una conducta peligrosa. Un polémico precepto desde su creación en el Código Penal del 95 por la probable vulneración del principio “*non bis in idem*” y la posible vulneración del principio de proporcionalidad.

2. VALORACIÓN Y ANÁLISIS DEL ILÍCITO PENAL

Distinción a través de la literalidad entre el antiguo y nuevo precepto, donde cambia no solo la redacción y el número del artículo, sino también los bienes jurídicos objeto de protección:

Art. 380 ACP: El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el art. anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 de este Código.

Art. 383 CP: El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los arts. anteriores, será castigado con la penas de prisión de 6 meses a 1 año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y hasta 4 años.

La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas sería la conducta típica, es decir, una actitud contraria a la obediencia de un mandato, manifestada con la negativa a cumplir la orden del funcionario (Magaldi, 2007). La desobediencia a la orden dada, tendría cabida de dos formas: comisión u omisión. Para algunos autores, este precepto solo tendría lugar cuando ocurre una omisión, por ejemplo, en el caso en el que un conductor que haya sido requerido, saliese corriendo evitando así la acción policial, realmente lo que está haciendo es negarse a realizar las pruebas, y esto sería su forma de expresión (Gómez, 1998).

Para que la conducta pueda ser entendida como tal, deben concurrir una serie de elementos. Por un lado, es necesario el mandato o requerimiento bajo cobertura legal, dimanante de un funcionario público en forma de advertencia expresa. El agente de la autoridad tendrá que actuar dentro de unos límites impuestos y bajo el cumplimiento de sus funciones encomendadas. El conductor debe entender que su negativa, supone un delito, como se aprecia en la SAP de Vizcaya con fecha 17-05-2007.

Con la observancia del RDL 6/15, Ley sobre Tráfico, concretamente en su art. 5 y 6, se deduce la competencia del Ministro de Interior para el control y vigilancia del tráfico rodado en las vías que la Policía Local no tenga competencia, por lo que será la Guardia Civil de Tráfico en vías interurbanas, y los agentes de Policía Municipal en casco urbano, quienes deben realizar la mencionada advertencia.

Según Martínez (2010), la negativa del conductor debe ser posterior al requerimiento (preciso, directo y expreso) de los agentes. De los arts. 21 y 23 RGC, se extraen los deberes de información de los agentes de la autoridad, los cuales están obligados a facilitar toda la información necesaria para que el implicado entienda las consecuencias jurídico-penales de sus acciones. Es preceptivo advertir al afectado que se realizarán dos pruebas (indagación y contraste) con el etilómetro y que entre ambas a de transcurrir un periodo mínimo de 10 min, para que el afectado pueda controlar el tiempo. A su vez, se le comunicará su derecho a realizar cualquier alegación que considere oportuna y que podrá realizar si lo desea, puesto que es su derecho, pruebas de contraste, normalmente a través de orina o sangre. En el caso de que estas premisas no sean cumplidas por los agentes, podría conllevar la absolución del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

Es evidente la necesidad de establecer límites entre la sanción administrativa y penal, pasando a ser ineludible conocer si es necesario que el conductor evidencie sintomatología de conducir bajo influencia de alcohol. En este sentido, la STS de 09-12-1999, marca unas directrices que serán de utilidad.

Están obligados a participar en los test de detección de alcohol o drogas (Suárez-Mira, Judel & Piñol, 2011):

- A) Cuando que el conductor sea parte implicada en un siniestro vial.
- B) Cuando el conductor muestre síntomas de embriaguez fácilmente evidenciables.

En cualquiera de estos dos supuestos, regulados en el art. 21 RGC, será de aplicación directa el art. 383 Código Penal si el conductor se niega a realizar las pruebas (De Vicente, 2012).

A su vez, siguiendo el mismo artículo, cuando concurran las siguientes opciones:

c) Tras ser denunciado haber infligido la normativa administrativa vigente.

d) Controles preventivos de detección de drogas y alcohol, siendo este el caso más controvertido.

Podemos encontrarnos ante dos supuestos. En primer lugar, si los agentes que realizan la prueba evidencian síntomas inequívocos de embriaguez, informarán al requerido que en caso de negarse, incurriría en una infracción penal, la cual encontramos en el art. 383 CP. Por el contrario, si los agentes no observasen tales signos, la negativa no podría considerarse delito sino una conducta sancionada administrativamente. (Morillas, Del Rosal, González, Peris, Sainz-Cantero, Olmedo & Benítez, 2011).

En el caso de que no existan tales síntomas mencionados, la jurisprudencia suele entender que la negativa no ha lugar al tipo previsto y sancionado en el art. 383. Sin embargo, aquel conductor de un vehículo a motor que fuese retenido en un control preventivo de seguridad ciudadana presentase los manifiestos síntomas, la jurisprudencia entiende que sí estaríamos ante el delito del artículo reseñado (De Vicente, 2012).

La advertencia realizada de forma clara, sobre que la negativa supone un delito, se convierte en un deber para los agentes. Se convierte en una garantía legal, que es exigible a los agentes actuantes, la obligación de informar, de lo contrario, podría suponer la absolución del acusado, esta falta de información conlleva un error invencible que exime de responsabilidad criminal en base al art. 14, apartado tercero, CP (Sánchez, 1998).

La controversia nace con la anterior redacción del precepto, en base a la sentencia del TS 19-12-2002, queda puesta de manifiesto. El Alto Tribunal pretende distinguir lo que

sería desobediencia castigada administrativamente de aquellas circunstancias en las que podría ser constitutivo de delito.

Se concluye, que la negativa, en los dos primeros casos constituiría infracción penal, por el contrario, si concurren los puntos 3 y 4 solo tendría lugar delito de desobediencia si los agentes perciben síntomas inequívocos de conducción influenciada por alcohol. En cualquier otro caso que pudiera suceder, sería infracción administrativa.

El problema que se plantea es que los agentes deben decidir, a simple vista, si una persona está ebria o no, puesto que si se consolida la negativa, no existe ninguna forma objetiva de determinar la existencia o no de intoxicación etílica. En realidad, no es exigible una conducción influenciada verdaderamente, es suficiente que los agentes perciban claros indicios de que el conductor que se ha negado pudiera estar conduciendo bajo los efectos del alcohol.

Un segundo elemento de la conducta es la oposición a practicar dicha prueba (Suárez et al., 2011). Para Gómez (1998) dicha oposición debe ser abierta, clara e indudable, por lo que no es bastante una mera renuncia (Agüero, Hidalgo de Morillo, Lanzarote, Prieto & Vargas, 2012). El implicado no debe asumir su deber, extremo que tendrán que comprobar los agentes previa información de su obligatoriedad, mediante apercibimientos donde también expliquen las consecuencias penales de la conducta.

Para Sánchez (1998), la oposición debe contener dos elementos, aceptados por la doctrina:

1. Elemento objetivo: La negativa expresa a la orden dada por el funcionario público.
2. Elemento subjetivo: Incumplimiento voluntario e intencionado.

Las formas y casuística que existen para negarse a realizar las pruebas son diversas. Podría realizarse verbalmente, mediante gestos o intentando abandonar el lugar donde se ubique el control policial. También, cabe la posibilidad que el conductor pretenda engañar a los agentes de la autoridad aceptando realizar las pruebas, pero no expulsando aire cuando debiera. Por tanto, encontramos un ejemplo de resistencia que no es activa (Magaldi, 2007).

Para aquellos conductores que, de forma voluntaria accedan a realizar la primera prueba, pero se negasen a realizar la segunda prueba, les será de aplicación este precepto. Así lo establecen las SSTS 22-3 y 15 de abril de 2002, ya que constituye un fraude.

En este sentido, el art. 23.1 del RGC regula estos extremos y es que el sometimiento del conductor será obligado para la realización de las dos pruebas con etilómetro (Morillas et al., 2011).

La segunda prueba (de contraste), deberá realizar transcurridos al menos 10 min de la finalización de la primera prueba (de indagación). La segunda prueba solo tendrá lugar en el caso de que la prueba de indagación indique una tasa de alcohol en aire expirado superior a la establecida por ley o si el conductor muestra signos evidentes de embriaguez.

El carácter imperativo de ambas pruebas se aprecia en la frase “*pruebas legalmente establecidas*” del art. 14.2 y 3 LSV. El instrumento utilizado (etilómetro), constituye una prueba preconstituida que debe reunir todas las garantías, y como indica el Centro Español de Metrología, posee un margen de error de entre el 5-7,5%, por lo que es evidente la necesidad de realizar una 2ª prueba (Agüero, Hidalgo de Morillo, Lanzarote, Prieto & Vargas, 2012).

Lo cierto es que, no debiera creerse que aquella persona que rehúsa realizar las pruebas sea porque se encuentra influenciado por ingesta alcohólica, ya que esto supondría un menoscabo de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Sin embargo, carece de toda lógica que si alguien no ha bebido, se niegue a realizar las pruebas. En base al criterio de la FGE, en la negativa suele haber una actitud fraudulenta. Algunas veces, el conductor desea que finalice su estancia en el control policial para ser trasladado a un centro de salud ya que en ese transcurrir de tiempo, podría verse reducido en sangre su nivel de alcohol.

Al objeto de poder establecer una valoración de todo lo acontecido, habrá que atender a algunos de los siguientes criterios:

- Actitud que muestre el conductor.

- Tasa definitiva arrojada.

- Tiempo que hubiere transcurrido desde que el conductor realiza el requerimiento hasta que tiene lugar la extracción de sangre.

La responsabilidad recae en los agentes de la policía judicial de tráfico, quienes realizarán las pruebas cuya finalidad sea la detección de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ya que la conducta es punible también si el conductor se niega a realizar la prueba de detección de drogas.

Cuando el test indiciario de saliva, coloquialmente conocido como *narcotest*, arroje un resultado positivo, o bien el conductor muestra síntomas de haber consumido algún tipo de sustancia estupefaciente quedará obligado a facilitar la saliva suficiente para el análisis que se realiza en laboratorios homologados posteriormente (FGE, 2011).

El laboratorio “homologado”, público o privado, estará controlado por la AP para así cumplir con todos los requisitos establecidos. Especial importancia adquiere en estos momentos la cadena de custodia, para cumplir con todas las garantías procesales (Suarez-Mira et al., 2011).

Concretar, que cualquier conductor tiene el derecho de solicitar una prueba de contraste, consistente generalmente en análisis de orina o de sangre. Para hacer uso de este derecho, es necesario que el conductor que fuere requerido por el agente de la autoridad, en el ejercicio de sus funciones, acceda a realizar las pruebas necesarias que se le requieran para medir la tasa de alcohol en aire espirado con el etilómetro. El conductor que no acceda a realizar las pruebas a requerimiento de los agentes, no tendrá opción de solicitar las pruebas de contraste ya que, no habría con qué resultados contrastarlos.

La prueba de contraste, y las formas de proceder, quedan recogidas en el art. 796.7 LECrim, garantía solo exigible una vez que el implicado haya accedido, y realizado correctamente las pruebas reglamentarias establecidas, criterio marcado en la SAP de Burgos con fecha 7-09-2010 (FGE, 2011).

En los arts. 27 y 28 RGC, así como en el art. 14 LSV se regulan administrativamente los controles de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes. Previamente a la reforma de la LO 5/10 tenían lugar reconocimientos externos, ya que era necesario autorización judicial para las intervenciones corporales, visto en las Sentencias del TS 14-02-2005 y 24-08-2007.

En este caso podría verse afectado el derecho fundamental a la intimidad, previsto en el art. 18 CE, por tanto, es necesaria la regulación a través de Ley Orgánica. Sin embargo, con la citada reforma los controles de drogas tóxicas quedan regulados siguiendo la línea de actuación del resto de países que conforman la UE. Por tanto, ya no es necesario reconocimiento facultativo, sino que el sujeto tiene obligación de proporcionar al funcionario público la saliva en cantidad suficiente (FGE, 2011).

Lo importante para esta persecución de drogas en el organismo es porque merma y disminuye la capacidad visual de los conductores. En base a la circular 10/2011 FGE, alrededor de un 2% conduce bajo la influencia de alcohol, y aproximadamente un 10% lo hace bajo la influencia de otras drogas. Estos porcentajes podrían explicar gran parte de los accidentes de circulación que ocurren a diario.

Con la reforma del Código Penal de 1995 se eleva a categoría de delito, lo que anteriormente constituía mera infracción castigada administrativamente. Parte de la doctrina procesalista considera que ese dato en los controles “rutinarios” podría ser inconstitucional. Esta controversia tuvo sus inicios en los años 80, la posibilidad de que el test de alcoholemia resultase inconstitucional. De tal modo, el Tribunal Constitucional se pronuncia al respecto, concretando que era una prueba de incierto resultado que serviría para absolver o condenar. La supuesta inconstitucionalidad del art. 383 CP será analizada en el siguiente epígrafe.

El siguiente punto polémico, radica en cuanto a su obligatoriedad, por lo que el Tribunal Constitucional se pronunció en los siguientes extremos: negarse a realizar la prueba, sería en el proceso judicial, una prueba en contra del encausado.

Las directrices dimanantes del Tribunal Constitucional no son tenidas en cuenta por el legislador cuando tras la reforma del Código Penal de 1995, se eleva la negativa a

delito. Creándose una especie de delito sospecha, el legislador obvia el marco jurídico del momento, ya que la prueba se establece como obligatoria.

El TC recibió varios recursos, pero resolvió a favor de la permanencia de este precepto. También, el TS tras la interpretación del art. 380 en esos momentos, determina que era necesario percibir signos inequívocos de embriaguez en el conductor del vehículo.

Aumenta de esta forma la inseguridad jurídica al entrelazar la naturaleza del art. 379 con el 380. Otorgaron de esta manera un poder y responsabilidad especial a los agentes de la autoridad para que tuviesen potestad para determinar si se sancionaba por uno o dos delitos, multa y ahora retirada de puntos en el carné, o por el contrario, si no eran apreciados los signos inequívocos, por ninguno de estos (FGE, 2011). Los llamados signos inequívocos, serán valorados en el mismo momento de los hechos por los funcionarios públicos, como se extrae de la sentencia del TS de 22-03-2002.

Antes de la jurisprudencia creada por el TC, existen sentencias como la SAP de Lérida de 05-02-1998 que penalizaba la negativa consciente en todos los casos establecidos en el art. 21 RGC.

El art. 383 CP hace viable su aplicación a todos los supuestos del artículo anterior, cuando admite los controles rutinarios donde se comprueba una tasa de alcohol objetiva que emite el etilómetro, en lugar de una influencia verdadera.

Esta figura penal, tan polémica desde sus inicios, ha recibido críticas, siendo algunas (Morillas et al., 2011):

La nº 195 del Grupo Parlamentario Mixto, y la 795 del Grupo Parlamentario de IU, al considerar que sería suficiente la regulación administrativa, al castigarse con más gravedad la negativa a la investigación a una conducta peligrosa, que la conducta en sí misma.

La nº 414 del Grupo Parlamentario Popular, al considerar contrario a la lógica que esta conducta constituya una desobediencia grave, puesto que se podría dañar el derecho a la defensa y a no declararse culpable.

En la sentencia del TC 234/99, del 18 de diciembre, se declara la constitucionalidad del artículo. Con la LO 5/10, aparece un nuevo artículo, concretamente el art. 385 ter, el cual expone la novedosa orientación político-criminal que no es capaz de solucionar las controversias que generan la naturaleza jurídica de ambos preceptos. Aquí, el juez o tribunal podrá reducir la pena en grado teniendo en cuenta la menor entidad del riesgo generado y las circunstancias del mismo, siempre y cuando quede motivado en la sentencia, algo difícil que ocurra en la realidad (De Vicente, 2012).

Parte de la doctrina, realiza una interpretación material del bien jurídico protegido acerca de la citada sentencia del TS, con el fin de dejar atrás este problema de inconstitucionalidad (Mir, Corcoy & Cardenal, 2008). La justificación de una pena más elevada en el bien jurídico del art. 383 sería porque, además de un bien jurídico formal, existe otro bien jurídico material, la seguridad vial.

Desde la existencia del art. 380 con su remisión penológica al 556 CP, existen los problemas de constitucionalidad. Podría considerarse la existencia de casos de negativas de desobediencia que fuesen leves en vez de graves, y constituir un delito leve (considerado así desde la LO 1/2015, de 30 marzo), antiguas faltas con anterioridad a la citada reforma (Gómez, 1998).

La tarea de acomodación a la legalidad constitucional ha sido complicada desde el origen. Para empezar, en relación a los arts. 17.3 y 24.2 CE en cuanto al derecho a no declarar, no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Y lo principal, es que en relación al art. 25 CE, en base a los arts. 1.1, 9.3 y 17 CE, podría no resultar proporcionada la pena. Esto es así, debido a que la negativa del art. 383 tiene una pena más grave que la del propio delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379.2 CP (conducta investigada).

De otro lado, las penas con resultado de privación de libertad deben ir dirigidas hacia la reeducación y reinserción social, sin embargo, de este artículo podría entenderse que está más bien destinada a una prevención general (Suárez-Mira et al., 2011).

Estos asuntos son tratados en la STC 161/97, del 2 de octubre, donde rechaza los motivos de inconstitucionalidad, aunque el propio tribunal estuvo dividido en esta votación.

El TC reitera una jurisprudencia anterior, en las SSTC 103/85 y 107/85 donde declara que la realización de las pruebas no se puede equiparar a declarar en contra de uno mismo puesto que las pruebas de alcoholemia son de resultado incierto (Suárez-Mira et al., 2011). Por tanto, la prueba constituye una “*pericia de contenido incierto*” y no supone una declaración auto inculpativa, ni es un testimonio. Por lo que, consiste en «tolerar que se le haga objeto de una modalidad de pericia especial» (Gómez, 1998, p. 297).

También estiman, que el legislador posee suficiente margen de maniobra a la hora de determinar las infracciones penales, así como sus consecuencias (Morillas et al., 2011). Es tarea del legislador elegir la pena correspondiente a cada infracción, y en este caso “*queda dirigido instrumentalmente a evitar la comisión de lesiones y homicidios imprudentes*”, puesto que se trata de un delito de peligro abstracto.

Otra consideración es que estas pruebas de detección, no son pruebas sino un acto de investigación, por lo que no menoscaban el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga de la prueba. Distinto, si es considerada prueba anticipada, donde podría vulnerar los arts. 297.1, 730, 741, 790.5 LECrim. También, el art. 24.2 CE sobre el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

Destacar, que con anterioridad a la vigencia del antiguo art. 380 con el CP del 95, basándose en el art. 24. C) del RD 1428/03, por el que se aprueba el RGC para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el RDL 339/90, cuando un conductor se negaba a realizar las pruebas de detección de alcohol en los casos en los cuales los hechos cometidos constituyesen delito, debía ser trasladado al juzgado correspondiente a los efectos que procedan, conforme a la LECrim. En la práctica actual, el conductor del vehículo a motor será considerado investigado no detenido, o detenido puesto en libertad siéndole entregada citación judicial para comparecer en la vista oral.

El art. 21 de este RD 1428/03, muestra las personas obligadas a someterse a la investigación de alcoholemia, el art. 28, apartado primero, del presente, los procedimientos para la realización de pruebas para detectar sustancias estupefacientes.

Por consiguiente, con anterioridad a la entrada en vigor del artículo, aquel conductor que se negare a realizar las pruebas, entendiendo que ejercía su derecho a la presunción de inocencia o no declararse culpable, según establece el art. 490 LECrim, era detenido y puesto a disposición del juzgado competente como presunto autor de un delito de conducción bajo influencia de alcohol.

El RGC admite los controles preventivos o rutinarios, sin que existan indicios de criminalidad y con la actual redacción que su aplicación podría ser para todos los casos en los que concurra el art. 21 RGC, concretamente, controles rutinarios o preventivos, sin existir ningún tipo de indicio de delito de embriaguez en el conductor. Consecuencia de la Memoria FGC (2008), se deja claro que este precepto será extensivo a todos los supuestos de los arts. Del RGC y por supuesto, a los controles preventivos para controlar tasas de alcohol (De Vicente, 2012).

Si tenemos en cuenta el art. 490 LECrim, no quedaría bajo amparo legal una detención puesto que es preceptiva certeza de comisión del hecho penal, de esta forma, la legalidad quedaría amparada por un RD y podría vulnerar la reserva de LO que queda establecido en la Constitución, concretamente en los arts. 81 y 82. Para no vulnerar el principio non bis in ídem, debería existir en la normativa que regula la seguridad vial, en materia sancionadora, que la sanción administrativa solo es aceptable en el caso de que el encausado fuese absuelto penalmente (Martínez, 2010).

Para Muñoz (2010) tampoco quedaría infringido el principio de proporcionalidad de las penas, puesto que se necesita proteger:

1. La seguridad vial (seguridad del tráfico anteriormente) como bien jurídico protegido de forma directa.
2. La integridad y la vida de las personas como bien jurídico protegido de forma indirecta.
3. El principio de autoridad de nuestros agentes, encargados de realizar las pruebas.

Sin embargo, algunos autores, ha criticado las sentencias del Tribunal Constitucional, entendiendo que el art. 380 ACP supondría una obligación para el implicado, el cual podría entenderse como presunto autor de un delito que quizás no ha cometido pero que

debe prestar colaboración lo desee o no con los agentes para la investigación, ya que la negativa constituye el hecho penal. De esta forma, podría entenderse vulnerado el ppio de proporcionalidad. Incluso los más escépticos consideran que se estaría privando del derecho de presunción de inocencia, al menoscabar su defensa y libertad. Consecuentemente, colaborar en una supuesta acusación no tiene coherencia alguna con ejercer el derecho a defenderse (Gómez, 1998).

De otro lado, el magistrado García Manzano, critica duramente la proporcionalidad de la norma, ya que entiende que existe incoherencia entre la consecuencia jurídico penal con la conducta que se ha llevado a cabo realmente, y que es digna de reprehensión (Gómez, 1998).

Siguiendo esta línea planteada, una opción podría ser reforzar las sanciones administrativas, puesto que es una medida menos gravosa y que a priori, no menos eficaz.

Este ilícito penal lleva aparejado la pena privativa de libertad-prisión de 6 meses a un año, en este sentido, la pena de privación de libertad es más elevada que la que tiene el propio delito de conducción bajo influencia de alcohol, tipificado en el art. 379.2 CP (delito investigado). Aquí, parece lógico entender que se podría estar vulnerando el principio de proporcionalidad. Según Cuesta (2002) la actual redacción del tipo, podría estar vulnerando el principio de proporcionalidad, pese a lo dispuesto en las SSTC 161/97 y 234/97.

Otros autores entienden que la nueva redacción no modificó la interpretación realizada hasta entonces sobre este ilícito. Acerca de la penalidad, se deduciría que el propio legislador asemeja la gravedad de la conducta a la desobediencia, quedando así equiparada materialmente la gravedad de los delitos art. 383 y 556 CP (Morillas et al., 2011).

En cuanto a la pena a imponer, la cuestión fundamental es la importancia de separación con la infracción administrativa descrita en el art. 77 d) RDL 6/15 que califica como infracción muy grave, siempre que no sea constitutiva de delito, el incumplimiento de los conductores, así como del resto de usuarios implicados en

cualquier tipo de accidente de tráfico o aquellas personas que hubiesen cometido una infracción, de someterse a las pruebas para comprobar su tasa de alcohol o presencia de drogas en su cuerpo.

Mencionar también el art. 14.2, sobre bebidas alcohólicas y drogas, dispone que los conductores del vehículo queden obligados a someterse a las pruebas para detectar alcohol o drogas, practicadas por los agentes encargados del tráfico. También recalca, igual que el artículo anterior, que estarán obligadas las personas implicadas en algún accidente de tráfico o hayan cometido alguna infracción administrativa.

Por tanto, el porcentaje de personas que pudieran verse afectadas por una sanción administrativa es mayor que por una sanción penal, puesto que no afecta solamente al conductor de un vehículo, sino a cualquier otro usuario de la vía como peatones o ciclistas. Una distinción fundamental para que el conductor sea condenado por delito y no castigado por vía administrativa es que su oposición, tras el requerimiento por parte de los funcionarios públicos sea contumaz, persistente y categórica, siendo el conductor consciente de su actitud (Morillas et al., 2011).

El sujeto activo del delito será aquel conductor presuntamente interceptado al conducir un ciclomotor o vehículo a motor de forma dolosa influenciado por alcohol o drogas o cualquier otra sustancia tóxica y se niegue a realizar dichas pruebas de detección (Pastor, 2002). Concretando en los autores materiales de los hechos, el art. 21 RGC cierra el círculo indicando que las personas obligadas serán los conductores de ciclomotor o vehículo a motor. Destacar, que aunque los peatones implicados en algún accidente también queden obligados, no serán autores de este tipo penal (Suárez-Mira et al., 2011).

Trayendo de nuevo a colación la famosa sentencia del TS 3/99 de 9 de diciembre, el Alto Tribunal falla acerca de un ciudadano aforado encausado por su conducta de negativa al test de alcohol, decidiendo no castigar en virtud del art. 383 CP.

El Alto Tribunal establece que no es posible condenar por el delito de negativa del antiguo art. 380 si los agentes de la autoridad, especializados en tráfico, no observan signos inequívocos de embriaguez en el conductor, de esta manera, dependen de unos hechos que no tienen que ver con la descripción típica del artículo. La decisión sobre la

existencia o no de desobediencia depende únicamente del criterio subjetivo de la policía de tráfico (Cuesta, 2000). En esta línea, Cuesta (2000) considera que los agentes no son peritos en la materia para tomar ese tipo de decisiones, entendiendo que acertar o errar sobre la embriaguez de un conductor depende de una decisión subjetiva tomada en escasos minutos.

En relación al sujeto pasivo del delito, es decir, el titular del bien jurídico protegido, la cuestión no está tan clara como la del sujeto activo. Con la novedosa redacción del art. 383 CP desapareció toda referencia a delito de desobediencia grave, sin embargo, antes de la reforma del CP tras la LO 15/07, estábamos ante un delito auto calificado de desobediencia donde el sujeto pasivo era el agente de la autoridad que hubiese requerido a un conductor para practicarle las pruebas de detección de alcohol. Surge polémica desde que este tipo se ubica dentro de los delitos contra la seguridad vial, también, existe una estrecha relación con el art. 379 del mismo código. Una posibilidad sería entender que el sujeto pasivo fuese la comunidad como titular del interés supra personal de la seguridad vial (Cuesta, 2002).

Otra opción consiste en tener en cuenta sería a las personas sobre las que caería el daño, señalando de esta forma el bien jurídico protegido en delitos de riesgo abstracto con el que se lesionaría en caso de producirse un resultado concreto.

El dolo, sería el elemento subjetivo del tipo, y así lo acepta gran parte de la doctrina (Cuesta, 2002). Se excluye en la redacción del tipo la imprudencia (De Vicente, 2012).

El sustrato material del delito sería la desobediencia, fundamentada en un dolo específico con el ACP. Podemos observar dicha afirmación con las líneas: Ganzenmüller, Escudero & Frigola (1998) «ánimo de desprestigiar el principio de autoridad, o menoscabar la función pública, que sus titulares desempeñan» (p. 78).

Algunos autores consideran que no es necesaria la existencia de dolo específico, siendo suficiente el ánimo de atentar contra los agentes. En todo caso, esto no es demasiado importante ya que con la nueva redacción no se deriva al 556 ACP (desobediencia grave). Con la LO 15/07 se elimina la redirección hacía el tipo de desobediencia, pero podría entenderse que nuestro legislador continúa sancionando

dicha desobediencia y a su vez, protegiendo el principio de autoridad y los agentes (Suárez-Mira et al., 2011).

El elemento subjetivo es cuestión clave para la comprensión del tipo, un conductor embriagado podría no entender en su totalidad la información facilitada por los agentes actuantes, así como el requerimiento. En este caso, habría que cuestionar si su intención es “*menoscabar el principio de autoridad*”. Otro problema es, que a sabiendas de su estado de intoxicación, finja que no entiende la información o las instrucciones realizadas por los agentes. Extremo complicado sujeto a interpretación subjetiva.

Cuando el encausado se niega a someterse las pruebas en aire espirado, pero solicita un análisis de sangre a los agentes, petición a la que no acceden por tratarse de una prueba de contraste. Consideran, que en este caso concreto, no tiene lugar la negativa, puesto que solicita realizar una prueba más fiable, entendiéndose que no es una oposición firme a la prueba sino una supuesta “colaboración” en la investigación (Martínez, 2010). Bajo mi punto de vista, carece de toda lógica que el implicado quisiera “*colaborar en la investigación sometiéndose a una prueba más fiable*”, más bien, lo que querría podría ser que pasase el mayor tiempo posible para que disminuyese la tasa de alcohol en su cuerpo, o bien, intentar por todos los medios evitar ser descubierto.

Estiman que el acusado desea hacer valer las garantías que ofrece la Constitución y no puede ser considerado un delito de desobediencia grave que estaba tipificado en el antiguo art. 380 CP (Agüero, Hidalgo de Morillo, Lanzarote, Prieto & Vargas, 2012).

En esta línea, encontramos la SAP de Madrid, de 22-5-2000, donde se considera que el conductor se niega a la realización de la prueba en aire espirado, pero al desear otra prueba, concretamente el análisis de sangre, no desobedece a los agentes sino que quiere que la investigación en la que está inmerso se realice a través de otra prueba, la que él quiera.

Se procede a continuación a mencionar algunas sentencias polémicas así como a la redacción de un breve resumen del contenido (Martínez, 2010):

La SAP de Navarra (16-12-97) se pronuncia sobre el principio *indubio pro reo*, absolviendo del delito de negativa, al considerar que no quedaba probada la intención de

menoscabar el principio de autoridad, pese a la manifestación de los agentes que indicaron que sopló todas las veces incorrectamente adrede, tras ser sometido varias veces a las pruebas.

La SAP de Gerona (12-08-2009), la picaresca del conductor hace considerar a la audiencia que no queda probada que la negativa fuera firme. Los comportamientos picarescos podrían ser: expulsar aire fuera de la boquilla, fingir defectos físicos, soplar en cantidad mínima de aire o por tiempo insuficiente, entendiendo que todas estas conductas deben realizarse conscientemente (Magaldi, 2007).

La SAP de Madrid (13-10-2009), absolviendo al conductor por supuesto desconocimiento del idioma, que alegó en el control policial que era ciudadano chino y no hablaba español.

La SAP de La Rioja (30-10-2009), se condena al acusado por delito de negativa a realizar las pruebas de alcoholemia y también por conducir bajo la influencia de estas, ya que tuvo lugar un cambio entre conductor y copiloto, y fue visto por los agentes, tras interceptar el vehículo.

El camino del delito "*Iter criminis*", también conocido como "camino del delito", muestra que estamos ante un delito de mera actividad. No cabe la tentativa al no tratarse de un delito de resultado concreto. Algunos autores contemplaron ciertos supuestos de criminalización anticipada, pero la propia naturaleza del ilícito hace imposible la existencia de la tentativa. En el momento que un conductor se niega a realizar las pruebas, el delito se entiende como consumado y no es necesario que tenga lugar ningún elemento posterior (Gutiérrez, García del Blanco, Martín & Sandéz, 2009).

Destacar, que el art. 383 CP permite la interpretación del principio "*non bis in ídem*" y de esta forma no condenar a la misma vez por un delito de negativa, y otro de conducción influenciada por alcohol. Se generan problemas en materia concursal tratados más detenidamente posteriormente.

Con la actual redacción es suficiente el requerimiento de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones en un control preventivo o rutinario para aquel conductor de vehículo a motor que no haya cometido ninguna infracción que justifique su control.

Por tanto, cabe la posibilidad de existencia entre un concurso real de delitos entre el delito de desobediencia y cualquier otro incluido en los arts. 379 – 385 CP, en este sentido, una vez que queden demostrados los elementos del delito podrían darse casos de negarse a realizar las pruebas establecidas y que el conductor lo haga sin carné de conducir, bien por no haberlo obtenido nunca, o bien por haber sido retirado tras sentencia judicial firme (Muñoz, 2010).

Es evidente en la relación concursal más controvertida queda establecida entre la conducción influenciada por alcohol (art. 379.2) y la negativa (art. 383). La mayoría de las Audiencias Provinciales consideran que es adecuada la admisión de un concurso real (Gómez, 1998). Tras la negativa, no hay resultados del etilómetro por lo que es necesario evidenciar por otra vía si el sujeto conducía embriagado o no.

Por el contrario, algunas sentencias son contrarias a esta interpretación, así: SAP de Madrid de 18-11-2005, al entender que entre ambos preceptos lo que existe es un concurso de normas del art. 8 CP y no un concurso real de delitos (Magaldi, 2007). Con el concurso se podría incurrir en la vulneración del “*non bis in ídem*”. Se acepta que ambos preceptos sirven para proteger la seguridad vial (Morillas et al., 2011).

Cabe la posibilidad de concurso real de delitos entre el 379.2 y 383 CP, pudiendo los agentes de la policía judicial de tráfico imputar ambos delitos, en los casos que los agentes perciban signos inequívocos de embriaguez y el conductor requerido para la realización de pruebas acceda a hacerlas pero de forma manifiestamente incorrecta, por ejemplo, soplar variando la intensidad a sabiendas que la prueba sería errónea.

La doctrina consideró hasta que tuvo lugar la reforma penal en materia de seguridad vial en 2010 que el bien jurídico del art. 379 y 383 coincidía, por lo que aplicar el concurso aparente de normas era una solución acertada, puesto que la negativa sería un acto supuestamente preparatorio (De Vicente, 2012).

Otra opción era pensar que los antiguos 379 (desobediencia) y 380 (seguridad vial) estaban interrelacionados aunque fuesen conductas independientes, por lo que sí tendría cabida la aplicación del concurso real de delitos (De Vicente, 2012).

Tras realizarse las Jornadas de Fiscales de Seguridad vial, se concluye mantener el concurso real de delitos, puesto que negarse a realizar las pruebas, o conducir embriagado, son comportamientos distintos, y lejanos en el tiempo. Se entiende de esto que el nuevo precepto sigue protegiendo la autoridad (De Vicente, 2012).

A continuación se expone un supuesto difícil de ocurrir y más aún de creer, en aquellos casos en los que el conductor se niegue a realizar las pruebas, pero que no hubiese consumido alcohol, siendo el único motivo para sustentar la negativa, que simplemente no quiere hacerlas. Teniendo como referencia la STC 234/97, si al implicado le informan los agentes de las consecuencias penales (elemento objetivo del tipo) y continua con su negativa con conocimiento de la infracción penal que estaría cometiendo, al existir una conducta dolosa (elemento subjetivo), podría aplicarse el antiguo 380 CP. De la SAP de Barcelona (31-01-97) se extrae que no es posible acudir al efecto propio de la consunción regulada en el art. 8.3 CP para la aplicación de concurso de leyes, sino que es más acertado asumir un concurso ideal, con efectos punitivos del art. 77 CP (Sánchez, 1998).

Con la SAP de Granada 827/98, de 25 noviembre, se aprecia que no parece acertado penar al mismo tiempo la conducción embriagada y la negativa a las pruebas, siendo necesario decidir si castigar por el art. 379 o 383 CP si se da el supuesto donde se podría condenar de forma alternativa.

Como se ha visto, mientras que algunas sentencias defienden el concurso de normas, como la SAP de Madrid, de 18 de noviembre de 2005, fallando exclusivamente por el art. 383 al entender que «el nuevo CP plantea en realidad un concurso de leyes entre los arts. 379 - 383 y en el que opta por la aplicación del último que absorbe todo el desvalor del hecho». Aunque la mayoría de la Jurisprudencia actual afirma que es admisible una condena por los dos preceptos, en base al art. 73 CP existiendo un concurso real de delitos (Agüero et al., 2012, p. 180).

Para Agüero et al., (2012) ambas conductas tienen penalidad distinta y carácter autónomo, pero pueden estar interrelacionadas, ambos preceptos ubicados dentro de los delitos contra la seguridad vial. Sin embargo, mientras que el art. 379.2 se agota con la conducción influenciada por alcohol o sustancias estupefacientes, el art. 383 para

fortalecer el precepto anterior, constituye a un delito de desobediencia la negativa a realizar las pruebas habiendo sido requerido por un funcionario (Martínez, 2010). En esta línea se encuentra la SAP de Salamanca (08-06-2009).

Algunos autores defienden que el conductor embriagado podría ampararse en la causa de justificación del art. 20.7 CP “*ejercicio legítimo de un derecho*”, es decir, «el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo». Centran también su opinión en base al art. 24.2 CE:

Todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia letrada, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

Carmona Salgado y Martínez Ruiz consideran que el individuo que se negase a realizar las pruebas para la detección de alcohol estaría en un “*estado de necesidad putativo*”, conforme al art. 20.5 CP (Cuesta, 2002).

El calificativo “*auto incriminación*”, aparece de forma lógica cuando ocurre la negativa en los controles, respecto al delito investigado de conducción bajo influencia de alcohol o drogas, de tal modo que los conductores “*desobedientes*” quieren eludir la acción policial y no ser investigados, creyendo estar en un estado de necesidad, aunque este en verdad no concurra y no exista el elemento subjetivo de justificación (Carmona & Martínez, 1998).

Aunque el conductor no conociese a priori las consecuencias penales de su conducta, tras ser informado por el agente de la autoridad, se evidencia la actuación dolosa, pero un ciudadano que condujese influenciado por alcohol o drogas creará primordial no ser descubierto y poder eludir de esta forma las consecuencias negativas de la actuación penal si se demostrase su culpabilidad (Cuesta, 2002).

En cuanto a los tipos de errores que pudieran existir, el error vencible, reduciría la pena en 1 o 2 grados. El error de prohibición (art. 14.3 CP) conllevaría la exención total de la pena por no existir responsabilidad penal.

Gómez (1998) refiere que el presunto conductor embriagado podría incurrir en el error de pensar que no procede su detención ni sometimiento a ningún tipo de prueba para ver si ha consumido alcohol o drogas sin que existan indicios de criminalidad.

Según lo expuesto, se podría estar ante la aplicación del art. 14.1 CP por no existir responsabilidad ante la negativa, si se considera como error invencible. No existe la posibilidad de que el error sea vencible y la conducta castigada como imprudente, puesto que la conducta imprudente no está reseñada en el Código Penal. Entonces, al existir error sobre los elementos típicos, la conducta podría no ser punible.

Gómez (1998) considera que estaríamos ante un error de prohibición si se desconoce que la negativa supone la comisión de ilícito penal, al no conocer se realiza una acción antijurídica, párrafo confirmado por la STS 3/99 cuando establece la necesidad de existir “*signos inequívocos de embriaguez en el conductor*”, para que pueda ser encausado. Sin embargo, de la lectura del art. 383 CP no se desprende esta interpretación.

Magaldi (2007) defiende la aplicación al delito, de algunas de las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal descritas en el Código Penal:

1. Art. 20.2 – Eximente completa.
2. Art. 21.1 – Eximente incompleta.
3. Art. 21.1 – Atenuante analógica.

Caso de poder aplicarse estas circunstancias, sería por hallarse el conductor: «al tiempo de cometer la infracción penal en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas o alcohol». (Magaldi, 2007, p. 226).

Con esto, se desprende que pudiera ser complicado que conozca las indicaciones del agente y tenga intención de cumplirla ya que podría verse disminuida hasta la propia imputabilidad. En esta línea, si el conductor es sancionado por la conducción influenciada por drogas o alcohol, no se le debería sancionar por la negativa a las pruebas que están investigando el delito. Excluyendo aquí, el concurso real de delitos (Ganzenmüller et al., 1998).

Una atenuante frecuentemente utilizada por la Jurisprudencia y aceptada por la doctrina es que si la negativa se debe al supuesto estado de embriaguez, podría aplicarse la eximente completa del art. 20.2 CP, también se podría deducir que se halla bajo los efectos del 379.2 CP (Magaldi, 2007).

Esta atenuante tendrá lugar solo si es alegada por el letrado de la defensa, solicitando esta circunstancia modificativa de responsabilidad penal en beneficio del investigado. No tiene lógica pensar que ese estado de intoxicación etílica sea provocado para desobedecer a los agentes. Tampoco se podría entender una intoxicación plena, puesto que el conductor no sería capaz ni de arrancar el vehículo y menos de conducir (Sánchez, 1998). De esta forma, si aceptásemos la embriaguez como eximente completa, anularía las facultades intelectual y volitiva de la persona, pero volviendo a la frase anterior, no sería capaz de conducir (De Vicente, 2012).

En el caso de que la intoxicación sea notable pero no elimine la capacidad intelectual y volitiva del conductor, simplemente se vea mermada, la embriaguez podrá ser considerada como una atenuante (De Vicente, 2012).

Según la SAP Barcelona de 31-01-97, considerando el dolo como elemento subjetivo, es posible que se viera atenuado por la ingesta de bebidas alcohólicas. En definitiva, podría apreciarse la atenuante siempre que la embriaguez no se hubiera previsto ni fuese provocada adrede, pudiendo disminuir la responsabilidad del conductor del vehículo (Gómez, 1998).

Dos líneas de investigación fundamentales si el encausado se negare a realizar las pruebas:

1. Declaración de los agentes actuantes.
2. Declaración del acusado.

Aquí, también hay interpretaciones distintas, por un lado la SAP de Navarra (16-12-97), el acusado confiesa estar embriagado y la fuerza actuante aprecia síntomas externos evidentes de ello, siendo condenado el sujeto en cuestión. En la SAP de Barcelona (25-06-97), se entiende que la declaración de los agentes como testigos de los hechos conforma impresiones subjetivas, y no da lugar a la condena del encausado al entender

que no hay más pruebas que la declaración de los agentes y la misma no posee rigor científico. Por todo lo expuesto en el apartado, se aprecia que la forma de entender e interpretar este polémico artículo es diversa. Una interpretación material entiende que acreditar la influencia de alcohol en la conducción es necesario (respetando el principio de última *ratio*). La interpretación formal defiende que con la negativa es más que suficiente (Ganzenmüller et al., 1998).



3. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Consecuencia de la posible vulneración al principio de proporcionalidad se habla de supuestos motivos de inconstitucionalidad (se han llegado a plantear hasta 21 recursos) (Ganzenmüller et al., 1998). Gira en torno a la posible infracción de los arts. 1.1, 9.3, 10.2, 25.1 CE, ya que la pena del anterior art. 380 CP era de 6 meses a 1 año (ya que remitía al art. 556 CP). Sin embargo, la pena aparejada para el delito investigado del art. 379, en plazo temporal que surgieron los problemas acerca de la inconstitucionalidad eran: privación del carné de conducir por tiempo superior a 1 y hasta 4 años, y arresto de 8 a 12 fines de semana o multa de 3 a 8 meses.

Como mencioné en el párrafo anterior, hasta 21 cuestiones de inconstitucionalidad ha tenido que afrontar el delito de negativa del 383 CP. Los motivos giraban en torno a la proporcionalidad del precepto, presunción de inocencia y derecho a una defensa. Tan grande fue la magnitud del asunto, que la misma Comisión Europea de DDHH emite una Decisión¹, donde recalca que esta prueba consiste en un medio de prueba, que en función del resultado arrojado, favorecerá al inculpado, o bien podría perjudicarlo, pero es una prueba de resultado incierto. Un resultado negativo absolvería por lo que existe la posibilidad de probar su inocencia. Consecuentemente, entienden que no son vulnerados los derechos citados en este párrafo (Cuesta, 2012).

Con la creación del tipo del art. 383 CP desaparece la remisión penológica al delito de desobediencia, sin embargo, algunos autores consideran que continúa la incoherencia punitiva al establecer el delito de negativa una pena más severa que la prevista para el delito realmente investigado del 379.2 CP.

Una explicación al respecto es que la negativa tenga mayor pena por ser acciones con la finalidad de encubrir un delito básico (Gómez, 1998). Una modificación significativa respecto a la pena del 380 al novedoso 383 a la pena de prisión se añade la privación de conducir ciclomotores y vehículos a motor por tiempo superior a 1 e inferior a 4 años.

¹ Decisión nº 8239/1978, 4 diciembre.

Sin embargo, algunos autores consideran que «es un hecho absurdo sancionar con una pena más grave este acto de desobediencia que el mismo delito cuya realización trata en suma de prevenir la prueba de alcoholemia» (Malgani, 2007, p. 215).

Otro caso a tener en cuenta en relación a la inconstitucionalidad y la supuesta transgresión al ppio de proporcionalidad hace referencia a la cuestión resocializadora. La pena privativa de libertad queda orientada exclusivamente a una prevención general de los delitos, aunque la prevención especial que tiene mucha importancia es olvidada. Con la base de los arts. 25.2 y 53.1 CE, se procura que, bajo la intimidación penal, los ciudadanos se sometan a las pruebas de detección una vez requeridos para ello.

Es competencia del legislador definir los comportamientos penalmente reprochables, los bienes jurídicos a proteger, tipología y cuantía de las sanciones así como su proporción. El TC añadió que una de las finalidades inmediatas del precepto lleva a la verificación de otra mediata, es decir, que el riesgo a evitar es el generado para la vida o integridad de los ciudadanos (art. 381 CP) (Ganzenmüller et al., 1998). Otro fin son las condiciones y dignidad en el ejercicio legítimo de la función pública, es decir, el principio de autoridad (Martínez, 2010). También, el correcto funcionamiento de la administración pública (Gutiérrez et al., 2009).

En este sentido, la SAP de Ourense en su ST de la Sección 2ª 441/09, indica que el ppio de autoridad es tutelado por el art. 383, por tanto, es requisito necesario que los conductores del vehículo a motor cumplan con los requerimientos de los agentes, ya que son agentes de la autoridad, ejerciendo sus funciones para la investigación de la conducción influenciada por alcohol del art. 379 CP (Ganzenmüller et al., 2009, p. 81).

Por otro lado, en relación a la supuesta menor gravedad del precepto respecto a la conducta objeto de investigación, el TC considera que el legislador no tiene por qué entender menor gravedad para el bien jurídico en comportamientos más lejanos. El peligro abstracto es posible que merezca mayor sanción dependiendo del caso concreto en el que nos hallemos. El motivo es que si no se erradica el peligro abstracto es más probable que aumenten las situaciones en donde tiene lugar un riesgo próximo.

También, el TC considera que el TS no encontró problema para solucionar la supuesta vulneración de la finalidad resocializadora de las penas, ya que en base al art. 25.2 CE, algunas finalidades no tienen carácter primordial respecto a otras de prevención general (Martínez, 2010, p. 120).

De la lectura del art. 28.1 RGC, aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre, se desprende que el art. 383 CP no solo es de aplicación a los casos que se quiera conocer la tasa de alcohol, sino también si la conducción está influenciada por drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. En este último supuesto, se estima que únicamente será válido el análisis clínico realizado por personal sanitario (Martínez, 2010).

En relación a la cuestión de inconstitucionalidad, la SAP de Salamanca (14-04-97), determina que este precepto criminaliza a los conductores que se nieguen a la realización de pruebas para determinar la tasa de alcohol o detección de estupefacientes, con un modus operandi que atenta contra la intimidad corporal, así que para realizarla sería preceptiva resolución judicial, con los requisitos que esto conlleva:

1. Justificación objetiva y razonable, que sea necesaria, idónea y previa ponderación de la proporcionalidad de la medida con un fin constitucionalmente legítimo.
2. Habilitación legislativa necesaria para practicar la medida.
3. Resolución judicial especialmente motivada para una medida limitativa de derecho fundamental.
4. Intervención realizada por personal sanitario.
5. Nunca se realizará trato degradante al sujeto pasivo ni se pondrá en riesgo su salud.

Este trato tan cuidadoso y especial, resulta muy llamativo, el motivo es que son intervenciones corporales, que podrían dañar el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la intimidad personal (art. 18 CE). Una analítica de sangre para investigar una alcoholemia al tratarse de un derecho fundamental, en ausencia de consentimiento expreso y libre del sujeto en cuestión, requiere autorización de la autoridad judicial.

Con la STC (27-07-2007) considera que queda vulnerado el derecho fundamental a la intimidad si se realiza análisis de sangre para determinar la tasa de alcohol, en ausencia de autorización judicial o consentimiento expreso del sujeto pasivo de la acción, en consecuencia, estaríamos ante una desproporcionada intervención.

Gómez (1998) expone que la STC 297/96 establece que para alcanzar la proporcionalidad se necesita que tal medida pueda conseguir el objetivo propuesto. Hay que valorar si es necesaria y no hay otra que sea más moderada, si es equilibrada y si ofrece más beneficios al interés general que perjuicios al afectado. La pena ha de ser adecuada pero también necesaria para proteger los bienes jurídicos, teniendo en cuenta que la prohibición en exceso conforma una de las limitaciones al *ius puniendi* estatal.

En relación a la analítica de sangre, el TC afirma que tales pruebas no son contrarias a la Constitución, ya que supone una intervención leve, y parece evidente que si se realiza con el consentimiento del afectado no atenta contra la intimidad ni contra la integridad física de la persona. En caso contrario, se considera proporcionada siempre que sea un requerimiento dimanante del juzgado o tribunal, a través de auto motivado para que el sujeto no padezca ningún tipo de indefensión (Martínez, 2010).

En cuanto a la prueba que consiste en la medición a través de aire espirado, se entiende que no lesiona el derecho a la intimidad corporal debido a la parte del cuerpo que es afectada (Martínez, 2010). Por su parte, el TC declara la constitucionalidad del delito de negativa, al considerar, que las pruebas para la comprobación de la influencia de alcohol o drogas, siendo la más conocida la exhalación de aire a través de etilómetro, es decir, “soplar”:

1. No constituye declaración, ni testimonio.
2. No vulnera los derechos a no declarar, ni hacerlo contra uno mismo ni confesarse culpable.
3. No limitan la presunción de inocencia por inversión de la carga de la prueba.

El RDL 6/15, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*, califica como muy grave el incumplimiento de la obligación de los conductores de negarse medir su tasa de alcohol.

Dependiendo de la tasa objetiva arrojada, este comportamiento puede llevar aparejado sanción administrativa o penal, pérdida de puntos del carné, privación de permiso de conducir, o inmovilización del vehículo. En definitiva, un endurecimiento progresivo de las consecuencias legales.

Destacar, que para la aplicación de la agravante por reincidencia, es preceptivo que los delitos se hallen en el mismo título del Código Penal, y además, tengan la misma naturaleza jurídica, es decir, este delito podría tener relación con otros catalogados dentro de los delitos contra la seguridad vial (Agüero et al., 2012).

La jurisprudencia mayoritaria asume la constitucionalidad del precepto, ya que podrían ser varios los bienes jurídicos objetos de defensa, seguridad vial, autoridad de los agentes, vida e integridad de todos nosotros (De Vicente, 2012).

Algunos autores creen conveniente una nueva redacción del precepto, para hacerlo más adecuado, por todas las controversias que genera, siempre teniendo en cuenta el bien jurídico que se debe proteger y la relación de este bien jurídico con otros preceptos englobados dentro de los ilícitos contra la seguridad vial, siendo Cuesta Pastor uno de los autores que más ha criticado este precepto (Cuesta, 2012).

4. CONSECUENCIAS LEGALES

Según la DGT (2018) se extrae que conducir con un nivel de alcohol superior al permitido podría ser sancionado por vía administrativa o condena por comisión de un delito penal, en función de la tasa arrojada.

En vía administrativa, destacar:

- Superación de la tasa de 0,5 mg/l en aire espirado los conductores en general.
- Profesionales y conductores con menos de 2 años de antigüedad 0,3 mg/l

Serán sancionados con retirada de hasta 6 puntos de su permiso y multa de hasta 1000€:

- Tasa situada entre 0,25 – 0,5 mg/l aire espirado. Profesionales y noveles (0,15 – 0,3 mg/l). Retirada de 4 puntos y multa de 500€.
- Si el conductor ha sido sancionado por los mismos hechos en el último año, la sanción será de 1000€ (reincidencia).

El conductor podrá solicitar la pruebas dos veces, distanciadas al menos 10 min, y en caso de discordancia con los resultados, podría solicitar análisis de sangre que será costado por él en caso de ser resultado positivo.

La presencia de drogas en la conducción es uno de los problemas más graves, ya que alcohol y drogas están ligados aproximadamente al 43% de accidentes mortales en carretera (DGT, 2018).

En relación a la vía penal, destacar el art. 379, apartado segundo, CP, cuya literalidad es:

Al que condujera un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas (..) o de bebidas alcohólicas con penas de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 12 meses o con trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y en cualquier caso privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a 1 y 4 años.

Para la aplicación del precepto, la tasa de alcohol en aire espirado debe ser superior a 0,60 mg/l o superior a 1,2 mg/l en sangre. En este caso, los agentes trasladarán las actuaciones al juzgado competente y el conductor será citado para un juicio rápido.

El problema reside en la frase “*conducir bajo la influencia*”, ni la ley ni las sentencias del TS marcan un criterio fijo, pero sí las SAP establecen que es conducción etilica y existe delito cuando la tasa de alcohol es superior a 1,5 gr/l en sangre, aunque con tasas de entre 0,8 – 1,5 gr/l en sangre, ya aparece la influencia del alcohol.

Sin embargo, para ser condenado por el art. 379.2 CP basta con superar la tasa de 0,6 mg/l en aire espirado por lo que no necesariamente el conductor estará influenciado por alcohol en la conducción, por lo que sus facultades físicas y psíquicas de reacción, percepción y autocontrol no tienen porque estar alteradas.

En definitiva, cuando se obtiene del conductor una tasa de alcohol superior a la permitida, pero no alcanza a 0,60 mg/l aire espirado, y no manifiesta indicios de conducir influenciado por alcohol, será sancionado administrativamente. Si hay conducción bajo la influencia o los síntomas son evidentes de embriaguez, o la tasa es superior a 0,60 mg/l en aire espirado, el conductor se verá imputado por un delito contra la seguridad vial, seguridad del tráfico llamado anteriormente.

5. CONCLUSIONES

Consecuencia del aumento de accidentes de circulación relacionados con la ingesta de bebidas alcohólicas y/o drogas, se genera una alarma social que el legislador intenta resolver, un problema político – criminal mostrando cierto entusiasmo criminológico.

Se presupone que el legislador considera que la sanción por conducir bajo influencia de alcohol del art. 379.2 CP no es lo bastante intimidatoria. Otras vías, es considerar que se produce una tendencia represiva fruto de fines electorales o producto de la alarma social generada por los numerosos accidentes de tráfico, con lesionados o fallecidos, en los que el conductor había bebido.

En caso de ser requerido el conductor, sabiendo este que ha bebido, se le plantea un problema (Muñoz, 2010):

1. Asumir el riesgo de ser condenado por el art. 379.2 CP.
2. Negarse a hacerlo y asumir una pena aún más severa.

En su aplicación inicial, de las sentencias expuestas a lo largo del trabajo se deduce que, tanto juzgados como tribunales, mostraron cierto grado de malestar al aplicarlo, y se buscaba otras vías para no hacerlo. Sin embargo, posiblemente consecuencia de la necesidad de reducir la criminalidad del tráfico, actualmente hay una aplicación más extensiva del art. 383 CP (Martínez, 2010). La criminología del tráfico está más presente que nunca en estos momentos.

Como conclusión particular, es evidente que no se debe permitir la conducción bajo la influencia de alcohol, sustancias estupefacientes, drogas tóxicas... pero estos no son los únicos problemas o factores que indiquen de forma negativa en la conducción, algunos de ellos pueden ser:

- Cansancio
- Nerviosismo extremo
- Sueño
- Irascibilidad tras una discusión

- Algunas patologías físicas: migrañas, lumbalgia, dolores articulares, limitaciones musculoesqueléticas.

El problema radica en que no hay una prueba objetiva que mida la “tasa” de nerviosismo o cansancio, pero hay que tener en cuenta que es muy peligroso conducir con un elevado nivel de estrés, dando por hecho que lo es también la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas.

Mención especial merecen aquellos medicamentos que influyen de forma negativa en la conducción. Concretamente, las utilizadas para tratar enfermedades mentales como: psicosis o esquizofrenia.

- Analgésicos
- Ansiolíticos
- Hipnóticos
- Sedantes
- Antidepresivos
- Relajantes musculares
- Antihistamínicos
- Antihipertensivos
- Antidiabéticos (ya sean orales o insulina)

Sale a cuenta, someterse de forma voluntaria a las pruebas de detección de alcohol o drogas, aun sabiendo que se ha consumido alcohol, ya que negarse a hacerlo conlleva una pena superior, o peor todavía si se aplica el concurso real de ambos delitos.

La conducción bajo alcohol o drogas crea un riesgo abstracto, recurrir al Código Penal, refuerza los preceptos administrativos y los dota de mayor eficacia. Una crítica es el mensaje que lanza este delito, tendría que estar orientado a crear conciencia de la gravedad de la conducta de conducir habiendo consumido drogas o alcohol, y sin embargo, genera recelo hacia nuestras FFCCS (Ganzenmüller et al., 2009). Considero que no se debería de condenar a ninguna persona por este ilícito si no se evidencia los famosos signos inequívocos de embriaguez.

La posibilidad de aplicación de un concurso real de delitos, es la opinión mayoritaria, y también la mía en particular. No obstante, bajo la premisa de reeducación y resocialización, se debería intentar perjudicar al sujeto lo menos posible, teniendo en cuenta su presunción de inocencia. En el caso de que se niegue a realizar las pruebas, y muestre signos inequívocos de estar embriagado, sería menos perjudicial para él la aplicación del concurso aparente de normas del art. 8.3 CP.

Este supuesto lo encontraríamos dentro de los actores posteriores coopenados. En esta línea, la negativa sería un comportamiento posterior a la conducción influenciado por consumo de alcohol que permite asegurar la ventaja obtenida por dicha conducción. Así, el desvalor de la 2ª acción quedaría absorbido por la primera (cronológicamente hablando) (Cuesta, 2002).

Estamos ante un delito carente de regulación específica en la LECrim, teniendo la jurisprudencia que pronunciarse afirmando que estas pruebas son plenamente constitucionales. La “limitación de libertad”, según las posturas más garantistas producida mientras dura la prueba no puede ni mucho menos equipararse a una detención, ni ser considerada contraria al derecho constitucional a no declararse culpable, ni a la presunción de inocencia. Además, se informará al implicado que tiene derecho a defensa, el cual puede renunciar a asistencia letrada por tratarse de un delito contra la seguridad vial.

También, será informado de cómo realizar la prueba, y la opción de realizar análisis en sangre como prueba de contraste, siempre que haya realizado al menos las dos pruebas que le requerirán los agentes. El coste de la prueba de contraste a través de análisis de sangre será asumida por el conductor si el resultado es positivo o por la administración pública en caso de ser negativo, es decir, en función del resultado.

En relación al valor procesal del test de alcoholemia, se trata de una actividad policial, no judicial. Los atestados y las diligencias que lo conforman no son medios de prueba sino un medio para transmitir al juzgado una supuesta actividad delictiva. Por tanto, no es posible la fundamentación de una sentencia condenatoria solo con esto, será preceptiva la práctica de prueba en la fase de juicio oral, respetando los principios de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.

Esta prueba, consistirá en la declaración de los agentes que intervinieron en el control que, junto con la prueba objetiva con resultado positivo, será considerada prueba de cargo suficiente para proceder a condenar al infractor.

Un problema detectado con la jurisprudencia, es que en las intervenciones los letrados de la defensa formulaban una serie de cuestiones que los agentes actuantes no recordaban, dando lugar a sentencias absolutorias, así que la jurisprudencia determina que es suficiente la ratificación el día del juicio oral. Esto es algo lógico y natural, los agentes en sus servicios diarios realizarán controles y múltiples pruebas a conductores, por lo que es prácticamente imposible que recuerden todos y cada uno de los conductores controlados.

La fuerza actuante además de aportar los resultados objetivos de la prueba, practicará una serie de diligencias complementarias, por ejemplo, un test de capacidades psicomotoras que adjuntarán al atestado: aliento a alcohol, ojos vidriosos, deambulación alcohólica, entre otros.

En definitiva, estamos ante una infracción con alma administrativa elevada a categoría de delitos por distintas razones, entre ellas las de oportunidad. La aplicación de este tipo, consigue un aumento de represión a la ciudadanía, que es distinto a una mayor eficacia en la lucha contra el indeseable binomio de alcohol y conducción. La normativa administrativa hacía posible la inmovilización del vehículo a motor por lo que, la aplicación del derecho penal, en relación a los principios de proporcionalidad y última *ratio*, han sido objeto de controversias desde los orígenes del precepto y en la actualidad, sigue habiendo opiniones dispares al respecto.

Tras la reforma operada por la LO 15/07, al pasar el art. 380 a ser el 383, aun siendo eliminada la remisión al delito de desobediencia, parece que en su trasfondo sigue operando. Algo que mantiene parte de la doctrina.

En cuanto al bien jurídico protegido, existen varias teorías, me decanto por entender que estamos ante un delito pluriofensivo en el que aún se protege el principio de autoridad, pero también la seguridad vial, y de forma indirecta la vida e integridad de las personas.

En relación al problema de inconstitucionalidad, aun habiéndose planteado numerosas cuestiones, el TC ha defendido la constitucionalidad de la norma, destacando la ST 161/97 donde se afirma que no vulnera el derecho a no declarar, no declarar contra uno mismo y no confesarse culpable, opinión que comparto.

Considero que uno de los principales motivos que han acompañado negativamente a este artículo (383), es que la negativa a realizar las pruebas para la detección de alcohol trae consigo una pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año, mientras que la propia conducta investigada del art. 379.2 CP es de 3 – 6 meses. Bajo mi punto de vista, esto es así porque estamos ante un delito pluriofensivo, en el que existe más de un bien jurídico protegido, siendo el principal la seguridad vial.

Como conclusión final, destacar que la seguridad vial es un tema actual tan importante que la concienciación ciudadana es clave en la disminución de los accidentes. Es tan trascendental, que se ha instaurado el día 10 de junio como Día Mundial de la Seguridad Vial.

Considero de especial relevancia la labor que realizan nuestras FFCCS con los menores realizando charlas en centros educativos y enseñándoles reglas de seguridad vial en circuitos adaptados para ellos. A su vez, las campañas publicitarias que realiza la DGT y que son emitidas tanto en radio como televisión son útiles para hacer entender a todos los ciudadanos la importancia de la seguridad vial y concretamente, la necesidad de no conducir si se ha ingerido alcohol o cualquier tipo de sustancia estupefaciente.

Asimismo, hay que reconocer el trabajo del personal sanitario en la promoción de hábitos de vida saludables y entre ellos la prevención del consumo de alcohol y drogas en la población general.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO, E., HIDALGO DE MORILLO, A., LANZAROTE, P., PRIETO, HELENA M., VARGAS, B. (2012). La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas (art. 383 del Código Penal), *La dogmática penal sobre el asfalto: un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*, Granada, Comares.

ALCÁCER, R. (2004). *Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria*. La Ley Penal, 10.

CARMONA, C. (2004). *Delitos contra la seguridad del tráfico. Derecho penal español. Parte especial*. Madrid. Dykinson.

CARMONA, C., MARTÍNEZ, J. (1998). *De nuevo sobre la "inconstitucionalidad" del artículo 380 del Código Penal, al hilo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/97, de 2 de octubre*, La Ley, 4591.

CUESTA, P. (1998). *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 161/97 de 2 de Octubre (La constitucionalidad del artículo 380 del Código Penal. Criminalización de la negativa al test de alcoholemia*, Revista General de Derecho, Valencia, 642.

CUESTA, P. (2000). *Comentario a la STS 3/99, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica*, La Ley, Año XXI, 4991.

CUESTA, P. (2002). *Delitos obstáculo tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Granada, Comares.

CUESTA, P. (2012). *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la ley 17/2005, de 19 de julio*, Madrid, Dykinson S.L.

DE VICENTE, R. (2007). *Derecho penal y seguridad vial*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial.

DE VICENTE, R. (2008). *Derecho penal de la circulación*. Barcelona. Editorial Bosch.

DE VICENTE, R. (2012). *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*. Barcelona. Editorial Bosch.

DGT (2018). *Las drogas y alcohol objetivo de la nueva campaña de vigilancia de Tráfico*. Recuperado de: <http://www.dgt.es/es/prensa/notas-de-prensa/2018/20180604-la-dgt-alcohol-otras-drogas-junio.shtml>.

ESPAÑA. Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987.

FGE. (2011). La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 383 CP. Los controles de drogas del art. 796.7 LECrim, Circular 10/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de seguridad vial*.

GANZENMÜLLER, C., ESCUDERO, J. F., FRIGOLA, J. (1998). *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y conducción bajo influencia de drogas y bebidas alcohólicas*, Valencia, Ediciones revista general de derecho.

GÓMEZ, P. (1998). El nuevo delito de desobediencia del artículo 380 del código penal, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, Bosch.

GUTIÉRREZ, M.; GARCÍA, V.; MARTÍN, M.; SANZ-DÍEZ, M. (2009). *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia. Tirant lo Blanch.

LUZÓN, J. M. (2011). *Compendio de Derecho Penal Parte especial*, Madrid, Dykinson S.L.

MAGALDI, M. J. (2007). El tipo previsto del art. 380 del Código Penal: Una propuesta interpretativa, Consejo General del Poder Judicial Escuela Judicial, *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, Lerko Print SA.

MANTOVANI, F. (2007). *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam.

MARTÍNEZ, J. (2010). El delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia, OLMEDO, M. A., ARÁNQUEZ, C. (eds.), *Delitos e infracciones contra la seguridad vial*, Granada, Alea Blanca.

MATALLANES, N. (2005). *Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos controla la seguridad del tráfico. Derecho penal de la Democracia vs Seguridad pública*. Granada. Edit. Comares.

MIR, S.; CORCOY, M.; CARDENAL, S. (2008). *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*. Valencia. Tirant lo Blanch.

MORILLAS, L. (2007). *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales*. Madrid. Dykinson.

MORILLAS, L., DEL ROSAL, B., GONZÁLEZ, J. J., PERIS, J., SÁINZ-CANTERO, J. E., OLMEDO, M., BENÍTEZ, I. F. (2011). *Sistema de Derecho Penal Español Parte Especial*, Madrid, Dykinson S.L.

MUÑOZ, F., GARCÍA, M. (2011). *Derecho Penal Parte General 8ª edición, revisada y puesta al día*, Valencia, Tirant lo Blanch.

OBREGÓN, A., GÓMEZ, J. (2012). *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, Madrid, Tecnos.

OLMEDO, M. A., ARÁNQUEZ, C. (2010). *Delitos e infracciones contra la seguridad vial*, Granada, Alea Blanca.

QUERALT, J.J. (2008). *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona. Atelier.

QUINTERO, G. (2010). *Manual de Derecho Penal Parte General*, Navarra, Aranzadi SA.

SÁNCHEZ, J. (1998). *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, Barcelona, Bosch.

SILVIA, M. (2006). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo. Edit. B de F.

SUÁREZ-MIRA, C., JUDEL, A., PIÑOL, J. R. (2011). *Manual de derecho penal. Tomo II. Parte especial, sexta edición*, Navarra, Aranzadi SA.

