



ASOCIACION
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección
Natalia Velilla Antolín

Coordinación
Luis Cáceres Ruiz



www.ajfv.es

BOLETÍN DIGITAL PENAL

NÚMERO 19. NOVIEMBRE 2017

**DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL:
JURISPRUDENCIA SOBRE LA NEGATIVA A
SOMETERSE A LA SEGUNDA PRUEBA DE
DETECCIÓN DE ALCOHOL, TRAS HABERSE
VOLUNTARIAMENTE SOMETIDO A LA
PRIMERA.**

STS, Pleno, de 28 de marzo de 2017.

Sentencia: nº 210/2017

Recurso: nº 1859/2016

VERÓNICA PONTE GARCÍA

Juez

Juzgado de Primera Instancia e Instrucción
número cuatro de Durango

**DISTINCIÓN VÍA RECURSO ENTRE LA
MODIFICACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO
-CUESTIÓN FÁCTICA- Y LA MODIFICACIÓN
DE LA CALIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN -
CUESTIÓN JURÍDICA-. EL CASO ATUTXA.**

STEDH de 13 de junio de 2017.

Demanda nº 41427/14

LUIS CÁCERES RUIZ

Magistrado

Juzgado de lo Penal número dos de Badajoz

1. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL: JURISPRUDENCIA SOBRE LA NEGATIVA A SOMETERSE A LA SEGUNDA PRUEBA DE DETECCIÓN DE ALCOHOL, TRAS HABERSE VOLUNTARIAMENTE SOMETIDO A LA PRIMERA.

VERÓNICA PONTE GARCÍA
Magistrada

VOCES: Delitos contra la seguridad vial. Concurrencia. Negativa al sometimiento a las pruebas de detección de alcohol. Alcoholemia. Desobediencia.

El Alto Tribunal establece la interpretación del delito de negativa al sometimiento de las pruebas de alcoholemia, previsto y penado en el artículo 383 del Código penal, entendiendo que éste también concurre cuando el investigado ya se ha hecho la primera de estas pruebas con resultado positivo y se niega a hacer la segunda prueba.

COMENTARIO

Comienza la sentencia fijando la importancia de la misma por cuanto no se había podido tratar este tema, lo que había dado lugar a varias interpretaciones sobre un hecho bastante habitual, esto es, una vez requerido el conductor para la práctica de las pruebas de detección de sangre, habiéndose voluntariamente sometido a la primera, con resultado positivo, se negara, a pesar de los apercibimientos, a realizar la segunda prueba. Ello generaba una inseguridad jurídica, de donde nace el interés casacional de este tema y la relevancia de la resolución objeto de estudio.

La sentencia realiza un estudio sobre el origen del tipo de la negativa, desde su introducción en el Código penal de 1995, en su

artículo 380, remitiéndose al delito de desobediencia (556 Código penal). Posteriormente, tras la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, se modificó el Código penal, en materia de seguridad vial, estableciéndose la negativa en el actual artículo 383 de dicho cuerpo legal y ya, como independiente de la desobediencia. El mentado precepto actualmente recoge la sanción al “conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia [...]”.

Se trata, pues, de un tipo penal en blanco, por cuanto remite de forma expresa a la normativa administrativa sobre comprobación de las tasas de alcoholemia. Así, el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a motor y Seguridad Vial, según el cual, en su apartado 2, “el conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol [...], que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico”. Añade su apartado 3, que dichas pruebas consistirán “en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados [...]”, salvo “cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas”. En su letra a), explica que el procedimiento, condiciones y termino de la práctica de dichas pruebas se regulará reglamentariamente y en su letra b) con carácter general, “a efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol [...], que consistirán preferentemente en análisis de sangre”.

El desarrollo reglamentario al que remite el precepto anteriormente expuesto se encuentra en los artículos 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre el Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Conforme al primer precepto mencionado, se determina las “personas obligadas”, entre las que se encuentra “todos

los conductores de vehículos”. Asimismo, establece que “los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas: a) a cualquier [...] conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación. B) a quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas”.

El artículo 22 del texto legal mentado prevé el desarrollo de las mediciones, estableciendo que su práctica corresponde a los “agentes encargados de la vigilancia del tráfico” y que dichas pruebas “consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados”.

Por su parte, el artículo 23 dispone que “cuando el resultado de la prueba fuera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre o 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado 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”.

Finalmente, el artículo 24 recoge las actuaciones para el caso de que la segunda prueba arrojará un resultado positivo o “se aprecien síntomas claros de la influencia de bebidas alcohólicas”.

Resume la STS 210/2017 las diversas interpretaciones sobre la concurrencia del delito del artículo 383 CP cuando el examinado, tras haberse sometido voluntariamente a la primera prueba, a pesar de los requerimientos y apercibimientos, se niega a la práctica de la segunda medición de alcohol. Primero, la negativa a someterse a la segunda prueba de comprobación de la tasa de alcohol en aire espirado mediante un etilómetro autorizado de manera oficial es constitutivo del delito de

negativa, previsto en el artículo 383 del Código penal. La segunda teoría entiende que, cuando se ha accedido voluntariamente a la práctica de la primera prueba, la negativa a la segunda prueba es atípica (que coincide con el Voto Particular de esta sentencia). Asimismo, la tercera teoría concluye que la negativa a someterse a la segunda prueba solo puede considerarse delito cuando el afectado cuestiona el resultado positivo de la primera prueba a la que accedió voluntariamente.

La sentencia objeto de análisis arguye que la práctica de las pruebas mentadas, además de una garantía del afectado, se trata de una garantía institucional y ello como garantía de un “alto grado de objetividad”, por cuanto estas pruebas suponen una “prueba pericial preconstituida” y susceptible de fundamentar, de forma incorrecta, una condena por delito de alcoholemia (379 CP), cuando la prueba fue errónea porque el interesado desistió a la segunda espiración. Esto último implicaría que no cabe la renuncia por el afectado, por ser una garantía del sistema (como la asistencia letrada).

Así, recuerda que las pruebas previstas reglamentariamente para la detección de alcohol en aire aspirado estructuran su fiabilidad (a los efectos de su uso en el proceso penal, además de garantía del investigado) sobre dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin las dos mediciones, la prueba queda incompleta, de manera que no cumple las garantías de fiabilidad y no respeta lo dispuesto en el reglamento. En apoyo de lo anterior, de conformidad con el artículo 21 del mismo cuerpo legal, es obligatoria también la realización de la segunda prueba para el afectado, además de una obligación para el agente (según el artículo 23.2 del Reglamento).

Asimismo, la resolución entiende que el precepto cuando habla de “comprobación” se refiere, con carácter abstracto, las pruebas “establecidas en la ley para comprobar las tasas de alcoholemia”. Así, aun cuando haya elevado material probatorio cualificado, sigue permaneciendo la obligación de sometimiento a la prueba y la obligación del agente de practicarla.

Respecto a la teoría de la atipicidad cuando el examinado no pretendiera impugnar el resultado positivo de la primera prueba, alega la STS 210/2017, supondría que la consumación del delito dependería de la actuación posterior del acusado, de tal forma que se vincularía la sanción penal al ejercicio del derecho de defensa.

Por otra parte, reconoce el Alto Tribunal que no reviste la misma gravedad la negativa a la práctica de las dos pruebas frente al que sólo se niega a la segunda, por lo que, para ello, se establece una horquilla penológica. Consecuentemente, a pesar de que se incardinan ambas actuaciones en un mismo tipo penal, de conformidad con el artículo 66 CP, tendrán distinta respuesta penal, adaptándose proporcionalmente a la gravedad de la conducta.

Concluye que la realización de las dos pruebas tiene un claro carácter obligatorio que mediante estas teorías de atipicidad se neutraliza, vulnerando la voluntad de la norma. No se trata de una facultad del ciudadano, ya que, dentro de los derechos establecidos en el reglamento, no se incluye el derecho a no acceder a la segunda espiración.

Finalmente, el delito del artículo 383 CP de negativa a la práctica de las dos pruebas reglamentariamente establecidas defiende el bien jurídico del principio de autoridad. En este sentido, el artículo 383 CP recoge un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Con ello, se aprecia en una “singular protección penal”, reforzando la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la autoridad al cumplir con su obligación de práctica de dichas pruebas. Adicional, e indirectamente, se protege la seguridad vial.

Es, precisamente, la diferenciación de los bienes jurídicos que protege el artículo 379 y 383 CP, es decir, respectivamente, la seguridad vial y la autoridad lo que fundamenta la solución de un concurso real entre ambas infracciones (STS 214/2010, de 12 de marzo).

Se trata, pues, de preceptos independientes de tal manera que no se puede concebir el artículo 383 CP como un delito instrumental respecto al delito previsto en el artículo 379 del mismo cuerpo legal.

Por ello, confirma la sentencia de primera y segunda instancia, entendiendo que, además del delito del artículo 379 CP, también concurre el delito tipificado en el artículo 383 CP, puesto que el investigado, tras haber realizado de forma voluntaria la primera prueba de medición de alcohol, con resultado positivo, se negó a la práctica de la segunda.

A pesar de que entiendo los argumentos que fundamentan las distintas tesis de la atipicidad, considero que el criterio del Tribunal Supremo es el que se debe aplicar. Sin embargo, no puedo dejar de reconocer que el problema surge de una ley poco clara (en concreto, solo se hace mención a las dos pruebas como obligación de los agentes para practicarlo), lo que ha generado tal disparidad de criterios (generando, incluso, un voto particular) y, por ende, inseguridad jurídica, que se solventa por medio de esta resolución.

Referencia CENDOJ: Roj: STS 1073/2017-ECLI: ES:TS:2017:1073

2. DISTINCIÓN VÍA RECURSO ENTRE LA MODIFICACIÓN DEL ELEMENTO SUBJETIVO -CUESTIÓN FÁCTICA- Y LA MODIFICACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LA INTENCIÓN -CUESTIÓN JURÍDICA-. EL CASO ATUTXA.

LUIS CÁCERES RUIZ
Magistrado

VOCES: Desobediencia. Intencionalidad. Elemento Subjetivo. Recurso. Sentencia absolutoria. Vista. Audiencia personal del acusado.

En primera instancia fueron absueltos de un delito de desobediencia por el TSJ País Vasco el Presidente, Vicepresidente y Secretaria del Parlamento Vasco, al no apreciar intencionalidad en su comportamiento. El TS revocó la sentencia y condenó a los acusados al calificar la desobediencia como consciente y deliberada. El TEDH considera que dicha calificación no es sólo una modificación de la calificación jurídica de los hechos; es una verdadera modificación del relato fáctico, al cambiarse la intención atribuida a los autores. Ello obliga, según el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a realizar una vista en la que sean oídos personalmente los acusados. Conforme a la vigente regulación procesal, dicha modificación contra reo estaría vedada al órgano ad quem, que sólo podría declarar el error de la valoración de la prueba y devolver las actuaciones a primera instancia para nuevo pronunciamiento en el recurso de apelación. Ello obliga a distinguir entre cambio en la calificación jurídica de la voluntad -no cambia el relato fáctico- y cambio en la intención atribuida al autor -que sí es un cambio del relato fáctico-, difícil distinción con relevantes efectos procesales.

COMENTARIO

La Sentencia de 19 diciembre 2006 del TSJ del País Vasco absolvió al Presidente, Vicepresidente y la Secretaria del Parlamento de la Comunidad Autónoma del País Vasco del delito de desobediencia.

Los hechos probados consistían en que el TS acordó la disolución del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak e instó al Presidente del Parlamento Vasco que solicitara a la Mesa de este Parlamento que procediera a dicha disolución. La Mesa del Parlamento adoptó un proyecto de resolución para ejecutar la decisión judicial, que conforme al Reglamento del Parlamento, debía someterse a aprobación de la Junta de Portavoces. Ésta rechazó la resolución. Finalmente la Mesa del Parlamento redactó un texto expresando su respeto al TS y los demás órganos judiciales y aseguraba no tener ninguna intención de desobedecer las decisiones de la justicia, pero que el Reglamento del Parlamento no preveía la posibilidad de ejecutar la medida -se exigía la aprobación de la Junta de Portavoces y ésta se negaba-, por lo que había una imposibilidad legal de ejecutar la decisión judicial.

El TS en su Sentencia de 8 de abril de 2008 estimó el recurso de casación interpuesto, anuló la sentencia recurrida y consideró a los acusados culpables del delito de desobediencia. El TS interpretó que los acusados descartaron de forma consciente y deliberada el acatamiento de la sentencia dictada por el TS y camuflaron su contumaz rechazo suscitando una aparente controversia jurídica con el TS acerca de los límites del deber general de acatamiento de las resoluciones judiciales y que “se negaron abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial”.

Expresamente se indica que “se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida”.

Mediante Sentencia de 5 de diciembre de 2013, el TC rechazó las demandas de amparo, considerando que “la Sentencia impugnada no alteró el sustrato fáctico sobre el que se asentaba la Sentencia del

órgano a quo, ni revisó por tanto el juicio fáctico realizado en la instancia, sino que meramente difirió de su calificación jurídica” y que los derechos de los acusados no se vulneraron a pesar de no haber sido oídos en la vista de casación: “en tanto que debate fue estrictamente jurídico, la posición de los recurrentes estuvo debidamente garantizada por la presencia de sus Letrados”.

El TEDH considera que la sentencia condenatoria del TS es contraria al art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Establece las siguientes consideraciones:

- El TS concluyó que los acusados se habían negado “de manera consciente y deliberada” a acatar su resolución el Tribunal Supremo. Para llegar a esta nueva interpretación jurídica se había pronunciado sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los acusados.

- Este elemento subjetivo habría sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes. Para ser calificado como tal, el delito de desobediencia requiere una “negativa abierta”. El TS se habría alejado de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad de los acusados.

En definitiva, el TEDH establece que cambiar el pronunciamiento sobre los elementos subjetivos del tipo no es sólo un cambio en la calificación jurídica. Es un cambio sobre los hechos probados, relativos a la intención de los autores. Aunque el TS indique que no se produce una modificación del relato fáctico, el TEDH considera que no se produce sólo un cambio de valoración del comportamiento, sino un cambio del comportamiento declarado probado -la intención- por lo que sí existe modificación del relato fáctico.

Ello exige, para cumplirse el Convenio en el recurso frente a sentencias absolutorias, la celebración de una vista en la que sean oídos directamente los acusados -y no sólo sus Letrados-. En consecuencia, considera que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio. Se considera que la modificación de la valoración del elemento subjetivo

del tipo es una modificación de los hechos, exigiendo el artículo 6 del Convenio que sólo puede realizarse previa vista en la que sean oídos los acusados directamente y sólo mediante su asistencia letrada.

El TEDH concluye que los acusados fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, al no haber sido oídos directa y personalmente.

El cambio en la calificación de la intencionalidad supone un cambio en el relato fáctico que tiene importantes consecuencias en nuestro sistema de recursos:

1.- En el recurso de apelación.

El cambio en la apreciación de la intencionalidad en segunda instancia, supondría, no una infracción de normas del ordenamiento jurídico, sino un supuesto de error en la apreciación de las pruebas, paso previo para el cambio del relato fáctico en perjuicio del reo. El órgano ad quem no podría dictar nueva sentencia, sino devolver el procedimiento para nueva sentencia -con o sin repetición del juicio, y ante el mismo o distinto juez- (artículo 792.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2.- En el recurso de casación.

Es posible el cambio de calificación del elemento subjetivo, por infracción de ley. Pero no sería posible una modificación de los hechos relativos a la intención de los autores -no tiene cabida en los estrechos márgenes del error en la interpretación de la prueba basado en documentos (art. 849.2º Lecrim.) y no es posible al no haber trámite de audiencia directa al acusado-.

Hay que diferenciar entre ambos supuestos, distinción a veces poco clara: entre cambiar la calificación jurídica del elemento subjetivo -por ejemplo, calificar como dolosa una conducta que no ha sido catalogada como tal- y cambiar el relato de hechos -por ejemplo, variando la intencionalidad que se le atribuye al autor-.

La diferencia procesal es muy relevante.

La modificación de la intención atribuida, supone un cambio del relato fáctico, que no puede ser realizada por el órgano ad quem. Sólo puede tenerse en cuenta mediante una nueva valoración de la prueba y cambio del relato fáctico, devolviendo el procedimiento a primera instancia -en apelación- y no es posible en casación.

La modificación de la calificación jurídica de la intención, no es un cambio del relato fáctico, sino un cambio en la aplicación de las normas, sin modificar el relato de hechos, que puede ser realizada en segunda instancia y casación, por infracción de ley.

Se trata de dos conceptos tan difusos en sus límites -la intención atribuida y la calificación de la intención- que puede dar lugar a supuestos complejos difíciles de deslindar.

STEDH 13 de junio de 2017. Demanda nº 41427/14