



Universitat de Barcelona

MÁSTER DIRECCIÓN ESTRATÉGICA DE SEGURIDAD Y
POLICÍA.

**APROXIMACIÓN TEÓRICA Y A LA
PRÁCTICA POLICIAL EN 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 O PSICOTRÓPICAS.**

Proyecto: Trabajo Final de Máster.
Autor: Ricard Gómez Condo.
Tutora: Dra. Silvia Fernández Bautista.
Curso: 2014-2015.

ÍNDICE TFM

CUESTIONES PRELIMINARES

1. Motivación y objetivos 1
2. Metodología 2

PARTE I

APROXIMACIÓN TEÓRICA AL 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 O PSICOTRÓPICAS.

CAPÍTULO I

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y NATURALEZA JURÍDICA

1. Bien jurídico protegido.
 - 1.1. Cuestiones de política criminal 3
 - 1.2. Dualidad del bien jurídico protegido 9
 - 1.2.1. Delito como desobediencia.
 - 1.2.2. Delito contra la seguridad vial.
2. Naturaleza jurídica 15
 - 2.1. Los delitos de peligro
 - 2.1.1. Delitos de peligro concreto 16
 - 2.1.2. Delitos de peligro abstracto 17
 - 2.2. La negativa como delito de peligro abstracto 17

CAPÍTULO II

SUJETOS OBLIGADOS A SOMETERSE A LAS PRUEBAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS.

1. Regulación administrativa 19
2. Sujeto activo del delito 21
 - 2.1 Concepto de conductor 21
 - 2.2 Concepto de Conducción 23
 - 2.3 Concepto de vehículo a motor o ciclomotor 26
 - 2.4 Concepto de vía pública a efectos de comisión del delito 28
3. Conclusiones provisionales 31

CAPÍTULO III

CONDUCTA TÍPICA

1. Requerimiento por parte de un agente de la autoridad 32
2. Negativa a realizar las pruebas de detección de alcohol y drogas 37
 - 2.1 Negativa clara e inequívoca 39
 - 2.2 Realizar las pruebas de forma incorrecta deliberadamente 39
 - 2.3 Negativa a realizar la segunda prueba 40
 - 2.4 Solicitud directa del análisis de sangre 42
 - 2.5 No realizar la prueba hasta la presencia de letrado 45
3. Conclusiones provisionales 45

CAPÍTULO IV

RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE NEGATIVA (ART. 383 CP) Y CONDUCIR BAJOS LOS EFECTOS DEL ALCOHOL O DROGAS (ART.379.2 CP)

1. Concurso ideal	48
2. Concurso real.....	49
3. Concurso de leyes.....	50
4. Posición del Ministerio Fiscal	52
5. Posición de los Tribunales	53
6. Modus Operandi policial	55

CAPÍTULO V

DIFERENCIA ENTRE EL ILÍCITO PENAL Y EL ADMINISTRATIVO.

1. Regulación anterior al año 2007	58
2. Regulación posterior al año 2007	61
3. Conclusiones provisionales	66

PARTE II

APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA POLICIAL EN 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 O PSICOTRÓPICAS.

CAPÍTULO VI

MODUS OPERANDI EN LAS INTERVENCIONES POLICIALES.

1. Obligatoriedad a los miembros de la PG-ME de realizar las pruebas	68
2. Práctica policial de las pruebas	70
3. Imputación del delito 383 CP por la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.....	71
4. Imputación del delito 383 CP por la negativa a someterse a las pruebas de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas.....	73
5. Sanción administrativa por negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas	74
6. Conclusiones provisionales.....	75

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES FINALES Y TOMA DE POSTURA

Conclusiones finales y toma de postura	77
--	----

BIBLIOGRAFÍA

- Doctrina.....	83
- Jurisprudencia	85
- Legislación	88
- Instrucciones	89

ANEXOS

CUESTIONES PRELIMINARES.

1. MOTIVACIÓN Y OBJETIVOS.

Después de pasar cinco años por la facultad de derecho y, posteriormente, ingresar en el cuerpo autonómico de Policía Mossos d'Esquadra, me di cuenta que en ocasiones existe una gran distancia entre aquello estudiado y la práctica del día a día.

En realidad, los estudios jurídicos cursados en la licenciatura de derecho son complementarios y esenciales para una buena práctica policial, pues los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad únicamente pueden realizar sus actuaciones dentro de los límites estipulados en el ordenamiento jurídico.

Así, la razón esencial de haber escogido este tipo delictivo, es porque permite realizar un estudio desde los dos prismas de los que formo parte: el de jurista y el de policía.

Otra de las razones que me han llevado a realizar este trabajo, es que el delito de negativa ha sido un precepto doctrinalmente controvertido, a la vez que de reciente aplicación en el campo policial (año 2007). Estos dos hechos me han suscitado interés en cuanto a casos controvertidos y como han sido solucionados por nuestros Tribunales.

Además, hay que tener en cuenta que el delito de negativa ya estaba contemplado desde el año 1995 en nuestro CP. El hecho de que se haya cambiado su contenido en el año 2007 ha creado un nuevo escenario de debate a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Otro aspecto que me inquietaba era saber de qué manera la Policía aplicaba el artículo 383 CP; su corta vida ha hecho que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad se hayan debido de adaptar a las resoluciones judiciales que han ido aconteciendo.

En cuanto a los objetivos de este trabajo se resumen a continuación:

- 1.- Realizar una aproximación al contexto de la reforma de la Ley 15/2007, en aras de ver cuál es la tendencia de nuestra política criminal en los delitos contra la seguridad vial.
- 2.- Hacer un estudio teórico del tipo, a fin y efecto de conocer su sentido, su ámbito de aplicación y sus consecuencias en los conductores.

- 3.- Analizar cuál es el modus operandi de la PG-ME en el delito de negativa. Analizar los casos controvertidos así como la tramitación del atestado policial.
- 4.- Después del estudio teórico, analizar las cuestiones de la práctica propias del delito de negativa, para poder obtener una visión comparada.
- 5.- Examinar las diferentes corrientes jurisprudenciales acerca de los aspectos controvertidos del tipo.
- 6.- Ver si la visión policial en cuanto al delito de negativa, corresponde plenamente con la visión judicial.
- 7.- Llegar a tener una visión crítica sobre aquellos aspectos mejorables del tipo.

2. METODOLOGÍA.

La metodología ha sido la habitual en un estudio jurídico. En primer lugar se ha realizado un análisis de todas y cada una de las cuestiones teóricas acerca del tipo, mediante la bibliografía básica debidamente citada.

Es inevitable en este tipo de estudios realizar una aproximación a los aspectos de parte general; conocer los principios rectores de nuestro Derecho Penal nos permite ganar perspectiva intelectual, así como aumentar nuestra capacidad crítica del precepto estudiado.

En segundo lugar ha resultado imprescindible realizar un análisis jurisprudencial del delito de negativa; han sido los tribunales los que han ido resolviendo los casos controvertidos y con ello, estableciendo determinadas formas de interpretación del tipo.

Una dificultad añadida de este estudio es que la jurisprudencia más abundante es la de las Audiencias Provinciales; ello ha originado que el trabajo haya tenido que pivotar sobre esta jurisprudencia menor, la cual da interpretaciones distintas para casos muy similares. Este hecho ha obligado a realizar un extenso análisis de las diferentes posiciones jurisprudenciales que existe en nuestro País.

Para el aprendizaje acerca de cuál es la práctica policial, se ha acudido al Procedimiento Normalizado de Trabajo de la PG-ME. Esta instrucción interna es vinculante en la actuación de todos los agentes de los Mossos d'Esquadra, con lo que ha sido éste el instrumento que ha permitido saber cuál es el modus operandi policial.

CAPÍTULO I

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y NATURALEZA JURÍDICA

1.1 CUESTIONES DE POLÍTICA CRIMINAL.

Debe entenderse la política criminal como aquellas medidas realizadas por los órganos de gobierno, que tienen como misión combatir la criminalidad y reducir los niveles de delincuencia en un determinado país. Estas decisiones están condicionadas por múltiples factores y criterios de oportunidad, lo cual explica las grandes oscilaciones legales que han acontecido en los últimos años.

Por ello el objetivo en este punto es dual: por un lado analizar el gran cambio que se ha producido en la sociedad en cuanto al tráfico rodado se refiere y, en segundo lugar, examinar cual ha sido la evolución legislativa que ha acompañado a esa gran transformación que ha sufrido nuestra sociedad.

Uno de los motivos que ha contribuido al gran cambio de las sociedades modernas es, sin duda, la evolución en las comunicaciones y en particular del tráfico viario. En las últimas décadas se ha producido un aumento exponencial de todo lo relacionado con la circulación de vehículos, que va desde un creciente e imparable aumento de la presencia de automóviles a un incremento en la cantidad y calidad de nuestras carreteras.

En una sociedad competitiva y globalizada resulta capital adquirir el máximo de eficiencia en los transportes. Es de vital importancia que tanto los recursos materiales como humanos se encuentren en el lugar idóneo para garantizar la mayor productividad posible, lo cual ha conllevado una serie de transformaciones en nuestra sociedad.

Uno de los cambios más sustanciales es el gran desarrollo técnico que ha sufrido el parque móvil, lo cual ha propiciado tener unos vehículos con un alto grado de prestaciones, entre los que destacan una mayor seguridad y confort. Los automóviles son capaces de alcanzar altas velocidades en comparación con épocas anteriores. A pesar de la inversión en seguridad en los vehículos, es obvio que la capacidad que ofrecen para conducirlos a altas velocidad es uno de los factores sobre los que pivota la gran siniestralidad en nuestras vías.

Otro factor clave ha sido la gran inversión pública que se ha realizado en infraestructuras y de forma específica en las calzadas; los poderes públicos han entendido que es necesario tener una buena red viaria para ser competitivos en todos los niveles. El tráfico abundante y denso que circula a diario hace necesario un control exhaustivo sobre la conservación de las vías y detección de puntos negros, a fin y efecto de minimizar riesgos e aquello estrictamente controlable.

Por tanto tenemos la coexistencia de dos factores: por un lado un aumento considerable del número de vehículos así como la mejora de sus prestaciones, y por otro lado una gran inversión en infraestructuras, las cuales han permitido asumir ese incremento exponencial del flujo de vehículos por circulan por nuestras carreteras. Esta hipertrofia de ambos factores lleva consigo una elevación del riesgo a la hora de circular por la red de carreteras.

Hay que tener en cuenta que la percepción del riesgo es subjetiva¹ con lo que ante una determinada situación, cada persona advertirá y discernirá ese peligro de forma distinta. Esto origina una dificultad para el legislador ya que las reformas legislativas no gozan de un consenso amplio con lo que están abocadas a una durabilidad limitada y cambiante².

A parte de estos riesgos que se pueden considerar como ciertos y notorios, los medios de comunicación se han convertido en un actor clave que de alguna forma ha condicionado el sentir de la ciudadanía sobre la materia.

Primeramente la proyección que realizan los medios de comunicación: es bien sabido que en el mundo periodístico existen numerosas técnicas para incrementar el interés de la persona receptora de esa noticia o información; en este contexto, los medios de comunicación esbozan la publicidad de vehículos no como un mero medio de transporte si no como un instrumento que otorga un estatus social y que ofrece un innumerable número de sensaciones y emociones al conductor. En este ambiente, es

¹ Cfr. LORENZO IZQUIERDO. “Ètica i conducció”, en Antropologia viària: la percepció de la seguretat com a factor de risc. V Simposi Internacional 2005. (OLIVES PUIG coord..). Fundació Abertis. Barcelona 2006. Pp 125 ss. Quien argumenta que unos de los principales problemas del riesgo es su carácter subjetivo, ya que cada individuo lo percibe condicionado por una multitud de factores internos y externos.

² Un ejemplo de esa diferencia de percepciones es el defendido por el “movimiento 140”. www.movimiento140.com. Esta plataforma defiende un aumento de la velocidad máxima permitida en autopistas y autovías a 140km/h, por entender que es una velocidad razonable y no peligrosa en este tipo de vías. En sentido contrario existen otras personas que consideran que esa velocidad es excesiva y potencialmente peligrosa, sentir donde parece situarse los diferentes Gobiernos que no han acogido las pretensiones de este movimiento.

habitual observar persecuciones de ensueño, colisiones sensacionales o personajes famosos que han encontrado su éxito y reconocimiento en un pilotaje osado incluso temerario. Todo ello no es inerte en las mentes de los destinatarios³.

En segundo lugar Los medios de comunicación muestran las informaciones acerca de la siniestralidad vial como algo inevitable o forzosamente anexado a la naturaleza de la conducción. Dicho de otro modo, se parte de la idea que son riesgos difícilmente controlables y que no existe ningún modo o procedimiento capaz de acabar o reducir esta lacra social. Ello produce una perversa habituación e inmunización de la consciencia de la ciudadanía en esta materia.

Por último y ligado con el punto anterior, es habitual que los medios de comunicación despersonalicen los incidentes ocurridos en nuestras carreteras. Es corriente observar como las noticias manifiestan el hecho concreto (una colisión, una salida de vía, un atropello) sin hacer mención al factor humano que lleva intrínseco este tipo de sucesos; este hecho afianza todavía más la concepción de la ciudadanía sobre la inutilidad de cualquier medida que se pueda tomar al respecto.

En este entramado donde aparecen un aumento de vehículos e infraestructuras, una acentuación del riesgo y una divulgación de los medios de comunicación, existe un factor transversal y es la presencia de un error humano. Lamentablemente un número muy elevado de accidentes llevan consigo un error humano.

Cuando esta equivocación se considera leve o socialmente concebida como probable en el momento del manejo de un vehículo (pequeñas infracciones o incluso quedarse dormido al volante) la sociedad lo acata como “aquél margen incontrolable inherente a la conducción y que a cualquier persona le puede suceder”. La percepción social en estos casos se suele manifestar con resignación, por entender que hay una parte del riesgo que es incontrolable.

³ BADELL AMAT, Eulàlia. "Alcoholemias" y derecho penal: especial atención a la práctica policial. Barcelona: AEAU, Agrupació d'Editors i Autors Universitaris, 2012. Pág. 26 apartado 5, donde la autora manifiesta literalmente: “ *los medios de comunicación[...]aportan una publicidad abrumadora sobre un gran número de vehículos, a cuál de ellos más potente y veloz, y contenidos de programas televisivos que, lejos de fomentar la prevención, incentivan los factores de riesgo productores de accidentes de tráfico (comportamientos de ciertos personajes, persecuciones, colisiones espectaculares)*”

Diferente es el caso en que es el propio sujeto el que se pone de forma deliberada en una situación de riesgo; dicho con otras palabras, aquella conducta imprudente y por tanto controlable ex ante del conductor que decide llevar a cabo una conducta peligrosa sin obedecer a las normas de cuidado connaturales a la conducción; incardinamos en este supuesto conducir afectado bajo los efectos del alcohol o cualquier otra sustancia tóxica que menoscabe las facultades del sujeto, conducir a unas velocidades manifiestamente temerarias teniendo en cuenta las condiciones existentes (vía, vehículo, climatología) o de forma más discutible conducir sin haber obtenido nunca el permiso de conducción. El sentir colectivo que existía hasta la entrada en vigor de las nuevas modificaciones legales (año 2007) era una impunidad total hacia este tipo de conductas, acompañado de una inoperancia de los poderes públicos para corregir la situación.

De forma simultánea con lo anterior tenemos una sociedad apaleada por una cantidad ingente de accidentes de tráfico dando lugar a numerosas personas con lesiones o fallecidas⁴ en nuestras carreteras. Estos hechos provocan crisis de diversa consideración: humanas (las más importantes sin duda), económicas para el Estado y sociales.

En los años previos al 2007 se generó una gran alarma social por accidentes que ocurrieron en nuestro país y que provocaron un gran número de muertos y lesionados. En este punto existió una gran influencia de los medios de comunicación donde informaban de manera sistemática de aquellos sucesos en que la velocidad excesiva o el alcohol fueron causa principal de los siniestros.

Este contexto de mayor riesgo y proliferación de noticias proyectados a la ciudadanía, obligó al legislador a buscar soluciones para atajar esa problemática.

El legislador eligió la regulación penal para dar cobertura a estos hechos. Aunque no tenga valor normativo y sí únicamente inspirador, el preámbulo de la Ley nos dice lo siguiente: *“La reforma sobre los delitos contra la seguridad vial [...] cuyo contenido básico persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por*

⁴ Anuario estadístico de accidentes del año 2010, editado por la Dirección General de Tráfico y disponible en la página web www.dgt.es/pp 9 ss: las víctimas mortales en el año 2010 fueron de 1928 personas.

*peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración*⁵.

Sin perjuicio de que existen hechos que realmente suceden (accidentes con fallecidos, personas que conducen después de haber ingerido bebidas alcohólicas etc.) hay una tendencia negativa de los medios de comunicación a realizar unas informaciones selectivas sobre estos casos; ello provoca que la visión que se traslada a la ciudadanía sea la de “paraíso para delinquir” y que en España se tienen unas leyes muy laxas para los infractores. Además de ello y con el fin último de buscar una mayor seducción del espectador, se da voz a la víctima y se la coloca en el centro del conflicto lo que provoca, de forma humanamente comprensible, una demanda (bajo el dolor o la ira) de mayor represión para los autores de estos hechos.

Estas peticiones tienen un gran calado en el tejido social ya que es una temática donde la mayoría de población se siente afectada y por tanto, existe una gran empatía y apoyo a las personas damnificadas.

Pues es en este punto donde nos encontramos una numerosa divulgación de estos hechos y por otro lado una gran demanda ciudadana de mayor represalia. De forma académica a este hecho se le ha denominado populismo punitivo⁶, pues aunque no sea objeto de este trabajo un análisis detallado de la materia, no se dan en España ninguna cifra comparativamente alarmante con otros países ni, por supuesto, existe una legislación más blanda que incentive las conductas de riesgo bajo el paraguas de una ficticia impunidad.

El legislador utilizó como arma infalible para solucionar estos hechos la reforma del Código Penal, introduciendo nuevas conductas punibles y un aumento de penas de las existentes.

Hay que recordar que el derecho penal es la rama del derecho reservada a los casos más graves, es decir, únicamente debe entrar en juego en aquellos casos en que la sociedad crea que la conducta realizada es tan grave y reprochable que el Estado debe de utilizar su mayor texto punitivo para perseguirlas (principio de última ratio). Todas estas conductas ya estaban previstas y castigadas por vía gubernativa antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2007, lo que se creyó insuficiente.

⁵ Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

⁶ En la misma dirección, LARRAURI, E. Populismo Punitivo... Y Como Resistirlo. *Jueces Para la Democracia*, marzo, Numero 55, 2006.

En numerosas ocasiones y en el tipo delictivo objeto de este trabajo en particular, podremos observar como el articulado de la sanción administrativa y penal es muy parecido o idéntico, lo que provoca una pérdida continua e imparable de derechos de las personas frente a las instituciones de control social. La pérdida de garantías y derechos se está expandiendo bajo el pretexto de una necesidad emergente para poder solucionar el problema.

A modo de resumen podemos decir que nos encontramos en una expansión continua del derecho penal⁷ por varios motivos:

- Aunque no se solucione el problema de raíz, la reforma del Código Penal es una vía rápida para dar visibilidad y la idea de implicarse y “hacer algo” frente a estos hechos.
- La idea de aumentar las penas y tipificar nuevas conductas tiene únicamente un efecto estético, y me explico: está científicamente demostrado que el aumento de penas no hace por sí solo disminuir los ilícitos penales, por lo que el derecho penal se está instrumentalizando por parte de los legisladores para de forma aparente, mostrar su compromiso con las víctimas y con esta problemática.
- Los políticos están utilizando el derecho penal para conseguir un rédito electoral, en el círculo vicioso que venimos anunciando: suceden unos hechos, se le da una gran trascendencia y alarma social mediante los medios de comunicación, se hace creer a la ciudadanía que la situación es insostenible, y por último aparece el legislador con la solución perfecta a todos los problemas que le originará un beneficio electoral: hipertrofia del derecho penal y menoscabo de las garantías a los ciudadanos.

Por tanto se está produciendo una administrativización del derecho penal, es decir, se están trasladando a los tribunales los procedimientos clásicos del derecho administrativo, donde se coloca a la persona enjuiciadora en un corsé legal que la obliga a dictar una sentencia en una determinada dirección. Principios del proceso penal como la libre valoración de la prueba se ven disminuidos a la mínima expresión.

Si ahondamos podemos observar que el problema es mucho más profundo de lo que parece, puesto que se está confundiendo el poder punitivo del Estado (exclusivo del

⁷ Entre otros SILVA SANCHEZ J.M: La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2001.

derecho penal) con el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, así como los límites de cada una de ellas.

1.2. DUALIDAD DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL Y DELITO DE DESOBEDIENCIA.

Nuestro Código Penal agrupa las diferentes tipologías delictivas en base a su bien jurídico protegido; así, el artículo 383 CP está incardinado en el Título XVII “Delitos contra la Seguridad Colectiva”.

Los delitos contra la seguridad colectiva surgen para dar respuesta a los nuevos peligros que encarna la denominada Sociedad del Riesgo⁸, ya que afectan a nuestra vida en comunidad y el bien jurídico protegido es colectivo y supraindividual. Algunos ejemplos son la protección del medio ambiente o la protección del tráfico rodado.

En los delitos contra la seguridad colectiva y por ende los delitos contra la seguridad vial, el legislador ha adelantado las barreras de punición del Derecho penal al momento en que se desarrolla una actividad que se considera peligrosa o cuanto menos, que excede de los parámetros de seguridad admitidos en nuestra sociedad; este avance se justifica por la necesidad de salvaguardar, de forma mediata, otros bienes jurídicos importantes como la vida o la integridad física de las personas.

Por tanto ya no se requiere una lesión directa del bien jurídico protegido, sino que es suficiente una infracción grave de los deberes de cuidado (en el caso que nos ocupa en la conducción) para entender que el bien jurídico está en riesgo y que sea una acción penalmente relevante.

Por todo ello la seguridad en el tráfico es, unánimemente, uno de los bienes jurídicos del delito de negativa. Así lo ha dicho la jurisprudencia:

El Tribunal Constitucional ha avalado este aspecto:

“La seguridad en el tráfico, es el bien jurídico protegido por dicho delito”. [...] La seguridad del tráfico es un valor intermedio referencial y la vida e integridad física de todos son los bienes jurídicos referidos.”⁹

De forma más extensa se pronunció la AP de Asturias:

⁸ ULRICH Beck, la sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. (1986)

⁹ STC 2/2003, 16-01-2003.

“Los delitos contra la seguridad del tráfico son delitos de peligro, por lo tanto no describen una única situación o hecho determinante de este peligro sino la referencia a que el mismo afecte a una colectividad indeterminada de personas, respondiendo la creación de los tipos penales a una opción del legislador de adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos como es la seguridad del tráfico que en el fondo revelan esta idea de proteger la vida, la integridad o el patrimonio de las personas”.¹⁰

Menos pacífica ha sido la cuestión de si el delito de negativa también protege el principio de autoridad. Ello viene de una interpretación del derogado artículo 380 del CP, en el cual se hacía una remisión al artículo de desobediencia grave tipificado en el artículo 556 del CP; este hecho llevó a la doctrina mayoritaria a considerar que el delito de negativa se configuraba como una modalidad de desobediencia a agentes de la autoridad y que por tanto, tenía un carácter pluriofensivo: seguridad del tráfico y principio de autoridad.

Destacada fue la STC 161/1997, la cual zanjó todas las problemáticas interpretativas y de encaje constitucional del antiguo artículo 380 CP.

En ella, el alto tribunal se pronunció acerca de la constitucionalidad del derogado artículo 380 en dos direcciones: por un lado abordó la problemática de si era respetuoso con los principios de defensa, presunción de inocencia y a no declararse culpable, y en segundo lugar acerca de la proporcionalidad entre el desvalor de la conducta y la pena asociada. Es en este último punto donde el TC habla de cuál es el bien jurídico protegido del derogado art. 380 CP.

En cuanto a la primera cuestión y sin ánimo de realizar un estudio pormenorizado acerca del razonamiento jurídico, el TC dice lo siguiente: *“las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable.”*¹¹.

En cuanto a la segunda cuestión, el TC manifiesta su alcance limitado en la supervisión de las penas asociadas, en tanto en cuanto es un terreno reservado constitucionalmente al legislador y que responde, en muchas ocasiones, a criterios de oportunidad respecto a una determinada tendencia política o manera de concebir la sociedad.¹²

A pesar de ello el TC sí abordó la cuestión y se pronunció declarando que el derogado artículo 380 CP se configuraba como un delito complejo, ya que tenía dos finalidades

¹⁰ SAP Asturias, sección 8ª, 07-10-2004.

¹¹ STC, 02-10.1997, número 161/1997, FJ 7.

¹² STC, 02-10.1997, número 161/1997, FJ 9.

esenciales: por un lado la protección de la seguridad en el tráfico y por otro la punición de una desobediencia que tenía por objetivo preservar el principio de autoridad.

La primera de las finalidades del precepto según el TC es la de garantizar la seguridad en el tráfico, lo que lleva intrínseco la protección para la vida y salud de las personas que actúan en el tráfico rodado. Esta interpretación adquirió un cierto consenso entre los diferentes operadores jurídicos, ya que como se requería una afectación previa en la conducción para poder aplicar el derogado 380 CP, se entendía que previamente ya se había cometido una conducta delictiva que ponía en riesgo la seguridad en el tráfico, con lo que la negativa debía perseguirse por vía penal atendiendo al riesgo generado con anterioridad.

También dijo el TC que el antiguo 380 CP defendía el principio de autoridad ya que la negativa se concebía como una desobediencia (por ello se remitía a la pena del artículo 556 de desobediencia a agentes de la autoridad). Entendió el máximo intérprete de la Constitución que la negativa a someterse a las pruebas es una obligación que todo ciudadano debe soportar en aras del buen funcionamiento de las instituciones públicas, y que no hacerlo implica una desobediencia que debe ser perseguida. De no concebirse como una desobediencia, todo ciudadano tendría la posibilidad de rechazar la práctica de las pruebas y colocaría a la Administración en una situación de inoperancia en el control y supervisión de la seguridad en el tráfico, lo cual no puede ser aceptado.

Así, la concepción como un delito complejo que defiende dos bienes jurídicos distintos, fue el principal argumento del TC para defender la proporcionalidad de la abultada pena que llevaba asociada.

A modo de conclusión se dejaba para el ámbito penal los casos que implicaban un mayor desvalor de la conducta, como podía ser tener una conducción anómala a causa de conducir bajo los efectos de alcohol o demás sustancias. En el resto de casos la vía administrativa era una solución adecuada y rigurosa con el principio de mínima intervención penal. Además se justificaba que uno de los bienes jurídicos era la seguridad en el tráfico en tanto en cuanto debía de existir una conducta previa que lo pusiera en riesgo (antiguo art.379 CP) para que entrara en juego el artículo 380 con su contundente sanción penal.

Es en este punto donde se zanjaron todos los debates acerca del precepto y se tuvo que aceptar su constitucionalidad; no sólo con ello el TC estableció de forma taxativa que el delito de negativa protegía dos bienes jurídicos distintos.

En los años posteriores, las Audiencias Provinciales mantuvieron la misma posición en cuanto al bien jurídico protegido. A modo de ejemplo la AP de Madrid se pronunció del siguiente modo:

“Si el artículo 380 CP impone al conductor que se negare a someterse a las pruebas el castigo como autor de un delito de desobediencia grave previsto en artículo 556 de este Código, se puede interpretar que el precepto también protege el bien jurídico protegido en el tipo de desobediencia, el principio de autoridad, pero ello no excluye la seguridad en el tráfico como bien jurídico protegido en el artículo 380 CP, pues no tendría sentido su concreta ubicación en el capítulo IV referido y su específica remisión a la << comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior>>.”¹³

El panorama cambia con la entrada en vigor de la ley 15/2007 el 1 de enero de 2008. El antiguo artículo 380 CP se tipifica en el actual 383 CP, cambiando su contenido y quedando redactado del siguiente modo:

“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, será castigado con la 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.”¹⁴

Esta nueva redacción aviva la polémica, ya que aunque el tipo ya no remite la pena al delito de desobediencia (artículo 556 CP), se sigue considerando necesario la presencia de un requerimiento policial y una efectiva negativa del sometido; estos requisitos para que exista una conducta típica de negativa son, en esencia, los clásicos en los delitos de desobediencia, con lo que la cuestión a preguntarse es la siguiente: ¿sigue siendo un delito que defiende el principio de autoridad?

La primera posición jurisprudencial considera que el actual 383 CP únicamente defiende la seguridad en el tráfico. En esta dirección se ha pronunciado la AP de Valencia:

“Tras el cambio operado en la legislación hemos de entender que el actual delito del artículo 383, ya no guarda relación con el delito de desobediencia, cuya referencia fue suprimida por el legislador, según nos explica en su exposición de motivos, por considerarla

¹³ SAP Madrid, sección 16ª, 24-09-2003.

¹⁴ Artículo 383 CP.

innecesaria, siendo una modalidad más de los delitos contra la seguridad del tráfico, entre los que se integra, ahora si de una forma plena.”¹⁵

La segunda posición jurisprudencial cree que el artículo 383CP únicamente defiende el principio de autoridad. Es esta la postura adoptada por algunas Audiencias Provinciales.

SAP Barcelona:

“El delito de desobediencia previsto en el artículo 383 CP, que se remite a los requisitos del tipo penal del art. 556 CP es un delito especial propio de peligro abstracto o potencial que consiste en no dar cumplimiento, en omitir la ejecución de una resolución que tiene carácter jurídico vinculante para el funcionario público al que la misma se dirige.”¹⁶

SAP Ourense:

“Por cuanto el primero de los delitos[379 CP] protege exclusivamente la seguridad vial, el segundo [383 CP] tiende a tutelar el principio de autoridad, constituido por la necesidad de que los conductores obedezcan los requerimientos de los agentes de la autoridad, realizados en el ejercicio de sus funciones para el descubrimiento del delito del artículo 379 CP.”¹⁷

La tercera y última posición jurisprudencial sigue considerando que el delito de negativa es pluriofensivo, ya que protege la seguridad vial y el principio de autoridad; esta postura considera que el reciente artículo 383 CP dimana de alguna forma del antiguo 380 CP, y a pesar del cambio en el articulado se debe seguir interpretando del mismo modo. Esta concepción es continuista y cree que la interpretación que dio el TC acerca del precepto, sigue siendo válida a pesar del cambio en el contenido del nuevo 383 CP. A modo de ejemplo así se han pronunciado algunas AP:

“ Esta absoluta delimitación[...], unido a la rúbrica de capítulo del Código Penal en el que se inscribe el tipo penal Delitos contra la seguridad vial- y el hecho que el sujeto activo sea el conductor del vehículo, determina que el bien jurídico protegido sea (cumulativamente al principio de autoridad propio de todo delito de desobediencia) la seguridad en el tráfico rodado”¹⁸

¹⁵ SAP Valencia, sección 4ª, 05-10-2009, número 578/2009. También las sentencias siguientes: SAP Barcelona, sección 3ª, 17-03-2010, número 269/2010; SAP Valencia, sección 2ª, 03-01-2011, número 29/2011.

¹⁶ SAP Barcelona, sección 10ª, 20-07-2009, número 780/2009, FJ 3º.

¹⁷ SAP Ourense, sección 2ª, 24-01-2011, número 22/2011, FJ 3º. Con esta concepción también las siguientes sentencias: SAP Madrid, sección 2ª, 16-03-2010, número 116/2010, FJ 3º; SAP Burgos, sección 2ª, 12-04-2010, número 85/2010, FJ 2º.

¹⁸ SAP Barcelona, sección 6ª, 12-02-2010, número 161/2010, FJ ÚNICO:

También la SAP de Madrid:

“No cabe duda de que la protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP (actual art. 383 tras la reforma operada por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre). [...] La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el orden público.”¹⁹

En esta sentencia se equipara totalmente el derogado artículo 380 con el nuevo 383, como si únicamente se hubiera cambiado el número del artículo y no el contenido.

Esta última posición jurisprudencial es, a mi modo de ver, la más adecuada; nada ha cambiado en las razones por las que el legislador, decide seguir tipificando esta conducta.

Más allá de la alteración en el contenido, la esencia y los objetivos del artículo siguen siendo los mismos: proteger la seguridad vial (y mediatamente otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física) y proteger el principio de autoridad, como máxima expresión del buen funcionamiento de las Instituciones Públicas.

Un factor que a mi juicio es capital, es el hecho de que la pena se mantiene idéntica a la del delito de desobediencia (artículo 556 CP), con lo que materialmente la conducta típica y su respuesta penal siguen siendo idénticas a la legislación anterior.

Este hecho es el que, como dijo el TC, puede llegar a justificar una pena tan elevada como es la de prisión de 6 meses a un año.

En mi opinión el legislador del año 2007 quiso, aunque solo formalmente, desvincular la negativa a someterse a las pruebas del delito de desobediencia; ello pudo responder a una astucia política por la cual, se destacaba el hecho de que era una conducta contra la seguridad vial y por ende, una conducta peligrosa para las personas. Este hecho es estéticamente más atractivo, por cuanto se justifica su existencia para proteger la vida de los ciudadanos, y no únicamente para preservar el poder enérgico de las Instituciones Públicas.

¹⁹ SAP Madrid, sección 6ª, 23-03-2010, número 147/2010, FJ 2º. También las siguientes: SAP Girona, sección 3ª, 04-11-2009, número 676/2009 FJ 2º; SAP Castellón, sección 1ª, 23-04-2010, número 138/2010, FJ 2º; SAP A Coruña, sección 6ª, 29-12-2010, número 104/2010, FJ 1º.

2. NATURALEZA JURÍDICA.

2.1 LOS DELITOS DE PELIGRO.

En las últimas décadas es notorio un cambio radical en las sociedades modernas, tomando un valor supremo el desarrollo científico y las tecnologías. Estos hechos han originado una nueva concepción acerca de los peligros de la nueva era, llegando a identificar esta nueva realidad como “sociedad del riesgo”²⁰.

En este contexto la ciudadanía ha demandado nuevas protecciones acordes a los grandes riesgos que entraña un mundo controlado por las tecnologías y los flujos financieros. Es en este punto donde el legislador creó los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos para poder combatir estas nuevas realidades²¹.

Así los delitos contra la seguridad colectiva se conciben como delitos de peligro y no de resultado.

Los tipos delictivos clásicos eran considerados como delitos de resultado, que como su propio nombre indica, requerían de una efectiva lesión al bien jurídico protegido para ser considerados como tal. En los delitos de peligro o de mera actividad se adelantan las barreras de protección con respecto a otros bienes, preservando una situación anterior a la efectiva lesión del bien jurídico protegido. Con otras palabras, los delitos de peligro se consuman con anterioridad a que se produzca un menoscabo concreto de aquello que se quiere proteger por el legislador (bien jurídico protegido), por lo que la mera puesta en peligro pasa a ser penalmente relevante.

Un sector de la doctrina dice *que la protección de la seguridad colectiva representa una forma mediata de proteger bienes jurídicos cuya importancia justifica que la intervención penal se anticipe al momento en el que se desarrolla un actividad que rompe con los parámetros de seguridad establecidos para*

²⁰ Concepto introducido por ULRICH Beck, la sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. (1986).

²¹ En este sentido DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Derecho Penal y Política transnacional. Ed. Atelier, Barcelona, 2005. En él el autor pone de relieve la necesidad de abordar penalmente las nuevas realidades emergentes en nuestras sociedades avanzadas; el problema radica que los legisladores están llevando a cabo una visión interesada de la sociedad del riesgo para hipertrofiar el derecho penal en figuras delictivas clásicas.

controlar los riesgos inherentes, lejos aún del instante en el que se produce una concreta lesión de los mismos²².

Por tanto, se castiga aquellas conductas que se consideran peligrosas o temerarias sin que se requiera de ninguna lesión ulterior; cuando la mera actividad ha infringido un deber de cuidado importante para el conjunto de la sociedad el derecho penal lo castiga.

Estas nuevas realidades podrían ser el medio ambiente o la seguridad en el tráfico entre otros. Hay que tener en cuenta que estos bienes supraindividuales por su propia naturaleza son indisponibles, puesto que responde a un interés general y defienden al conjunto total de personas que reside en un espacio determinado en un momento determinado.

La regulación de los bienes jurídicos colectivos así como sus condiciones y límites deben de ser una ponderación entre los diversos interés legítimos existentes en una sociedad.

Dentro de los delitos de peligro encontramos dos tipos: delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto los cuales se explican a continuación.

2.1.1.- DELITOS DE PELIGRO CONCRETO:

Son aquellos delitos en que el legislador requiere que la conducta llevada a cabo tenga una proximidad notoria con una concreta lesión, es decir, que aquella conducta peligrosa amenace de forma evidente algún bien jurídico. Doctrinalmente algunos autores defienden que los delitos de peligro concreto son de resultado en tanto en cuanto el peligro concreto del bien jurídico erige el resultado típico que lleva intrínseco el delito.

El ejemplo por antonomasia es el delito de conducción temeraria. Para que dicha conducción sea penalmente relevante deben quedar acreditados todos los aspectos siguientes:

- Una conducción efectivamente peligrosa y con un gran desvalor hacia las normas de cuidado exigible a todo hombre medio.

²² En este sentido GONZALEZ RUS, J.J: Delitos contra la seguridad colectiva”, en Morillas Cueva, L. (coord.) Sistema..., cit. Pág. 780.

- Que fruto de esa conducción se haya puesto en peligro de forma concreta y expresa la vida o integridad de las personas.

Por tanto se deberá acreditar no sólo que la falta de diligencia en la conducción existió, si no que fruto de ella se puso en peligro a personas concretas. Es aquí donde se establece la principal diferencia con la sanción administrativa en cuanto a la conducción temeraria se refiere, ya que en esta vía no se exige la puesta en peligro de bienes jurídicos concretos si no únicamente acreditar un manejo dolosamente irreflexivo.

2.1.2- DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO:

Son aquellos delitos en que de forma directa no se pone en peligro el bien jurídico protegido; el legislador crea unas presunciones iures 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 consuma 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 es el de conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas en la conducción (379.2 CP). Ya hemos visto con anterioridad como el legislador ha creado una tasa objetivada por encima de la cual, entiende que se ha puesto en riesgo la seguridad en el tráfico y que por tanto es un ilícito penal.

Una persona que llega a un control policial con una conducción correcta y es seleccionada por los agentes policiales para someterla a las pruebas de detección de alcohol, si arroja una tasa superior a 0,60 mg/l se entiende que ha infringido un deber de cuidado grave y que ha puesto en riesgo la seguridad en el tráfico; el interés general de este desvalor hace que esos hechos sean conocidos por la rama del derecho más contundente que no es otra que la penal.

2.2 LA NEGATIVA COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.

A pesar que con la nueva regulación sea dogmáticamente cuestionable su configuración como delito contra la seguridad vial, lo cierto es que está bajo esta rúbrica en el CP y nos obliga a analizarlo desde esta perspectiva.

Fruto de su ubicación el legislador parte de la premisa que toda persona que se niega a someterse a las pruebas legalmente establecidas (dejando a un lado la vulneración del principio de autoridad), está llevando a cabo una conducta potencialmente peligrosa para la colectividad y por ende está poniendo en riesgo la seguridad en el tráfico.

Así, el cuerpo legal considera que toda persona en cualquier circunstancia que no quiera someterse a las pruebas de detección debe responder penalmente.

Como se ha dicho con anterioridad, únicamente se requiere el hecho de “negarse” de forma voluntaria a la prueba para que se entienda consumado el delito; por tanto, no se necesita de ningún signo externo para acreditar ninguna peligrosidad, puesto que ella se entiende incardinada en la propia acción de no querer someterse a las pruebas legalmente establecidas.

Esta presunción en la que no cabe prueba en contrario coloca al ciudadano en una situación de menoscabo de garantías procesales, toda vez que pasa a ser irrelevante si ha puesto en riesgo o no el bien jurídico protegido.

Se llega a la conclusión que no se protege tanto la seguridad en el tráfico como el debido funcionamiento de las instituciones públicas, las cuales son garantes de la seguridad en nuestras carreteras. De no ser de este modo cualquier ciudadano podría obstaculizar esta función y acontecería algo inaceptable, como es la falta de herramientas por parte del Estado para perseguir estas conductas.

CAPÍTULO II

SUJETOS OBLIGADOS A SOMETERSE A LAS PRUEBAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS.

El objetivo de este capítulo es el de saber a qué personas concretas se las puede perseguir jurídicamente por el hecho de negarse a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas.

Así es relevante lo siguiente: si no surge la obligación del individuo se deberá entender que no existe infracción alguna, por lo que la conducta jamás podrá ser perseguible ni mucho menos sancionable por parte de las Instituciones del Estado. Por ello es transcendental conocer qué sujetos quedan obligados a someterse a las pruebas según la legislación vigente.

Resulta capital dilucidar quienes son las personas obligadas en ambas vías y observar las posibles diferencias si las hubiere; por este motivo a continuación estudiamos de forma separada los requisitos que exigen ambas ramas del derecho en cuanto a la negativa.

1. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA.

La negativa en vía gubernativa está regulada en el Real Decreto Legislativo 339/1990 (modificado en numerosas ocasiones), concretamente en su artículo 65.5.d. Se encuentra comprendida entre las sanciones muy graves, y el literal de la norma nos dice lo siguiente:

“5. Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas:

*d) **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.** (Párrafo modificado por Ley 6/2014).”*

En el precepto se puede observar dos partes bien diferenciadas, que pasamos a explicar a continuación.

En primer lugar circunscribe la obligación a los conductores de vehículos y demás usuarios de la vía. El concepto de vehículo lleva consigo un marco de actuación enorme; en el anexo 1 es donde se realizan las definiciones de los conceptos de la Ley, haciendo lo propio sobre el concepto de vehículo en la siguiente dirección:

Vehículo: Aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el Artículo 2 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Este hecho a mi juicio, es un intento deliberado de establecer un marco jurídico amplio que pueda acoger un mayor número de conductas por dos razones: una de ellas es que la Ley 6/2014 incardinó la negativa como infracción muy grave en que la sanción es de 1000 euros y la pérdida de 6 puntos en el carné de conducir, lo cual traza un escenario económicamente apetecible para las arcas del Estado; en segundo lugar y siguiendo la tradición de las sanciones administrativas, el hecho de tener conceptos abiertos y no definidos con exactitud provoca que este último eslabón de punición sea en la práctica, una red compacta por donde es difícil que los infractores “se cuelen” sin ser sancionados.

En segundo lugar la represalia administrativa circunscribe también al resto de usuarios de la vía. En la línea anterior se puede decir que toda persona que transita por vías públicas son usuarios de la vía con lo que quedarían bajo el paraguas de punición del precepto. De nuevo se observa, a mi modo de ver, ese intento de no “dejar nada impune” y que sea la vía administrativa la encargada de asegurar una reprobación por parte del Estado a todos aquellos que decidan realizar la conducta de negativa, actuando como última instancia y como garante de un castigo seguro frente a posibles fisuras legales que hayan podido acontecer con anterioridad.

Además todas estas personas obligadas lo son, según una interpretación literal del precepto, únicamente en dos supuestos: estén implicados en un accidente de tráfico o que hayan cometido una infracción.

Una interpretación restrictiva plantea problemas en la práctica, como por ejemplo que sucede en un control preventivo de alcoholemia donde el conductor no ha realizado ninguna infracción y se niega a someterse a las pruebas de alcoholemia. (Prescindiendo de si el sujeto presenta sintomatología o no).

Una vez estudiados los requisitos en vía administrativa, se hace necesario analizar el precepto penal para poder extraer unas conclusiones provisionales.

2. SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Al igual que en el apartado anterior de este capítulo, aquí se estudiará qué sujetos quedan penalmente obligados a someterse a las pruebas de alcohol y drogas, por lo que se analizará a qué personas se les puede imputar el delito de negativa.

El artículo 383 del CP empieza de la siguiente 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 las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores...**”.

En una primera aproximación se puede observar que el tipo estipula que podrá cometer el delito cualquier conductor, a diferencia del resto de tipos situados bajo la rúbrica de “delitos contra la seguridad vial”, los cuales establecen que el sujeto activo únicamente podrá ser el conductor de vehículo a motor o ciclomotor; posteriormente el tipo hace mención a aquello a lo que se refieren los artículos anteriores, por lo que análogicamente debe entenderse que sólo podrá responder penalmente el conductor de vehículo a motor o ciclomotor.

De este modo y al analizar los artículos anteriores, se puede observar que para que surja la obligación y por tanto se pueda hablar de sujeto activo del delito se deben de dar unos requisitos previos.

Los requisitos que debe de consumir la persona para que le sea imputable el delito son los siguientes: a) que sea conductor, b) Que la persona esté conduciendo, c) que conduzca un vehículo a motor o ciclomotor, d) y que lo haga por una vía pública. Si cumple todas estas condiciones podrá ser responsable penal.

A continuación se hará una aproximación individualizada a cada uno de los requisitos que se exigen para entender que puede haber un sujeto activo del delito.

2.1 CONCEPTO DE CONDUCTOR.

La legislación penal no define este concepto, por lo que se hace necesario acudir a la regulación administrativa.

La Orden de 18 de febrero de 1993 define al conductor en el Anexo I punto 4.9: “Toda persona que, en las vías o terrenos a que se le alude en el apartado 1.1, lleva la dirección de un vehículo, guía animales de tiro, carga o silla, o conduce un rebaño.”

Por otro lado el RD 339/1990 dice lo siguiente: “Persona que, con las excepciones del párrafo segundo del apartado 2 de este artículo, maneja el mecanismo de dirección o va al mando de su vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales”.

Por tanto tiene que concurrir la condición de conductor para poder cumplir ese primer requisito. En el siguiente caso la Audiencia Provincial de Madrid consideró que no existía la condición de conductor en el siguiente caso:

*“ 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**²³.”*

Por ello 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 de realizar las pruebas por parte de la persona es atípica por no cumplirse el requisito de ser conductor.

En igual dirección se pronunció la Audiencia Provincial de Murcia, la cual absolvió a una persona que se encontraba debajo del 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. Dice 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

²³ SAP de Madrid, 05-02-1999, número 74/1999, FJ2.

*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.***²⁴

En este caso se acreditó que el camión estaba estacionado desde dos horas antes al requerimiento policial. Por tanto el imputado 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 partem del tipo.

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.

Una vez se cumple el primer requisito, se hace necesario que ese conductor lleve a cabo una conducción. A continuación se aborda que debe entenderse por conducción.

2.2 CONCEPTO DE CONDUCCIÓN.

Se hace indispensable saber cuándo ha considerado la jurisprudencia que existe conducción. Sólo en estos casos la negativa será penalmente relevante, como segundo requisito necesario para poder considerar a alguien sujeto activo del delito de negativa.

Parte de la doctrina cree que para que se entienda que una persona esté conduciendo debe manejar 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.²⁵

Por su parte la jurisprudencia no es pacífica en cuanto a los requisitos para considerar que existe conducción; de forma general se ha llegado a la conclusión que debe haber

²⁴ SAP Murcia, 03-06-2011, número 118/2011, FJ 1.

²⁵ Entre otros, CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, " De los delitos contra la seguridad vial" , Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2007, (CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG dirs.). Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2011, p.827.

un desplazamiento y que éste se haya realizado a causa de los impulsos del motor del vehículo. Ninguno de los dos aspectos ha gozado de una unanimidad jurisprudencial como se verá a continuación.

En cuanto al desplazamiento realizado existen Audiencias Provinciales que consideran irrelevante si el trayecto es más o menos extenso. En esta línea se pronunció la Audiencia Provincial de Barcelona:

*“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.**”²⁶*

EL TS también se manifestó en una sentencia más antigua, diciendo lo siguiente: **“conducción supone el mando y funcionamiento de los mecanismos del móvil que dirige y pilota el conductor”**. En este caso el alto tribunal dejó patente que era indiferente que la circulación fuera más o menos duradera en el tiempo o que el movimiento sea únicamente para estacionar el vehículo.²⁷

En la misma dirección se pronunció la Audiencia Provincial de León, la cual manifestó: **“el inicio de la maniobra de desaparcamiento constituye conducción [...] ya que a través de ella se puede ver afectada la seguridad en el tráfico”**.²⁸

En sentido contrario, la Audiencia Provincial de Granada determinó que no se podía considerar conducción a recorrer escasamente un metro:

*“Por conducción habrá de entenderse, además, un desplazamiento del vehículo por dichas vías o espacios apreciable y constatable de manera cierta y realizado además con aquella influencia y con la puesta en peligro de la seguridad ajena real o posible; **lo que no ocurrirá cuando los actos realizados sean tan exiguos que no haya habido prácticamente desplazamiento del vehículo ni recorrimiento de espacio material apreciable.**”²⁹*

Otro de los casos controvertidos es el de conducir con las ruedas pinchadas del vehículo, lo cual fue abordado por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual no

²⁶ SAP Barcelona, sección 2ª, 08-10-2007, número 766/2007, FJ 2º. En la misma dirección la SAP Vizcaya de 24 de enero de 2002.

²⁷ STS dictada el 25-10-1988 (PTE VIVAS MARZAL, FJ 5º). En la misma dirección se pronunció la SAP Girona de fecha 07-06-2004 (PTE ESCOBAR MARULANDA FJ 4º), en la cual el Tribunal manifestó que el estacionamiento de un vehículo debía de entenderse como una acción subsumible en el tipo y que por tanto debe considerarse conducción.

²⁸ SAP León sección 2ª, 24-04-2000, número 20/2000 FJ ÚNICO

²⁹ SAP Granada, sección 2ª, 10-06-1995, ponente Ilmo. Sr. Domingo BRAVO GUTIÉRREZ, FJ 1º.

entendió como conducción el hecho de mover un vehículo con dos ruedas pinchadas escasos metros, por no ser un movimiento normalizado y tener una capacidad de movilidad manifiestamente reducida.³⁰

En el primero de los casos la AP de Barcelona hace una interpretación formal del tipo, en el cual no hace falta acreditar la distancia recorrida si no únicamente probar que ha habido algo de desplazamiento y por tanto conducción³¹. En caso contrario, la AP Granada creyó necesario que la conducción generara un riesgo real o posible para el resto de usuarios de la vía, motivo por el cual decretó la atipicidad de desplazar un metro el vehículo para proceder a su estacionamiento, por entender que no se había puesto en peligro la seguridad en el tráfico y que por tanto no se había puesto en peligro el bien jurídico protegido.

Otro de los aspectos no pacíficos es si es necesario que la conducción se realice con el motor encendido y por tanto que el movimiento sea a causa de los impulsos del motor. En líneas generales se puede decir que sí es necesario, a pesar que existen casos límite donde la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido opuesto.

La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que no existía conducción en el manejo de un vehículo después de desactivar el freno de mano, dejando que se deslizara por una pendiente descendiente y con el motor apagado.³² Dice la sentencia lo siguiente:

*“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**”.*³³

En caso contrario la Audiencia Provincial de la Rioja consideró que sí existía conducción en un desplazamiento en el que el motor no estaba encendido. En este caso unos chicos empujan un vehículo con el motor apagado el cual es pilotado por

³⁰ SAP MADRID, 17-05-2004, (CARMENA CASTRILLO, FJ 2º)

³¹ También lo considera así el AP de León y el TS.

³² En la misma dirección la STS de 15 de octubre de 1986 y la STS de 30 de mayo de 1966.

³³ SAP Barcelona sección 2ª, 09-04-2008, número 359/2008, FJ 3º.

otro miembro del grupo, llegando a colisionar con un vehículo que estaba correctamente estacionado. En este caso el Tribunal lo motivó del siguiente modo:

*“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”.*³⁴

En parecidos hechos aunque en sentido contrario se pronunció la Audiencia Provincial de Córdoba, en un caso en que se arrastró un vehículo dos metros y rompió una cristalera. En este caso el Tribunal determinó que no se podía apreciar conducción al hecho de utilizar un vehículo para un fin el cual no le es natural, como es el de arrastrarlo para causar unos daños. En este caso no se puede considerar conducción porque el vehículo únicamente es un instrumento en el que se realiza una fuerza exterior determinada y que no cambia de hacerlo con cualquier otro objeto.³⁵

Por último existen dos posiciones jurisprudenciales opuestas en cuanto a cuando debe de entenderse que se nace la conducción. La primera de ellas defiende que es cuando el vehículo a motor o ciclomotor se incorpora al tráfico³⁶, y la segunda es sostiene la idea que únicamente se requiere el movimiento del vehículo por la voluntad del conductor que está sus mandos.³⁷

Sin olvidar el rumbo del trabajo, se llega a la conclusión que para que la negativa sea penalmente relevante se necesita de un conductor y que efectivamente lleve a cabo una conducción. Se ha podido apreciar como en situaciones límite, la jurisprudencia no es pacífica y da respuestas diferentes a casos prácticamente idénticos.

Además de estos dos primeros requisitos, se exige para poder ser sujeto activo del delito que la conducción se realice con un vehículo a motor o ciclomotor, aspecto que se estudia a continuación.

³⁴ SAP la Rioja sección 1ª, 29-05-2008, número 57/2008, FJ 3º.

³⁵ SAP Córdoba, 13-02-03 (PTE. BERDUGO Y GOMEZ DE LA TORRE, FJ 1º).

³⁶ En esta línea la SAP Pontevedra sección 4ª, 08-02-2007, número 18/2007, FJ 1º.

³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCHOLEMIA O DE DETECCIÓN DE DROGAS, editorial BOSCH, año 2012, página 57.

2.3 CONCEPTO DE VEHÍCULO A MOTOR O CICLOMOTOR.

Primeramente es necesario decir que el Código Penal no define estos conceptos, y que para ello se debe acudir a la regulación administrativa. Las definiciones del RD 339/1990 dicen lo siguiente:

*Vehículo de motor: **Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida.***

***Ciclomotor:** tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:*

- a) **Vehículo de dos ruedas, provisto de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³**, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.*
- b) **Vehículo de tres ruedas, provisto de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³**, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.*
- c) **Vehículos de cuatro ruedas cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm³** para los motores de explosión, o cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 kW, para los demás tipos de motores.³⁸*

Sin embargo, esta definición no es coincidente con la que hacen otras normas administrativas acerca del mismo concepto; a modo de ejemplo el artículo 1 del Real Decreto 1507/2008 (Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor) dice lo siguiente:

*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 e 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. Se exceptúan de la obligación de aseguramiento los remolques, semirremolques y máquinas remolcadas especiales cuya masa máxima autorizada no exceda de 750 kilogramos, así como aquellos vehículos que hayan sido dados de baja de forma temporal o definitiva del Registro de Vehículos de la Dirección General de Tráfico.*

En este caso a los efectos de esta Ley los ciclomotores sí se consideran vehículos a motor. El hecho que tradicionalmente se haya clasificado los ciclomotores como unos vehículos distintos a los vehículos a motor provocó que el legislador pusiera fin al disentiimiento en la regulación del CP de 1995, el cual dispó cualquier atisbo de duda anunciándolos de forma separada aunque otorgándoles el mismo valor jurídico.

En este escenario de diferencias en las definiciones en la legislación administrativa, la doctrina penal considera que el concepto del RD 339/1990 sobre tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial debe operar como orientativo para los

³⁸ RD 339/1990 ANEXO I.

diferentes operadores jurídicos, pero en ningún caso como vinculante. Ello debe de ser así porque ***“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”***.³⁹

Dos casos han sido controvertidos y solucionados por la jurisprudencia menor. El primer de ellos fue dilucidar si un tractor podía ser considerado vehículo a motor, diciendo la Audiencia Provincial de Lleida que sí debía de ser considerado como tal.⁴⁰

Otro caso controvertido es si las minimotos se debían considerar como vehículos a motor, pronunciándose la Audiencia Provincial de Madrid en sentido afirmativo.⁴¹

Por tanto y siguiendo con el razonamiento seguido a lo largo de este capítulo, se requerirá que exista un conductor, que éste realice una conducción y que lo haga con un vehículo a motor o ciclomotor. Solo en estos casos estará obligado jurídicamente a someterse a las pruebas de alcoholemia y su negativa será penalmente relevante.

No responderán penalmente aquellos que se nieguen a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas cuando manejen una bicicleta, unos patines, un monopatín o simplemente sean peatones.

Únicamente queda un requisito en la persona para que se le pueda considerar sujeto activo, y es que la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor se realice en una vía pública.

2.4 CONCEPTO DE VÍA PÚBLICA A EFECTOS DE COMISIÓN DEL DELITO.

Parte de la doctrina se realizan dos preguntas: *“¿es necesario que la conducta típica se desarrolle en las llamadas “vías públicas” o es posible ampliar su ámbito de aplicación a otro tipo de vías o lugares? ¿Deben aceptarse como lugares válidos*

³⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCHOLEMIA O DE DETECCIÓN DE DROGAS, editorial BOSCH, año 2012, página 59.

⁴⁰ SAP Lleida, sección 1ª, 10-01-2004, número 22/2004, FJ 1º.

⁴¹ SAP Madrid, 03-09-2007, número 893/2007, FJ 2º.

aquellos que están anexos a la vía pública, como pueden ser las aceras, las entradas a garajes, los parques o las vías peatonales?".⁴² Ante estas preguntas existen tres posiciones doctrinales.

La primera de ellas es la más restrictiva y defiende que el tipo penal solo se comete cuando exista conducción en una vía pública, y además que sea de titularidad pública. Cabe decir que es muy minoritaria⁴³.

La segunda defiende que la conducta penalmente perseguible deberá ser cuando la conducción se realice en vías públicas, pero aumenta su campo de visión aceptando parte de ellas los caminos en los que puedan circular un número indeterminado de personas.⁴⁴

La tercera es la que hace una interpretación más extensiva y entiende que será suficiente para la comisión de la conducta delictiva, conducir por una zona abierta al público.⁴⁵

Es esta línea más extensiva la mayoritaria en nuestros tribunales. En este sentido el Tribunal Supremo creó jurisprudencia, en la cual puso de relieve que a tenor del artículo 584 del Código Civil, debe considerarse vía pública todos aquellos caminos en que puedan transitar cualquier persona sin perjuicio de su anchura ni urbanización; de ahí que sólo quedan fuera del concepto los caminos privados o destinados a determinadas propiedades, y que por tanto no son accesibles para la colectividad.⁴⁶

Por lo expuesto, se consideran vías públicas cualquier espacio público o privado donde se puedan congregarse un número indeterminado de personas. En esta línea se pronunció la AP de Alicante, la cual consideró que existía conducción en el espacio de aparcamiento de un hotel, ya que aunque sea privado está abierto al uso de una colectividad indeterminada de personas, con lo que en definitiva afecta a la seguridad en el tráfico⁴⁷. En la misma dirección la Audiencia Provincial de Vizcaya consideró el aparcamiento de una discoteca como vía pública, motivándolo de la siguiente forma:

"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

⁴² BADELL AMAT, Eulàlia. "Alcoholemias" y derecho penal: especial atención a la práctica policial. Barcelona: AEAU, Agrupació d'Editors i Autors Universitaris, 2012. Pág. 70 apartado 1.

⁴³ En esta línea la SAP Granada de 10.06-1995 (PTE. BRAVO GUTIERREZ FJ 1º)

⁴⁴ Vid. Por todos, GÓMEZ PAVÓN, El delito de conducción..., página 36 y siguientes.

⁴⁵ Entre otros QUERALT JIMENEZ, Derecho Penal..., página 982.

⁴⁶ SSTS (Sala 1º), 22-11-1989 (PTE. FERNANDEZ RODRIGUEZ FJ 3º).

⁴⁷ SAP ALICANTE, 03-07-1998 (PTE. GONZALEZ PASTOR, FJ ÚNICO)

indeterminado de personas. En ambos casos, es indiferente la titularidad, que puede ser pública o privada”.⁴⁸

La AP de Asturias también se posicionó en esta interpretación defendiendo que será vía pública cualquier lugar apto para la circulación, sin perjuicio de que sea público o privado.⁴⁹

En esa interpretación extensiva se pronunció también la Audiencia provincial de Madrid, que consideró un parking comunitario como vía pública a efectos de comisión del delito:

*“Ninguna duda existe que el lugar en el que se encontraba el vehículo era de acceso común para todos los vecinos de la finca y que el hecho de desplazarse dentro de ese lugar representaba un potencial peligro para la seguridad del tráfico, en relación a esos bienes jurídicos individuales antes indicados, que no ha de reducirse exclusivamente al vial público”.*⁵⁰

Paradójicamente la AP de Zaragoza no consideró el aparcamiento de un restaurante como vía pública. En este caso es discutible el fallo de la sentencia habida cuenta que existe un Guardia Civil que manifiesta que sí que había personas en el aparcamiento pero no cerca de los acusados. Cabe recordar que es un delito de peligro abstracto y únicamente se requiere este hecho para entender lesionado el bien jurídico protegido.⁵¹

Por otro lado no debe considerarse conducción aquella que se realiza por espacios de titularidad privada sin acceso de la colectividad. Serían ejemplos claros una conducción realizada en una finca privada y debidamente delimitada. En este sentido se pronunció la AP de Barcelona, la cual entendió que no existía conducción en un garaje subterráneo todavía en construcción, y que por tanto no era accesible al público y no ponía en peligro la seguridad vial.⁵² En el mismo sentido la AP de Guipúzcoa sentenció que no existía conducción en vía pública en un recinto vallado y cerrado.⁵³

⁴⁸ SAP Vizcaya, 23-01-2004, número 46/2004, FJ 3º.

⁴⁹ SAP Asturias, 07-10-2004, número 246/2004, FJ 2º.

⁵⁰ SAP Madrid, 27-10-2005, número 475/2005, FJ 1º.

⁵¹ SAP Zaragoza, 10-01-2006, número 10/2006, FJ 2º.

⁵² SAP BARCELONA, 06-02-2006 (PTE MAGALDI PATERNOSTRO, FJ 3º).

⁵³ SAP GUIPUZCOA, 06-02-2001, número 2072/2001, FJ 1º.

La jurisprudencia ha considerado que los depósitos municipales no pueden ser considerados vía pública.⁵⁴, así como la base de grúas de una Policía Local.⁵⁵

Para finalizar se puede decir que si la conducción se realiza por algún lugar donde exista la posibilidad que circulen otras personas, deberá ser considerado vía pública porque se estaría poniendo en riesgo la seguridad en el tráfico.

3.- CONCLUSIONES PROVISIONALES.

- La vía administrativa es mucho más laxa y acoge a un mayor número de potenciales infractores. Así a modo de ejemplo, una persona que circule en bicicleta o cualquier peatón implicado en un accidente de tráfico que se niegue a someterse a las pruebas de alcohol y drogas, jamás podrá ser una conducta penalmente relevante y será la vía gubernativa la encargada de sancionar la conducta. Ello es así porque la vía penal concierne a los conductores de “vehículos a motor y ciclomotores”.

- Existen cuatro requisitos preliminares para que la conducta pueda acabar siendo constitutiva de delito de negativa: primero que exista un conductor, segundo que éste realice una efectiva conducción, tercero que maneje un vehículo a motor o ciclomotor y por último que circule por una vía pública.

- La mayoría de casos no llegan al TS, con lo que son las Audiencias Provinciales las que interpretan los conceptos jurídicos indeterminados. Ello provoca interpretaciones opuestas en casos de gran similitud, dando lugar a una determinada inseguridad jurídica.

- Los requisitos que se han estudiado en este capítulo únicamente son presupuestos que de darse en el sujeto, pueden llegar a originar un delito de negativa. En el capítulo posterior se estudiará la conducta concreta que es punible por el ordenamiento jurídico, siempre que previamente se hayan cumplido las cuatro condiciones abordadas en este capítulo.

⁵⁴ SAP Barcelona, 04-10-2004, número 917/2004, FJ 4º.

⁵⁵ SAP Valencia, 30-03-2001, número 91/2001, FJ 3º.

CAPÍTULO III

CONDUCTA TÍPICA

En este capítulo se analizará la acción que debe realizar una persona para que le sea imputable la comisión de un delito de negativa (art. 383 CP).

Como ya se ha dicho, el hecho que un conductor realice una conducción por una vía pública con un vehículo a motor o ciclomotor, son únicamente las premisas fácticas que deben darse para que sea posible imputar un delito de negativa.

Por tanto además de lo anterior, se requiere acreditar una conducta por parte del sujeto (conductor) para entender que efectivamente desobedece la obligación de someterse a las pruebas de alcohol y drogas, y que de este modo sea una conducta penalmente relevante.

Dos son los elementos típicos: que haya habido un requerimiento por parte de un agente de la autoridad y que el conductor se haya negado a realizar las pruebas. Se analizan por separado a continuación.

1. REQUERIMIENTO POR PARTE DE UN AGENTE DE LA AUTORIDAD

Aunque no esté previsto de forma expresa en el tipo y teniendo en cuenta la configuración del tipo como una desobediencia específica, la jurisprudencia ha entendido que deben darse unos requisitos en el requerimiento para que la conducta sea penalmente relevante:

La AP de Girona en fecha 12-08-2009 se pronunció del siguiente modo:

“Efectivamente los elementos que integran esta figura delictiva son: 1º La existencia de un mandato expreso y legal, una orden emanada de la autoridad y sus agentes, en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus respectivas competencias. 2º

Que la orden se haga conocer a sus destinatarios de forma clara, expresa y terminante.3º la actitud de abierta negativa y no de mera renuncia, en el acusado.⁵⁶

El primer requisito es que sea un agente de la autoridad en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia el que realice el requerimiento⁵⁷; Se debe entender que lo son todos aquellos funcionarios policiales encargados de la vigilancia del tráfico, independientemente del Cuerpo Policial al que pertenezcan.

Así, los municipios que dispongan de Policía Local serán los competentes para realizar las pruebas de alcohol y drogas en su población; por otro lado, será la Guardia Civil la competente para realizar las pruebas en vías interurbanas y en poblaciones que no disponen de Policía Local.⁵⁸

Por otro lado el requerimiento debe de cumplir una serie de requisitos formales que se detallan a continuación.

Primeramente el agente de la autoridad debe de advertir del carácter obligatorio de la prueba. En esta línea se ha pronunciado la AP de la Coruña, en la cual dijo que un mero ofrecimiento no equivale al requerimiento. En estos términos se expresó la SAP Coruña de fecha 31-03-2009:

“Declinar un ofrecimiento y negarse a cumplir un requerimiento son dos comportamientos muy distintos y en modo alguno equiparables. El segundo puede ser una desobediencia penalmente típica. El primero, una cortés falta de aceptación de una oferta, es penalmente irrelevante”.⁵⁹

El Tribunal Constitucional ha dictaminado que en caso de negativa a someterse a las pruebas, es desproporcionado y por tanto no ajustado a derecho utilizar la vis física en aras de compeler al sujeto a “soplar” contra su voluntad.

Algunas AP exigen no solo el requerimiento, si no que éste se haga con una mínima insistencia por parte de los agentes de la autoridad. Es decir, no es suficiente hacerlo una sola vez y en caso que el sujeto se niegue abrir diligencias policiales. Es esta la dirección tomada por la Audiencia Provincial De Las Palmas.⁶⁰

⁵⁶ SAP Girona sección 3ª, 12-08-2009, número 550/2009, FJ 4º.

⁵⁷ SAP Madrid, sección 6ª, 30-11-2009, FJ 2º y ss.

⁵⁸ Todo ello sin perjuicio de las competencias integrales que tienen asumidas Cuerpos Policiales Autonómicos, como los Mossos d'Esquadra en Cataluña, Ertzaintza en el País Vasco o Policía Foral en Navarra, los cuales tienen transferida dicha competencia del control y vigilancia del tráfico en sus respectivos territorios.

⁵⁹ SAP A Coruña sección 6ª, 31-03-2009, número 33/2009, FJ 4º.

⁶⁰ SAP Las Palmas sección 1ª, 29-03-2011, número 120/2011, FJ 5º.

En segundo lugar es necesario que el requerimiento sea preciso, claro y expreso. A modo de ejemplo se pronunció la AP de Islas Baleares:

*“El requerimiento al acusado para la práctica de las pruebas de detección alcohólica fue todo lo claro y terminante que es preciso, como resulta del acta extendida por los agentes instructores del atestado [...] se le instruye detalladamente de sus derechos en relación a la práctica de la prueba y se le apercibe expresamente de que todos los conductores están obligados”.*⁶¹

La AP de Murcia absolvió a un acusado ya que no hubo un requerimiento expreso de los Policías. Así se expresó en la sentencia:

*“Los policías cuando declararon en juicio **manifestaron expresamente no haberle hecho advertencia de que caso de no concluir la prueba reglamentariamente, incurriría en delito de desobediencia.** Así en el atestado no hacen constar dicha circunstancia. **Por lo que faltaría, efectivamente, el requisito aludido en el recurso del requerimiento expreso**”.*⁶²

Por tanto se requiere una acción expresa por parte del agente de la autoridad para informar del requerimiento, no siendo válido requerimientos tácitos

En tercer lugar es necesario que la advertencia sea anterior o en el mismo momento del requerimiento.

La AP de Alicante sentenció lo siguiente:

*“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 que se exprese tal negativa en aras de que pueda constatarse la mencionada actitud de rebeldía en la persona requerida, que en todo delito de desobediencia grave tiene que concurrir.**”*⁶³

La AP de Madrid también se posicionó alegando que la advertencia debe de realizarse antes o en el mismo momento del requerimiento.⁶⁴

Por último se exige que el agente de la autoridad informe de las consecuencias penales que acarrea la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas. Sobre esta cuestión no existe una jurisprudencia pacífica.

Una parte de la jurisprudencia entiende que si no existe una advertencia acerca de las repercusiones penales de la negativa, se está ante una causa de exculpación y por tanto la atipicidad de la conducta.

⁶¹ SAP Islas Baleares sección 1ª, 14-09-2006, número 171/2006, FJ 4º.

⁶² SAP Murcia, sección 5ª, 15-02-2011, número 61/2011, FJ 3º.

⁶³ SAP Alicante, sección 3ª, 13-10-1998, número 603/1998, FJ 2º.

⁶⁴ SAP Madrid sección 17ª, 07-02-2003, número 88/2003, FJ 3º.

La explicación es la siguiente: si a una persona no se le informa de que puede incurrir en un delito, surge un error de prohibición por el que la persona desconoce el verdadero alcance de su conducta; en estos casos al ser un error invencible acarrea la exclusión de responsabilidad penal. (Artículo 14.3 del CP)

En estos términos se pronunció la AP de Jaén:

*“[...] 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.**”⁶⁵*

También la AP de Girona enjuicio del siguiente modo:

“Preguntado [Un Policía Local] acerca de si apercibió de las consecuencias legales de la negativa respondió <<le dijo que le pondrían una multa si no la quería hacer>> (folio 150), con lo cual, bien pudo dar a entender a quien hoy recurre que se trataba de una sanción administrativa y no de un ilícito penal.”⁶⁶

En la misma dirección la AP de Barcelona:

*“En consecuencia, al no constar que el acusado fuera advertido de las consecuencias penales de la negativa a someterse a la prueba y al no poder presumir de que de forma voluntaria realizó incorrectamente la prueba mecánica, [...], no se culminó el delito de desobediencia grave del artículo 380 del CP”.*⁶⁷

Otro sector de la jurisprudencia, sostiene que es comúnmente conocida la obligación que tienen los conductores a someterse a las pruebas de alcoholemia y drogas, por lo que no es oportuno estimar un error de prohibición y la conducta debe revestir relevancia penal.

Esta visión parte de la idea que todo ciudadano medio conoce la obligación de someterse a la pruebas, y que no es requisito conocer en su totalidad la tipificación en el CP si no únicamente saber la ilicitud de la conducta⁶⁸. Evidentemente si se alega un error de prohibición se deberá valorar el caso concreto, atendiendo a las características del sujeto en cuestión(es diferente una persona integrada en nuestra

⁶⁵ SAP Jaén, sección 2ª, 19-12-1998, número 171/1997, FJ 2º.

⁶⁶ SAP Girona sección 3ª, 01-07-1998, número 249/1998, FJ 5º.

⁶⁷ SAP Barcelona, sección 20ª, 25-10-2006, número 865/2006, FJ 2º ; igualmente las siguientes sentencias: SAP Madrid, sección 17ª, 07/02/2003, número 88/2003, FJ 3º ; SAP Alicante, sección 3ª, 13-10-1998, número 603/1998, FJ 2º ; SAP Madrid, sección 26ª, 16-12-2008, número 832/2008, FJ 4º ; SAP Las Palmas, sección 6ª, 31/03/2009, número 28/2009, FJ 2º ; SAP Murcia, sección 5ª, 15-02-2011, número 61/2011, FJ 3º ; SAP Salamanca, sección 1ª, 14-04-2011, número 48/2011, FJ 2º ; SAP Madrid, sección 15ª, 05/07/2011, número 250/2011, FJ 2º.

⁶⁸ Así lo dijo la STS 28-10-1998.

sociedad y con un conocimiento socio-cultural medio, que una persona que acaba de llegar a España proveniente de un País subdesarrollado y con un bajo nivel cultural). Corresponderá la carga de la prueba a aquél que alega ese error.

Dice la AP de A Coruña de fecha 30-01-2007:

*“Ello deja sin efecto el argumento de error de prohibición que se insinúa en el recurso, y en todo caso habría de tenerse en cuenta **que basta la consciencia de que el comportamiento propio es contrario a derecho y no exacto alcance jurídico-penal de la conducta** (STS núm. 1171/1997, de 29 de septiembre; STS núm. 302/2033, de 27 de febrero)”⁶⁹*

La AP de Valencia de fecha 09/05/2008 se pronunció en parecidos términos:

*“Partiendo de esta consideración, y asumiendo la clara consciencia de antijuricidad 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 claramente consciente de su obligación de realizar las pruebas cuando se escudó chulescamente en el idioma para no realizarlas.”⁷⁰*

En la misma dirección dictaminó la AP de Barcelona de fecha 27-10-2009:

*“ Para que pueda entenderse perpetrado el delito de desobediencia tipificado en el vigente art. 383 del C. Penal **no es preceptivo que se advierta expresamente a quien se reclama que se someta a las pruebas de alcoholemia de las consecuencias que podrían derivarse para él caso de no acceder a lo que se le demandaba, al no ser elemento del tipo el que se haga ilustración al autor de que en caso de desobedecer la orden emanada por un agente de la Autoridad en el ejercicio de sus funciones propias de su cargo, se incurriría en delito**”⁷¹*

Por tanto existe una jurisprudencia dividida acerca de si se requiere la advertencia previa de las consecuencias penales de la negativa; por un lado unos creen que cualquier persona es conocedora de la antijuricidad de la conducta y que por tanto debe ser perseguible penalmente, y por otro lado otros creen que si no hay advertencia previa o simultánea al hecho en cuestión, la persona no debe por qué saber que esa conducta es delictiva y determina la atipicidad de la conducta.

El Código Penal incorporó en el año 1995 el delito de negativa (antiguo 380 CP). Cabe recordar que hasta la reforma del año 2007, únicamente se conocían por la vía penal las negativas cuando se podía probar que la conducción había estado afectada por la

⁶⁹ SAP A Coruña, sección 6ª, 30-01-2007, número 3/2007, FJ 2º.

⁷⁰ SAP Valencia, sección 3ª, 09/05/2008, número 274/2008, FJJ 5º.

⁷¹ SAP Barcelona, sección 2ª, 27-10-2009, número 666/2009, FJ 2º. Con la misma concepción las sentencias siguientes: SAP Tarragona, sección 2ª, 12-05-1999, número 190/1999, FJ 1º ; SAP Girona, sección 3ª, 03-11-2006, número 666/2006, FJ 2º ; SAP Madrid, sección 26ª, 16/12/2008, número 832/2008, FJ 4º ; SAP Barcelona, sección 2ª, 26-04-2011, número 253/2011, FJ 3º.

presencia de drogas o alcohol en el organismo, con lo que muchas negativas quedaban bajo el prisma de la sanción administrativa.

Es por ello que a mi juicio se debe de exigir una efectiva advertencia de las consecuencias penales de la conducta, teniendo en cuenta la abultada pena que tiene asociada. La regulación de la materia ha oscilado con el paso de los años y este hecho provoca que no toda la ciudadanía sepa (ni deba saber) que la negativa implica pena de prisión. Que se tenga conocimiento de su ilicitud o antijuricidad nada tiene que ver con la imponente sanción que contempla el Código Penal, con lo que el aviso de los funcionarios policiales de las consecuencias de la negativa se hace necesaria para acreditar la rebeldía y por tanto la desobediencia.

Además es un requisito que no supone un esfuerzo o una dificultad añadida para los Cuerpos Policiales, pues basta con manifestarlo oralmente y en caso de negativa reiterada, cumplimentar un acta donde se le informe por escrito de las consecuencias penales de no someterse a las pruebas de alcohol o drogas.⁷²

2. NEGATIVA A REALIZAR LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN DE ALCOHOL Y DROGAS.

Este es al fin, el elemento esencial del tipo de negativa. El artículo 383 del CP dice que comete el delito el que ***“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”***. Es capital saber que conductas pueden ser entendidas como una efectiva negativa a efectos de la imputación del delito.

Como cuestión previa es esencial dilucidar que debe entenderse por pruebas legalmente establecidas, habida cuenta que sólo será imputable la negativa en relación a aquéllas.

Las pruebas legalmente establecidas son aquellas reguladas en los artículos 12.2 y 3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y en los artículos 21, 22, 23, 24,26 y 28 del Reglamento General de Circulación. Cabe decir que es igualmente sancionable la negativa a realizar las pruebas para la detección de

⁷² En estos casos se puede pedir la firma de la persona que se rechaza realizar las pruebas, o en caso de no existir voluntad de firmar el documento, basta con la firma de dos agentes de la autoridad. Ésta es la práctica mayoritaria en las actas que confeccionan los Cuerpos Policiales, a modo de ejemplo: Información de derechos al detenido, acta de derechos de la persona que se somete a las pruebas legalmente establecidas, denuncias administrativas etc.

la impregnación alcohólica, como las pruebas de consumo de drogas psicotrópicas o estupefacientes.

En cuanto a la detección de la impregnación alcohólica, la prueba es el test de alcoholemia. Éste test consiste en la realización de dos pruebas en etilómetros debidamente homologados, con un intervalo temporal entre ambas que debe ser superior a diez minutos. Además se da la posibilidad de una prueba de contraste a la persona que realiza la prueba, consistente en una prueba de constatación del índice de sangre.⁷³

En cuanto a las pruebas de detección de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la ley Orgánica 5/2010 modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 796.1.7º, el cual dice lo siguiente:

*“Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias 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 u otras análogas.** Cuando se practicaren estas pruebas, 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.”⁷⁴*

Por tanto todo conductor de vehículo a motor o ciclomotor está obligado a someterse al test indiciario salival; no solo con ello, también estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente si en la primera prueba ha arrojado un resultado positivo.

Los dos supuestos son obligatorios y la negativa a cualquiera de ellas, implica que la conducta debe ser incardinada en el tipo del 383 del CP.

⁷³ El artículo 26.1 del Reglamento General de Circulación estipula las obligaciones del personal sanitario: *“El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a proceder a la obtención de muestras y remitirlas al laboratorio correspondiente, y a dar cuenta, del resultado de las pruebas que se realicen, a la autoridad judicial. [...]del sistema empleado en la investigación de la alcoholemia, la hora exacta en que se tomó la muestra, el método utilizado para su conservación y el porcentaje de alcohol en sangre que presente el individuo examinado[...].”*

⁷⁴ *Diligencia 7.ª del número 1 del artículo 796 redactada por el apartado cuatro de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010*

Una vez determinado a qué pruebas están obligados a someterse determinados conductores, es el momento de observar los aspectos controvertidos sobre los que la jurisprudencia se ha tenido que ir posicionando.

2.1 NEGATIVA CLARA E INEQUÍVOCA.

Es jurisprudencia consolidada la de requerir que la negativa por parte del sujeto, sea clara e inequívoca, o tácita e inferida de actos concluyentes.⁷⁵

La AP de Madrid dijo en su sentencia de fecha 16-09-2009:

*“Entiende esta Sala que no quiere decir que se trate, como decimos, de una desobediencia en el sentido de negarse a cumplir una orden legítima, emanada de una autoridad, explícita y clara en sus términos, **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**”.*⁷⁶

También la AP de Islas Baleares de 13-01-2011 se pronunció:

La Jurisprudencia [...] viene exigiendo [...] la actitud de abierta negativa y no se mera renuncia del acusado.⁷⁷

Hay que tener en cuenta que es un delito de comisión dolosa, por lo que es necesario probar la voluntariedad e intencionalidad manifiesta de no querer realizar a las pruebas. Por este motivo se requiere que se haga de una forma inequívoca, o mediante actos que únicamente tienen como intención la de frustrar el éxito de la prueba.

2.2 REALIZAR LAS PRUEBAS DE FORMA INCORRECTA DELIBERADAMENTE.

La jurisprudencia mayoritaria considera que la persona que de forma deliberada ejecuta las pruebas erróneamente para frustrar el éxito de la misma, comete el delito de negativa; en efecto se convierte en una negativa simulada, ya que el sujeto

⁷⁵ SAP Madrid, 26ª, 16/12/2008, número 832/2008, FJ 4º.

⁷⁶ SAP Madrid, sección 23ª, 16-09-2009, número 1089/2009, FJ 4º.

⁷⁷ SAP Islas Baleares, sección 1ª, 13-01-2011, número 5/2011, FJ 2º. Con esta misma concepción y a modo de ejemplo las siguientes: SAP Barcelona, sección 2ª, 22-04-1999, número 381/1999, FJ 4º; SAP Barcelona, sección 2ª, 26-04-2011, número 253/2011, FJ 3º.

dolosamente hace todo lo posible para impedir el buen funcionamiento de las instituciones, bajo el disimulo de una conducta correcta.

El caso más habitual es cuando la persona al realizar el test de alcoholemia, “sopla” de forma incorrecta, por ejemplo interrumpiendo el soplido o haciéndolo con intensidad menor de la que requiere el aparato de medida. Cuando se pueda demostrar que esa mala realización se hace de forma preconcebida y voluntaria se estará ante una conducta penalmente relevante.

Esa demostración se basa en hechos racionales, como puede ser la información reiterada de los agentes para realizar la prueba, el número de veces que la haya repetido, la conducta del sujeto etc.

Hay numerosas sentencias que han abordado esta problemática. Así se pronunció la AP de Palencia en su sentencia de 16-06-1998:

“En la práctica de la prueba, [...], éste realizaba sucesivas pruebas, de forma incorrecta e intencionadamente, según se desprende de toda la prueba practicada. Su acompañante, el señor G.P., manifestó en el acto del juicio que <<Javier no se negó a soplar, lo hizo un montón de veces, más de veinte>> y los Guardias Civiles declararon que <<no soplaban bien pese a que le informaban cómo hacer la prueba>>. Lo que no quería el señor S.P era realizar ninguna prueba, evidentemente para evitar que se objetivara que conducía bajo los efectos de bebidas alcohólicas.”⁷⁸

También la AP de Huesca en su sentencia de 29-07-1998:

*“La actitud del acusado no implica otra cosa sino una voluntaria 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 medidor 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.**”⁷⁹*

Por tanto la incorrecta realización de la prueba de forma consciente, se considera una forma de exteriorizar la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas.

2.3 NEGATIVA A REALIZAR LA SEGUNDA PRUEBA

⁷⁸ SAP Palencia, 16-06-1998, número 167/1998, FJ 1º.

⁷⁹ SAP Huesca, 29-07-1998, número 120/1998, FJ 1º. A modo de ejemplo y en la misma dirección las sentencias siguientes: SAP Jaén, sección 2ª, 02-06-1998, número 167/1998, FJ 2º ; SAP Salamanca, 07-10-1998, número 74/1998, FJ 2º ; SAP Granada, sección 2ª, 31-03-2006, número 207/2006, FJ 2º; SAP Cádiz, sección 4ª, 27-02-2009, número 57/2009, FJ 2º ; SAP Madrid, sección 1ª, 24-09-2009, número 379/2009, FJ 2º; SAP Burgos, sección 1ª, 08-10-2009, número 219/2009, FJ 2º; SAP Madrid, sección 23ª, 13-10-2009, número 1181/2009, FJ 1º.

Otra de la casuística es aquella en que una persona realiza la primera prueba, pero posteriormente se niega a realizar la segunda. En estos casos, ¿se debe entender que se ha cometido el delito de negativa?

El artículo 23 del Reglamento General de Circulación, dice que si en la primera prueba se ha arrojado un resultado superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, el agente someterá al interesado para mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba.

Precisamente es esta norma la que parece estipular la obligatoriedad de la segunda prueba; a pesar de ello la jurisprudencia no es pacífica y hay parte de ella que afirma que no existe delito si se ha realizado la primera prueba.

El Tribunal Supremo ha hecho hincapié en varias sentencias que ambas pruebas son obligatorias, y que no realizar la segunda es subsumible en el tipo del 383 del CP.⁸⁰

Todo y así, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no van en la misma dirección, defendiendo algunas de ellas que rechazar la segunda prueba no es una conducta delictiva.

La AP de Barcelona absolvió en un caso en que el sujeto se negó a realizar la segunda prueba, motivándolo de la siguiente manera:

*“El Código, tipificando de forma individual la conducta punible, exige sin embargo, que la negación sea a someterse a las pruebas legalmente **establecidas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, etc.** Es decir que, cuando define de forma singular el delito, no exige como acción típica la negación a efectuar una prueba de detección, sino varias; entendiéndose esta Sala que la mentada redacción no es meramente literal sino que es uno de los elementos fijados por el legislador como configurador del tipo penal.”⁸¹*

De igual modo se pronunció otra sección de la AP de Barcelona el día 22-11-2002:

*“Habremos de decantarnos por una interpretación más favorable al acusado en **la que únicamente sea realizado el tipo para el caso de que la negativa lo sea a la interpretación de la primera de las reglamentarias, la que haya de efectuarse con etilómetro evidencial,***

⁸⁰ En la STS 22-03-02, el sujeto únicamente quiso realizar la prueba con el etilómetro orientativo, es decir, aquél que no está debidamente calibrado y que únicamente sirve para realizar un muestreo para saber si la persona está afectada por la ingesta de bebidas alcohólicas y posteriormente corroborarlo con el etilómetro evidencial, el cual otorga una tasa más fiable. El TS entendió que el hecho de someterse a esa prueba no era suficiente ya que no tenía la capacidad suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, teniendo en cuenta que únicamente da un resultado orientativo y no es un aparato debidamente calibrado y homologado. Por este hecho manifestó que era una conducta delictiva.

⁸¹ SAP Barcelona, sección 7ª, 18-02-1999, número 143/1999, FJ 3º.

pues esa negativa excluye también por esencia la segunda de las pruebas que contempla el artículo 22 del Reglamento de Circulación.⁸²

Otra parte de la jurisprudencia cree que es delictivo no someterse a la segunda prueba, ya que el tipo delictivo habla de “someterse a las pruebas”, con lo que el carácter plural exige que la persona deba realizar ambas. Seguidamente se expresa un ejemplo:

SAP Barcelona de fecha 12-01-2004:

*“Este Tribunal, por el contrario, sostiene [...] que el precepto legal, al utilizar el plural, está indicando la obligatoriedad bajo pena del sujeto a **realizar todas las pruebas legalmente determinadas, es decir, una primera con etilómetro portátil de mera comprobación y si esta resultare positiva una segunda con etilómetro de precisión para confirmar el primer resultado positivo.***

En el supuesto de autos, hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 380, pues entenderlo de otra forma [...] comportaría 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 con ellos por lo que en la práctica devendría absolutamente ineficaz la norma legal”⁸³

En síntesis, una parte de la jurisprudencia cree que la segunda prueba es únicamente una prueba para otorgar mayores garantías al sometido, por lo que el rechazo de dicha prueba menoscaba únicamente sus propios intereses y no debe ser una conducta criminalmente perseguida.⁸⁴

En sentido opuesto hay jurisprudencia que cree que la norma habla en plural de “pruebas”, con lo que toda persona está obligada a realizar las dos.

⁸² SAP Barcelona, sección 8ª, 22-11-2002, número 1137/2002, FJ 2º. Con esta misma concepción y a modo de ejemplo las siguientes sentencias: SAP Barcelona, sección 8ª, 28-03-2006, número 503/2006, FJ 1º ; SAP Zaragoza, sección 1ª, 18-03-2009, número 164/2009, FJ 1º ; SAP Girona, sección 3ª, 16-10-2009, número 649/2009, FJ 1º ; SAP Barcelona, sección 3ª, 04-01-2010, número 9/2010, FJ 2º ; SAP Lleida, sección 1ª, 14-02-2011, número 58/2011, FJ 6º.

⁸³ SAP Barcelona, sección 2ª, 12-01-2004, número 30/2004, FJ 3º. En esta línea las siguientes sentencias: SAP Cantabria, sección 1ª, 13-02-2007, número 52/2007, FJ 3º ; SAP Pontevedra, sección 2ª, 01-03-2007, número 3/2007, FJ 2º ; SAP Madrid, sección 23ª, 16-09-2009, número 1089/2009, FJ 4º ; SAP Barcelona, sección 3ª, 02-11-2009, número 928/2009, FJ 1º ; SAP Ourense, sección 2ª, 17-11-2009, número 441/2009, FJ 3º ; SAP Albacete, sección 2ª, 03-11-2010, número 282/2010, FJ 3º ; SAP Barcelona, sección 22ª, 16-12-2010, número 605/2010, FJ 2º ; SAP Barcelona, sección 2ª, 26-04-2011, número 253/2011, FJ 2º.

⁸⁴ Vid. RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 2º ed. Granada 2006, pág. 140 y ss, en el cual afirma que la segunda negativa puede considerarse menos lesiva para el bien jurídico protegido.

2.4 SOLICITUD DIRECTA DEL ANÁLISIS DE SANGRE.

Este es el caso en que una persona, en el momento de ser requerida por agentes de la autoridad para someterse a las pruebas de alcohol o drogas, rechaza hacerlo con los sistemas de medición clásicos y solicita directamente la prueba de detección en sangre.

Según el artículo 22 del RGcir, la analítica es reglamentariamente prueba de contraste, por lo que únicamente se puede solicitar en caso de sufrir problemas físicos acreditados que impidan realizar la prueba, por lo que en principio sería una conducta subsumible en el tipo de negativa.

Parte de la doctrina cree incomprensible esta postura, habida cuenta que la persona en ningún caso tiene la intención de desobedecer a realizar las pruebas, si no únicamente desea hacerlo en la prueba sanguínea que es la que no tiene margen de error. Estos autores creen que en ningún caso se puede entender menoscabado el principio de autoridad, atendiendo a que la persona sí desea someterse a la comprobación de su ingesta de alcohol o drogas.⁸⁵

Parte de la jurisprudencia sigue esta línea doctrinal; a continuación se detallan dos sentencias a modo de ejemplo:

SAP Barcelona 04-01-2000:

*“La analítica de extracción sanguínea, siendo el método más idóneo para la obtención de resultados fiables, **significa una afectación mayor en los derechos del individuo, motivo por el que la norma reglamentariamente sólo declara obligatorias las de aire espirado, susceptibles de menos incidencia en aquellas, por lo que únicamente la decisión del interesado de someterse voluntariamente a ellas o a la decisión judicial al respecto permiten su práctica.** Pero, en todo caso, forma parte de las pruebas legalmente previstas a las que se refiere el artículo 380 del Código Penal. [...] **No puede afirmarse en consecuencia que José R.O se hubiese negado a la realización de las pruebas legalmente establecidas.**”⁸⁶*

En perfecta sintonía la SAP Madrid 22-05-2000:

*“Es cierto que así se establece reglamentariamente –que se haga como contraste-, pero no lo es menos que la conducta de quien ofrece directamente someterse a una prueba de detección alcohólica más fiable, como es la que se obtiene mediante el análisis de sangre, **no representa una oposición tajante a realizar una prueba establecida para la comprobación de los***

⁸⁵ Entre otros FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia, Seguridad Vial y Derecho Penal, Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad Vial. Dir. Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO. Coordinador: Sergi CARDENAL MONTRAVETA. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008. Página 199 y 200.

⁸⁶ SAP Barcelona, sección 5ª, 04-01-2000, (Ponente: Ilustrísima Sra. María Rosa Fernández Palma), FJ 2º.

hechos, sino que, al contrario, supone una completa colaboración en la investigación de los mismos y en el deseo de comprobar la impregnación alcohólica que pudiera tener.⁸⁷

La jurisprudencia opuesta cree que la conducta sí es subsumible en el tipo. Ello es así porque las pruebas ordinarias son las realizadas con etilómetros, ya que son las más respetuosas con el principio de mínima intromisión en la intimidad de ciudadanos. Se debe de dejar para casos excepcionales otros instrumentos también válidos como puede ser la analítica sanguínea.

“La norma general para la realización de pruebas alcoholemia no es la de practicar, de entre todas las posibles, aquella que el requerido elija por sí 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 que el afectado padezca de una enfermedad respiratoria [...] podrían los agentes practicar otro tipo de pruebas.⁸⁸

La SAP de Burgos 04-11-2003 dice que no existe un derecho de opción entre realizar el test de alcoholemia o el análisis de sangre:

“No son dos pruebas alternativas, sino que la obligación del conductor con síntomas externos de intoxicación es la de someterse a la prueba de detección alcohólica y solo en un segundo momento, y como prueba de contraste, se puede solicitar la prueba de extracción sanguínea.⁸⁹

A mi juicio dos aspectos están en colisión: por un lado preservar el sistema garantista propio de nuestro derecho penal, y por otro una necesidad de operatividad y eficiencia a la hora de practicar las pruebas de alcohol y drogas; a mi modo de ver ambas son esenciales y en ningún caso excluyentes.

Es obvio que una persona que declina realizar la prueba en un etilómetro pero que a su vez manifiesta su intención de ser sometido a una prueba sanguínea no está eludiendo strictu sensu la acción de la justicia; sin embargo, no es menos cierto afirmar que este hecho tiene un coste muy elevado (económico y de recursos humanos) y que no es aceptable como procedimiento ordinario.

⁸⁷ SAP Madrid, sección 5ª, 22-05-2000, número 661/2000, FJ 1º; con esta misma concepción las siguientes sentencias: SAP Barcelona, sección 10ª, 03-05-2001, ponente Ilustrísimo. Sr. D. José María Planchat Teruel, FJ 4º; SAP Ciudad Real, sección 1ª, 17-12-2010, número 155/2010, FJ 1º.

⁸⁸ SAP Girona, sección 3ª, 06-11-2002, número 794/2002m FJ 1º.

⁸⁹ SAP Burgos, sección 1ª, 04-11-2003, número 155/2003, FJ 1º. En igual dirección la siguiente: SAP Albacete, sección 1ª, 11-09-2003, número 89/2003, FJ 5º.

Aceptar que ambas pruebas son válidas y que el sometido tiene el derecho a escoger de forma indistinta entre ambas opciones, sería tanto como afirmar la ineficacia e ineficiencia de los controles preventivos, ya que a la segunda persona que requiera ir a un centro Hospitalario se debería dar el control por finalizado por falta de efectivos.

Creo que existe un gran consenso en creer que las pruebas del etilómetro o de facilitar saliva, imponen una obligación respetuosa con los derechos fundamentales y que es fácilmente realizable por los ciudadanos. Ir más allá es a mi juicio, instrumentalizar de forma perniciosa nuestro sistema garantista, e intentar obstaculizar los pocos instrumentos de los que dispone el Estado para la detección de conductores que conducen afectados por alcohol o drogas.

Nuestro sistema garantista es uno de los mayores patrimonios del que gozan todos los ciudadanos, sin perjuicio que puede acabar siendo dañino si se dilata el concepto hasta los límites de la inoperancia.

2.5. NO REALIZAR LA PRUEBA HASTA LA PRESENCIA DE LETRADO.

En este caso la jurisprudencia sí que es unánime, manifestando que no es necesaria la presencia de abogado en la práctica-a de estas pruebas; por tanto, condicionar la ejecución de la prueba de alcoholemia o drogas a la presencia de un letrado es una conducta subsumible en el art.383 del Código Penal.

En estos términos se pronunció la AP de Madrid de 19-10-2009:

"[...] sin que exista ninguna disposición legal que exija la presencia letrada para la práctica de una prueba de alcoholemia, lo cual sería además contradictorio 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 de alcohol en el organismo, ofreciendo de esta manera unos resultados de escasa o nula fiabilidad".⁹⁰

3. CONCLUSIONES PROVISIONALES:

- Existe una jurisprudencia unánime en que la negativa debe ser clara e inequívoca o tácita e inferida de actos concluyentes.

⁹⁰ SAP Madrid, sección 1ª, 19-10-2009, número 430/2009, FJ 2º. También las siguientes: SAP Álava sección 2ª, 03-04-2008, número 110/2008, FJ 3º, SAP Vizcaya 09-10-2002.

- Es delito de negativa realizar las pruebas deliberadamente de forma infructuosa.
- Es jurisprudencia consolidada la no necesaria presencia de letrado en la práctica de las pruebas, con lo que la desobediencia alegando este motivo es una conducta que debe ser incardinada en el 383 CP.
- Hay criterios discordantes sobre la persona que se niega a realizar la segunda prueba pero ya ha hecho la primera. Un sector jurisprudencial cree que es delito porque se exige hacer las dos en la regulación reglamentaria, y en sentido opuesto otros creen que es una conducta atípica ya que la segunda prueba únicamente es una garantía para el interesado y que si desiste voluntariamente no debe de ser punible.
- Hay visiones opuestas sobre la persona que únicamente quiere someterse con una prueba sanguínea. Unos creen que es delictivo porque el análisis de sangre es únicamente una prueba de contraste, y otros creen que es atípico porque no hay mayor garantía de obedecer que pedir la prueba más fiable que existe.
- Por el tipo de delito y por la pena que lleva asociada, son casos que no llegan a conocerse en el Tribunal Supremo, lo que provoca que no exista una jurisprudencia unánime y vinculante para el conjunto de las Audiencias Provinciales.
- A colación de lo anterior, existe una gran inseguridad jurídica en el delito de negativa, ya que cada Audiencia Provincial (incluso cada sección de ellas) tienen visiones distintas sobre aspectos nucleares del tipo, dando lugar a sentencias opuestas en supuestos de hecho muy parecidos.
- El legislador ha hecho prevalecer la operatividad y la eficacia en la práctica de las pruebas, en contra de una visión estricta y encorsetada del sistema garantista penal.

CAPÍTULO IV

RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE NEGATIVA (ART. 383 CP) Y CONDUCIR BAJOS LOS EFECTOS DEL ALCOHOL O DROGAS (ART.379.2 CP)

Como ya se ha visto con anterioridad, no se puede concebir el delito de negativa como un tipo desligado y autónomo de la conducta prevista en el artículo 379.2 CP; no en pocas ocasiones se dan ambos de forma casi simultánea y el legislador, a pesar que ambos buscan proteger la seguridad en el tráfico (con los matices ya expuestos acerca del delito de negativa) les otorga un reproche penal distinto teniendo en cuenta la pena.

En este orden de consideraciones el legislador considera mucho más grave la negativa que conducir bajos los efectos de alcohol o drogas; de una manera fuertemente cuestionable, nuestros políticos han creído que la negativa es más peligrosa en el tráfico rodado que la conducción bajo los efectos. Como no es objetivo principal de este trabajo realizar un análisis dogmático acerca de esta incongruencia, se parte de su existencia en el ordenamiento jurídico a fin y efecto de llegar a conclusiones acerca de su operatividad.

Así una primera aproximación obliga a hacer un acercamiento al concepto de concurso; entendemos que existe concurso cuando hay una pluralidad de actuaciones no subsumibles bajo un único tipo penal, por lo que procede aplicar más de uno habida cuenta que la pluralidad de hechos acarrea una gravedad que requiere ser reprochada con más de un precepto ; en otras palabras podemos decir que en ocasiones y ante una pluralidad de hechos delictivos, un solo precepto es incapaz de

aglutinar todo el desvalor de la conducta, por lo que entrarán en juego diversos tipos delictivos.

En el caso que nos ocupa las cuestiones son las siguientes: Una persona que conduce de forma correcta y se niega a someterse a las pruebas, ¿debe tener la misma pena que aquél que previamente ha conducido bajo los efectos y al ser detectado también se niega? el conductor que a pesar que su conducción es correcta, presenta sintomatología y a la hora de llegar a un control preventivo se niega, ¿debe tener la misma penalidad que aquél que no presenta sintomatología, su conducción es correcta y no quiere realizar la prueba? Una persona altamente afectada por el alcohol que no es capaz de realizar la prueba a causa de la ingesta, ¿Qué tipo penal se le debe aplicar?

Obviamente el delito de negativa tiene una estrecha relación con el delito de alcoholemia ya que en muchas ocasiones aparecen ambos en un espacio temporal muy corto, con lo que es importante saber cómo interpretan nuestros operadores jurídicos esta comisión “casi coincidente”, teniendo en cuenta que hay una notoria diferencia en cuanto a la penalidad.

Las penas de ambos delitos en nuestro CP son las siguientes:

Alcoholemia (artículo 379.2 CP): [...] será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Negativa (artículo 383 CP) [...] será castigado con la 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.

Aquí se puede observar como la diferencia más sustancial pivota sobre la pena privativa de libertad; la negativa presenta una pena de prisión ostensiblemente mayor que la conducción bajo los efectos. Por otro lado, el artículo 379.2 da la posibilidad de evitar la pena de prisión con una determinada multa o con trabajos en beneficio de la comunidad, aspecto último necesario para no crear un agravio comparativo entre aquellas personas que disponen de recursos económicos y los que no.

En el supuesto en que aparezcan ambas conductas (alcoholemia y negativa) el ordenamiento jurídico otorga varias soluciones que se abordan a continuación. Según la práctica interpretativa que se lleve a cabo de los dos preceptos que entran en

colisión, entenderemos que se debe aplicar una de las siguientes: concurso ideal, concurso real o concurso de leyes.

1. CONCURSO IDEAL

En el artículo 77 del CP está regulado cuando debe entenderse que existe concurso ideal: “un solo hecho constituya dos o más infracciones”. El ejemplo más clásico es aquél ciudadano que agrede a un funcionario policial creándole unas lesiones constitutivas de delito; en este caso, un mismo hecho (un solo golpe) origina un delito de atentado a agentes de la autoridad y un delito de lesiones.

El artículo 77 nos dice que en estos casos se deberá aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave.

No cabe ahondar más en esta solución legal ya que no se ajusta a nuestro caso concreto; ello es así porque no existe una sola acción y sí varias que se suceden en el tiempo. No es la misma conducta conducir bajo los efectos que negarse a realizar las pruebas, a pesar que se puedan dar en un espacio temporal reducido. La naturaleza es distinta y son dos conductas humanas claramente diferenciadas con objetivos distintos.

Es por ello que ni la jurisprudencia ni la doctrina han contemplado esta solución como la correcta.

2. CONCURSO REAL.

Se entiende que existe concurso real cuando diversos hechos se han ido sucediendo con el tiempo y no es posible comprender la antijuricidad de los hechos en un solo tipo.

Las reglas del concurso real en cuanto a la estipulación de penas son las siguientes:

- Las penas de los diferentes tipos se acumulan sin que la pena total pueda superar el triple de la pena del delito más grave.

- Debe existir una unidad de acción real, es decir, cada acción debe ser típica y antijurídica por separado, sin que puedan depender las unas de las otras.

Por tanto el concurso real otorga, a todas luces, un tratamiento mucho más severo en cuanto a pena. Las penas de los delitos en cuestión se van acumulando hasta el límite del triple de la pena del delito más grave.

A priori parece ser una visión que encaja con nuestro supuesto de hecho, ya que son dos conductas independientes (la negativa y la alcoholemia), típicas y antijurídicas.

Con posterioridad aunque en este mismo capítulo, se analizarán las diversas interpretaciones que realizan los diferentes operadores jurídicos, donde se verá que la Fiscalía opta por esta interpretación del Código Penal.⁹¹

3. CONCURSO DE LEYES.

Es también denominado concurso de normas y entendemos que estamos ante esta situación en el supuesto en que, a pesar que unos hechos pueden tener relación con varios preceptos del CP, se debe aplicar solo uno de ellos ya que éste abarca todo el desvalor de la conducta. Un ejemplo clásico es aquél que realiza un asesinato ¿Se le debe condenar también por un delito de homicidio? Obviamente el delito de asesinato absorbe toda la antijuricidad de la conducta y sólo se debería condenar por éste tipo.

Algunos autores también lo denominan “concurso aparente de normas penales”⁹², ya que finalmente únicamente se aplica una de las normas que entran en colisión. En definitiva esta figura surge de una cuestión subyacente que es la garantía de non bis in ídem y a fin de garantizar respuestas jurídicas proporcionadas; dicho de otro modo, existen casos concretos donde aplicar más de una norma daría lugar a una punición excesiva y desproporcionada. Siguiendo el ejemplo arriba expuesto, aquél que mata a otro con ensañamiento se puede afirmar que comete tanto homicidio (matar a otro) y asesinato (lo hace con ensañamiento), sin perjuicio que sancionar por ambos delitos supondría una sanción desproporcionada.

En estos casos es el artículo 8 del CP el que estipula los criterios de interpretación en cuanto a elección del tipo y su penalidad:

⁹¹ Más adelante se reseña la jurisprudencia consultada.

⁹² BACIGALUPO ZAPATER, DP. PG, 1997, página 418.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

- *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.*
- *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.*

El primero de ellos responde a la expresión latina «lex specialis derogat legem generalem». En el caso que nos ocupa, el artículo especial contiene toda la información del tipo general más un plus (algo más) sobre el tipo absorbido. Así, todos los tipos cualificados son normas especiales en relación con el tipo ordinario del que emanan.

El segundo de ellos responde a la expresión latina Lex primaria derogat legis subsidiariae. Significa que el precepto subsidiario únicamente se aplicará en defecto del principal, entendiendo como subsidiario en aquellos casos en que el propio precepto así lo estipule o en el que se pueda deducir de forma tácita.

El tercero de ellos responde a la expresión latina lex consumens derogat legem consumtam; esta regla operativa nos viene a decir que el precepto penal más amplio deberá absorber a aquellos preceptos que castiguen las infracciones previstas en el tipo más completo.

El cuarto criterio responde al principio de alternatividad, en el que el precepto más grave deberá excluir a todos aquellos que penalicen el hecho de forma menor. Es este el caso del concurso de leyes explicado en las líneas precedentes.

Una vez se sabe los dos artículos en conflicto sus penas y las diferentes posibilidades de interpretación, es el momento de analizar que opción de interpretación han escogido nuestros operadores jurídicos. Para ello, se analizará de forma sucinta (se hará de forma más extensa en un capítulo posterior) la visión policial, la visión del Ministerio Fiscal y por último la respuesta última de nuestros jueces y tribunales; este orden responde a la estructura lógica que sigue una denuncia por estos casos, la cual es la siguiente:

1.- atestado policial, el cual se define como aquellas actuaciones prejudiciales con valor de denuncia, que realizan los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado para la comprobación y averiguación de infracciones penales.

2.- Escrito de acusación del Ministerio Fiscal donde se solicita una pena determinada. En estos casos existen matices procesales, ya que la mayoría de estos casos de dilucidan en los denominados juicios rápidos donde se permite una conformidad beneficiosa para el reo.

3.- Sentencia de los jueces y tribunales, las cuales deberá oscilar dentro de los límites pedidos por las partes en sus escritos de acusación y defensa, en aras de ser respetuosos con el principio acusatorio.⁹³

4. POSICIÓN DEL MINISTERIO FISCAL.

La CIRCULAR 10/2011 “SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL” determina expresamente el régimen de concursos en los delitos contra la seguridad vial y es una interpretación vinculante para todas las Fiscalías.

En materia de concursos, se dice que la relación entre el artículo 379.2 CP y el 383 CP se debe solucionar por un concurso real de delitos.⁹⁴

Dice la circular lo siguiente:

“Frente a lo dicho caben asimismo otras consideraciones. El delito del art 383 y el del art 379 son de todo punto autónomos entre sí y sus acciones están temporalmente diferenciadas. La absolución por el tipo del art 379 no impedía la condena por el delito del anterior art 380 (estos razonamientos en SSTS 19- 2-2002 y 22-3-2002). En dos casos o supuestos de negativa a las pruebas legales, está dotado de una mayor gravedad de injusto aquél en el que además se ha conducido embriagado.”⁹⁵

En la práctica y aunque en el atestado policial no se hagan constar los dos delitos, el MF acusa por ambos teniendo en cuenta el acta de sintomatología y los indicios de influencia en la conducción, en aquellos casos en los que los agentes actuantes interceptan al infractor por la conducción irregular que venía realizando.

⁹³ Más adelante se reseña la jurisprudencia consultada.

⁹⁴ CIRCULAR 10/2011 “SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL” página 76.

⁹⁵ CIRCULAR 10/2011 “SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL” página 75.

En la alcoholemia el MF suele solicitar la pena de multa en la mitad inferior, es decir, de 6 a 9 meses (la extensión total es de 6 a 12 meses), salvo que la persona sea reincidente o haya provocado un accidente en cuyo caso se solicita pena de prisión. La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores también se suele solicitar en su mitad inferior, es decir, de 1 año a 2 años y 6 meses (la extensión total es de 1 año a 4 años).

En la negativa se debe aplicar la atenuante de embriaguez por lo que, imperativamente (art. 66.1.1ª Código Penal) se aplica en su mitad inferior, es decir, prisión de 6 meses a 9 meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 año a 2 años y 6 meses. Se adjunta un ejemplo de escrito de acusación del MF.⁹⁶

Otro aspecto a tener en cuenta es la denominada conformidad premiada, prevista en el artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; ella prevé que si la persona asume la realización de la conducta antes del juicio oral (en nuestro caso antes de la celebración del juicio rápido) y se “conforma” con la pena, ésta se le deberá rebajar en un tercio.

Por lo tanto, se debe reducir la pena de multa (no la cuota), la de prisión, los trabajos en beneficio de la comunidad y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para que sea divisible entre tres, normalmente el MF solicita penas como un año y tres días para que con la rebaja del tercio se quede en 8 meses y 2 días. Se adjunta escrito de acusación del MF en un caso con conformidad.⁹⁷

Además, según el artículo 47 del Código Penal, en caso de condena a una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores superiores a dos años se impone la pérdida de la vigencia del permiso de conducir.

El MF al ser una institución que se rige por el principio de jerarquía, mantiene una posición uniforme en todos los procesos; en nuestro caso es solicitar siempre la aplicación de un concurso real de delitos.

⁹⁶ Véase ANEXO I.

⁹⁷ Véase ANEXO II.

5. POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES.

La cuestión no es tan pacífica en nuestros Tribunales. Existen dos concepciones acerca de cómo deben aplicarse el artículo 379 y el 383 del CP.

La primera de ellas es seguir la línea adoptada por el Ministerio Fiscal, y concebir que son dos conductas distintas que se cometen en momentos diferentes, por lo que aplicar un solo tipo penal no abarcaría el total desvalor de la conducta. La jurisprudencia más abundante sí que se ha inclinado por esta aplicación de un concurso real. A continuación se puede ver una muestra de esta línea jurisprudencial.

SAP Ourense 22-09-2009:

“Se aduce por el apelante, en lo que al último delito respecta, vulneración del principio non bis in ídem, alegando la imposibilidad de penar doblemente la actuación del acusado al proteger ambos preceptos-art. 379 y 380 CP- idéntico bien jurídico.

[...] existe compatibilidad entre ambas infracciones << atendiendo a que se está en presencia de comportamientos delictivos autónomos, pues mientras la figura recogida en el artículo 379 CP se consuma en el momento en el que acusado hubiera conducido bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la prevista en el art. 383 del mismo Texto produce su consumación al tiempo de la realización de las pruebas de alcoholemia y en cuanto a los bienes jurídicos que tutelan no son del todo coincidentes, aunque sí íntimamente relacionados, por cuanto el primero de los delitos protege exclusivamente la seguridad vial, el segundo tiende a tutelar el principio de autoridad.”⁹⁸

SAP Barcelona 02-11-2009:

“Aunque ambos preceptos comparten como objeto de tutela la seguridad vial, es preciso reconocer que ni esto supone una coincidencia total de objeto [...] ni fundamentalmente estamos ante la misma afectación del bien jurídico.”⁹⁹

Así, un sector de la jurisprudencia considera que en ningún caso se vulnera el principio non bis in ídem si se condena por ambos delitos, ya que no son conductas idénticas que se producen en el mismo momento, ni son tipos que defienden estrictamente lo mismo.

⁹⁸ SAP Ourense, sección 2ª, 22-09-2009, número 351/2009, FJ 3º.

⁹⁹ SAP Barcelona, sección 3ª, 02-11-2009, número 928/2009, FJ 1º. Con esta misma concepción y a modo de ejemplo las siguientes sentencias: STC 12-01-2009, número 1/2009, FJ 6º ; SAP Salamanca, sección 1ª, 08-06-2009, número 83/2009, FJ 2º ; SAP Alicante, sección 3ª, 28-10-2009, número 581/2009, FJ 2º ; SAP Pontevedra, sección 2ª, 16-04-2010, número 59/2010, FJ 2º; SAP Burgos, sección 1ª, 26-04-2010, número 102/2010, FJ 2º. SAP Navarra, sección 3ª, 28-05-2010, número 84/2010, FJ 3º; SAP Guadalajara, sección 1ª, 16-06-2010, número 1/2010, FJ 3º.

En sentido opuesto y aunque de forma todavía minoritaria, está surgiendo una nueva corriente jurisprudencial que considera que la solución debe ser dada mediante la aplicación de un concurso de leyes. (Artículo 8.4 del CP). Estos jueces y tribunales estiman que la aplicación de ambos preceptos sí que vulnera el principio de non bis in ídem, por lo que se debe condenar solo por el delito de negativa. (Artículo 383 CP)

Así se ha expresado la jurisprudencia:

“Pues de constatarse la influencia del alcohol en la circulación por otros medios probatorios, sería ilógico sancionar de forma autónoma la negativa a someterse a una prueba encaminada justamente a evitar el riesgo de la conducta ya acreditada y sancionada. Pero es que además no resulta acorde con el principio de proporcionalidad.”¹⁰⁰

“A su vez, el art. 383 sanciona la negativa con la misma pena de prisión que la desobediencia (mayor que la conducción bajo el efecto de dichas sustancias) y con la pérdida del derecho a conducir vehículos de motor en la misma extensión que la conducción bajo el efecto de tales sustancias. Ello implica una exacerbación de la pena correspondiente a cada una de las conductas examinadas por separado, que sólo se explica por la existencia de un concurso del art. 8.4 CP en la previsión del art. 383. Es cierto que son posibles otras interpretaciones, como acabamos de mencionar con anterioridad, pero nos inclinamos por considerar que existe un supuesto de bis in ídem, porque las consecuencias penológicas no resultan proporcionadas en tanto que implican una doble sanción en la privación del derecho de conducir vehículos de motor, lo que nos lleva a estimar el recurso formulado”¹⁰¹

De nuevo y a modo de conclusión provisional, se puede observar que estas cuestiones no llegan a ser conocidas por el TS, lo que provoca que no exista una jurisprudencia vinculante para las diferentes Audiencias Provinciales y que cada una de ellas solucione el conflicto en base a su interpretación; ello origina una inseguridad jurídica a la ciudadanía ya que dependerá del lugar de comisión del delito y del tribunal enjuiciador, que la pena sea una u otra.

6. MODUS OPERANDI POLICIAL.

Lo primero que se debe decir es que no compete a esta institución realizar una interpretación jurídica exhaustiva sobre la materia.

¹⁰⁰ SAP Las Palmas, sección 6ª, 06-04-2010, número 81/2010, FJ 1º.

¹⁰¹ SAP A Coruña, sección 6ª, 29-12-2010, número 104/2010, FJJ 1º. Con la concepción de concurso de leyes también las siguientes sentencias: SAP Las Palmas, sección 6ª, 06-04-2010, número 81/2010, FJ 1º; SAP Madrid, sección 17ª, 21-12-2010, número 1407/2010, FJ 4º; SAP Valencia, sección 2ª, 03-01-2011, número 29/2011, FJ 3º; SAP Valencia sección 2ª, 09-05-2011, número 356/2011, FJ 3º.

A pesar que es importante que los integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad tengan conocimientos sobre los diferentes tipos penales, no les concierne strictu sensu realizar interpretaciones sobre teoría general de delito o, por ejemplo, conocer las reglas especiales para la aplicación de las penas. Es necesario que la Policía esté instruida jurídico-penalmente pero desde una visión más prematura, es decir, en la detección y tramitación de aquellas conductas presuntamente delictivas, sin que se les deba exigir tomar parte en la interpretación de sus actuaciones. Cabe recordar que salvo casos excepcionales y que no guardan relación con el caso estudiado en este trabajo, los Policías acuden a los juicios en calidad de testigos, por lo que no son parte en el proceso ni tienen ningún interés legítimo en lo que allí se dilucida, más que prestar declaración sobre unos hechos presuntamente delictivos.

En la diferente casuística, la actuación de los Mossos d'Esquadra es la siguiente:

1.- Persona que se niega sin presentar sintomatología→ atestado por delito de negativa.

2.- Persona que se niega presentando sintomatología→ atestado por delito de alcoholemia y negativa.

3.- Persona que realiza de forma no correcta la prueba de alcoholemia→ atestado por delito de negativa.

4.- Persona que no quiere realizar el test de drogas y que presenta sintomatología→ atestado por negativa y por comisión del artículo 379.2 del CP.

5.- Persona que únicamente se quiere someter a la prueba sanguínea→ atestado por delito de negativa.

6.- Persona que no realiza la prueba hasta la presencia de su letrado→ atestado por delito de negativa.

7.- Persona que presenta sintomatología y únicamente realiza una prueba→ atestado por delito de alcoholemia y de negativa.

Evidentemente todos estos sucesos necesitarán de una interpretación caso por caso para dar una respuesta jurídica justa. Así, no es lo mismo aquella persona que simplemente no quiere realizar la prueba con aquél que por su estado étílico no puede realizarla; por otro lado, existen personas que por problemas de salud no pueden

realizar las pruebas, ¿se le puede exigir a la Policía que a pie de calle realice todas las tareas de interpretación jurídica de toda la casuística existente? El sentido común lleva a pensar que la Policía, sin perjuicio de su formación que le llevará a una mayor profesionalidad, se debe limitar a informar a la autoridad judicial de aquellos hechos presuntamente delictivos, para que sean los expertos en derecho los encargados de dilucidar cuál es la respuesta jurídica más justa y respetuosa con el ordenamiento jurídico.

Poniendo en relación lo explicado con anterioridad, el Cuerpo de Mossos d'Esquadra considera que ambas conductas son totalmente independientes, por lo que tipifica (es una tipificación provisional o orientativa ya que puede ser alterada por el Ministerio Fiscal) ambas conductas por separado. Con otras palabras, la Policía Catalana remite atestado por la comisión de ambos delitos siempre que "de facto" así se den, sin necesidad de ninguna interpretación a efecto de unificación de penas o de concursos, lo cual no compete a esta Institución ni en este estado inicial de la comisión del delito.

CAPÍTULO V

DIFERENCIA ENTRE EL ILÍCITO PENAL Y EL ADMINISTRATIVO.

Las infracciones en el tráfico rodado tienen siempre una respuesta punitiva en el derecho administrativo; además algunas de ellas y teniendo en cuenta su gravedad, han sido introducidas en el Código Penal en forma de delitos.

La conducta de negativa está prevista en ambas ramas del derecho, con lo que es de vital importancia saber las diferencias que existen entre ambas sanciones y saber que margen de actuación tienen cada una de ellas.

La modificación del CP del año 2007 fue un acontecimiento destacado, ya que modificó el delito de negativa e ineludiblemente se ha visto afectada la sanción administrativa. Por ello es capital realizar un estudio retrospectivo de la legislación anterior al año 2007, para después poder entender la interpretación que se hace de la nueva regulación.

1. REGULACIÓN ANTERIOR AL AÑO 2007

El antiguo artículo 380 CP decía lo siguiente:

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

El artículo anterior era el 379 CP, el cual exigía lo siguiente para que la conducta fuera penalmente relevante: “la *conducción de un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas*”.

Estudiando los dos artículos, se puede decir lo siguiente:

En primer lugar para que una conducción bajo los efectos de alcohol o drogas tuviera cabida en el ámbito penal se necesitaba probar la afectación de la persona durante el manejo del vehículo; dicho de otro modo, no era suficiente con alcanzar una determinada tasa (que sí estaban reguladas en vía gubernativa y arrojar un resultado superior suponía una sanción en esta vía) si no que era *conditio sine qua non* para su relevancia penal la existencia de indicios, tales como una conducción anómala, no rectilínea, no respetar señales de tráfico etc.; en este contexto, se podía dar la siguiente casuística: una persona podía dar una tasa de alcoholemia muy superior a la permitida en la regulación administrativa y se quedaba en un mera infracción gubernativa, y al contrario, alguien podía dar un resultado mucho más ínfimo que las tasas establecidas y el caso conocerse en la administración de Justicia penal.

En segundo lugar, el derogado artículo 380 se remitía para su aplicación al artículo anterior; en este punto tanto la jurisprudencia como la doctrina entendió (de forma acertada a mi juicio) que únicamente podían prosperar por vía penal aquellas negativas a someterse a las pruebas legalmente establecidas de aquellos sujetos que habían llevado a cabo una conducción indiciariamente afectada por dichas sustancias¹⁰²; cuando la conducción a juicio de los agentes de la autoridad hubiera sido anómala presuntamente por la injerencia previa de estas sustancias, la negativa a la comprobación era penalmente relevante; por el contrario, si una persona únicamente se negaba habiendo realizado una conducción correcta, la conducta debía de relegarse a la persecución administrativa (caso de los controles preventivos de alcoholemia donde los vehículos son seleccionados de una forma aleatoria).A modo de resumen la legislación era la siguiente:

¹⁰² La STS 09-12-1999 (conoció el TS por ser una persona aforada, caso BARRERO) realizó una interpretación restrictiva del antiguo 380 CP, diciendo que únicamente se podía aplicar en los siguientes casos: a) cuando un conductor estuviera implicado en un accidente, b) cuando se requiera a un conductor que lleva a cabo una conducción anómala y que razonablemente pudiera estar afectado por la ingesta de alcohol o drogas, c) cuando se requiera a un conductor en un control preventivo y que en el momento de hacerlo, se pueda observar sintomatología en el sujeto. De no ser en estos casos, la negativa a someterse a las pruebas no rebasa los límites de la sanción administrativa.

ARTÍCULOS DEROGADOS.	RESUMEN DEL CONTENIDO.	VIA ADMINISTRATIVA	VIA PENAL
ART. 379 CP	Se requería demostrar <i>la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas en la conducción.</i>	Conocía de los siguientes casos: 1.- Cuando existía una presencia de alcohol o droga superior a las tasas previamente establecidas en el sujeto conductor sin quedar acreditada la influencia negativa en la conducción.	Conocía de los siguientes casos: 1.- Independientemente de la tasa arrojada, todos aquellos casos en que había indicios de una afectación en la conducción a causa la injerencia de <i>drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.</i>

<p>Artículo 380 CP.</p>	<p>Este artículo entraba en escena cuando el conductor se negaba a someterse a las pruebas legalmente establecidas y existían indicios de la influencia en la conducción mediante indicios externos.</p> <p>Indicios: conducción no rectilínea, infracciones de tráfico etc.</p>	<p>Conocía de todos aquellos casos en que la persona no quería someterse a las pruebas de alcoholemia pero que su conducción había sido correcta.</p> <p>EJEMPLO: controles preventivos de alcoholemia.</p>	<p>Era para los casos en que el conductor se negaba a someterse a las pruebas legalmente establecidas y previamente había llevado a cabo una conducción anómala, con lo que existían indicios de la <i>influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas en la conducción.</i></p>
-------------------------	--	---	---

Con esta interpretación, se llegó a un cierto consenso en que el delito de negativa protegía la seguridad en el tráfico, habida cuenta que entraba en acción cuando previamente se había cometido un delito contra la seguridad del tráfico rodado.

Por otro lado se respetaba el principio de mínima intervención penal, ya que únicamente eran penalmente relevantes las negativas más graves, entendiendo éstas cuando previamente se había realizado una conducción afectada por la ingesta de alcohol o drogas.

2. REGULACIÓN POSTERIOR AL AÑO 2007

El escenario cambia con la entrada en vigor de la ley 15/2007. La negativa en vía penal se regula en el artículo 383 CP y la negativa en vía administrativa en el artículo 65.5.d) del RDL 339/1990, que dicen lo siguiente:

Artículo 383 CP: *“El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la 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”*

65.5.d) del RDL 339/1990: *Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas:*

d) 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.

El legislador crea unas tasas objetivadas de alcoholemia, entendiendo que toda persona que arroje un resultado superior pone en riesgo la seguridad en el tráfico. Dicho con otras palabras, se crea una presunción iuris et de iure que toda persona que supere esas tasas previamente establecidas y sin necesidad de acreditar nada más está llevando a cabo una conducta delictiva.

El cambio es sustancial habida cuenta que no se requiere acreditar que la conducción está afectada, ya que en estos casos ya que la propia tasa es suficiente para acreditar la conducta delictiva. Toda objetivación legal lleva consigo un inexorable aumento de la seguridad jurídica, aunque en este caso es fuertemente discutible que el alcance de esas tasas demuestre una efectiva peligrosidad para la seguridad en el tráfico; sin ánimo de hacer un estudio científico es bien sabido que la afectación del alcohol depende de múltiples causas (tiempo desde la ingerencia, velocidad de la ingerencia, tolerancia de la persona etc.). Es por ello que a mi juicio el legislador ha dado una clara prevalencia a la prevención general en detrimento de las garantías procesales de todo ciudadano ante los tribunales, persiguiendo por la vía penal conductas que en sí mismas no son constitutivas de una infracción grave del deber de cuidado (ex ante) en tanto pueden no poner en riesgo la seguridad en el tráfico.

En cuanto a la conducción bajo los efectos de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en el año 2010 se realizó una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la que toda persona quedaba obligada a lo siguiente:

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias 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 u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, 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”.¹⁰³

Por lo que negarse a realizar el test de drogas también es una conducta subsumible en el delito de negativa del artículo 383 CP.

Se puede observar un resumen en la siguiente tabla:

ARTÍCULOS EN VIGOR	RESUMEN DEL CONTENIDO.	VIA ADMINISTRATIVA	VIA PENAL
ART. 379.2 CP	Se penalizan las siguientes conductas: - Conducir bajo <i>la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas en la conducción.</i> - <i>En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con</i>	Conoce de los siguientes casos: 1.- Cuando se supere las tasas administrativas estipuladas (No podrán conducir con tasas superiores a 0.5 gramos por litro en sangre y 0.25 miligramos por litro en aire expirado los conductores con más de dos años antigüedad del	Conoce de los siguientes casos: 1.- Independientemente de la tasa arrojada, todos aquellos casos en que exista indicios de una afectación en la conducción a causa la injerencia de <i>drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.</i> 2.- <i>En todo caso será condenado con</i>

¹⁰³ Diligencia 7.ª del número 1 del artículo 796 redactada por el apartado cuatro de la disposición final primera de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 23 junio). Vigencia: 23 diciembre 2010

	<i>una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro</i>	permiso de conducir. Los conductores noveles no podrán con tasas superiores a 0.3 gramos por litro en sangre y 0.15 miligramos por litro en aire espirado.	<i>dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro</i>
Artículo 383 CP.	Este artículo no requiere de ninguna sintomatología ni indicio previo de afectación. Formalmente recoge toda negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas.	Vacío de contenido. Carácter residual para casos muy excepcionales que no se persigue por vía penal.	A priori conocerá de toda negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

Hay que recordar que el Cuerpo Autonómico de Mossos d'Esquadra, con el nuevo artículo 383, instruye como delito del artículo 383 CP toda negativa que se produzca, independientemente de si la persona presenta sintomatología o no.

Por su parte, el Ministerio Fiscal realiza una interpretación formal del precepto y acusa en todo caso de negativa, independientemente de si la persona presenta sintomatología.

En este punto la pregunta obligada es la siguiente: ¿sigue siendo un delito que intenta proteger la seguridad en el tráfico? ¿Cuándo se podrá dar una sanción administrativa

de negativa si ya no se requiere sintomatología para que la conducta tenga relevancia penal? ¿Qué espacio tiene la sanción administrativa y cuándo se podrá aplicar?

En la práctica el procedimiento que se sigue es el siguiente:

En primer lugar el atestado policial se remite al juzgado de guardia. En el atestado ya se cita al denunciado así como un abogado de oficio para que le asista en sede judicial (en caso que no tuviera abogado particular).

Una vez allí es habitual que el denunciado asuma la responsabilidad del hecho, en aras de aprovecharse de la rebaja en un tercio de la pena que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso el MF previamente se reúne con el letrado de la defensa y llegan a un entendimiento en cuanto a la pena que pide uno y que asume el otro. Posteriormente el mismo juzgado de guardia realiza una sentencia de conformidad. Después de ella ya no cabe recurso alguno.

Pocos son los casos en que los abogados defensores deciden no conformarse con la pena; en estos casos el atestado se remite al juzgado penal para que sea él el que enjuicie el caso. Sólo en alguno de estos casos, y cuando se realice un recurso de apelación después de la sentencia del juzgado enjuiciador, conocerá la Audiencia Provincial.

Por tanto, son muy pocos los casos que llegan a las AP, ya que la denominada “conformidad premiada” es un aliciente muy beneficioso para obtener una condena conocida, indubitada y rebajada.

En la práctica los juzgados de Instrucción dictan las sentencias de conformidad, avalando la posición del Ministerio Fiscal por la cual entiende que no se necesita sintomatología para condenar por el artículo 383 CP.

Por otro lado, los pocos casos que llegan a los juzgados penales van también en la dirección de condenar por cualquier negativa someterse a las pruebas.

Paradójicamente y de forma mayoritaria, los aislados casos en los que han tenido ocasión de pronunciarse las AP han ido en sentido opuesto, es decir, interpretan el artículo 383 en la misma dirección que el antiguo 380 CP, por el que para perseguir al conducta penalmente debe existir sintomatología o una conducción anómala.

A continuación un ejemplo de la AP de Madrid, la cual se expresó en los siguientes términos:

“si los agentes advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas y se lo hacen saber al mismo, la negativa debe incardinarse en el delito de desobediencia, pero cuando no se advierten tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la infracción administrativa”¹⁰⁴

También la AP de Girona se pronunció del siguiente modo:

*[...] luego no se cumplían los requisitos exigidos por el precepto legal dado que ni los síntomas eran evidentes ni se produjeron hechos que dieran lugar a **presumir razonablemente que el acusado había conducido bajo la influencia de una ingesta alcohólica, no siendo razonable por otro lado, que la solicitud de realizar la prueba se defiriese a un momento temporal posterior a la llegada de los Agentes de Tráfico al lugar de los hechos, por lo que considerando la Sala que la negativa por parte del recurrente no puede incardinarse en los apartados 1 y 2, sino que únicamente puede tener efectos de carácter administrativo, procede revocar la sentencia y absolverle del artículo 380 del Código Penal.**¹⁰⁵*

Aunque de forma minoritaria también existen sentencias de algunas AP en sentido opuesto:

*“De tal redacción [artículo 383 CP], y a salvo de ulteriores interpretaciones jurisprudenciales y/o doctrinales, **no parece exigible la constatación de peligro, sino que, incluso sin haberse cometido infracción de ninguna clase, ni observarse síntomas de haber ingerido alguna de las sustancias a que hace mención el precepto, es de exigirse al ciudadano, la realización de la prueba en cuestión.**”¹⁰⁶*

3. CONCLUSIONES PROVISIONALES

- La anterior legislación era más clara en cuanto a su diferencia entre ilícito administrativo y penal ya que dejaba únicamente para la vía penal los casos más graves, es decir, cuando existía una conducción anómala o presencia de sintomatología en el sometido.
- El actual 383 CP no exige formalmente sintomatología, con lo que toda negativa es aparentemente una conducta delictiva. Esta es la interpretación que realizan los Cuerpos Policiales y el Ministerio Fiscal. Este hecho es poco respetuoso con el principio de mínima intervención penal y deja a la sanción administrativa vacía de contenido.

¹⁰⁴ SAP Madrid, sección 7ª, 28-02-2011, número 213/2011, FJ 1º. En la misma dirección las siguientes: SAP Santa Cruz, sección 2ª, 23-11-2009; SAP Orense, sección 2ª, 08.03.2010, número 105/2010; SAP Castellón, sección 1ª, 09-07-2009; SAP Granada, sección 2ª, 16-10-2009.

¹⁰⁵ SAP Girona, sección 3ª, 20-01-2010, número 36/2010, FJ 4º.

¹⁰⁶ SAP Vizcaya, sección 6ª, 10-03-2009, número 248/2009, FJ 2º.

- Actualmente los Cuerpos y fuerzas de seguridad solo tramitan sanciones administrativas por negativa en caso que la persona no realice una conducción de un vehículo a motor o ciclomotor; es la sanción clásica de una persona que conduce una bicicleta y se niega a someterse a las pruebas.
- La conformidad premiada en el delito de negativa, únicamente es favorable al reo cuando se ha realizado con la presencia de sintomatología en el organismo.
- En el caso de que la conducción haya sido correcta y la persona no presente síntomas de embriaguez o presencia de drogas en el organismo, la conformidad premiada perjudica intensamente al reo; ello es así porque los tribunales ordinarios únicamente ratifican ese acuerdo de las partes y la sentencia pasa a ser firme. En estos casos, si la persona decidiera llegar hasta la AP, sería en la mayoría de casos absuelto y se redirigiría la conducta a la vía administrativa.
- Evidentemente el caso anterior requiere un esfuerzo extra al infractor, el cual debe de dejar de aceptar una rebaja de un tercio en su pena para exponerse a un proceso de recursos que es siempre muy dilatado en el tiempo, además de costoso económicamente y manifiestamente incierto.

PARTE II

APROXIMACIÓN A LA PRÁCTICA POLICIAL EN 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 O PSICOTRÓPICAS.

CAPÍTULO VI

MODUS OPERANDI EN LAS INTERVENCIONES POLICIALES.

Una vez realizada una aproximación teórica al delito de negativa, es el momento de abordar cómo es la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ante la aparición de esta tipología delictiva.

Para hacerlo, se ha tomado como referencia el procedimiento normalizado de trabajo (en adelante PNT) de los delitos contra la seguridad vial, realizado por los Mossos d'Esquadra y vinculante para todos sus integrantes.¹⁰⁷

Antes de entrar en la casuística del delito de negativa, es capital conocer brevemente el modo de actuar de los Mossos d'Esquadra en la realización de las pruebas de alcoholemia o drogas.

1. OBLIGATORIEDAD A LOS MIEMBROS DE LA PG-ME DE REALIZAR LAS PRUEBAS.

Los miembros de la PG-ME han de realizar de forma obligatoria la prueba de alcoholemia en los siguientes casos:

1. Cuando exista un accidente de tráfico. Accidente de tráfico es aquél hecho eventual o fortuito donde participa un vehículo en movimiento, y que tiene su inicio o se desarrolla en las vías objetos de la regulación del tráfico.
2. Cuando una persona conduce con síntomas evidentes. Dice el PNT lo siguiente:

“Se tiene que hacer la prueba de alcoholemia a las personas que conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Se entienden como síntomas evidentes la afectación de la capacidad de conducir, manifestaciones o hechos objetivos que permitan presumir razonablemente que un conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas”.¹⁰⁸

3. En infracciones de las normas de circulación. Cabe decir que en este caso no siempre es obligatorio realizar las pruebas, sino que únicamente cuando el agente actuante observe que la persona presente sintomatología, y que ha sido fruto de ella que presumiblemente ha podido cometer la infracción.
4. En controles preventivos de alcoholemia. En ellos todo conductor tiene la obligación de someterse y los agentes deben realizar estas pruebas, en aras de reducir el número de personas que conducen afectadas y por ende aumentar la relación de confianza entre los usuarios de la vía, lo cual es crucial en el tráfico rodado.

¹⁰⁷ Vid. ANEXO 3.

¹⁰⁸ PNT 304/06/14, Detección de alcohol y sustancias estupefacientes, pág. 6.

Serán en estas cuatro circunstancias donde podrá surgir un delito de negativa.

Existen dos tipos de negativas: la negativa directa o manifiesta, y la negativa por errores intencionados; será en ésta última donde la casuística adquiere importancia y se analizarán los casos más habituales con los que suele lidiar la Policía.

Para saber cuándo puede existir un delito de negativa por errores intencionados, es fundamental saber cuál es la operativa policial en la práctica de las pruebas de alcoholemia, para así poder conocer que conductas se apartan del patrón de conducta exigible y por tanto pueden ser incardinadas en el delito de negativa.

2. PRÁCTICA POLICIAL DE LAS PRUEBAS.

En cualquiera de los cuatro supuestos anteriormente expuestos, el Cuerpo de Mossos d'Esquadra realizará las pruebas de alcoholemia. La práctica de las pruebas está regulado en el reglamento General de Circulación, y estipula lo siguiente:

“1. Si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, o al previsto para determinados conductores en el artículo 20 o, aun sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.

2. De la misma forma advertirá a la persona sometida a examen del derecho que tiene a controlar, por sí o por cualquiera de sus acompañantes o testigos presentes, que entre la realización de la primera y de la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos.

3. Igualmente, le informará del derecho que tiene a formular cuantas alegaciones u observaciones tenga por conveniente, por sí o por medio de su acompañante o defensor, si lo tuviese, las cuales se consignarán por diligencia, y a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados.

4. En el caso de que el interesado decida la realización de dichos análisis, el agente de la autoridad adoptará las medidas más adecuadas para su traslado al centro sanitario más próximo al lugar de los hechos. Si el personal facultativo del centro apreciara que las pruebas solicitadas por el interesado son las adecuadas, adoptará las medidas tendentes a cumplir lo dispuesto en el artículo 26.

*El importe de dichos análisis deberá ser previamente depositado por el interesado y con él se atenderá al pago cuando el resultado de la prueba de contraste sea positivo; **será a cargo de los órganos periféricos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico o de las autoridades municipales o autonómicas competentes cuando sea negativo, devolviéndose el depósito en este último caso.***¹⁰⁹

Para garantizar la realización de todo lo que estipula dicho artículo, la PG-ME realiza una lectura de derechos antes de realizar las pruebas de alcoholemia en un etilómetro evidencial (se hará siempre que en el digital o indicario se haya dado una tasa positiva). Esta lectura corresponde al acta A27¹¹⁰ e informa de lo siguiente:

- 1.- Que se someterá a la persona a una prueba para la detección del grado de alcoholemia en aire expirado.
- 2.- el derecho a realizar una prueba de contraste.
- 3.- el derecho a controlar que entre las dos pruebas transcurren un mínimo de diez minutos y hacer constar las alegaciones que crea oportunas.
- 4.- instrucciones relativas a la forma de realización de la prueba.
- 5.- la obligatoriedad de someterse a las pruebas y el hecho de que, en caso de negarse, estaría cometiendo un delito tipificado en el artículo 383 del CP.

El hecho de leer estos derechos previamente a la realización de la prueba, actúa como garantía para asegurar uno de los dos elementos esenciales para que la conducta de negativa sea típica: que exista un requerimiento de un agente de la autoridad y que en él se advierta que la negativa es una conducta delictiva.

¹⁰⁹ Artículo 23 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.

¹¹⁰ Vid. ANEXO 4. Acta A27 de Información de derechos a la persona que se va a someter a las pruebas de alcoholemia o drogas.

3. IMPUTACIÓN¹¹¹ DEL DELITO 383 CP POR LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCHOLEMIA.

Una vez se sabe y se informa a la persona de la obligación de realizar las pruebas, es cuando puede surgir el delito de negativa.

Es importante diferenciar entre dos situaciones: que la persona simplemente se niegue, o que además de negarse presente sintomatología; en este segundo caso los agentes realizarán un atestado denunciando a la persona por ambos delitos. En el caso de la alcoholemia, como obviamente no se tendrá las pruebas realizadas y no se sabrá la tasa real de su grado de intoxicación, los agentes deberán cumplimentar el acta A21 (acta de sintomatología).¹¹²

En ella los agentes dejarán constancia de todos aquellos aspectos físicos externos que, razonablemente, hacen presumir que la persona ha conducido afectada bajo los efectos del alcohol; a modo de ejemplo las siguientes conductas: habla pastosa, dificultad para mantener la verticalidad, agresivo, discurso repetitivo etc. Esta acta tiene una gran importancia ya que será la encargada de desvirtuar la presunción de inocencia en cuanto al delito de alcoholemia, sin perjuicio de la ratificación en sede judicial por los agentes de policía.

En caso que la persona no presente sintomatología, no se rellenará el acta A21 y únicamente se imputará policialmente el delito del artículo 383 CP.

Otra de las diferencias importantes es el modo de realizar la negativa: una de ellas es de forma expresa y manifestada por el sujeto, y la segunda es mediante la comisión de errores intencionados, tales como “soplar” de forma incorrecta, no hacerlo con la cantidad suficiente de aire o interrumpiendo sistemáticamente la expiración. La primera de ellas no presenta problemas y ya se ha dicho que la PG-ME,

¹¹¹ No debe entenderse el concepto imputación como aquél contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el cual un Juez o Tribunal y ante indicios razonables, atribuye la presunta comisión de un ilícito penal a una persona. En el campo policial y el de la abogacía, se ha acogido este concepto (de forma poco rigurosa) para los supuestos en que la policía atribuye unos hechos a una persona, por lo que técnicamente no se debería hablar de imputación porque es una fase prejudicial y es una competencia blindada a la autoridad judicial. Es un concepto muy utilizado incluso en las actas oficiales que la PG-ME tramitan a los juzgados, para definir a aquella persona denunciada por la Policía por la presunta comisión de algún tipo penal.

¹¹² Vid. ANEXO 5, Acta A21 de sintomatología.

independientemente de si la persona presenta sintomatología o no, instruirá un atestado¹¹³ por delito de negativa (interpretación formal del precepto).

El segundo caso abre un abanico de casuística que el PNT ya prevé, y que por tanto homogeneiza la actuación de todos los agentes de la PG-ME.

En el caso que la persona se niegue o realice de forma incorrecta y deliberada la segunda prueba, se instruirá atestado por delito de negativa, sin perjuicio que si la persona presenta sintomatología también será denunciado por la presunta comisión del artículo 379.2 CP.

En este caso se deberá adjuntar el primer ticket obtenido de la prueba que ha realizado el sometido, ya que tendrá un valor indiciario en el posterior proceso judicial.¹¹⁴

Si el sometido realiza la prueba de alcoholemia de forma intencionadamente errónea, también se considera consumado el delito de negativa y se instruye el correspondiente atestado.

En el caso que una persona acredite impedimentos físicos para realizar la prueba de alcoholemia (edad avanzada, problemas pulmonares etc.), los agentes actuantes intentarán derivar a la persona para realizar las pruebas en un centro Hospitalario. En este caso, la prueba de alcoholemia por análisis sanguíneo únicamente se puede realizar por el consentimiento expreso de la persona o mandamiento judicial. Si la persona que no puede someterse a la prueba del etilómetro se niega a acudir a un centro médico, no se considerará un delito de negativa y únicamente se podrá imputar el delito de alcoholemia si la persona presenta sintomatología. (no es negativa porque es una prueba voluntaria a la que solo se puede ver constreñido por una resolución judicial)

Siempre que se denuncia por un delito de negativa a una persona, el vehículo deberá quedar inmovilizado o sustituir el conductor; en este caso y según el poder discrecional

¹¹³ Como norma general, los delitos instruidos en materia de seguridad vial por la PG-ME se conocerán por un juicio rápido, quedando citados los denunciados en la misma actuación policial.

¹¹⁴ Vid. ANEXO 6, Acta T15.

del agente actuante, el sustituto también podrá ser constreñido a realizar las pruebas para poder conducir el vehículo, sin que la negativa sea punible en ningún caso (en este caso solo quedaría la opción de la inmovilización del vehículo).

4. IMPUTACIÓN DEL DELITO 383 CP POR LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O PSICOTRÓPICAS.

Como ya se ha dicho, con la reforma operada en el año 2010, se considera negativa cuando el conductor se niega a someterse al test indiciario salival o a facilitar saliva en cantidad suficiente, cuando el resultado del test indiciario haya estado positivo o existan síntomas de haber consumido sustancias estupefacientes, psicotrópicas o fármacos que provoquen alteración del estado físico o psíquico en la conducción.¹¹⁵

En este caso se instruirán diligencias penales por la comisión de un presunto delito del artículo 383 CP, sin perjuicio que se pueden imputar ambos delitos (379.2 CP) si la conducción ha sido anómala y se aprecia sintomatología en el sujeto.

En cuanto a las drogas no existe una presunción iure et de iure como en el caso de la alcoholemia, en la que arrojar una determinada tasa (más de 0,60 mg/l) ya se considera una conducta delictiva por poner en riesgo la seguridad en el tráfico; en el caso de las drogas, los agentes deberán poner de relieve en el atestado la presencia de una conducción afectada por unos síntomas, y detallar que síntomas presenta la persona.

Todos estos hechos son los que, posiblemente acompañados por la testifical de los agentes actuantes, pueden desvirtuar la presunción de inocencia.¹¹⁶

¹¹⁵ Así lo estipula el PNT 304/06/14, Detección de alcohol y sustancias estupefacientes, en su pág. 21.

¹¹⁶ Como norma general, en los juicios no se citan a los agentes actuantes. Como existe un número muy abultado de conformidades, los agentes únicamente serán citados en caso de que la causa llegue a conocerse en un juzgado penal o incluso en una Audiencia Provincial.

5. SANCIÓN ADMINISTRATIVA POR NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS.

A nivel policial tienen una posición secundaria, ya que el contenido del precepto penal es muy amplio y deja poco margen de actuación al precepto administrativo.

Sin perjuicio de que toda negativa es instruida como delito, los agentes realizan también la sanción administrativa por negativa y se adjunta al atestado que va al juzgado; ello se hace porque si la autoridad judicial considera que no es una conducta penalmente relevante, pueda instar a que la conducta se persiga en vía gubernativa. En estos casos no se da copia de la denuncia administrativa al conductor.¹¹⁷

La sanción administrativa únicamente tiene cabida en aquellos conductores que no sean de un vehículo a motor o ciclomotor, o al resto de usuarios de la vía.

A efectos prácticos únicamente se persigue por esta vía a los ciclistas y a los viandantes que se niegan a someterse a las pruebas.

La sanción administrativa está prácticamente vacía de contenido, habida cuenta que el precepto penal abarca toda ilicitud en cuanto a negativa a someterse a las pruebas se refiere.

6. CONCLUSIONES PROVISIONALES

- La policía únicamente realiza una interpretación formal del precepto 383 CP. Por ello, toda negativa se instruye como conducta delictiva.
- Ante cualquier situación límite a nivel jurídico, la negativa es penalmente relevante a nivel policial y se informa a la autoridad judicial sobre esos hechos, para que sean los expertos en derecho los que decidan. (entendemos casos límite, por ejemplo, conducir por un parking de un centro comercial, o dejar

¹¹⁷ Se hace así porque en el caso de darle copia de la denuncia, el infractor puede acudir a una entidad financiera y abonar la cantidad de dinero que estipula la sanción administrativa. Posteriormente, el día del juicio rápido la persona puede alegar que ya ha abonado la cantidad y que no se le puede condenar penalmente porque sería un caso de BIS IN ÍDEM. Este hecho había acontecido al principio de implantarse los denominados juicios rápidos, y ocurría un hecho perverso e inaceptable y es que la vía administrativa adquiría preponderancia frente al proceso penal.

caer un vehículo con el motor apagado aunque se manejen los mecanismos de control del vehículo).

- La PG-ME aplica en casos muy residuales la sanción administrativa. Existe un solapamiento entre la negativa penal y la administrativa y ésta última ha quedado prácticamente vacía de contenido.
- La negativa a una de las pruebas, a las dos, o realizarlas de forma deliberadamente errónea lleva consigo la imputación policial del delito de negativa.
- La única vía para sancionar a un ciclista o un transeúnte que se niega a someterse a las pruebas es la vía administrativa.
- Como norma general estos casos se dilucidarán mediante el procedimiento de juicio rápido; este momento procesal promueve la denominada “conformidad premiada”, por la cual la persona asume los hechos y obtiene una rebaja de su pena.
- El caso anterior pone un escenario difícil para la persona que decide no aceptar los hechos, ya que empieza un proceso largo de litigios que son económicamente menos favorables a una mera aceptación de los hechos.

CAPÍTULO VII

CONCLUSIONES FINALES Y TOMA DE POSTURA

1. Los años previos al 2007 se generó una gran alarma social por el gran número de accidentes en nuestras carreteras, dando lugar a numerosas personas lesionadas y fallecidas. Los medios de comunicación tuvieron un papel trascendental en este sentir de la ciudadanía, ya que se proyectaba impunidad para aquellas personas que decidían llevar una conducción negligente o temeraria.

En este contexto, el legislador decidió utilizar el derecho penal como única arma infalible para atajar esta problemática; esta expansión del derecho penal es poco respetuosa con el principio de mínima intervención, y responde más a un aspecto estético y de beneficio electoral, que no a la verdadera solución del problema de la siniestralidad. Ese populismo punitivo crea un círculo vicioso en que los medios de comunicación muestran un escenario favorable para delinquir, posteriormente una mayor demanda punitiva por parte de la ciudadanía, y finalmente la solución encontrada por el legislador que es la hipertrofia del derecho penal.

2. Hasta el año 2007 se llegó a un gran consenso en cuanto al bien jurídico protegido del delito de negativa; el hecho que se tuviera que acreditar la afectación previa en la conducción para que la negativa fuera penalmente relevante, dejaba claro que era un tipo que protegía la seguridad vial; por otro lado protegía el principio de autoridad, en cuanto el antiguo 380 CP se remitía al artículo 556 de desobediencia grave.

Con la reforma operada por la ley 15/2007 ha vuelto a resurgir la polémica en cuanto al bien jurídico protegido. El actual 383 CP no requiere, formalmente, acreditar ningún tipo de sintomatología previa, con lo que toda negativa puede

tener relevancia penal. Un sector de la doctrina cree que el artículo 383 CP es una desobediencia específica y que solo protege el principio de autoridad; de forma muy minoritaria un sector de la jurisprudencia considera que sólo defiende la seguridad en el tráfico; finalmente la doctrina y jurisprudencia mayoritaria consideran que es un delito pluriofensivo.

A esta última interpretación es a la que me adhiero, ya que más allá de la alteración en el contenido del articulado, la esencia y los objetivos del artículo siguen siendo los mismos que en el anterior 380 CP: proteger la seguridad vial (y mediatamente otros bienes jurídicos como la vida o la integridad física) y proteger el principio de autoridad, como máxima expresión del buen funcionamiento de las Instituciones Públicas.

En mi opinión el legislador del año 2007 quiso, aunque solo formalmente, desvincular la negativa a someterse a las pruebas del delito de desobediencia; ello pudo responder a una astucia política por la cual, se destacaba el hecho de que era una conducta contra la seguridad vial y por ende, una conducta peligrosa para las personas. Este hecho es estéticamente más atractivo, por cuanto se justifica su existencia para proteger la vida de los ciudadanos, y no únicamente para preservar el poder enérgico de las Instituciones Públicas.

3. Es cierto que con una interpretación formal del artículo 383 CP, el delito de negativa únicamente se podría concebir como delito que defiende la seguridad en el tráfico por su ubicación en el CP. Ello es así porque el hecho de “negarse” no implica ineludiblemente que se haya creado un peligro para el tráfico rodado. Con esta concepción, el delito de negativa no sería un delito de peligro sino únicamente un tipo que busca garantizar la eficacia preventiva del artículo 379.2 CP.
4. Con la reforma del CP realizada por la ley 15/2007, se crea una presunción iure et de iure consistente en estipular unas determinadas tasas, la superación de las cuáles implica un riesgo para la seguridad en el tráfico y por tanto una conducta delictiva. El precepto penal ya no tiene como principal objetivo determinar la afectación en la conducción del conductor, sino únicamente comprobar una determinada tasa de alcoholemia.

En mi opinión y para ser coherente desde un punto de vista dogmático, se debe de hacer una interpretación material del precepto, ya que una interpretación formal únicamente es posible en el caso de alcoholemias; En el caso de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, no existe ninguna tasa

objetivada a partir de la cual se pueda considerar que se ha puesto en riesgo la seguridad en el tráfico, con lo que se deberá de demostrar su afectación en la conducción.

Como no se puede realizar una interpretación formal del artículo en su conjunto, creo que es más correcto realizar una interpretación material de ambos, entendiendo ésta como la necesidad de acreditar una conducción anómala y afectada por la ingesta de alcohol o drogas.

Esta situación provoca que sea más beneficioso conducir bajo los efectos de drogas, que no bajo los efectos del alcohol. En la primera de ellas se deberá acreditar una conducción afectada por el consumo de drogas, mientras que en la segunda únicamente bastará con arrojar una determinada tasa de alcoholemia.

5. La PG-ME y el Ministerio Fiscal realizan una interpretación formal del precepto, con lo que toda negativa es constitutiva de delito. A causa de la denominada “conformidad premiada” existen un número muy elevado de conformidades ante los juzgados de guardia, lo que lleva consigo que la persona reconozca los hechos y la sentencia pase a ser firme, a cambio de una rebaja de un tercio de la pena.

La conformidad premiada en el delito de negativa únicamente es favorable al reo cuando se ha realizado con la presencia de sintomatología en el organismo.

En el caso de que la conducción haya sido correcta y la persona no presente síntomas de embriaguez o presencia de drogas en el organismo, la conformidad premiada perjudica intensamente al reo; ello es así porque los tribunales ordinarios únicamente ratifican ese acuerdo de las partes y la sentencia pasa a ser firme. En estos casos, si la persona decidiera llegar hasta la AP, sería en la mayoría de casos absuelto y se redirigiría la conducta a la vía administrativa.

Evidentemente el caso anterior requiere un esfuerzo extra al infractor, el cual debe de dejar de aceptar una rebaja de un tercio en su pena para exponerse a un proceso de recursos que es siempre muy dilatado en el tiempo, además de costoso económicamente y manifiestamente incierto.

6. A colación de lo anterior y aunque es cierto que cabe una mera interpretación formal del actual 383 CP, nada impide que se pueda interpretar a la luz de la

STC 161/1997, la cual pronunció que para que la negativa fuera penalmente relevante se debía de acreditar una afectación previa en la conducción. De hecho en esta línea se están pronunciando la mayoría de Audiencias Provinciales en los pocos casos que llegan a conocer.

Por tanto, son aspectos procesales (la instauración en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la conformidad) los que están llevando a una interpretación formal del precepto, y no un análisis del artículo 383 CP.

Una visión material es más respetuosa con el principio de última ratio del derecho penal, ya que únicamente deja para el ámbito penal aquellas conductas más graves; además, con esta interpretación, la sanción administrativa adquiere importancia porque debería de conocer de todas las negativas realizadas por aquellas personas que no presentan sintomatología. (en el caso de controles preventivos sin sintomatología, la sanción no debería rebasar la sanción administrativa)

En todo caso lo cierto en la práctica es que, en la mayoría de casos, toda negativa es tramitada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad como conducta delictiva, el Ministerio Fiscal realiza la acusación por la comisión del delito, y los Tribunales dictan sentencias condenatorias de conformidad.

7. Con la regulación actual la sanción administrativa está, prácticamente, vacía de contenido; todas las negativas son tramitadas como delictivas, y la sanción administrativa únicamente tiene un uso residual para los casos en que la persona no conduce un vehículo a motor o ciclomotor (caso de los ciclistas o de transeúntes)
8. Existen cuatro requisitos preliminares para que la conducta pueda acabar siendo constitutiva de delito de negativa: primero que exista un conductor, segundo que éste realice una efectiva conducción, tercero que maneje un vehículo a motor o ciclomotor y por último que circule por una vía pública.
9. Es jurisprudencia unánime en el delito de negativa lo siguiente: a) que la negativa debe ser clara e inequívoca, o tácita e inferida de actos concluyentes, b) realizar las pruebas de forma deliberadamente infructuosa es delito, c) no se requiere presencia de letrado en la práctica de las pruebas

10. Hay criterios discordantes sobre la persona que se niega a realizar la segunda prueba pero ya ha hecho la primera. Un sector jurisprudencial cree que es delito porque se exige hacer las dos en la regulación reglamentaria, y en sentido opuesto otros creen que es una conducta atípica ya que la segunda prueba únicamente es una garantía para el interesado y que si desiste voluntariamente no debe de ser punible.
11. Hay visiones opuestas sobre la persona que únicamente quiere someterse con una prueba sanguínea. Unos creen que es delictivo porque el análisis de sangre es únicamente una prueba de contraste, y otros creen que es atípico porque no hay mayor garantía de obedecer que pedir la prueba más fiable que existe.
12. Por el tipo de delito y por la pena que lleva asociada, son casos que no llegan a conocerse en el Tribunal Supremo, lo que provoca que no exista una jurisprudencia unánime y vinculante para el conjunto de las Audiencias Provinciales.
13. Existe una gran inseguridad jurídica en el delito de negativa, ya que cada Audiencia Provincial (incluso cada sección de ellas) tienen visiones distintas sobre aspectos nucleares del tipo, dando lugar a sentencias opuestas en supuestos de hecho muy parecidos.
Este hecho es, en mi opinión, fuertemente preocupante. Debería de existir una armonización en esta materia, habida cuenta que el lugar de comisión del delito pasa a ser uno de los hechos relevantes en la comisión del ilícito penal.
14. El legislador ha hecho prevalecer la operatividad y la eficacia en la práctica de las pruebas, en contra de una visión estricta y encorsetada del sistema garantista penal.
15. No compete a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad realizar una interpretación exhaustiva sobre el tipo penal, sino únicamente realizar las pruebas de forma acorde con el ordenamiento jurídico e informar a la autoridad judicial.

16. La PG-ME, cuando coexisten un presunto delito de negativa y una sintomatología en el sujeto, remite un atestado por ambos delitos.
- En estos casos, el Ministerio Fiscal considera que debe de aplicarse un concurso real por ambos delitos, por considerar que son dos hechos autónomos que se dan en momentos distintos.
- Los tribunales ordinarios avalan esta interpretación en las sentencias de conformidad; sin embargo, existe una postura ascendiente de algunas AP en creer que el conflicto debe solucionarse por el denominado concurso de leyes.
17. En la práctica la operativa policial acaba siendo, aunque de manera ajustada a derecho, el inicio de muchas condenas desproporcionadas por delito de negativa; todas aquellas en las que no se presenta sintomatología o no ha habido una conducción irregular debieran ser abordadas por la vía administrativa, dejando los casos más graves para la vía penal. A pesar que no se le puede exigir a la Policía un estudio exhaustivo del tipo, acaba siendo una pieza clave e irremplazable en todas las condenas por delito de negativa.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA:

- BACIGALUPO ZAPATER, Derecho Penal. Parte General, 1997.
- BADELL AMAT, Eulàlia. "Alcoholemias" y derecho penal: especial atención a la práctica policial. Barcelona: AEAU, Agrupació d'Editors i Autors Universitaris, 2012.
- CARDENAL MONTRAVETA, Sergi, "De los delitos contra la seguridad vial" , Comentarios al Código Penal, Reforma LO 5/2007, (CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG dirs.). Editorial Tirant lo Blanc, Valencia 2011
- CARMONA SALGADO/MARTÍNEZ RUIZ: "De nuevo sobre la "inconstitucionalidad" del art. 380 del CP, al hilo de la STC 161/1997 de 2 de octubre" LL 1998.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu: "Delitos contra la seguridad en el tráfico en el Código Penal de 1995", TSJAP (7) 1998.
- CORCOY BIDASOLO (dir.)/ CARDENAL MONTRAVETA/ FERNÁNDEZ BAUTISTA/ GALLEGO SOLER/ GÓMEZ MARTÍN/ HORTAL IBARRA: *Manual práctico de Derecho Penal Parte Especial*, 2ª ed. Valencia 2004
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCHOLEMIA O DE DETECCIÓN DE DROGAS, editorial BOSCH, año 2012.

- DE VICENTE MARTINEZ, R.: *Derecho Penal de la circulación*, Barcelona 2006.
- DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Derecho Penal y Política transnacional*. Ed. Atelier, Barcelona, 2005.
- DOMINGUEZ IZQUIERDO, Eva M^a: “La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts. 379 y 380 del Código Penal”, en (MORILLAS CUEVAS Coord.) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (Aspectos penales, civiles y procesales)*, Madrid 2007, pág. 254 a 294.
- FERNANDEZ BAUTISTA, Silvia. *Seguridad Vial y Derecho Penal, Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código Penal en materia de seguridad Vial*. Dir. Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO. Coordinador: Sergi CARDENAL MONTRAVETA. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2008.
- GANZENMÜLLER ROIG/ ESCUDERO MORATALLA/ FRIGOLA VALLINA: *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y conducción bajo influencia de drogas y bebidas alcohólicas*, Valencia 1998
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. “Delito de Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes”, editorial Bosch, año 2010.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: “Comentario a la STC de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 380 CP”, CPC (64) 1998, p. 97 – 111;
- GONZALEZ RUS, Juan José. “Delitos contra la seguridad colectiva”, en Morillas Cueva, L.
- LORENZO IZQUIERDO. “ Ètica i conducció”, en *Antropologia viària: la percepció de la seguretat com a factor de risc*. V Simposi Internacional 2005. (OLIVES PUIG coord..). Fundació Abertis. Barcelona 2006.
- MARTÍNEZ RUIZ, Jesús: “Consideraciones en torno a la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia”, CJ 44, p. 50 ss.
- MORENO Y BRAVO, Emilio: “El art. 380 CP: su configuración jurídica (negativa a la prueba de alcoholemia)”, AJA 23-12-1999, p. 1 – 6
- MORILLAS FERNÁNDEZ, David: “La conducción de vehículos a motor bajo la influencia del alcohol”, CPC 87, p.60 ss.
- QUERALT JIMENEZ, *Derecho Penal español: parte especial*, sexta edición, Atelier Libros, 2010.

- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, 2º ed. Granada 2006
- SÁNCHEZ MORENO, José: *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, Barcelona 2001
- SILVA SANCHEZ J.M: La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, 2001.
- ULRICH Beck, la sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. (1986).
- VARONA GÓMEZ, Daniel: “La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP): interpretación y límites” AP 1996, p. 969 – 978

JURISPRUDENCIA.

Tribunal Constitucional:

- STC, 02-10-1997, número 161/1997.
- STC, 16-01-2003, número 2/2003.
- STC 12-01-2009, número 1/2009

Tribunal Supremo:

- STS, 30-05-1966
- STS 15-10-1986
- STS 25-10-1988
- SSTS (Sala 1º), 22-11-1989
- STS 09-12-1999
- STS 22-03-02

Audiencias Provinciales:

- SAP Granada, sección 2ª, 10-06-1995

- SAP Jaén, sección 2ª, 02-06-1998, número 167/1998
- SAP Palencia, 16-06-1998, número 167/1998
- SAP Girona sección 3ª, 01-07-1998, número 249/1998
- SAP Alicante, 03-07-1998
- SAP Huesca, 29-07-1998, número 120/1998
- SAP Salamanca, 07-10-1998, número 74/1998
- SAP Alicante, sección 3ª, 13-10-1998, número 603/1998
- SAP Jaén, sección 2ª, 19-12-1998, número 171/1998
- SAP de Madrid, 05-02-1999, número 74/1999
- SAP Barcelona, sección 7ª, 18-02-1999, número 143/1999
- SAP Barcelona, sección 2ª, 22-04-1999, número 381/1999
- SAP Tarragona, sección 2ª, 12-05-1999, número 190/1999
- SAP Barcelona, sección 5ª, 04-01-2000
- SAP León, sección 2ª, 24-04-2000, número 20/2000
- SAP Madrid, sección 5ª, 22-05-2000, número 661/2000
- SAP Guipúzcoa, 06-02-2001, número 2072/2001
- SAP Valencia, 30-03-2001, número 91/2001
- SAP Barcelona, sección 10ª, 03-05-2001
- SAP Vizcaya de 24 de enero de 2002.
- SAP Girona, sección 3ª, 06-11-2002, número 794/2002
- SAP Barcelona, sección 8ª, 22-11-2002, número 1137/2002
- SAP Madrid sección 17ª, 07-02-2003, número 88/2003
- SAP Córdoba, 13-02-2003.
- SAP Albacete, sección 1ª, 11-09-2003, número 89/2003
- SAP Madrid, sección 16ª, 24-09-2003.
- SAP Burgos, sección 1ª, 04-11-2003, número 155/2003
- SAP Lleida, sección 1ª, 10-01-2004, número 22/2004
- SAP Barcelona, sección 2ª, 12-01-2004, número 30/2004
- SAP Vizcaya, 23-01-2004, número 46/2004
- SAP Madrid, 17-05-2004
- SAP Girona de fecha 07-06-2004
- SAP Barcelona, 04-10-2004, número 917/2004
- SAP Asturias, sección 8ª, 07-10-2004.
- SAP Madrid, 27-10-2005, número 475/2005
- SAP Zaragoza, 10-01-2006, número 10/2006
- SAP Barcelona, 06-02-2006
- SAP Barcelona, sección 8ª, 28-03-2006, número 503/2006

- SAP Granada, sección 2ª, 31-03-2006, número 207/2006
- SAP Islas Baleares sección 1ª, 14-09-2006, número 171/2006
- SAP Barcelona, sección 20ª, 25-10-2006, número 865/2006
- SAP Girona, sección 3ª, 03-11-2006, número 666/2006
- SAP A Coruña, sección 6ª, 30-01-2007, número 3/2007
- SAP Pontevedra sección 4ª, 08-02-2007, número 18/2007
- SAP Cantabria, sección 1ª, 13-02-2007, número 52/2007
- SAP Pontevedra, sección 2ª, 01-03-2007, número 3/2007
- SAP Madrid, 03-09-2007, número 893/2007
- SAP Barcelona, sección 2ª, 08-10-2007, número 766/2007
- SAP Álava sección 2ª, 03-04-2008, número 110/2008
- SAP Barcelona sección 2ª, 09-04-2008, número 359/2008
- SAP Valencia, sección 3ª, 09/05/2008, número 274/2008
- SAP la Rioja sección 1ª, 29-05-2008, número 57/2008
- SAP Madrid, sección 26ª, 16-12-2008, número 832/2008
- SAP Cádiz, sección 4ª, 27-02-2009, número 57/2009
- SAP Vizcaya, sección 6ª, 10-03-2009, número 248/2009
- SAP Zaragoza, sección 1ª, 18-03-2009, número 164/2009
- SAP Las Palmas, sección 6ª, 31/03/2009, número 28/2009
- SAP A Coruña sección 6ª, 31-03-2009, número 33/2009
- SAP Salamanca, sección 1ª, 08-06-2009, número 83/2009.
- SAP Castellón, sección 1ª, 09-07-2009
- SAP Barcelona, sección 10ª, 20-07-2009, número 780/2009.
- SAP Girona sección 3ª, 12-08-2009, número 550/2009
- SAP Madrid, sección 23ª, 16-09-2009, número 1089/2009
- SAP Ourense, sección 2ª, 22-09-2009, número 351/2009
- SAP Madrid, sección 1ª, 24-09-2009, número 379/2009
- SAP Valencia, sección 4ª, 05-10-2009, número 578/2009.
- SAP Burgos, sección 1ª, 08-10-2009, número 219/2009
- SAP Madrid, sección 23ª, 13-10-2009, número 1181/2009
- SAP Girona, sección 3ª, 16-10-2009, número 649/2009
- SAP Granada, sección 2ª, 16-10-2009
- SAP Madrid, sección 1ª, 19-10-2009, número 430/2009
- SAP Barcelona, sección 2ª, 27-10-2009, número 666/2009
- SAP Alicante, sección 3ª, 28-10-2009, número 581/2009
- SAP Barcelona, sección 3ª, 02-11-2009, número 928/2009
- SAP Girona, sección 3ª, 04-11-2009, número 676/2009

- SAP Ourense, sección 2ª, 17-11-2009, número 441/2009
- SAP Santa Cruz, sección 2ª, 23-11-2009
- SAP Madrid, sección 6ª, 30-11-2009
- SAP Barcelona, sección 3ª, 04-01-2010, número 9/2010
- SAP Girona, sección 3ª, 20-01-2010, número 36/2010
- SAP Barcelona, sección 6ª, 12-02-2010, número 161/2010
- SAP Orense, sección 2ª, 08.03.2010, número 105/2010
- SAP Madrid, sección 2ª, 16-03-2010, número 116/2010
- SAP Barcelona, sección 3ª, 17-03-2010, número 269/2010
- SAP Madrid, sección 6ª, 23-03-2010, número 147/2010
- SAP Las Palmas, sección 6ª, 06-04-2010, número 81/2010
- SAP Burgos, sección 2ª, 12-04-2010, número 85/2010
- SAP Pontevedra, sección 2ª, 16-04-2010, número 59/2010
- SAP Castellón, sección 1ª, 23-04-2010, número 138/2010
- SAP Burgos, sección 1ª, 26-04-2010, número 102/2010
- SAP Navarra, sección 3ª, 28-05-2010, número 84/2010
- SAP Guadalajara, sección 1ª, 16-06-2010, número 1/2010
- SAP Albacete, sección 2ª, 03-11-2010, número 282/2010
- SAP Barcelona, sección 22ª, 16-12-2010, número 605/2010
- SAP Ciudad Real, sección 1ª, 17-12-2010, número 155/2010
- SAP Madrid, sección 17ª, 21-12-2010, número 1407/2010
- SAP A Coruña, sección 6ª, 29-12-2010, número 104/2010
- SAP Valencia, sección 2ª, 03-01-2011, número 29/2011
- SAP Islas Baleares, sección 1ª, 13-01-2011, número 5/2011
- SAP Ourense, sección 2ª, 24-01-2011, número 22/2011
- SAP Lleida, sección 1ª, 14-02-2011, número 58/2011
- SAP Murcia, sección 5ª, 15-02-2011, número 61/2011
- SAP Madrid, sección 7ª, 28-02-2011, número 213/2011
- SAP Las Palmas sección 1ª, 29-03-2011, número 120/2011
- SAP Salamanca, sección 1ª, 14-04-2011, número 48/2011
- SAP Barcelona, sección 2ª, 26-04-2011, número 253/2011
- SAP Valencia sección 2ª, 09-05-2011, número 356/2011
- SAP Murcia, 03-06-2011, número 118/2011
- SAP Madrid, sección 15ª, 05/07/2011, número 250/2011

LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- 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.
- 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.

INSTRUCCIONES

CIRCULAR FISCALÍA:

- Circular: 10/2011 “sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de seguridad vial

PROCEDIMIENTO NORMALIZADO DE TRABAJO (PNT)

- PNT de la PG-ME número 304/06/14. Detección de alcohol y sustancias estupefacientes

