

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ DE ELCHE
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO

Año académico 2015-2016

**EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A
LAS PRUEBAS LEGALMENTE
ESTABLECIDAS PARA LA COMPROBACIÓN DE
LAS TASAS DE
ALCOHOLEMIA Y LA PRESENCIA DE DROGAS
TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS
PSICOTRÓPICAS**

Trabajo realizado por José Francisco Cabrera Martínez

Dirigido por D. José Eugenio Medina Sarmiento

Índice

1. Introducción.....	3
1.1. Expansión del Derecho penal, análisis y causas.....	3
1.2. Creciente inseguridad vial y populismo punitivo.....	4
1.3. Transformación del principio de intervención mínima en intervención máxima del derecho penal en materia de seguridad vial.....	7
1.4. Desnaturalización de la diferencia entre ilícito penal e ilícito administrativo.....	9
2. El delito de negativa al sometimiento a las pruebas de determinación alcohólica o drogas desde la perspectiva de la expansión del Derecho penal.....	11
3. Bien jurídico protegido.....	17
4. Naturaleza y estructura.....	23
4.1 Sujeto activo.....	26
4.2. Conceptos.....	27
4.2.1. Concepto de conductor.....	27
4.2.2. Concepto de conducción.....	29
4.2.3. Concepto de vehículo de motor y de ciclomotor.....	32
4.2.4. Concepto de vía pública.....	33
4.3. Conducta típica.....	36
5. Relación entre el artículo 383 y el artículo 379 del Código Penal.....	53
6. ¿Ilícito penal o administrativo?.....	57
7. Conclusión.....	61
8. Bibliografía.....	63

1. Introducción

Según la Dirección General de Tráfico, el alcohol y las drogas son los factores que más se hallan implicados en los accidentes de tráfico. En la memoria de 2015 del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencia Forense, el alcohol, las drogas o los psicofármacos, solos o combinados, están presentes en más del 43% de los conductores fallecidos en accidente de tráfico y en el 46% de los peatones que murieron atropellados.

La protección de la seguridad vial se ha convertido en una de las prioridades de la agenda política como consecuencia de la alarma social que generan las cifras de siniestralidad vial. La respuesta a la demanda social de tolerancia cero ha llevado a la administrativización del derecho penal que ha generado críticas tanto doctrinales como jurisprudenciales.

El presente trabajo contiene varios apartados, partiendo del análisis de las causas y consecuencias de esta evolución del derecho penal, estudiando a continuación el delito contemplado en el artículo 383 del Código Penal.

1.1. Expansión del Derecho penal, análisis y causas

En las últimas décadas se ha extendido la tendencia, en la legislación de todos los países industrialmente avanzados, de introducir nuevos tipos penales y a agravar los tipos ya existentes. También se han introducido nuevos bienes jurídico-penales, se han ampliado los espacios de riesgo potencialmente relevantes, se han flexibilizado las reglas de imputación y se han relativizado los principios político criminales de garantía.

Estos cambios se conocen como la expansión del derecho penal y se pueden apreciar claramente en nuestro país, en la redacción del código penal de 1995 que cuenta con el apoyo de importantes sectores doctrinales que ven con buenos ojos esta expansión basándose en las nuevas necesidades de una sociedad compleja que demanda tutela para ellas.

Para analizar las causas de esta expansión habría que hacer referencia a los cambios que ha experimentado la sociedad y la función del derecho penal en ella, sobre todo a la sociedad que demanda una mayor protección y que ve en el derecho penal un instrumento de protección.

Teniendo en cuenta que el derecho penal se encarga de proteger bienes jurídicos, podríamos encontrar la explicación de esta expansión en la aparición de nuevos bienes que demandan protección. Sin embargo, la doctrina ha insistido en que es necesario limitar la protección únicamente a aquellos bienes objeto de los ataques más graves, por lo que hay que centrarse en los bienes jurídicos que merecen protección penal y no cualquier interés que haya surgido recientemente o que haya cobrado con el paso del tiempo una importancia limitada.

Es importante hacer referencia en este punto a la llamada “sociedad del riesgo” que debido al gran desarrollo económico y tecnológico ha tenido repercusiones sobre el bienestar individual. Una de las consecuencias de la “sociedad del riesgo” es que gran parte del riesgo que ha aparecido proviene de las decisiones que las personas tomamos sobre cómo manejar los avances tecnológicos y la aparición de la marginalidad entre las personas que es tomada como fuente de riesgos. Esta sociedad del riesgo conlleva aparejada la sensación general de inseguridad provocada por la dificultad de adaptación a una sociedad en continuo cambio.

A continuación y siguiendo la línea argumental del profesor Fernando Miró¹ analizaré las causas de esta expansión del derecho penal en el ámbito de la seguridad vial.

1.2. Creciente inseguridad vial y populismo punitivo

Como se ha apuntado más arriba, la expansión del derecho penal está estrechamente ligada a la sociedad del riesgo y al problema de la inseguridad que ésta suscita.

Aunque en muchas ocasiones la inseguridad que percibe la sociedad no se corresponde con la realidad y se tienen como peligrosos fenómenos que no lo son y viceversa; no se tienen como peligrosos riesgos reales. Este fenómeno es lo que Silva Sánchez denomina “institucionalización de la inseguridad” y se debe a la incertidumbre, a los efectos de los avances tecnológicos, la complejidad de la sociedad, la interdependencia entre los ciudadanos y la crisis del “Estado del bienestar” que hace que se vea la convivencia con otras personas como un riesgo debido al paro, la marginalidad o el choque de culturas.

¹ MIRÓ LLINARES, F. El “moderno” derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. 2009

Tomando como referencia el ámbito de la seguridad vial, hay que decir que no se consideraba un riesgo grave hasta hace unos años, a pesar de registrar mayor siniestralidad y mayor número de víctimas que en la actualidad². Sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido convirtiendo en uno de los problemas más importantes para la sociedad en general, que ha llevado a la intolerancia de los riesgos que produce el tráfico rodado por parte de los ciudadanos y del poder político. La actitud social y de los poderes públicos ha cambiado y ha pasado de la resignación, por ser visto como algo cotidiano, a una actitud combativa hacia los infractores. El juicio moral hacia los infractores está cambiando, en parte, por la estrategia política de “estigmatización del infractor vial como enemigo o delincuente”. García Alberó señala: se está utilizando el lenguaje para lograr este fin utilizando términos como “·violencia vial” en lugar de accidente de tráfico, catalogando al infractor como violento, cuando no se le tacha de “terrorista viario”³. Estrategia en la que han jugado un papel fundamental los medios de comunicación.

Por otro lado, en palabras de Fernando Miró, se ha presentado públicamente al “*derecho penal proporcionado y garantista como un lastre para la eficacia en la lucha contra la delincuencia y la propensión actual por parte de los ciudadanos y los poderes públicos de buscar la solución al problema de la inseguridad en el derecho penal*”⁴. Hecho que ha llevado a justificar reformas de “más derecho penal”, a justificar el populismo punitivo. Y es que el gobierno de turno toma decisiones de política criminal basándose en las demandas sociales que en ocasiones, como la que estamos analizando, se crean por parte de los poderes públicos para luego poder usarlas como la razón de la intervención penal.

Esto da lugar al populismo punitivo puesto que el legislador ve al derecho penal como un medio para solucionar los problemas sociales logrando los “*dos objetivos que le preocupan, la prevención de determinados comportamientos por medio de la conminación con la sanción más grave de que se dispone, y la comunicación a la*

² Según datos de la Dirección General de Tráfico, el número de muertos en accidentes de circulación ha ido disminuyendo de 9.344 en 1989 hasta 1.689 en 2015. D.G.T. Anuario estadístico 2015

³ GARCÍA ALBERO, R. RECPC, 2007, pp.2 y 3

⁴ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit., p.8

sociedad de que se afronta el problema con la mayor fuerza de que dispone el Estado”⁵.

Siendo estos los fines del moderno derecho penal de la seguridad vial, por un lado la eficacia preventiva que intenta reducir el número de muertes y accidentes de tráfico y por otro lado el “principio de eficacia simbólica” con el que se intenta cumplir la demanda social de seguridad con la inclusión de nuevos delitos y la agravación de las penas.

Sin embargo, la consecución de estos fines sirve para cumplir las demandas sociales y dar una imagen de responsabilidad con la causa, pero no cumple con los objetivos de protección de bienes jurídicos, proporcionalidad e intervención mínima que eran las formas de prevención clásicas como única finalidad del derecho penal.

Expresado en otros términos: *“En los últimos tiempos estamos asistiendo a una utilización populista del Derecho Penal por parte de todos los partidos políticos, con independencia de cual sea su ideología. Este fenómeno conocido como populismo punitivo se caracteriza por una inmediata y permanente llamada al Derecho Penal para hacer frente a determinadas problemáticas sociales caracterizadas por su repercusión mediática. El Derecho Penal es utilizado como reacción inmediata para abordar el tratamiento de determinados problemas sociales. La difusión a través de los medios de comunicación social de algunas noticias, muchas veces rodeadas de escándalo, genera inmediatamente como reacción en la clase política la invocación con tintes mesiánicos del Derecho Penal como remedio a tales males, atribuyéndole unas propiedades mágicas o curativas de las que carece”.*⁶

Si bien es cierto que no puede negarse la drástica reducción de la siniestralidad y de muertes en accidentes de circulación, sí permite poner en entredicho que sea a “*causa de la reforma del Código Penal, o que hubiera podido conseguirse de otra forma diferente a la llevada a cabo por una reforma penal que asienta definitivamente un*

⁵ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit, p.10

⁶ Jornadas Juzgados de Pueblo, organizadas por Jueces para la Democracia, Pontevedra, 24 noviembre 2006

*modelo de intervención que podría denominarse como el moderno derecho penal vial español.*⁷

1.3. Transformación del principio de intervención mínima en intervención máxima del derecho penal en materia de seguridad vial

La reforma del código penal en materia de seguridad vial mediante la L.O. 15/2007 es un claro exponente de la expansión analizada anteriormente y muestra una creciente tendencia de la ampliación del ámbito sancionador penal y la inclusión de conductas que antes constituían sanciones administrativas. Se ha pasado de utilizar el derecho penal como reacción contra hechos lesivos individualmente delimitados a utilizarlo con un carácter preventivo y de gestión de riesgos generales.

En el ámbito de la seguridad vial el derecho penal se ha utilizado de forma anticipatoria, al tratarse de un ámbito de riesgo evidente para los bienes jurídicos vida y salud de las personas. Esta tendencia es patente en el derecho penal español a lo largo del siglo XX con la inclusión del delito de conducción sin permiso en el Código Penal de 1928 o la tipificación de la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas en la ley del automóvil de 9 de mayo de 1950. Delitos que claramente anticipan la protección de los bienes jurídicos vida y salud de las personas y que son unos de los primeros delitos de peligro del derecho penal español.

No obstante, en lo referente a expansión del derecho penal en materia vial hay un delito que marca un antes y un después y no es otro que el que es objeto de estudio de este trabajo: el delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia, puesto que a diferencia del resto de delitos en materia de seguridad vial en los que su función es la prevención mediante la tipificación de comportamientos peligrosos para los bienes jurídicos vida y salud de las personas en el ámbito de la circulación vial, en este delito la función principal es asegurar la eficacia del control policial para la prevención de la conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas y para ello castiga este delito con una pena mayor que el propio delito de conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas, lo que supone que está castigando un comportamiento que no pone en peligro el

⁷ MIRÓ LLINARES, F. op. cit, p.7

bien jurídico vida ni el de la salud pero que impide un instrumento esencial para que la política en materia de seguridad vial sea efectiva, como es el control policial de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas.

El derecho penal deja de ser subsidiario y olvida el principio de intervención mínima puesto que con este delito persigue comportamientos que no son peligrosos para los bienes jurídicos más importantes sino que castiga un comportamiento para poder lograr el efecto preventivo que buscaba el legislador. Ya no se castiga la realización de conductas peligrosas para los bienes jurídicos para prevenir su lesión sino que para ello castiga *“todo aquello que, más o menos directamente, pueda perjudicar la puesta en práctica de las medidas policiales y judiciales establecidas por el gobierno para lograr el fin preventivo último de que se trate”*⁸. Como afirma Díez Ripollés: *“se trata del último paso de la tendencia expansiva: de los delitos de peligro concreto a los de peligro abstracto y de estos a los <delitos de obstaculización de funciones de control>”*⁹

Cabe concluir por tanto que el derecho penal en materia de seguridad vial en España deja de lado los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de intervención mínima y se convierte en un instrumento disuasorio del Estado frente a comportamientos no deseados en éste ámbito, pongan o no en peligro los bienes jurídicos dignos de protección. Se ha utilizado el derecho penal para castigar comportamientos sin probar otras vías alternativas que no supongan la imposición de la sanción más grave para los ciudadanos, utilización justificada bajo el argumento de la ineficacia del derecho administrativo para su protección; en palabras de Queralt *“el carácter de última ratio del derecho penal no supone recurrir a él cuando los demás instrumentos y sistemas de control social son impotentes sino cuando las demás medidas de dicho control social, correctamente desplegadas, se demuestran insuficientes”*.¹⁰

⁸ MIRÓ LLINARES, F. op. cit, p.13

⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (RECPC 2005, p.247)

¹⁰ MIRÓ LLINARES, F. op. cit, p.14. Referencia a QUERALT (2008, p.64)

1.4. Desnaturalización de la diferencia entre ilícito penal e ilícito administrativo

La relación entre Derecho Penal y Derecho Administrativo en el ámbito de la seguridad vial se está distorsionando debido a la tendencia expansiva del Derecho Penal. Tanto uno como otro regulan el mismo sector, aunque tienen una naturaleza distinta: por un lado, el Derecho Administrativo se encarga de regular la actividad de la Administración pública, su organización, su funcionamiento y su control, así como sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales; mientras que el Derecho Penal es un medio de control social que tiende a evitar determinados comportamientos sociales indeseables mediante la protección de ciertos bienes jurídicos dignos de protección.

Pero la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2007 aboga por la conjunción de estas dos ramas de modo que en ocasiones es imposible distinguir entre un ilícito penal y un ilícito administrativo debido a la desnaturalización de su distinción, además de la generalización del uso de la pena de prisión, que produce la pérdida de fuerza del Derecho Penal como sistema de motivación social.

Por lo tanto, si una misma conducta puede ser castigada por el Derecho Administrativo y el Derecho Penal, se reconoce que no existe ninguna diferencia material entre el comportamiento que se debe castigar por el Derecho Administrativo y el que se debe castigar por el Derecho Penal. Y el criterio que diferenciaba qué ámbito era el que debía actuar que era que se pusiera en peligro o se lesionara la vida o la salud de las personas se ha ido perdiendo desde que se castigan en el ámbito penal comportamientos que no necesitan que se pruebe que exista un riesgo para la vida o la salud de ninguna persona como el delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia o el de conducción sin permiso, que no ponen en riesgo ninguno de estos dos bienes jurídicos pero sin embargo son castigados por el Derecho Penal sin haber cumplido con el requisito de ponerlos en riesgo que era la conducta que se exigía para decidir si actuaba el Derecho Penal o el Derecho Administrativo.

Por el contrario, los criterios que diferencian entre el ámbito sancionador administrativo y el ámbito penal como determinantes de merecimiento de reproche penal son la

eficacia preventiva que conlleve una u otra sanción y la eficacia simbólica o demanda de intervención social por medio del Derecho Penal, es decir, una conducta que no pone en riesgo la seguridad vial puede ser castigada por el Derecho Penal para prevenir que se ponga en riesgo la eficacia del sistema, y también puede haber una conducta que no sea peligrosa para la vida o la salud de las personas pero por ser vista como “socialmente inaceptable” el Derecho Penal la castigue por la demanda de intervención penal de la sociedad.

Llegados a este punto, resulta imprescindible hacer referencia al principio de “ultima ratio” del Derecho Penal y la importancia de que el legislador lo respete, puesto que frente a la gravedad de las penas que impone el Derecho Penal como lo es la pena de prisión, antes se debe haber comprobado que otras medidas menos restrictivas no sean eficaces o que se persiga un fin preventivo especialmente relevante.

Esto es así porque la distinción entre Derecho Penal y Derecho Administrativo es la mayor gravedad de aquel frente a éste y si eliminamos los criterios para distinguir entre uno y otro, la decisión de qué ámbito debe actuar frente a una conducta queda en manos del legislador de turno según su ideología, olvidando que lo que se debe tener en cuenta es la gravedad del comportamiento castigado y si el mismo merece o no una pena privativa de libertad.

En realidad, el criterio que permitía distinguir entre un comportamiento merecedor de sanción administrativa o sanción penal en el ámbito de la seguridad vial, era la creación de un riesgo “ex ante” mediante la realización del comportamiento penado, más que el riesgo o lesión que pudiera proceder sobre los bienes jurídicos vida y salud de las personas al considerar la seguridad del tráfico como un bien jurídico. Aunque ahora con la aceptación de que al tipificar como delito cierta conducta disminuye su realización, este criterio se ha perdido.

Por lo tanto, el Derecho Penal seguirá ganando importancia frente al Derecho Administrativo en el ámbito de la seguridad vial por la utilización de aquel con fines de eficacia preventiva y simbólica, creando una sensación de arbitrariedad con respecto a la elección del ámbito que debe actuar en cada caso y propiciando la actuación del

Derecho Penal para prevenir comportamientos similares frente a los que el Derecho Administrativo no sea suficiente.

2. El delito de negativa al sometimiento a las pruebas de determinación alcohólica o drogas desde la perspectiva de la expansión del Derecho penal

El delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia y drogas es un buen ejemplo de la expansión del derecho penal en España, incluso, como se ha apuntado más arriba podría considerarse uno de los delitos paradigmáticos de este fenómeno, hecho que se puede comprobar acudiendo a su regulación legal desde que se introdujo por primera vez en un cuerpo legal.

La negativa a someterse al test de alcohol y drogas fue regulada por primera vez en el Real Decreto 1467/1981 de 8 de mayo por el que se modifican diversos artículos del Código de Circulación y la Orden Ministerial de 29 de julio de 1981. Es decir, en un primer momento, la negativa a someterse al test de alcoholemia y drogas se castigaba con una sanción administrativa, no como un ilícito penal.

Posteriormente, mediante el Real Decreto Legislativo 339/1990 de 2 de marzo por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y de acuerdo con los principios y criterios contenidos en la Ley de Bases 18/1989 sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, se catalogó la negativa a someterse a la prueba de alcohol y drogas como infracción grave que posteriormente se catalogó como muy grave en la modificación introducida por la Ley 5/1997 de 24 de marzo en su artículo 65.5 d).

Pero no fue hasta la aprobación del Código Penal de 1995 por medio de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre cuando se tipificó por primera vez como delito la negativa al sometimiento al test de alcoholemia y drogas, en su artículo 380, como respuesta a la demanda social de una mayor protección de la seguridad en el tráfico, asumiendo funciones de eficacia preventiva en lugar de las clásicas del Derecho Penal como son la

protección de bienes jurídicos y el respeto al principio de intervención mínima, fruto de la expansión del Derecho Penal. Así se ve reflejado en la exposición de motivos del Código Penal cuando dice que se *“ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser”*.

En palabras de Jesús Martínez Ruiz *“esta controvertida figura delictiva, producto más del apasionamiento criminológico de nuestro legislador penal que de una auténtica necesidad social, fue introducida en nuestro ordenamiento punitivo en 1995 y vino a elevar a la categoría de delito la negativa a someterse a las pruebas legales para la detección de la conducción de vehículos a motor y ciclomotores bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas”*.¹¹

Este artículo 380 del Código Penal de 1995 en su redacción original decía que *“el conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código”*. Siendo objeto de distintas enmiendas por parte de varios grupos parlamentarios como la enmienda número 795 del Grupo Parlamentario Izquierda Unida I-C por entender que estas conductas no deben sancionarse penalmente, siendo suficiente la sanción administrativa, aunque tanto esta como las demás enmiendas de otros grupos parlamentarios fueron contestadas en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8576).

También se interpusieron diversas cuestiones de inconstitucionalidad contra este precepto, dando respuesta a éstas el Tribunal Constitucional en las sentencias 161/1997, de 8 de octubre y 234/1997, de 18 de diciembre; aunque ambas sentencias vinieron a confirmar la constitucionalidad de este delito.

En primer lugar, se alegó que el artículo 380 del Código Penal (vigente en aquella

¹¹ Martínez Ruiz, J. Protección Penal de la Seguridad Vial, p. 109. Olmedo Cardenete, M. y Aránguez Sánchez, C. (Editores).

época) vulneraba el derecho del detenido a no declarar, contenido en el artículo 17.3 y el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24.2, ambos de la Constitución Española de 1978, a lo que el Tribunal Constitucional contestó que la espiración de aire en el detector de alcohol no constituye una declaración en el sentido de dichos artículos, por lo que éstos motivos quedaron descartados como criterios de la inconstitucionalidad de este delito puesto que expone el Tribunal Constitucional que *“la resurrección de esta incertidumbre, carece de apoyo en la norma cuestionada, que no sólo no establece pruebas de detección de alcohol o drogas en los conductores, sino que tampoco impone ex novo su obligatoriedad: se limita a aumentar el rigor de las consecuencias de su incumplimiento y a elevarlas del ámbito administrativo al penal.”* según la doctrina de este tribunal en sus sentencias 103/1985 y 76/1990, entre otras.

Ante esta interpretación del Tribunal Constitucional, existen quienes, como Martínez Ruiz, J., discrepan puesto que, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el conductor que se negara a realizar las pruebas de alcoholemia o drogas era detenido y puesto a disposición de la autoridad judicial como presunto autor de un delito de conducción bajo la influencia de alcohol o drogas en virtud del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hecho que según este autor, tampoco estaría amparado por la Constitución, ya que la detención en este supuesto del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía para la detención del sujeto *“la certeza de haberse cometido un delito”* y el sometimiento a las pruebas de detección estaba previsto que se realizara en controles preventivos y sin indicio alguno de delito, por lo que no cumplía el requisito de que hubiera certeza de haberse cometido un delito. Aunque aun así, considera este autor que esa regulación es *“más justa y adecuada”* que la que ofrece el artículo 380 del Código Penal puesto que obliga a la realización de dichas pruebas bajo la consecuencia de incurrir en una pena de hasta un año de prisión. Por lo que este autor discrepa de la interpretación que ofrece el Tribunal Constitucional y ensalza la postura del magistrado del Tribunal Constitucional Enrique Ruiz Vadillo que emite un voto particular expresando que *“obligar a una persona bajo la amenaza de incurrir en un delito castigado con pena privativa de libertad, a someterse a las correspondientes pruebas de alcoholemia o de detección de drogas tóxicas,*

estupefacientes o sustancias psicotrópicas, (...) representa en la práctica imponer al acusado (...) la carga de colaborar con la acusación para el descubrimiento de la verdad en términos incompatibles con la libertad del ejercicio del derecho de defensa.”

Pero según la línea argumentativa del Tribunal Constitucional, dichas pruebas de detección de alcohol y drogas, en concreto la del alcoholímetro, no constituyen una declaración o testimonio en sentido estricto, por lo que no pueden vulnerar los derechos citados de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución Española.

Además, en dichas sentencias también se afirma que las pruebas para la detección de alcohol y drogas no contrarían el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba puesto que en realidad, aunque se denominen pruebas, no son pruebas en sentido estricto, sino actos de investigación practicados por la policía y por lo tanto, en sintonía con la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 1987, deben incorporarse al proceso respetando los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción, debiendo ser ratificadas en el juicio oral por quienes las practicaron a fin de ser sometida a contradicción, sin que sea suficiente la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que conste el resultado de la prueba de detección de alcohol o drogas, a no ser que se consideraran pruebas preconstituidas o anticipadas, aunque al ser una actuación contenida en un atestado policial, las pruebas de alcohol y drogas no podrían ser consideradas pruebas preconstituidas o anticipadas al tener el mismo valor probatorio que el propio atestado policial, que para alcanzar fuerza probatoria requiere que se deposite en el juicio oral por quienes la practicaron para poder someterse a contradicción. En este sentido, se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1985 exponiendo que la simple lectura o reproducción en el juicio oral del resultado del test de alcoholemia debe ser complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo. Es decir, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 303/1993, ha de sustentarse en auténticos actos de prueba obtenidos con respeto a los derechos fundamentales y practicados en el juicio oral según los principios de igualdad, contradicción, inmediación y publicidad.

Por su parte, el resto de motivos de inconstitucionalidad alegados contra el artículo 380

del Código Penal se fundamentan en el principio de proporcionalidad de las penas pero incidiendo en dos puntos distintos, por un lado, alegan la infracción de los artículos 25.1, 1.1, 9.3 y 10.2 de la Constitución Española puesto que la pena de dicho artículo 380 es mayor que la del artículo 379 del Código Penal, que es el artículo cuyas conductas tratan de comprobarse por medio de las pruebas a las que se niega el sujeto activo del artículo 380; y por otro lado, hacen referencia a la finalidad resocializadora de la pena puesto que este artículo parece contrario a los artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución Española al establecer una pena privativa de libertad orientada exclusivamente a una función de prevención general como es el sometimiento a las pruebas de detección de alcohol y drogas.

Contra estos motivos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se pronunció estableciendo que *“cualquier tacha de desproporción (...) debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.”* añadiendo que las finalidades de este artículo son la protección del tráfico rodado, protegiendo con ello la vida o integridad de las personas, además del principio de proporcionalidad, y estableciendo que *“a la vista de los importantes bienes e intereses protegidos, y a pesar de su indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción, que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE (...), pues no siempre el legislador considera en el Código Penal vigente de menor gravedad o merecedores de menor sanción los comportamientos de incidencia más lejana en el bien finalmente protegido que los que lo afectan de una manera más inmediata. El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo; y ésto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso, en el que, de no ajustarse el peligro abstracto se incrementaría de modo incalculable el número de casos en que se produciría el peligro próximo.”*

Después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, y resueltas por el Tribunal

Constitucional las cuestiones que se suscitaron sobre la constitucionalidad del precepto, la siguiente norma penal que hizo referencia a la negativa a someterse al test de alcoholemia y drogas fue la más importante en materia de seguridad vial y no es otra que la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre de reforma del Código Penal. En esta ley es en la que se establece la necesidad de considerar al Derecho Penal como la herramienta esencial para controlar el riesgo generado por el tráfico viario y así satisfacer la demanda social de una mayor protección en este ámbito, aún sabiendo que esta medida sería contraria a los principios básicos del Derecho Penal. En este sentido, la redacción del artículo 383 por parte de esta ley, para Daniel Fernández Bermejo configura *“un Bien Jurídico protegido enmarcado en el específico capítulo <De los delitos contra la Seguridad Vial> que, a su vez, deriva a una indirecta protección de otros Bienes Jurídicos esenciales que aparecen en la escena del tráfico rodado, a través del riesgo producido, puesta en peligro o daño causado. En este sentido, resulta novedosa la regulación del tipo contenido en el artículo 383 del Código Penal que se desvincula en cierto modo de la anterior protección del principio de autoridad penal, propia del antiguo artículo 380 del Código Penal”*.¹²

El preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre de reforma del Código Penal expone el fundamento de esta reforma diciendo que *“persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vida (...), trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás”*. Por otro lado, también expresa que el objetivo de esta ley es *“definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”*. De lo que se desprende que la intención del legislador es utilizar el Derecho Penal para regular conductas que anteriormente no estaban catalogadas como delito para así dar respuesta a las demandas sociales en materia de seguridad vial. Además con esta reforma se cambió la denominación de “delitos contra la seguridad del tráfico” por “delitos contra la seguridad vial” para así perfeccionar el lenguaje frente a la protección contra las conductas que atentan a la seguridad vial y persiguiendo el objetivo de reducir la siniestralidad en las carreteras.

¹² Fernández Bermejo, D. Revista General de Derecho Penal 25 (2016), artículo sobre el bien o bienes jurídicos protegidos de los artículos 379.2 (inciso primero) y 383 del Código Penal, p. 2.

Y en referencia al delito de negativa a someterse al test de alcohol y drogas, en esta ley de reforma del Código Penal se mantiene tipificado pero se modifica su redacción original y pasa de estar regulado en el artículo 380 a estar en el artículo 383 y queda redactado de esta manera: *“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 drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”*.

Así mediante esta reforma se introdujeron variaciones respecto al artículo 380 del Código Penal en su redacción original de 1995 como suprimir la remisión al delito de desobediencia grave del artículo 556 del Código Penal por lo que este delito pasa a tener un tipo autónomo dentro de los delitos contra la seguridad vial y por otro lado, cambia la finalidad del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcohol y drogas, puesto que, en palabras de Daniel Fernández Bermejo *“abandona la finalidad orientada a la <comprobación de unos hechos>, dirigiéndose a <comprobar unas tasas> de alcoholemia o de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, permitiéndose con ello que el precepto pueda ser objeto de aplicación a las tipologías delictivas de conducción temeraria o menosprecio por la vida ajena, para los casos en que el conductor hubiera ingerido las sustancias anunciadas”*.¹³

3. Bien jurídico protegido

Desde la incorporación del delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia y drogas al Código Penal de 1995 en su redacción original en el artículo 380, la cuestión del bien jurídico que se pretende proteger mediante este delito siempre ha sido motivo de discusión por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en la redacción del antiguo artículo 380 como en el actual artículo 383 del Código Penal.

En un primer momento, la mayoría de la doctrina penal se decantaba por la opción de que el artículo 380 del Código Penal protegía el principio de autoridad como bien

¹³ Fernández Bermejo, D. op. Cit., p. 11.

jurídico-penal puesto que el citado artículo definía la conducta típica como “desobediencia grave” y castigaba al que la realizara “como autor de un delito de desobediencia grave previsto en el artículo 556”. Por ello, hay quienes, como Orts Berenguer, concluyeron que *“siendo sólo una especie del género <desobediencia a las órdenes del agente de la autoridad>, el bien jurídico no puede ser otro que el principio de autoridad, entendido, desde una perspectiva democrática, como la dignidad que debe acompañar al ejercicio legítimo de la función pública”*.¹⁴

Aunque también había quienes sostenían que el bien jurídico protegido por este delito no era otro que la “seguridad del tráfico” y para ello hacían referencia a su ubicación en el Capítulo IV del título XVII del Código Penal bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad del tráfico”. Además, también había quien aludía como María José Magaldi Paternostro *“a la expresa referencia típica a la finalidad perseguida con la exigencia bajo pena de la práctica de las pruebas:<para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior>(…) la referencia (…) lo es a los hechos típicos y no al hecho naturalísticamente contemplado de conducir habiendo ingerido bebidas alcohólicas (relevante administrativamente) por lo que la exigencia bajo pena del sometimiento a dichas pruebas solamente cobra virtualidad, a efectos penales, en el supuesto de que existan indicios de una influencia de la ingesta en la conducción de la que objetivamente derive un riesgo para bienes jurídicamente protegidos, lo que (…) debe traducirse en una conducción anómala o antirreglamentaria de la que objetivamente pueda predicarse que genera un peligro grave para la seguridad del tráfico. Y ello nos reconduce de nuevo a la seguridad del tráfico como bien jurídico protegido”*.¹⁵

Por otro lado, el Tribunal Constitucional parecía decantarse por calificarlo como un delito de tipo pluriofensivo en su Sentencia 161/1997 de 2 de octubre, en la que expone: *“(…) no cabe duda de que la protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del artículo 380 del CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de*

¹⁴ Magaldi Paternostro, M.J. “Derecho Penal y Seguridad Vial”, el tipo del artículo 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa. p. 212. Referencia a Orts Berenguer, “Los delitos contra la seguridad colectiva” en Comentarios al Código Penal de 1995 (coordinador Vives Antón). Tirant lo Blanc, Valencia, 1996, p. 1717.

¹⁵ Magaldi Paternostro, M.J. Op. Cit., pp. 216 y 217.

evitar <la seguridad que se trata de proteger> lo es fundamentalmente para <la vida o la integridad de las personas> (artículo 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma. Una segunda inferencia de la finalidad de la norma cuestionada tiene su origen en la catalogación expresa del tipo como de <desobediencia grave, previsto en el artículo 556> CP. La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el <orden público>, tal como indica el título en el que se ubica el delito. Dicho orden público se entiende en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo bien como orden jurídico, bien como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Si bien este primer aspecto del objeto de protección puede verse como una mera abstracción del ya definido como seguridad del tráfico, que sería el orden y el sector concreto de lo público que se trata de asegurar, debe destacarse una segunda finalidad protectora propia del tipo penal de desobediencia, cual es la constituida por la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública <también llamado principio de autoridad>, aspecto este de protección que acentúa el Abogado del Estado en el presente proceso” (Fundamento Jurídico 10º). “(...) debe resaltarse que la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol no sólo constituye un comportamiento delictivo autónomo, sino también una forma de comportamiento imprudente que puede lesionar la vida y la integridad física de las personas. La obligación de someterse a las pruebas referidas en el artículo 380 no pretende únicamente la detección y evitación de una conducta peligrosa, sino que se dirige instrumentalmente también a la detección y evitación de la comisión de homicidios y lesiones imprudentes” (Fundamento Jurídico 13ºa).

Por otro lado, en la actualidad, con la redacción del nuevo artículo 383 del Código Penal dada en la Ley Orgánica 15/2007 de reforma del Código Penal, se ha desvinculado el delito de desobediencia del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y drogas, por lo que ahora está más unido este delito a la seguridad vial que con anterioridad, aunque se sigue discutiendo sobre si el bien jurídico protegido es la seguridad vial, el principio de autoridad o si es un delito pluriofensivo.

Y es que para parte de la doctrina aun se considera el delito de negativa al sometimiento

al test de alcoholemia y drogas como un delito de desobediencia que atenta contra el principio de autoridad, siendo su ubicación en el Código Penal junto con los delitos contra la seguridad vial algo circunstancial al cometerse el delito a tenor de un comportamiento que atenta contra la seguridad vial.¹⁶

Para los defensores de esta teoría, la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre no supone que el actual artículo 383 del Código Penal esté desvinculado completamente del delito de desobediencia, puesto que su pena es la misma que la del delito de desobediencia grave con la particularidad de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Hecho que para parte de la jurisprudencia¹⁷ considera inoportuno en relación a la conducta realizada al considerar el elemento fundamental de este delito la desobediencia a la autoridad, y el bien jurídico protegido el legítimo poder de coerción del que dispone la fuerza pública para conseguir llevar a cabo las funciones encomendadas por la ley, por lo que ve la privación del derecho a conducir como una pena orientada a criminalizar a un conductor de manera preventiva, como parte de una política criminal que para combatir el elevado número de siniestros en carretera propone controlar y vigilar a los conductores porque son vistos como infractores en potencia.

En esta línea, existe jurisprudencia que establece que para aplicarse el artículo 383 del Código Penal como un delito de desobediencia, tendrán que identificarse los elementos formales típicos del artículo 556 del Código Penal que son los siguientes:

“1.- la oposición a cumplir el contenido de la orden emitida por la autoridad y transmitida por sus agentes en el ejercicio de sus funciones o la transgresión de lo determinado en la misma;

2.- que la orden dada sea emitida en el marco legal de atribuciones propias de aquéllos;

¹⁶ Fernández Bermejo, D. Op. Cit., p. 30, en referencia a otros autores como Fernández Bautista, S. en “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art.383 CP)” o Miró Llinares, F.:”Artículo 383”, en Cobo del Rosal (Dir.): Comentarios al Código Penal. Segunda época, tomo XI. Libro II: Título XVII, de los delitos contra la seguridad colectiva (artículos 359 al 385). Madrid, 2008, pp. 747 y ss. entre otros.

¹⁷ SAP de Barcelona sec.10ª, 515/2013 de 3 de junio y SAP de Madrid sec.17ª, 597/2015 de 4 de septiembre, entre otras.

3.- la negativa ha de ser expresa, terminante y clara;

4.- que la invitación a practicar la prueba se haga conocer al destinatario por medio de requerimiento formal, personal y directo;

5.- que el mandato sea de cumplimiento inexorable;

6.- que el requerido no la acate, colocándose ante ella en actitud de rebeldía o manifiesta oposición; y

7.- respecto a la culpabilidad, la desobediencia requiere el conocimiento de la orden y la voluntad del agente de incumplirla.”¹⁸

Por lo tanto, al ser identificables los elementos formales del tipo del delito de desobediencia, ante una negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas el problema se presentará a la hora de identificar los elementos subjetivos del tipo puesto que será costoso acreditar que el sujeto activo ha rechazado abiertamente la orden emitida con ánimo de desprestigiar al agente de la autoridad por lo que a la hora de valorar las circunstancias del hecho, esto podría determinar la absolución del sujeto debido a defectos en la individualización y proporcionalidad.

Por su parte, los que afirman que el bien jurídico protegido por el delito de negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas en la redacción actual dada por el artículo 383 del Código Penal es la seguridad vial, argumentan para ello la ubicación de este delito bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial” y que la finalidad de este delito es la prevención de comportamientos que atenten contra la seguridad viaria o puedan causar graves riesgos para la conducción, tratando de evitar que un conductor que se encuentre bajo los efectos del alcohol o alguna droga circule por las vías públicas, castigando a quien se niegue a someterse a las pruebas establecidas para la detección de estas sustancias en el organismo puesto que conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas pone en peligro la circulación y con ello, la vida y la salud de las personas que se hallan inmersas en el entorno del tráfico rodado.

¹⁸ SAP de Barcelona sec.10ª, 631/2015 de 20 de julio y SAP de Burgos sec.1ª, 21/2014 de 15 de enero, entre otras.

Esto no quiere decir que la negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas no se considere desobediencia, sino que este tipo de desobediencia está regulado en el capítulo “De los delitos contra la seguridad vial”, siendo desvinculado del tipo genérico de desobediencia del artículo 556 del código Penal por la Ley Orgánica 15/2007 de 30 de noviembre de reforma del Código Penal.

Por lo que la jurisprudencia¹⁹ ha señalado que la nueva redacción de este precepto está dirigida a comprobar una posible conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, al exigirse en el tipo la conducta de “negarse a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”, lo que es considerado como un nexo de unión con la protección de la seguridad vial.

Otro de los argumentos esgrimidos a favor de que la seguridad vial es el bien jurídico protegido por el artículo 383 del Código Penal es que una de las penas previstas en él es la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, pena que está íntimamente ligada a los delitos que protegen la seguridad vial.

En definitiva, al desvincular la negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas del delito de desobediencia, se ha producido un cambio cualitativo con la redacción del artículo 383 del Código Penal, dándole una mayor vinculación con la seguridad vial como bien jurídico protegido sobre el que se fundamenta la obligatoriedad de las pruebas y con el que debe estar conectada la negativa a estas.²⁰

Por último, a diferencia de los anteriores, los que consideran que estamos ante un delito pluriofensivo, aluden a que cuando un sujeto se niega a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas por requerimiento de un agente de la autoridad, se ven afectados tanto el principio de autoridad como la seguridad vial, considerándose desde

¹⁹ SAP de Valencia sec.4ª, 45/2014 de 23 de enero y SAP de Albacete sec 1ª, 330/2014 de 7 de octubre, entre otras.

²⁰ De Vicente Martínez, R. El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas. Editorial Bosch. Barcelona, 2012; p.49.

esta perspectiva un delito pluriofensivo tipificado en el artículo 383 del Código Penal.²¹

La tesis de pluriofensividad de este precepto parte de que eliminada la remisión al artículo 556 del Código Penal, ha desaparecido la base material de desobediencia, por lo que su contenido típico ya es inherente al delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas, sin necesidad de hacer una remisión expresa al artículo 556 del Código Penal como ocurría con anterioridad. Por lo que el tipo del artículo 383 del Código Penal posee autonomía respecto al delito de desobediencia, puesto que el desvalor penal que este persigue tiene como finalidad lograr una mayor seguridad viaria, facilitando la investigación de comportamientos consistentes en conducir vehículos a motor o ciclomotores bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas.

Esta tesis de la pluriofensividad del delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas es la postura jurisprudencial mayoritaria en la actualidad y está reconocida en distintas sentencias como la SAP de Zaragoza sec.1ª, 413/2013 de 27 de diciembre o la SAP de Madrid sec.2ª 594/2014 de 26 de septiembre, entre otras, en las que se entiende que el bien jurídico protegido por este delito es doble, por un lado la seguridad del tráfico rodado y por otro, la protección del orden público a tenor de la desobediencia manifiesta.

4. Naturaleza y estructura

Históricamente fue en la segunda mitad del siglo XIX cuando comenzaron a aparecer los delitos de peligro en los códigos penales para responder a los riesgos que el desarrollo de las sociedades iba creando en bienes jurídicos como la seguridad, la salud pública, el medio ambiente, etc. Esta evolución conlleva nuevas finalidades para las legislaciones penales, las cuales suponen para el Derecho Penal la defensa de intereses colectivos supraindividuales.

Debido a esta evolución, el Código penal de 1995 aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre regula un gran número de delitos que responden a esta

²¹ De Vicente Martínez, R. Op. Cit., p. 675.

configuración y finalidad. Siendo el Título XVII “De los delitos contra la seguridad vial” donde se regulan la mayoría de ellos. Título del que forman parte los delitos contra la seguridad vial en su Capítulo IV, siendo uno de ellos el delito objeto de este trabajo, regulado en el artículo 383.

En estos llamados delitos de peligro, el Estado reacciona imponiendo una sanción penal ante el peligro de que pueda aparecer un daño material o una lesión de los bienes jurídicos que pretende proteger, por lo que suponen este tipo de delitos un adelantamiento de la barrera penal a momentos previos a la lesión.

El peligro es un juicio de probabilidad de que un bien jurídico resulte lesionado por el comportamiento realizado, aunque no se llegue a producir la lesión. Ese juicio se ha de producir “ex ante”, es decir, colocándose el juez o el legislador como un observador imparcial al momento en que se realizó la acción.

Hay que señalar que existen dos elementos que determinan la existencia de peligro y son la posibilidad o probabilidad de que se produzca un resultado futuro y por otro lado, que ese resultado sea dañoso o lesivo y se materialice en los bienes jurídicos protegidos. Si no hay ninguna probabilidad o posibilidad de que se produzca un resultado o si este ya es cierto, no existirá peligro. El juicio de peligro del que deriva la decisión sobre la existencia de una posibilidad o probabilidad de un daño o lesión futuros lo realiza el juez en una consideración “ex ante” de los acontecimientos, en base a las leyes de la experiencia. Pero en ocasiones, el legislador es el que realiza la valoración y lo plasma en el tipo penal.

Llegados a este punto, hay que hacer referencia a la existencia de dos tipos de peligro:

Por un lado, existen los delitos de peligro concreto en los que se requiere para la consumación del delito que la conducta peligrosa llevada a cabo ponga en peligro de forma evidente algún bien jurídico. Se consideran delitos de resultado en los que dicho resultado es el peligro concreto para el bien jurídico protegido. El típico ejemplo de un delito de peligro concreto es el delito de conducción temeraria previsto en el artículo 381 del Código Penal, el cual exige que la conducción temeraria ponga en peligro a determinadas personas consideradas individualmente.

Por otro lado, los delitos de peligro abstracto son delitos de mera actividad puesto que en ellos se castiga la mera realización de una acción genéricamente peligrosa, sin que se haya producido un resultado de riesgo concreto para personas determinadas, es decir, la mera actividad peligrosa consume el delito. En ellos no se pone en peligro de forma directa ningún bien jurídico sino que el legislador crea unas presunciones “iuris et de iure” donde establece que si se dan los requisitos que establece la ley se entenderá vulnerado el bien jurídico protegido y pasará a ser una conducta delictiva. No se requiere ninguna peligrosidad ya que el legislador considera que ella estará implícita en aquellos casos en que así lo estipule el ordenamiento jurídico. De este modo, el injusto se consume por el mero cumplimiento de los requisitos legales para considerar una conducta como peligrosa, no se requiere un resultado ya que lo que la norma persigue es adelantar esa barrera punitiva y castigar conductas arriesgadas y socialmente reprochables, sin perjuicio de las lesiones concretas que hubieran podido acontecer. El ejemplo más claro de los delitos de peligro abstracto es el delito de conducción con tasas de alcohol prohibidas del artículo 379.2 del Código Penal en el que se comete el delito por poner en peligro genérico la seguridad vial, aunque en el momento y lugar concreto no se haya colocado a determinados usuarios en una situación de riesgo.

Tomando como punto de partida que este delito está regulado en el título “De los delitos contra la seguridad vial” sería adecuado analizarlo desde esta perspectiva puesto que el legislador parte de la premisa de que toda persona que se niega a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de alcohol y drogas está llevando a cabo una conducta potencialmente peligrosa para la colectividad y con ello está poniendo en riesgo la seguridad del tráfico, por lo que el legislador penal consideró que cualquier persona en cualquier circunstancia que no quiera someterse a dichas pruebas debe responder penalmente en virtud del artículo 383 del Código Penal. Es decir, se trata de un delito de mera actividad puesto que para la consumación del delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas no es necesario que el conductor haya puesto en concreto peligro la seguridad del tráfico sino que el legislador ha establecido la presunción en el artículo 383 del Código Penal de que todo aquel que se niegue a realizar las pruebas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y drogas a que se refieren los artículos anteriores, está realizando una

conducta peligrosa para la “seguridad vial” ya que este artículo pretende evitar que se lleve a cabo la conducta prevista en los artículos anteriores de conducción bajo los efectos de alcohol y drogas. Por lo tanto, el injusto se consuma por el cumplimiento de los requisitos del artículo 383 del Código Penal puesto que no se requiere de la realización de ningún resultado al haber adelantado este artículo la barrera punitiva castigando una conducta que el legislador “ex ante” vio como socialmente reprochable.

4.1 Sujeto activo

Es importante conocer a qué personas se les puede considerar sujetos activos del delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas puesto que si la persona concreta no tiene la obligación de realizar dichas pruebas, no existirá ninguna infracción y por lo tanto, esa conducta no podrá ser sancionada por el Derecho Penal.

Para saber qué personas pueden cometer este delito, en primer lugar habrá que fijarse en lo estipulado en el propio artículo 383 del Código Penal, el cual establece que “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 drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores(...)”. De este artículo se puede extraer que podrá ser sujeto activo de este delito cualquier conductor, a diferencia de lo establecido por los demás artículos de este Título que concretan que el sujeto activo deberá ser conductor de un vehículo a motor o ciclomotor, aunque con la referencia “a que se refieren los artículos anteriores” se entiende analógicamente que el sujeto activo deberá ser el conductor de vehículos a motor o ciclomotores.

Por lo tanto, para que surja la obligación para un sujeto de someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas y pueda ser considerado sujeto activo del delito, se deben dar los siguientes requisitos en la persona concreta: que sea conductor, que esté conduciendo, que conduzca un vehículo a motor o ciclomotor y que lo haga por la vía pública.

Una vez expuestos los requisitos que se exigen para poder ser considerado sujeto activo de este delito, sería conveniente analizarlos separadamente para poder comprenderlos con más claridad.

4.2. Conceptos

4.2.1. Concepto de conductor

No existe una definición de conductor en la legislación penal, por lo que acudiré a la legislación administrativa y la jurisprudencia para definir este concepto.

En primer lugar, la Orden Ministerial de 18 de febrero de 1993 por la que se dictan normas para la elaboración de la estadística de accidentes de circulación ofrece una definición de conductor en el Anexo I punto 4.9: se considerará conductor *“Toda persona que, en las vías o terrenos a que se alude en el apartado 1.1, lleva la dirección de un vehículo, guía animales de tiro, carga o silla, o conduce un rebaño”*. Aunque esta Orden ha sido derogada en su totalidad por la disposición derogatoria única de la Orden INT/2223/2014, de 27 de octubre, por la que se regula la comunicación de la información al Registro Nacional de Víctimas de Accidentes de Tráfico, la cual, en su Anexo II punto 3. a) establece que se considerará conductor a efectos de su implicación en un accidente de tráfico a *“Toda persona que, en el momento del accidente, lleva la dirección de un vehículo implicado en un accidente de tráfico. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales”*.

Por otro lado, el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que derogó el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece en su Anexo I punto 1 que tendrá la consideración de conductor la *“Persona que, con las excepciones del párrafo segundo del punto 4 maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los*

mandos adicionales”.

Estas son las definiciones de conductor que ofrece la legislación administrativa, por lo que para que se pueda cumplir el requisito de ser conductor, se tendrán que reunir estas condiciones.

También la jurisprudencia opinó sobre este concepto, como por ejemplo la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 103/2012, de 15 de marzo, Fundamento de Derecho 2º, expresando que *“el art.383 C. Penal y que castiga al conductor que requerido por agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcohol y la presencia de drogas tóxicas a que se refieren los artículos anteriores. Es, pues, una norma penal en blanco a integrar con el concepto de conductor (<la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo>) del art. 1 del Anexo del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial”.*

Por otro lado, hay que mencionar supuestos en que la jurisprudencia opina sobre si existe en el caso concreto el requisito de conductor, como por ejemplo, para la Audiencia Provincial de Madrid no se cumplió el requisito de ser conductor en un caso enjuiciado en la sentencia 74/1999, de 5 de febrero en la que en su Fundamento de Derecho 12º expresó que *“Figura, en efecto, dentro del relato de hechos de la sentencia recurrida que no ha quedado probado que dicho acusado condujera su vehículo, así como que fue sorprendido, caído sobre el volante, en el interior de un vehículo que estaba parado y sin el motor accionado. Partiendo de esa total ausencia de conducción del vehículo que se declara probada, no puede considerarse cumplido el primer elemento requerido por ese tipo penal: que se trate de un conductor”.* Por lo que los funcionarios policiales deberán observar que realmente la persona maneja los mandos de control del vehículo, no bastando que una persona esté sentada en el asiento del conductor. En este caso la negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas por parte de esta persona es atípica puesto que no se cumple el requisito de conductor.

En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Murcia en la sentencia 118/2011, de 3 de junio, absolvió a una persona que se encontraba debajo de un camión revisando la mecánica del vehículo, momento en el cual fue sorprendido por agentes de la Policía Local para que se sometiera a las pruebas de alcoholemia, a la cual se negó, pues según la sentencia, *“El término conductor no puede aplicarse con carácter abstracto o genérico a cualquier persona que posea una licencia para conducir vehículos a motor o a cualquiera que hubiere conducido algún vehículo en algún momento absolutamente indeterminado o que hipotéticamente lo pudiera llegar a conducir. En términos de seguridad jurídica se requiere, para la comisión del tipo del 383 CP, que la persona que es requerida por agentes de la autoridad para someterse a las pruebas reglamentarias de alcoholemia esté conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor, o que lo haya conducido poco antes del requerimiento”*. En este caso se acreditó que el camión estaba estacionado desde dos horas antes al requerimiento policial. Por tanto el investigado carecía de la condición de conductor, por lo que no estaba penalmente obligado a someterse a las pruebas de alcoholemia. El tipo requiere entender al conductor de forma restrictiva, es decir, como aquella persona que efectivamente ha realizado una conducción en el momento o en los instantes previos a ser descubierto por los agentes de la autoridad, y no como aquél que goza de una licencia para poder conducir vehículos. De no ser así se estaría haciendo una interpretación “in malam parte” del tipo del artículo 393 del Código Penal. En este suceso, los funcionarios policiales no vieron al imputado conducir, con lo que hay una inexistencia del primer elemento para entender a la persona sujeto activo del delito, que es que sea conductor.

4.2.2. Concepto de conducción

Sin el requisito de la conducción, el primer requisito de ser considerado conductor no tiene validez a la hora de considerar relevante penalmente la negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas. Para Cardenal Montraveta, se entiende que una persona está conduciendo si maneja los mecanismos de dirección de un vehículo a motor o ciclomotor con el fin de trasladarlo de un punto a otro, durante una cierta duración temporal y un movimiento en el espacio.²²

²² Cardenal Montraveta, S. “De los delitos contra la seguridad vial”, en “Comentarios al Código Penal, Reforma LO 15/2007”, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2011, p.

Para la jurisprudencia no existe un acuerdo sobre los requisitos para considerar que existe conducción. Sí que se ha llegado a la conclusión de que debe haber un desplazamiento y que éste se debe haber realizado a causa de los impulsos del motor del vehículo pero ninguno de estos dos requisitos posee unanimidad entre la jurisprudencia.

En lo relevante al desplazamiento, hay sentencias que consideran irrelevante la extensión del trayecto y otras que sí que lo consideran relevante, como por ejemplo:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 766/2007 de 8 de octubre consideró que *“Para que pueda hablarse de la misma (conducción efectiva), se suele considerar necesario, pero también suficiente, que el motor del vehículo esté en marcha, y que éste se halle en condiciones de introducirse en el tráfico de forma inmediata, siendo irrelevante que el trayecto sea más o menos largo”*. En este caso, se hace una interpretación formal del tipo por lo que no es necesario acreditar la distancia recorrida sino que basta con probar que ha habido desplazamiento por escaso que sea y con ello conducción.

Por el contrario, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife 174/2015, de 20 de abril, en su Fundamento de Derecho 2º, establece que los *“delitos de peligro abstracto que requieren, para su comisión, de una cierta peligrosidad potencial para la circulación. El concepto de conducir, por ello, no puede ser derivado del concepto de <conductor> contenido en el anexo del LTCVMSV, y debe ser limitado a las acciones de circulación efectiva por vías de acceso público en condiciones idóneas para acusar un riesgo relevante para la circulación (cfr. SSTC 111/99 y 68/2004). La mera ejecución de una maniobra orientada a estacionar correctamente el vehículo mal aparcado, no resulta idónea (al menos, no se acreditó otra cosa) para crear un riesgo potencial relevante para la circulación”*. Con este argumento, desestimó que existiera conducción cuando una persona se dispuso a estacionar correctamente según dijeron él y su mujer a los agente de policía que lo sorprendieron con el vehículo arrancado, habiendo avanzado ligeramente pero sin llegar a sacarlo completamente del hueco en el que estaba estacionado y en opinión de los agente con la intención de incorporarse a la circulación, aunque sin poder concluir con absoluta certeza que esa fuera su intención,

puesto que para aparcar de manera correcta es necesario mover el coche, aplicando la Audiencia el principio “in dubio pro reo”.

También es discutido el hecho de que el desplazamiento se realice con el motor encendido y que el movimiento sea a causa de los impulsos del motor.

En sentido negativo se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia 359/2008, de 9 de abril en la que no entendió que existiera conducción al manejar un vehículo después de desactivar el freno de mano, dejando que se deslizara por una pendiente descendiente y con el motor apagado, argumentando para ello que *“Es pacífico en la doctrina científica y la jurisprudencia menos que el concepto de conducción refiere la acción que consiste en el manejo de los mecanismos de dirección de un vehículo, estando en marcha el motor; desplazándolo en el espacio gracias al impulso del mismo”*.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de la Rioja en su sentencia 57/2008 de 29 de mayo, entendió que sí que existía conducción en un desplazamiento con el motor apagado cuando unos chicos empujan un vehículo con el motor apagado el cual es pilotado por otro miembro del grupo, llegando a colisionar con un vehículo que estaba correctamente estacionado, argumentando que *“Se deduce que el sentido de la Ley exige la condena en condiciones como la de autos, porque no gravita la acción descrita en el tipo en el accionamiento de los mecanismos de propulsión del motor, sino en la idea de traslación guiada del vehículo en la creación con ello de un riesgo en la vía pública cuando tal conducta se realiza bajo la influencia de la ingesta de bebidas alcohólicas”*.

Vistos estos ejemplos, se llega a la conclusión de que para que la negativa sea penalmente relevante requiere que exista un conductor que lleve a cabo la conducción de manera efectiva, aunque en este segundo caso, existen situaciones controvertidas en las que la jurisprudencia da respuestas distintas para casos idénticos.

4.2.3. Concepto de vehículo de motor y de ciclomotor

El concepto de vehículo de motor viene regulado en el Anexo I punto 12 del Real

Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial que establece que un vehículo de motor es un *“vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida”*.

Por su parte, el concepto de ciclomotor está regulado en el Anexo I punto 9 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial que establece que *“Tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:*

a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 Kw si es de motor eléctrico.

b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.”

Por otro lado, el Real Decreto 1507/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor en su artículo 1.1 establece que *“Tienen la consideración de vehículos a motor, a los efectos de la responsabilidad civil en la circulación de*

vehículos a motor y de la obligación de aseguramiento, todos los vehículos idóneos para circular por la superficie terrestre impulsados a motor, incluidos los ciclomotores, vehículos especiales, remolques y semirremolques, cuya puesta en circulación requiera autorización administrativa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial”. artículo que a diferencia del Real Decreto Legislativo 6/2015 incluye a los ciclomotores dentro del concepto de vehículos a motor.

Pero para De Vicente Martínez, el concepto ofrecido por el Real Decreto Legislativo 339/1990, actual Real Decreto Legislativo 6/2015, es orientativo y no vinculante, puesto que *“ni el tipo penal remite a dicho concepto, ni es satisfactorio para la tutela del bien jurídico asumir una noción cambiante en la cual no tienen cabida vehículos cuya conducción de alguno de los modos o en alguno de otros estados es susceptible de poner en grave peligro la salud o la vida de las personas”*.²³

Por lo tanto, se requerirá que exista un conductor, que esté conduciendo y que lo haga mediante un vehículo de motor o un ciclomotor para que surja la obligación penal de someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas. Necesitando de un último requisito y es que la conducción se lleve a cabo en la vía pública.

4.2.4. Concepto de vía pública

Para ofrecer un concepto de vía pública, acudiré a la jurisprudencia, en la que existe una línea interpretativa bastante extendida aunque con alguna excepción que parte de considerar el concepto de vía pública de manera extensiva. En este sentido, es bastante acertada la definición que ofrece la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 308/2008, de 24 de junio, en su Fundamento de Derecho 2º, que establece que *“En lo que al concepto de vía pública se refiere, el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, modificado por el Real Decreto 965/2006, de 1 de septiembre, nos dice en su artículo 1.1: <Los preceptos de la Ley sobre tráfico, circulación de*

²³ De Vicente Martínez, R., Op. Cit., p. 59.

vehículos a motor y seguridad vial, los de este reglamento y los de las demás disposiciones que la desarrollen serán aplicables en todo el territorio nacional y obligarán a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otras normas, a los de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios>. El mismo artículo, en su número 2 letra c), dice que tal precepto será aplicable <a las autopistas, autovías, carreteras convencionales, a las áreas y zonas de descanso y de servicio, sitas y afectas a dichas vías, calzadas de servicio y a las zonas de parada o estacionamiento de cualquier clase de vehículos; a las travesías, a las plazas, calles o vías urbanas; a los caminos de dominio público; a las pistas y terrenos públicos aptos para la circulación; a los caminos de servicio construidos como elementos auxiliares o complementarios de las actividades de sus titulares y a los construidos con finalidades análogas, siempre que estén abiertos al uso público, y, en general, a todas las vías de uso común públicas o privadas.

No serán aplicables los preceptos mencionados a los caminos, terrenos, garajes, cocheras y otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes.>”.

A estos efectos, considera vía pública en el supuesto concreto, un aparcamiento para vehículos de una gasolinera en el que una persona conducía bajo los efectos del alcohol, por lo que lo considera culpable de un delito de conducción bajo los efectos del alcohol tipificado en el artículo 379 del Código Penal.

En el mismo sentido se pronuncian varias sentencias, entre las cuales, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 46/2004, de 23 de enero, en su Fundamento de Derecho 3º, considerando que el aparcamiento de una discoteca es una vía pública, argumentando que “Podríamos hablar de dos clases de vías públicas, lógicamente las vías públicas, y además, cualquier otra que cumpla con los requisitos de destinarse al uso por un número indeterminado de personas. En ambos casos, es indiferente la titularidad, que puede ser pública o privada”.

Por el contrario, existe una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 10/2006, de 10 de enero, en su Fundamento de Derecho 2º, que expresa que para considerar si existe un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tipificado en el artículo 379 del Código Penal *“nos lleva a analizar la naturaleza o características del lugar donde los acusados estaban realizando maniobras que los Quad y si en dicho lugar era susceptible de ser lesionado el bien jurídicamente protegido aludido anteriormente y en el caso que nos ocupa se llega a la conclusión de que dicho bien no fue vulnerado en ningún momento dado que el lugar concreto de la práctica del quad era un estacionamiento privado de un Restaurante destinado a los clientes del mismo sin que se haya demostrado que hubiese peligro concreto ni abstracto para la seguridad del tráfico rodado pues el testigo miembro de la Guardia Civil de tráfico que compareció al acto del juicio oral y que estuvo presente en el lugar de los hechos el NUM006 manifestó que había gente pero no cerca de donde se encontraban los acusados y lo mismo se expresa en el atestado.*

Por ello y no teniendo el lugar donde se cometieron los hechos el carácter de vía pública conforme a lo establecido en el Real Decreto 13/92 de 17 de enero y no habiéndose puesto en peligro concreto ni abstracto el bien jurídicamente protegido que es la seguridad del tráfico, la conducta del acusado Jaime no encaja en el artículo 379 del Código Penal.

Aunque esta última interpretación del concepto de vía pública no sería acertada a mi modo de entender el bien jurídico de la seguridad del tráfico, puesto que esta protección se hace efectiva mediante delitos de peligro abstracto, los cuales, para su realización no requieren de la puesta en peligro efectiva del bien jurídico sino de la realización de determinadas conductas consideradas peligrosas por el legislador, y siendo el aparcamiento de un restaurante un lugar abierto al público, en el cual puede entrar cualquier persona que vaya a dicho restaurante, de acuerdo con el concepto de vía pública establecido en el Real Decreto 965/2006, artículo 1 que establece que se considera vía pública *“las zonas de parada o estacionamiento de cualquier clase de vehículos”*, en este caso se estaría poniendo en peligro la seguridad del tráfico y por lo tanto la interpretación que realiza la Audiencia Provincial de Zaragoza en esta sentencia sería errónea en mi opinión.

4.3. Conducta típica

En primer lugar, sería conveniente esquematizar los requisitos estructurales del delito de negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas, haciendo referencia a las distintas interpretaciones que ofrece la jurisprudencia acerca de este delito, teniendo en cuenta la interpretación que realiza Jesús Martínez Ruiz que entiende que *“el delito de desobediencia a las pruebas legales de detección de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por más que en virtud de la precitada L.O. 15/2007, de 30 de noviembre, no contenga ya una remisión expresa al delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes, contemplado en el artículo 556 del Texto punitivo, reviste idéntica estructura típica, siendo lógico pensar que en nada haya mutado su genuina estructura delictiva, la cuál es idéntica a la del genérico delito de desobediencia a la autoridad o a sus agentes, en referencia al posicionamiento de Queralt Jiménez, J.J. y De Vicente Martínez, R., tal y como reconoce, entre otras, la ST. AP. de Madrid, de 7 de febrero de 2003 JUR 2003/148320, en la que se declaraba claramente que el tipo del artículo 380 participa, en cuanto a su estructura, de las mismas características que el delito de desobediencia del artículo 556 del mismo Código Penal.”*²⁴

Por lo tanto, para considerar típico un comportamiento en este sentido se tendrán que exigir, siguiendo a Jesús Martínez Ruiz, la existencia de los siguientes requisitos:

1. La existencia de una orden, mandato o requerimiento, expreso y directo, por parte de los agentes de la autoridad, sean Policías locales (zonas urbanas), sean Guardias civiles (zonas interurbanas o travesías), dirigido personalmente al conductor presuntamente embriagado o drogado, para su sometimiento a la diligencia de control legalmente establecida.

Las pruebas para la detección del consumo de alcohol y drogas se regulan en el art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Que establece: *“Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación*

²⁴ Martínez Ruiz, J. Op. Cit., p. 130.

del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente”.

En el caso de la prueba para detectar la ingesta de alcohol, está regulada en el art. 22 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo que indica: *“Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia de tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados”.*

La prueba para la detección de drogas tóxicas o estupefacientes se regulan en el art. 28 del Reglamento General de Circulación que indica: *“Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquélla, estimen más adecuados”.* En el artículo 796.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *“La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxica, estupefacientes y sustancia psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la Policía Judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.*

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina y otras análogas. Cuando se practicaren estas prueba, se requerirá al personal

sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores”.

Por otro lado, analizando punto por punto este primer elemento típico, hay que hacer referencia en primer lugar a la existencia de una orden, mandato o requerimiento, expreso y directo y dirigido personalmente al conductor puesto que si esta orden, requerimiento o mandato no existe o no se le da a conocer al conductor, no existirá la conducta exigida por el artículo 383 del Código Penal. En este sentido se expresa la Audiencia Provincial de Granada que establece que *“El delito previsto y penado en el art.380, que constituye una modalidad específica del más amplio de desobediencia grave a Agentes de la Autoridad del artículo 556 de dicho cuerpo legal, y cuya constitucionalidad declaró el T.C. en sentencia de 161/97, de 2 de octubre, establece como obligación el sometimiento a las pruebas de alcoholemia.-La negativa a dicha práctica, en principio, pudiera dar lugar al delito que se describe, pero si el delito de desobediencia precisa como elemento del tipo que la actitud negativa del sujeto activo se manifieste tras la inmediata conminación del agente, se requiere el conocimiento real de la obligación establecida en el referido artículo 380 por quien ha de cumplirla, así como la conciencia y voluntad de oposición al mandato, de forma reiterada y persistente; ello lleva aparejada la necesidad de que conste de forma clara y expresa la información efectuada al conductor por los agentes de la autoridad de la obligatoriedad de la prueba mediante etilómetro, como de las consecuencias que acarrea el incumplimiento, en especial que ello constituiría delito, lo que tiene vital transcendencia, pues hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal, dichas pruebas no eran obligatorias, pudiendo el sujeto interesado negarse a su práctica, con los inevitables resultados sancionadores en la esfera administrativa; quiere ello decir que si antes era un derecho a la negativa, ahora es una obligación la práctica de la prueba, por lo que a los efectos informativos, es exigible un mayor formalismo en la explicación al interesado del alcance que tiene actualmente la expresada negativa, de tal suerte que quede impuesto de sus consecuencias.-En el presente caso, como ya se dijo, el acusado no quedó enterado de la información efectuada por los agentes sobre el alcance que para él podía tener su negativa a la práctica de la prueba de alcoholemia, hasta el*

*punto de que tal información se entendió con un hermano del recurrente, por lo que faltaría el elemento subjetivo o volitivo, es decir, la conciencia del alcance de su negativa en la esfera penal; lo expuesto lleva a estimar el recurso en cuanto a este delito, procediendo un fallo absolutorio en cuanto al mismo.-”.*²⁵

En segundo lugar, se entiende que debe ser un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia el que realice la orden, mandato o requerimiento, en este sentido, se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid expresando que *“Desobedecer equivale al incumplimiento de una orden o mandato emanado de la autoridad o de sus agentes, mandato que, para ser legítimo, deberá revestir las formalidades legales y hallarse dentro de la competencia de quien lo da (...) engendrando su legitimidad el deber correlativo de acatamiento, deber que no surgirá si, el que ordena no es competente”*. Debiendo entenderse que tienen la consideración de agentes de la autoridad para estos supuestos todos los funcionarios policiales encargados de la vigilancia del tráfico, independientemente del cuerpo policial al que pertenezcan, siendo la Policía local competente para realizar las pruebas de alcohol y drogas en su localidad y la Guardia civil la competente en vías interurbanas y en poblaciones que no disponen de Policía local. (sin perjuicio de las competencias que tienen asumidas los Cuerpos policiales Autonómicos como los Mossos d' Esquadra en Cataluña, la Ertzaintza en el País Vasco y la Policía foral en Navarra, los cuales tienen transferida dicha competencia del control y vigilancia del tráfico en sus respectivos territorios).

En tercer lugar, dicha orden, mandato o requerimiento debe reunir una serie de requisitos formales:

a) Debe existir una orden, mandato o requerimiento de que se deben realizar las pruebas de alcohol y drogas, no siendo válido informar de la posibilidad de la realización de estas o un mero ofrecimiento según la Audiencia Provincial de A Coruña que expone que *“Declinar un ofrecimiento y negarse a cumplir un requerimiento son dos comportamientos muy distintos y en modo alguno equiparables. El segundo puede ser*

²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 1ª, 280/2000, de 3 de mayo, Fundamento de Derecho 5º.

*una desobediencia penalmente típica. El primero, una cortés falta de aceptación de una oferta, es penalmente irrelevante (...) los agentes no ordenaron la práctica de estas pruebas y el acusado no pudo negarse a someterse a pruebas que no le fueron ordenadas (...) Por todo ello, (...) ha de concluirse que el art.383 CP fue indebidamente aplicado. La conducta descrita en el relato de hechos probados no tiene encaje en ese precepto ”.*²⁶

b) El requerimiento se debe hacer con cierta insistencia por parte de los agentes de la autoridad, en este sentido, la Audiencia Provincial de Las Palmas expresa que “*después de la parada del turismo conducido por el acusado, los policías actuantes trataron, en un primer momento, de llevar a cabo la prueba de determinación del grado de impregnación alcohólica por aire espirado y también lo es que tal prueba no llegó a practicarse. No obstante, y partiendo de: a) lo ocurrido posteriormente cuando procedían a levantar el boletín de denuncia, b) la falta de una mínima insistencia por parte de los agentes actuantes en la práctica de tal prueba, y c) la nula alusión y referencia a la existencia de otros métodos, como el de la extracción de sangre, este Tribunal, más aún si cabe teniendo en cuenta el desenlace de los hechos y la condena no discutida por un delito de atentado, entiende, coincidiendo esta vez sí con el criterio de la juez a quo, que no es posible determinar con certeza la causa por la que en el presente caso no se ha contado con una prueba con la que se haya podido saber la concreta tasa de alcoholemia del conductor y menos aún que la falta de tal dato quepa achacarlo sin más a la mera negativa de éste. Así pues, al no quedar debidamente acreditado el motivo que impidió la comprobación de la concreta tasa de alcoholemia, no cabe otra cosa que considerar en tal extremo vigente la verdad interna de la que está revestida la presunción iuris tantum de inocencia, y, conforme a ello, mantener el pronunciamiento absolutorio dictado en primera instancia ”.*²⁷

c) El requerimiento ha de ser preciso, claro y expreso. Así se pronunció la Audiencia Provincial de Islas Baleares exponiendo que “*el requerimiento al acusado para la práctica de las pruebas de detección alcohólica fue todo lo claro y terminante que es*

²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, 33/2009, de 31 de mayo, Fundamento de Derecho 4º.

²⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 1ª, 120/2011, de 29 de mayo, Fundamento de Derecho 5º.

*preciso como resulta del acta extendida por los agentes instructores del atestado (...) en la que (...) se le instruye detalladamente de sus derechos en relación con la práctica de la prueba y se le apercibe expresamente de que <todos los conductores están obligados a someterse a las pruebas y si se niega puede incurrir en un presunto delito de desobediencia grave (...) Tan clara y tajante como el requerimiento a la realización de las pruebas fue, pues, la negativa del acusado a practicarlas, por lo que no puede ponerse en duda que su conducta integra el tipo del art. 380 CP”.*²⁸

d) En cuanto al deber de los agentes de la autoridad de informar al sujeto de las consecuencias penales de la negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas, existen interpretaciones diversas entre la jurisprudencia:

Por un lado, existe una línea jurisprudencial que sigue, entre otras, la Audiencia Provincial de Jaén sobre la obligatoriedad de informar al sujeto sobre las consecuencias penales de la negativa y que interpreta de este modo: *“El atestado y el juicio oral sólo plasman la afirmación de los agentes de que fue informado de sus derechos frente a la prueba de alcoholemia que no de las consecuencias delictivas de su resistencia, se viene erigiendo en la doctrina de esta audiencia, en causa de exculpación por error invencible sobre la ilicitud del hecho criminal”*²⁹. De lo que se desprende que la falta de información por parte de los agentes de la autoridad de las consecuencias penales de la negativa conlleva un error de prohibición que tendrá la consideración de invencible, lo que conlleva la exclusión total de responsabilidad penal.

Por otro lado, la jurisprudencia sostiene que cualquier ciudadano medio conoce la obligación de someterse a estas pruebas por lo que no cabe afirmar la existencia de un error de prohibición. En este sentido, se pronunció la Audiencia Provincial de Valencia entendiendo que *“asumiendo la clara consciencia de la antijuridicidad de la ciudadanía sobre esta conducta y la asunción general de su gravedad, no parece preciso en modo alguno que se advierta al sujeto activo de la tipicidad de sus actos para que pueda afirmarse ésta; y en el caso que nos ocupa el ahora apelante era*

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 1ª, 171/2006, de 14 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 2ª, 171/1997, de 19 de diciembre, Fundamento de Derecho 2º.

*claramente consciente de su obligación de realizar las pruebas”.*³⁰

Por lo tanto, en este punto no existe unanimidad entre la jurisprudencia y dependiendo del órgano juzgador, unos interpretarán que la obligación de los agentes de la autoridad de informar sobre las consecuencias penales de la negativa a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas es necesaria para que se pueda apreciar la conducta típica del artículo 383 del Código Penal y otros, por el contrario, no entenderán que sea necesario informar de las consecuencias penales al sujeto para la tipicidad de esta conducta.

e) Por último, será necesario, en el caso de que se considere que es obligatorio informar al sujeto de las consecuencias penales sobre negarse a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas, que dicha advertencia se realice con anterioridad o en el momento del requerimiento para que se realicen dichas pruebas. En este sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Alicante entendiendo que *“Hay que entender implícita la exigencia de que, el requerimiento indicado en el mismo, se haya practicado, después o al tiempo de informar suficientemente al requerido de las consecuencias penales de su posible negativa (...) y antes, siempre de que se exprese tal negativa en aras de que pueda contrastarse la mencionada actitud de rebeldía en la persona requerida, que en todo delito de desobediencia grave tiene que concurrir”*³¹.

Por lo tanto, estos son los requisitos que debe cumplir el primer elemento del tipo del artículo 383 del Código Penal para que se considere que existe una orden, mandato o requerimiento, expreso y directo, por parte de los agentes de la autoridad, dirigido personalmente al conductor presuntamente embriagado o drogado, para su sometimiento a la diligencia de control legalmente establecida.

2. Negativa del afectado a someterse a las pruebas legales de detección de alcohol y drogas que deberá ser una manifestación de la voluntad, oral o no, concluyente del sujeto a negarse a obedecer el mandato del agente de la autoridad.

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 3ª, 274/2008, de 9 de mayo, Fundamento de Derecho 5º.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 3ª, 603/1998, de 13 de octubre, Fundamento de Derecho 2º.

Hay que aclarar que existen distintas conductas que pueden ser entendidas como negativa a efectos de la imputación del delito del artículo 383 del Código Penal, por lo que es importante analizarlas por separado:

a) Negativa clara e inequívoca:

Para explicar este punto me remitiré a las palabras de la Audiencia Provincial de Madrid que entiende que el artículo 383 del Código Penal “*consiste en la negativa clara e inequívoca, o tácita e inferida de actos concluyentes, a someterse a la práctica de las pruebas(...)*”³². Además, en la misma sentencia se establece que estamos ante un delito “*de comisión dolosa*”, de lo que se infiere que la prueba del dolo exija voluntariedad a la hora de expresar dicha negativa.

Esta misma Audiencia, en otra sentencia también entendió que “*debiendo tratarse la conducta del sujeto, de una conducta voluntariamente renuente y rebelde al cumplimiento de dicha orden, sin que quepan dudas acerca de dicha voluntad*”³³.

Por lo tanto, al ser un delito doloso, se requiere voluntad e intencionalidad manifiesta de no querer realizar las pruebas. Por ello se debe hacer de forma clara e inequívoca o mediante actos que únicamente tengan por finalidad impedir la realización de la prueba de manera correcta.

b) Ejecutar las pruebas deliberadamente de manera incorrecta.

Está considerado como una manera de exteriorizar la voluntad de negarse a someterse a las pruebas para la detección de alcohol y drogas la incorrecta realización de la prueba de forma consciente puesto que el sujeto, de forma dolosa, intenta impedir el funcionamiento correcto del procedimiento para el sometimiento a las pruebas citadas, disimulando la negativa bajo una falsa apariencia de realización de éstas.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona ofrece un concepto de ejecutar mal las pruebas deliberadamente en relación a la negativa expresando que “*entenderlo*

³² Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 26ª, 832/2008, de 16 de diciembre, Fundamento de Derecho 4º.

³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 23ª, 1089/2009, de 16 de septiembre, Fundamento de Derecho 4º.

como pasividad reiterada y continuada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo muestran una voluntad rebelde, dejándose traslucir que en esta(...) posibilidad el delito podría revestir dos modalidades: 1º) tanto la correspondiente al silencio prolongado, sin resolver llevar las órdenes a la realidad, como 2º) la apariencia de acatamiento a lo mandado, a fin de simular en lo externo el deseo de cumplir cuanto se interesa, pero acompañado de tales dificultades que signifiquen en el fondo el propósito de anularlas prácticamente; en definitiva modalidades de pasividad reiterada y contumaz que merecen en orden a su significado y consecuencias jurídico-penales, la misma calificación que la citada negativa. En realidad, la desobediencia se configura, por tanto, como una oposición clara a un mandato, directo o deducible de la repetida no ejecución. La conducta no está constituida por una actitud pasiva, negligente o de simple abandono, o por el mero incumplimiento de una orden, sino que debe existir el propósito deliberado y decidido de que la orden no se cumpla(...), por lo que sólo cabe la comisión dolosa”³⁴.

En este sentido, también cabe citar a modo de ejemplo una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca en la que el tribunal condenó al acusado alegando que *“la actitud del acusado no implica otra cosa sino una voluntad negativa a someterse a la realización de la prueba alcohólica pues, aparentando aceptar la orden, la incumple efectivamente no realizando una sencilla operación cual es la de soplar en el aparato durante unos segundos (...) sino que, por el contrario, en lugar de espirar inspiraba sobre el mismo con lo que, conscientemente, no daba cumplimiento a la orden que había recibido”³⁵.*

c) Negativa a realizar la segunda prueba.

Este es un punto en el que no existe acuerdo entre la jurisprudencia, ya que por un lado existen sentencias que afirman que quien se niega a someterse a la segunda prueba está realizando el tipo del delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas al ser esta obligatoria puesto que en el precepto se establece *“a las*

³⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 10ª, 780/2009, de 20 de julio, Fundamento de Derecho 3º.

³⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, sección 1ª, 120/1998, de 29 de julio, Fundamento de Derecho 1º.

pruebas” no a la prueba , y otras sentencias entienden que la segunda prueba sirve para dar una mayor garantía al sujeto y por lo tanto, negarse a realizar esta segunda prueba sólo perjudica sus propios intereses, por lo que no sería constitutivo del delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas. Dentro de esta interpretación que entiende que no sería un delito negarse a la segunda prueba existen dos interpretaciones: por un lado existen sentencias que interpretan que la segunda prueba es la que se realiza mediante un etilómetro de precisión después de haberse sometido a una primera prueba con un etilómetro portátil y por otro lado, hay sentencias que interpretan que la segunda prueba a la que puede negarse el sujeto sin que se le considere autor del delito del artículo 383 del Código Penal es la segunda prueba que realiza con el etilómetro de precisión, es decir, tiene que haber realizado una prueba con el etilómetro portátil que sería un simple muestreo, luego realizar la prueba con el etilómetro de precisión que no podría ser cuestionada al contrario que la prueba del etilómetro portátil, y después de realizar la prueba con el etilómetro de precisión, puede negarse a realizar una segunda prueba con este mismo aparato que sería la que se considera prueba de contraste sin que se le considere autor de este delito.

Para aclarar esto, en primer lugar, haré referencia a una sentencia del Tribunal Supremo que establece que *“Todos los conductores de vehículos tienen la obligación de someterse a <las pruebas> que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (...) <si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado (...), el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente> (...)* Llegados a este punto, es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello (...) y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del art. 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un

verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal.

Es preciso concluir, por todo lo dicho, que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 380 del Código Penal”³⁶.

Esta sentencia se refiere a un caso en el que el acusado realiza una primera prueba con un etilómetro portátil pero se niega a realizar la segunda prueba en un etilómetro de precisión, por lo que es condenado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico que en el momento de la sentencia estaba tipificado en el antiguo artículo 380 del Código Penal.

En segundo lugar, y en contra de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo, existen sentencias de Audiencias Provinciales que no consideran delito negarse a someterse a la segunda prueba mediante un etilómetro de precisión como es el caso de una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que establece que aunque *“la actual legislación administrativa en la materia establece que las pruebas con aparato etilómetro han de ser dos como mínimo, ello no significa que, practicada la primera prueba con un resultado positivo, si el conductor se niega a la práctica de la posterior prueba, por esta sola negativa incurra en la conducta penada en el artículo 380 del Código Penal. (...) Por ello, el artículo 380 ha de reservarse a aquellos supuestos de absoluta negativa de las pruebas de alcoholemia, no en aquellos otros en que, como es el caso, la oposición es tan solo parcial porque se practica la primera de las pruebas con la plena anuencia del conductor y éste, siendo conocedor del resultado positivo de esta primera prueba, se niega a someterse a la práctica de las posteriores pruebas con lo que simplemente viene a renunciar a las pruebas de contraste”³⁷.*

Por último, hacer mención a una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, en

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, sección 1ª, 1/ 2002, de 22 de marzo, Fundamento de Derecho 3º.

³⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 10ª, 1021/2004, de 20 de octubre, Fundamento de Derecho 2º.

referencia al último criterio que considera que no es delito negarse a someterse a la segunda prueba con etilómetro de precisión, en la que se expresa “*el caso de quien tras arrojar un resultado positivo en una prueba de alcoholemia realizada in situ mediante un etilómetro portátil, no de precisión, no válido por tanto para efectuar las pruebas reglamentadas, es conducido a Comisaría y allí, tras realizar con plena normalidad la primera de las pruebas de alcoholemia a que es invitado, arrojando de nuevo un resultado positivo, se niega a efectuar la segunda que, a modo de contraste o garantía le es ofrecida.*

Ante esta situación de hecho, opta el juez a quo por condenar, entendiendo que esta negativa a la segunda prueba con etilómetro de precisión integra el tipo del art.383 C. Penal, lo que razona acudiendo al criterio establecido en sendas sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de marzo y 15 de abril de 2002, con cita de la conclusión alcanzada por la primera de ellas al señalar que <...hacerlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal>.

El correcto entendimiento de esta cita jurisprudencial o, en todo caso, el examen del precedente en que la misma se basa mediante su íntegra lectura y estudio, nos llevan a descartar este criterio como aplicable al presente caso, por dictarse tal resolución en situación bien distinta a la presente. Así, en el caso al que se acoge el juez a quo, el Tribunal Supremo enjuicia en única instancia la conducta de un aforado que, tras sufrir un accidente conduciendo y presentar ciertos signos de ebriedad, realiza prueba de alcoholemia con etilómetro manual, que arrojó un resultado positivo de un miligramo de alcohol por litro de aire espirado, por lo que se le requirió la práctica de la primera prueba de alcoholemia mediante etilómetro infrarrojo de precisión, a lo que se negó; suponiendo esto la diferencia con el caso que nos ocupa, en que sí realiza esta prueba el recurrente, quien sólo posteriormente se negó a realizar la segunda prueba con el etilómetro oficial, que hubiera sido la tercera por él practicado. Consecuentemente en nuestro caso no cabe hablar de ese fraude legal por la posibilidad de cuestionar la

prueba realizada mediante un aparato de muestreo, que no cumple las exigencias reglamentarias, y que justificaba la conclusión alcanzada en aquél caso por el Alto Tribunal, conclusión que en consecuencia, no cabe trasladar sin más a nuestro caso.

Lo que se nos viene a plantear ahora es si quien ha aceptado el requerimiento de la autoridad y realizado la primera prueba de alcoholemia y posteriormente se niega a efectuar la segunda prueba, comete el delito de desobediencia tipificado actualmente en el art. 383 C. Penal y que castiga al conductor que requerido por agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcohol y la presencia de drogas tóxicas a que se refieren los artículos anteriores. Es, pues, una norma penal en blanco a integrar con el concepto de conductor (<la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo>) del art. 1 del Anexo del RD Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial; con el art. 21 del Reglamento General de Circulación, que establece los supuestos en que los agentes de la autoridad podrán someter a las pruebas dichas a los conductores, y el art. 23 de dicho Reglamento, que regula el modo de realizar las pruebas, estableciendo que si la primera prueba diere un resultado positivo, o aun sin alcanzar esos límites presentara la persona examinada síntomas evidentes de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para mayor garantía y a efecto de contraste, a una segunda prueba mediante un procedimiento similar al que sirvió para realizar la primera.

Ya entendió esta Sala en su sentencia de 1 de diciembre de 2011, que esta normativa configura la segunda prueba, de contraste, como un derecho del acusado, <...quien podrá interesar que este contraste se realice mediante análisis, de manera que la negativa a realizar este contraste ha de ser interpretada como la aceptación por parte del conductor de los resultados de la primera prueba y en consecuencia, la renuncia a dicha prueba de contraste, lo que no puede interpretarse como una negativa a la realización de las pruebas para la determinación de la tasa, pues las mismas han sido realizadas si bien, sin necesidad de prueba de contraste por renuncia u oposición del conductor, con las consecuencias que para él pueda suponer tal comportamiento en orden a la imposibilidad de discutir después los resultados de la prueba que no quiso

contrastar con una segunda prueba o con análisis>.

Como señala la Audiencia de Zaragoza, sección 3ª, SAP 7-12-2004: <Por tanto, al ser la segunda prueba una medida que en nada perjudica a terceros y estar pensada exclusivamente en beneficio del sujeto activo, hay que considerar que es renunciable por aquél y que su negativa, no constituye delito de desobediencia al faltar el ánimo de lesionar el mandato de la Autoridad o sus agentes o el buen funcionamiento de las Instituciones, que es el bien jurídicamente protegido>.

Seguimos con ello el criterio de numerosas secciones de diversas audiencias provinciales, aun conociendo la contraria postura de otras tantas, incluso de esta misma Audiencia Provincial de Madrid (sección 23ª, SAP 16-9-2009), y así sostienen la irrelevancia penal de la negativa a realizar la segunda prueba de contraste la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 7ª, SAP 18-2-1999; 22-10-2009; Sección 8ª, SSAP 22-11-02, 28-3-2006; y Sección 3ª SAP 4-1-2010; la Audiencia de Zaragoza, S 1º, SAP 18-3-2009; S 3ª 7-12-2004, la de Zamora, SAP 25-4-2006; Girona, S 3ª, 16-10-2009; y Lleida, S 1ª, 14-2-2011.

Consecuentemente el motivo de recurso va a ser acogido”³⁸

d) Solicitud directa de análisis de sangre.

La prueba para la detección de alcohol en sangre según el artículo 22 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, no está prevista por si sola como la prueba que se debe realizar para la comprobación de la presencia de alcohol en el organismo ya que este artículo establece que “*se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrá consistir en análisis de sangre (...)*”, de lo que se extrae que con anterioridad a la petición de un análisis de sangre, el conductor debe haber realizado otra prueba, ya sea mediante etilómetro portátil o mediante etilómetro de precisión, por lo que basándose en

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29ª, 103/2012, de 15 de marzo, Fundamento de Derecho 2º.

este criterio se podría decir que exigir directamente el análisis de sangre podría conllevar la realización del tipo del artículo 383 del Código Penal, aunque en este caso, la jurisprudencia no es unánime y existen sentencias que consideran que no realiza el tipo y otras sentencias que al contrario si que entienden que realiza el tipo de dicho artículo.

A modo de ejemplo, citaré una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que se pronuncia en sentido absolutorio entendiendo que *“debe ahondarse también en la remisión normativa que efectúa el art. 380 CP <a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior>. Se considere o no que esa remisión otorga al artículo el carácter de norma penal en blanco lo cierto es que resulta forzosa la referencia a las particularidades que disciplinan en la de seguridad vial la detección alcohólica. El art. 12.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial establece que <todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos>. En igual sentido, como no podía ser de otra forma en función del principio de jerarquía normativa, el art. 22 de Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación, para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, en la redacción resultante de la reforma por Real Decreto 1333/1994, de 20 de junio establece que <las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación*

alcohólica de los interesados>, instrumentos que se concretaría en la Orden Ministerial de 27 de julio de 1994.

Destaca en la literalidad de los preceptos transcritos el adverbio de modo <normalmente>, esto es, de manera normal o proceder general, distinto en todo caso en su sentido semántico a <exclusivamente>; pero en lo que aquí interesa debe significarse que aquellos medios que se tienen como de contraste no sólo puede predicarse de ellos su fiabilidad a tenor de la función que tienen encomendada sino que constituyen en sí verdaderos medios de detección alcohólica.

Trasladando todo ello al supuesto llegado a esta instancia y poniendo acento en que el delito descrito en el art. 380 CP es de ocultación o solapamiento del de conducción etílica mal puede entenderse que se contraría la norma cuando el sujeto es sometido a una prueba de detección alcohólica que, además, es de las contempladas en las normas de seguridad vial.”³⁹

Al contrario, y a modo de ejemplo, en sentido condenatorio se pronuncia una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona expresando que “*al no haberse aceptado por el acusado la comisión del delito de conducir un vehículo de motor bajo los efectos del alcohol, resultaba procedente y necesaria la práctica de la prueba alcoholimétrica requerida por la policía, de tal modo y manera que la injustificable negativa de D. José Pedro a atender tal requerimiento integra el tipo delictivo del art. 380 del vigente CP. y que, frente al alegato del acusado relativo a que no se negó a la práctica de la prueba alcoholimétrica que se le solicitaba, sino que interesó la sustitución de la misma por un análisis sanguíneo, debemos reseñar que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la exigibilidad de llevar a cabo una prueba independiente de análisis de sangre cuando los resultados del etilómetro han resultado fallidos por la exclusiva voluntad del requerido, en el sentido de que a los agentes no les es exigible ofrecer al acusado la prueba independiente de análisis de sangre, orina o cualquier otro, incluso aunque el mismo les fuera solicitado directamente por el propio condenado. Efectivamente, el art. 22.1 primer párrafo del Reglamento General de*

³⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 10ª, 194/2001, de 3 de mayo, Fundamento de Derecho 4º.

Circulación establece que <las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire expirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados>. Por lo tanto la norma general para la realización de pruebas de alcoholemia no es la de practicar, de entre todas las posibles, aquella que el requerido elija por si mismo o decidan los agentes, sino que la misma será la de expirar a través de un aparato medidor; únicamente, en los supuestos de anormalidad, como por ejemplo en el caso de que el afectado padezca de una enfermedad respiratoria que le impida practicar la prueba con las garantías exigibles o en el de que se comprueben <in situ> evidentes defectos en el aparato como el arrojar resultados incompatibles o no dar evidencia alguna pese a la disposición del acusado, podrán los agentes practicar otro tipo de pruebas.”⁴⁰

e) Condicionar la ejecución de la prueba de alcoholemia a la presencia de letrado.

En este punto no existe discusión por parte de la jurisprudencia puesto que sí que se considera que realiza el tipo este condicionamiento ya que no es necesaria la presencia de un abogado para realizar las pruebas y esperar a la llegada de éste lo único que podría producir es un cambio en el resultado de las pruebas debido al tiempo transcurrido.

En este sentido, a modo de ejemplo haré alusión a una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que entendió que “ *ninguna vulneración se produjo de su derecho de defensa y asistencia letrada, sin que exista ninguna disposición legal que exija la presencia letrada para la práctica de una prueba de alcoholemia, lo cual sería además contrario a su propia finalidad y esencia, toda vez que ello permitiría dilatar su práctica y en muchos casos facilitar o incluso conseguir de esta forma, la desaparición de los efímeros efectos del alcohol en el organismo, ofreciendo de esta manera unos resultados de escasa o nula fiabilidad. (...)*

Por otra parte, la negativa del conductor a someterse a la prueba de

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 3ª, 794/2002, de 6 de noviembre, Fundamento de Derecho 1º.

alcoholemia, y por tanto, su participación en un delito de desobediencia del artículo 383 del Código Penal, no queda desvirtuada por el pretexto de condicionar su práctica a la presencia de un Letrado, por cuanto que, como hemos señalado y es doctrina constitucional consolidada (STC 19/9/94 y 7/10/85), la práctica de la prueba de alcoholemia no requiere de la presencia del abogado del conductor requerido.”⁴¹

5. Relación entre el artículo 383 y el artículo 379 del Código Penal

En la propia redacción del artículo 383 aparece relacionado con el artículo 379.2: *“El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”,* y en muchas ocasiones se dan ambos de forma simultánea.

Esta situación nos aproxima al concepto de concurso. En el Código Penal encontramos regulados tres tipos de concurso:

- a) Concurso real o concurso de delitos: cuando dos o más hechos dan lugar a dos o más infracciones, la consecuencia penológica es la imposición de la pena correspondiente a cada infracción (artículo 73 del Código Penal).
- b) Concurso medial: una infracción es medio necesario para cometer otra.
- c) Concurso ideal o concurso de normas: la ilicitud de las conductas realizadas resulta abarcada por la totalidad de una de las infracciones. En este caso es de aplicación el artículo 8 del Código Penal que establece:

“1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 1ª, 430/2009, de 19 de octubre, Fundamento de Derecho 2º.

3. *El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.*

4. *En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.”*

En el caso de los delitos de negativa al sometimiento al test de alcoholemia y el de conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas, si consideramos que se da un concurso de delitos se aplicará la pena correspondiente a cada uno de ellos: pena de prisión de tres a seis meses, la de multa de seis a doce meses o la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días por conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas y penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años por la negativa al sometimiento al test de alcoholemia o drogas. Sin embargo, en caso de considerar que nos encontramos ante un concurso de normas se aplicarían sólo las penas del art. 383 puesto que es el precepto penal que contempla la pena más grave.

En este punto, como en casi todo lo referente a este delito, no hay una posición unánime. La circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado aboga por la consideración de que se trata de un concurso real o de delitos.

“Tras la LO 15/2007 han crecido en la jurisprudencia de Audiencias las opiniones favorables al concurso de normas con el argumento de la desaparición de la referencia al art. 556 CP contenida en el texto anterior.

No obstante subsisten argumentaciones más precisas favorables al concurso real. En efecto, la remisión al art. 556 CP era meramente penológica sin que nada dijera de la relación entre los dos tipos. La situación ahora es que desaparece no la relación o conexión entre ellos sino el régimen punitivo que se estructura con autonomía, con establecimiento de pena propia.”

También encontramos en la jurisprudencia, como veremos a continuación, interpretaciones en uno y otro sentido, si bien es mayoritaria la que se decanta por el

concurso de delitos⁴². Los argumentos utilizados por esta corriente podríamos resumirlos en:

- El bien jurídico protegido es distinto en uno y otro delito. En el delito de conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas sería la seguridad vial y en el de negativa al sometimiento a las pruebas de alcoholemia el de desobediencia, aunque haya desaparecido la referencia del antiguo art. 380 como delito de desobediencia.

*“la desaparición de la antigua remisión del artículo 383 del CP al delito de desobediencia del artículo 556 del CP , dado que únicamente se refería a la pena a imponer y no al contenido descriptivo del precepto, no cambia su naturaleza de delito pluriofensivo comprensivo de un ataque al principio de autoridad y a la seguridad del tráfico, como de su tenor literal se infiere directamente. (En el mismo sentido de técnica legislativa ver artículo 294 del Código penal)”.*⁴³

- La estructura de ambos delitos es completamente distinta. En el delito del art 379 se trata de la conducta de conducir, mientras que en el caso del art. 383 la conducción ya ha cesado y es una negativa a un requerimiento efectuado por un agente de la autoridad y ambas conductas tienen lugar en momentos temporales distintos.

“la estructura de uno y otro delito son diferentes, comenzando por la acción que integra una y otra conducta, pues en el delito del artículo 379 estamos ante una acción como es la de conducir, mientras que en el segundo es una conducta completamente distinta, la conducción ya ha cesado, y es una negativa a un requerimiento legítimo efectuado por un agente de la autoridad. Y además, ambas acciones o hechos tienen lugar en momentos temporales distintos, que en ocasiones tienen lugar en un lapso de tiempo importante, para lo que no podemos llegar a la conclusión de que estemos ante un mismo supuesto de hecho, sino ante hechos distintos, de distinta estructura, que

⁴² S.A.P. Madrid (sección 17ª) num. 104/2010 de 24/12/2010. S.A.P. Albacete (sección 3ª) num. 282/2010 de 03/11/2010. S.A.P. Pontevedra (sección 2ª) num.59/2010 de 16/04/2010 entre otras.

⁴³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 2ª) núm. 784/2014 de 16 septiembre

vulneran principios distintos y que se desarrolla en tiempos distintos, y hasta distantes, por lo que hemos de mantener el criterio de que estamos ante un concurso real”⁴⁴

- El concurso de normas regulado en el artículo 8 del Código penal demanda que existan dos hechos susceptibles de ser castigados con arreglo a dos o más preceptos del Código, y es evidente que el hecho de la conducción no puede castigarse con el artículo 383 CP , ni el hecho de la negativa con el artículo 379.2, e igualmente puede absolverse por la conducción y condenarse por la negativa.

Frente a esta interpretación está la que estima que se trata de un concurso de normas⁴⁵ y no de delitos, basándose en los siguientes argumentos:

- El bien jurídico protegido por ambos delitos es el de la seguridad vial y la punición por ambos atendería al principio de non bis in idem.
- La nueva redacción del art. 383 pierde el calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser “autónomamente castigado” el cual implementa penas superiores a las del art. 379 y también a las del art. 556 al que se remitía el anterior art. 380.
- La negativa al sometimiento a la prueba no supone un nuevo peligro para la seguridad del tráfico ya que esta se habría producido con anterioridad. El propio art. 383 describe el tipo exigiendo que la negativa se produzca “*para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior*”⁴⁶

Es significativo el caso de la Audiencia Provincial de Valencia que en los acuerdos adoptados por los magistrados de las secciones penales de la Audiencia Provincial de Valencia en la Junta para la unificación de criterios celebrada el 25 de octubre de 2010, en su apartado 6 dice: “*La condena por delito contra la seguridad del tráfico sobre acusación por doble delito al amparo de los arts. 379.2 y 383 del Código Penal, determinará la imposición solamente de las penas señaladas en el segundo de los preceptos citados*”. Sin embargo en la Junta de 16 de junio de 2014. acuerda: “*El autor*

⁴⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears número 94/2016 de 23/06/2016

⁴⁵ S.A.P. Ourense (sección 2ª) num 22/2011 de 24/01/2011. S.A.P. A Coruña (sección 6ª) num 104/2010 de 29/12/2010. S.A.P. Las Palmas (sección 6ª) num 81/2010 de 06/04/2010. entre otras.

⁴⁶ S.A.P. de La Coruña 207/2016 de 07/04/2016

de la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otras drogas, que requerido por los agentes de la autoridad se niegue a la práctica de la prueba de comprobación de la tasa de alcohol o de la presencia de las drogas, será castigado como autor del delito previsto en el art. 379.2 del C.P. Y como autor del delito del art. 383 CP., con la imposición de las penas correspondientes a cada uno de ellos”.

6. ¿Ilícito penal o administrativo?

El art. 77 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece que son infracciones muy graves: Incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos, y de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de tráfico o hayan cometido una infracción, de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo. Mientras que el art. 383 CP sanciona con penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años al *“conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”*.

La única diferencia que se observa consiste en que administrativamente son susceptibles de ser sancionados tanto los conductores de vehículos como los demás usuarios de la vía implicados en un accidente de circulación. No obstante si la negativa a someterse a las pruebas proviene del conductor no existe ningún elemento en los preceptos señalados que nos permita diferenciar entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Ha sido la Jurisprudencia la encargada de esta delimitación siendo la sentencia 3/1999, de 9 de diciembre del Tribunal Supremo la que estableció los criterios de distinción que se consolidó en pronunciamientos judiciales posteriores.

En función de lo establecido en el artículo 21 del Reglamento General de Circulación

donde se concretan los casos en los que existe la obligación de someterse a las pruebas:

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

b) quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

c) los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento.

d) los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.”

Partiendo de la relación del artículo 380 (actual 383) con el artículo 379 del Código Penal, dado que las pruebas establecidas son para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, es decir, para la comprobación de la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, establece el Tribunal Supremo que para fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa se pueden utilizar los siguientes criterios orientativos:

1. La negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos de los números 1 y 2 del artículo 21 del Reglamento General de Circulación debe incardinarse dentro del tipo penal del artículo 380 CP.

2. La negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del citado precepto precisa la siguiente distinción: si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del artículo 380 CP, sin embargo cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa no rebasa los límites de la sanción administrativa.

Por tanto para sancionar penalmente la negativa se requiere que el sujeto haya sido requerido para someterse a la prueba apreciándose en él signos externos de haber conducido bajo los efectos del alcohol o las drogas.

Tras la reforma de 2007, las modificaciones en el artículo 383 CP han dado lugar a que la doctrina y la jurisprudencia se cuestionen si es posible mantener la misma interpretación. El anterior artículo 380 CP establecía la pena para la negativa a las pruebas establecidas *“para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”*. Sin embargo en el actual artículo 383 CP sanciona la negativa *“para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”*. Este cambio parece que sanciona como delito todos los casos en que el conductor se niegue a la prueba, aunque lo haga sin ninguna sintomatología de consumo de alcohol o drogas.

No obstante esta posible interpretación, *“es necesario llevar a cabo una interpretación restrictiva del precepto que le otorgue un ámbito de aplicación diferenciado respecto de la infracción administrativa, so pena de que esta quede vacía de contenido. Es por eso que la inmensa mayoría de la doctrina, pese a indicar las señaladas dificultades, coincide en afirmar la necesidad de exigir también ahora para aplicar el delito del artículo 383 que el sujeto, al ser requerido para realizar la prueba en alguno de los supuestos en los que se encuentra obligado a ello (art. 21 Reglamento General de Circulación), presente indicios de una conducción influenciada”*.⁴⁷

La jurisprudencia también opta mayoritariamente por establecer la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo en función de que existan indicios de haber conducido bajo los efectos del alcohol o las drogas. Así por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 8ª, 98/2016 de 8 de julio, establece que: *“Siguiendo la doctrina de casación plasmada en la STS de 9 de diciembre de 1999 (primera en que tuvo ocasión de pronunciarse nuestro más Alto Tribunal acerca del delito de constante referencia), de seguirse una interpretación meramente literal del precepto contenido en el art. 383 CP, sería de apreciar el injusto en la estricta, llana y terminante negativa a llevar a cabo las pruebas de detección, sean de la índole que fueren, de entre las contempladas en la disciplina vial. De aceptarse tal vía hermenéutica se olvidaría que la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la seguridad del tráfico no puede sino otorgarle una dualidad de bienes jurídicos protegidos, la preeminente*

⁴⁷ ALASTUEY DOBÓN, C. y ESCUCHURI AISA, E.: Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial. Estudios penales y criminológicos vol XXXI (2011).

seguridad vial pero también el entorpecimiento de funciones públicas, dualidad si se quiere diluida tras la reforma por L.O. 15/2010 que hizo desaparecer la mención a la desobediencia.

En su momento, se expresó por el Tribunal Constitucional en la STC nº 161/1997, de 2 de octubre ("no cabe duda de que la protección de la seguridad del tráfico rodado forma parte de las finalidades del art. 380 CP ") y la referencia a "los artículos anteriores" no puede ser más ilustrativa a los efectos de reforzar este planteamiento.

“Por todo ello que sea necesario establecer previamente, aún cuando fuere de forma indiciaria, que el delito de conducción bajo la influencia de cualesquiera de las sustancias de referencia (aquí drogas, estupefacientes o psicótopos) se ha producido para que la conducta de rehusar las pruebas de comprobación tenga una inicial relevancia jurídico-penal. De esto último se desprende que la negativa que sanciona el art. 383 CP (aquí coincidente con lo predicable del anterior art. 380) lo es de encubrimiento de la existencia de un delito contra la seguridad vial precedente, con lo que, en consecuencia, no quedarían sin contenido práctico las normas administrativas que disciplinan la sanción al conductor que se niega a someterse a las pruebas de comprobación de drogas (que es el concreto supuesto de autos), puesto que aquellas serían las aplicables cuando no exista constatación del injusto previsto y penado en el art. 379 CP (tenidas como "infracciones muy graves, conforme se prevé en el artículo 65.5.a) y b) del texto articulado", según establecía el art. 28.2 del entonces vigente Reglamento General de Circulación aprobado por Real Decreto 1428/2003 de 21 de noviembre).

Volviendo a la doctrina que ha sentado el Tribunal Supremo, obviamente escasa por razón de su competencia objetiva, destacaba la antes citada STS de 9 de diciembre de 1999 (que junto a las posteriores STS de 22 de marzo de 2002 y, tangencialmente, STS de 15 de septiembre de 2006 conformarían el cuerpo de jurisprudencia) se señalaba que "la dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación , debe incardinarse dentro del tipo penal del art.

380 del Código Penal . b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: b.1) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal .b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa (arts. 65.5.2.b) y 67.1”.

7. Conclusión

En las últimas décadas del siglo XX se generó una gran alarma social por el elevado número de accidentes y víctimas en las carreteras. Para dar solución a este problema, el legislador utilizó el Derecho Penal con la inclusión de nuevos delitos y el incremento de las penas de otros delitos relacionados con la seguridad vial. Con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 se introduce por primera vez el delito de negativa al sometimiento al test de alcoholemia y drogas en el artículo 380 de la redacción original, que hasta entonces era contemplado como una infracción administrativa.

Aunque desde su tramitación parlamentaria, éste delito resultó controvertido puesto que se presentaron distintas enmiendas y cuestiones de inconstitucionalidad contra él.

Posteriormente, con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2007, se cambia la redacción de este delito y pasa a estar regulado en el artículo 383, desapareciendo la remisión al delito de desobediencia del artículo 586, aunque, gran parte de la doctrina y la jurisprudencia sigue considerando la conducta de negarse al sometimiento de las pruebas para la detección de alcohol y drogas como un delito pluriofensivo al considerar que pone en peligro tanto la seguridad vial como el principio de autoridad.

En mi opinión, aunque el delito se encuentra regulado en el Título XVII bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad vial”, el bien jurídico protegido, no puede ser otro que el principio de autoridad, puesto que, la pena impuesta es la misma que para el

delito de desobediencia y, por otra parte, la conducta de negarse al sometimiento a las pruebas de alcohol y drogas no supone poner en riesgo la seguridad vial y en mi opinión, esta circunstancia es un claro exponente del populismo punitivo y de la expansión del Derecho Penal bajo el pretexto de la protección de la seguridad vial puesto que se da cabida a un delito que podría considerarse como un delito de desobediencia a la autoridad.

No quiere ello decir que se trivialice la conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas pero considero que la conducta de negarse a someterse a dichas pruebas, en si misma, no supone poner en peligro ningún bien jurídico y la administración dispone de vías alternativas para conseguir estos fines sin recurrir al derecho penal, como ejemplo, se podría proceder a la inmovilización del vehículo, la retirada del permiso de conducir o una multa, entre otras.

Por otro lado, en estrecha relación con el bien jurídico protegido se encuentra la cuestión del concurso entre el artículo 383 y el artículo 379 del Código Penal puesto que si se defiende la tesis de que la seguridad vial es el bien jurídico protegido, difícilmente se puede justificar el concurso de delitos puesto que, en caso de acredite conducción influenciada por el consumo de alcohol o drogas y negativa al sometimiento a las pruebas para su detección, sólo se pondría en riesgo la seguridad vial y por lo tanto, el delito con mayor sanción absorbería al otro. Sin embargo, como hemos visto en el punto del trabajo dedicado a esta cuestión, hay interpretaciones jurisprudenciales en los dos sentidos, pero desde mi punto de vista, la seguridad vial sólo se pone en riesgo por la conducción bajo los efectos de alcohol y drogas, y en el caso de negativa al sometimiento a las pruebas, existiría un concurso de leyes.

No parece ajustarse al principio de proporcionalidad el que la pena por la negativa sea superior a la que se impone por poner en riesgo el bien jurídico de la seguridad vial e indirectamente la vida y la salud de las personas mediante la conducción bajo los efectos de alcohol o drogas, aunque en contra de mi punto de vista, el Tribunal Constitucional se expreso en sentido de que el legislador puede imponer las sanciones que estime convenientes para cada delito.

Por otro lado, resulta paradójica la disparidad de criterios jurisprudenciales al aplicar a cada caso concreto el concurso, hasta tal punto que en una misma Audiencia como es el caso de la Audiencia Provincial de Valencia, en el año 2010 se adopta el criterio del concurso de leyes y se sanciona sólo por el delito de negativa al sometimiento a las pruebas para la detección de alcohol y drogas, y en 2014, se adopta el criterio contrario por esta misma Audiencia, considerándolo concurso de delitos y se sanciona con la pena de cada uno de los delitos con la atenuante de embriaguez.

Y por último, en lo referente a la frontera entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, existe un mayor consenso, aunque no unanimidad, puesto que la postura mayoritaria es la que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia 3/1999 que considera que son ilícitos penales los supuestos de los apartados 1 y 2 e ilícitos administrativos los apartados 3 y 4 del artículo 22 del Reglamento General de Circulación.

8. Bibliografía

Anuario estadístico 2015 de la DGT.

ALASTUEY DOBÓN, C. y ESCUCHURI AISA, E. *“Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial. Estudios penales y criminológicos vol. XXXI (2011).”*

CARDENAL MONTRAVETA, S. *“De los delitos contra la seguridad vial”, en Comentarios al Código Penal, reforma LO 15/2007, Corcoy Bidasolo/Mir Puig (dirs), Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, 2011.*

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. *Derecho Penal de la circulación.* Barcelona. 2006.

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

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2005.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D. *El bien o bienes jurídicos protegidos de los artículos 379.2 (inciso primero) y 383 del código penal.* Revista General de Derecho Penal 25 (2016).

GARCÍA ALBERO, R. *La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2007.

GÓMEZ PAVÓN, P. *Delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Editorial Bosch. 2010.

Jueces para la democracia . Jornadas Juzgados de pueblo, Pontevedra.

MAGALDI PATERNOSTRO, M. J. “*derecho penal y seguridad vial*”, *el tipo del artículo 380 del código penal: una propuesta interpretativa*. Estudios de derecho judicial. N.º 114, 2007

MARTÍNEZ RUIZ, J. *Protección para la seguridad vial*, Miguel Olmedo Cardenete y Carlos Aránguez Sánchez (editores). Editorial Alea Blanca. 2010

MIRÓ LLINARES, F. *El “moderno” derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2009.

Observatori del sistema penal i els drets humans. Universitat de Barcelona. 2005. *El populisme punitiu Anàlisi de les reformes i contra-reformes del Sistema Penal a Espanya (1995-2005)*.

SÁNCHEZ MORENO, J. “*Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*”. Editorial Bosch. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. “*La expansión del derecho penal*” *aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas. 2001.

Jurisprudencia

STC 161/1997, de 2 de octubre

STC 234/1997, de 18 de diciembre

SAP de Jaen, sec 2ª, 171/1997, de 19 de diciembre

SAP de Huesca, sec 1ª, 120/1998, de 29 de julio

SAP de Alicante, sec 3ª, 603/1998, de 13 de octubre

SAP de Granada, sec 1ª, 280/2000, de 3 de mayo

SAP de Barcelona, sec 10ª, 194/2001, de 3 de mayo

STS sec 1ª, 1/2002, de 22 de marzo

SAP de Girona, sec 3ª, 794/2002, de 6 de noviembre

SAP de Barcelona, sec 10ª, 1021/2004, de 20 de octubre
SAP Islas Baleares, sec 1ª, 171/2006, de 14 de septiembre
SAP de Valencia, sec 3ª, 274/2008, de 9 de mayo
SAP de Madrid, sec 26ª, 832/2008, de 16 de diciembre
SAP de A coruña, sec 6ª, 33/2009, de 31 de mayo
SAP de Barcelona, sec 10ª, 780/2009, de 20 de julio
SAP de Madrid, sec 23, 1089/2009, de 16 de septiembre
SAP de Madrid, sec 1ª, 430/2009, de 19 de octubre
SAP de Las Palmas,sec 6ª, 81/2010, de 6 de abril
SAP de Pontevedra, sec 2ª 59/2010 de 16 de abril
SAP de Albacete, sec 3ª, 282/2010 de 3 de noviembre
SAP de Madrid, sec 17ª, 104/2010, de 24 de diciembre
SAP de A Coruña, sec 6ª, 104/2010 de 29 de diciembre
SAP de Ourense, sec 2ª, 22/2011, de 24 de enero
SAP de Las Palmas, sec 1ª, 120/2011, de 29 de mayo
SAP de Madrid, sec 29ª, 103/2012, de 15 de marzo
SAP de Barcelona sec.10ª, 515/2013 de 3 de junio
SAP de Burgos sec 1ª, 21/2014, de 15 de enero
SAP de Valencia, sec 4ª, 45/2014, de 23 de enero
SAP de Valencia, sec 2ª, 784/2014, de 16 de septiembre
SAP de Albacete, sec 1ª, 330/2014,de 7 de octubre
SAP de Barcelona sec 10ª, 631/2015, de 20 de junio
SAP de Madrid, sec. 17ª, 597/2015 de 4 de septiembre
SAP de A Coruña, 207/2016 de 7 de abril
SAP Illes Balears, 94/2016 de 23 de junio