



Roj: **STS 2315/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2315**

Id Cendoj: **28079129912017100006**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **08/06/2017**

Nº de Recurso: **9/2017**

Nº de Resolución: **419/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 9/2017, interpuesto por D. Vicente representado por la procuradora Dª Irene Gutiérrez Carrillo bajo la dirección letrada de D. Luis Martín Más contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 12 de septiembre de 2016 . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Esplugues de Llobregat instruyó contra Vicente por delito contra la seguridad del tráfico Diligencias urgentes 14/2016 que tramitadas se remitieron al Juzgado de lo Penal num. 25 de Barcelona quien en el Juicio Rápido num. 186/2016 dictó sentencia en fecha 19 de mayo de 2016 que fue apelada remitiéndose a la Audiencia Provincial de Barcelona cuya Sección Séptima en el Rollo de Apelación 118/2016 dictó sentencia en fecha 12 de septiembre de 2016 en la que consta los siguientes antecedentes de hecho:

«Primero: En fecha 19 de mayo de 2016 y por el Juzgado de lo Penal núm. 25 de Barcelona se dictó sentencia en el Procedimiento Abreviado Rápido 186/16 que contiene el fallo siguiente: "Que debo condenar y condeno a Vicente como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, del artículo 379.2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de 8 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y responsabilidad persona subsidiaria prevista en el art. 53 CP , así como la pena de privación de derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 18 meses, y como autor, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez, prevista en el art. 21.6° en relación con los artículos 21.1 y 20.2 del Código Penal de un delito de desobediencia del artículo 383 del Código Penal , imponiéndole la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo de 18 meses, y todo ello, con imposición al condenado de las costas del presente procedimiento".

Segundo: Apelada que fue la sentencia por el condenado y previos los trámites legales se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Barcelona, teniendo entrada en esta Sección el pasado día 25 de febrero de 2010, habiéndose celebrado el día de la fecha la preceptiva deliberación y votación del recurso interpuesto en cuya tramitación ante este Tribunal se han observado todas las prescripciones legales.

Tercero: Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes, de Hecho y también los Hechos Probados de la sentencia apelada, con la excepción que más adelante se dirá, en los que se establece lo siguiente:

"Probado y así se declara que, el acusado Vicente ; mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 22 de abril de 2016 de 2015 sobre las 1:00 horas conducía el vehículo matrículaWFH por la C/ Francesc



Llimell de Esplugues de LI, con sus facultades disminuidas a consecuencia de una previa ingestión alcohólica, lo cual mermaba considerablemente su capacidad para manejar los mecanismos de dirección, control, y frenado de un vehículo, así como aumentaba el tiempo de reacción ante acontecimientos imprevistos en dicha conducción, con pérdida de reflejos y reducción de la capacidad visual, con el consiguiente riesgo para el resto de los usuarios de la vía. Como consecuencia de este estado, el acusado condujo de forma irregular, dando marcha atrás y marcha delante, al tiempo que discutía con su mujer y forcejeaba con su hijo menor de edad que viajaba en los asientos posteriores, todo ello mientras mantenía el vehículo cruzado en la calzada, impidiendo la circulación del resto de usuarios. Advertida esta circunstancia por una dotación policial y ante los síntomas evidentes que presentaba el acusado de hallarse bajo la influencia del alcohol tales como comportamiento agresivo, insultante, irrespetuoso, eufórico, excitado, con variaciones de comportamiento, habla pastosa e incoherente, repetitiva, falsa apreciación de las distancias y movimiento oscilante de la verticalidad, entre otros, se le requirió por los agentes para someterse a las preceptivas pruebas de alcoholemia, a los que el acusado se negó reiteradamente, pese a ser advertido por los agentes de las consecuencias que tendría dicha negativa".

Se corrige el error material que se advierte en el relato fáctico, eliminando las expresiones "de 2015" que se tienen por no puestas».

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por el/ la Procurador/a D./ Dña Raquel Palou Bernabé, en nombre y representación de D. Vicente , contra la sentencia dictada en fecha 19 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Penal núm. 25 de los de Barcelona en el Procedimiento Abreviado Juicio Rápido núm. 186/16 , debemos confirmar y confirmamos íntegramente y en todos sus pronunciamientos dicha sentencia, declarando de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala y se notificará al Ministerio Fiscal y a las partes, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Frente a la presente sentencia puede interponerse recurso de casación por infracción de Ley del motivo previsto en el número 1 del artículo 849 de la LECRIM , que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la presente sentencia».

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Vicente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de ley, artículo 849.1 por infracción de precepto penal sustantivo, por indebida aplicación en concreto del artículo 379.2 del Código Penal . SEGUNDO.- Por infracción de ley, artículo 849.1 por infracción de precepto penal sustantivo en concreto de los artículos 379.2 y 383 del Código Penal .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo -tras la celebración del referido Pleno Jurisdiccional- bajo la Presidencia del primero de los indicados, haciéndose encargado de redactar la sentencia el Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro el día 23 de mayo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 25 de Barcelona dictó sentencia en el procedimiento Abreviado 186/2016, seguido contra Vicente por delito contra la seguridad del tráfico, el 19 de mayo de 2016, en la que el acusado fue condenado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, del art. 379.2 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias que modifiquen la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de 8 meses de multa con cuota diaria de 6 euros y una responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP , así como la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de 18 meses; y como autor, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de embriaguez, prevista en el artículo 21.6ª, en relación con los artículos 21.1ª y 20.2º del Código Penal , de un delito de desobediencia del art. 383 del C. Penal , a la pena de 6 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo de 18 meses, y todo ello con imposición al condenado de las costas del presente procedimiento.



La sentencia fue apelada, conociendo del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Séptima dictó sentencia el 12 de septiembre de 2016, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado y confirmó en su integridad la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 25 de Barcelona, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Esta sentencia fue recurrida a su vez en casación por la defensa del acusado, recurso que es el objeto de esta sentencia, y al que se opuso el Ministerio Fiscal.

PRIMERO. 1. El **primer motivo** lo anuncia bajo el rótulo de la infracción de ley, artículo 849.1º de la LECr., por indebida aplicación del artículo 379.2 del Código Penal. Sin embargo, basta con comenzar su lectura para cerciorarnos de que su contenido poco tiene que ver con el cauce procesal que se utiliza.

En efecto, el recurrente se aleja enseguida del "respeto escrupuloso a los hechos probados" a que se compromete al inicio de su escrito, pues ya casi al comienzo afirma que hay que partir del dato evidente de que no se cuenta con una medición del grado de impregnación alcohólica que pudiera tener el acusado en el momento de intervenir los policías. Y acto seguido desdice ya los hechos declarados probados al alegar que no queda acreditado en el presente caso que la capacidad de conducir de "mi cliente", señala la defensa, estuviera mermada por haber ingerido alcohol, y mucho menos que su conducción estuviera influida por este motivo.

Con esa negativa se aparta ya sin reparo alguno el recurrente del cauce procesal de la infracción de ley y se introduce de lleno en el debate sobre la prueba y la certeza de los hechos declarados probados. Sobre este particular aduce que debemos estar a la efectiva afectación de la conducción en concreto, y del relato de hechos no se colige necesariamente -dice- que la conducción estuviera afectada por la ingesta previa de bebidas alcohólicas. De ahí la indebida aplicación del artículo 379.2 del C. Penal.

Y después de admitir que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, señala que ni ésta es la única prueba que puede generar la condena ni es una prueba imprescindible para resultar condenado; por lo cual, acaba concluyendo que, aunque pudiera haber una conducción irregular en algún sentido, ello no implica una merma de las capacidades debido al alcohol, que es precisamente lo que se castiga en el C. Penal.

2. Como puede fácilmente constatarse, todo el discurso de la parte para fundamentar el primer motivo no lo centra en la infracción de un precepto penal sustantivo, sino que lo dedica a cuestionar, aduciendo generalidades, el núcleo de los hechos probados que lo incriminan. Esto es, que el día 22 de abril de 2015, sobre las 1:00 horas, conducía el vehículo matrículaWFH por la C/ Francesc Llimell de Esplugues de Llobregat, con sus facultades disminuidas a consecuencia de una previa ingestión alcohólica, lo cual mermaba considerablemente su capacidad para manejar los mecanismos de dirección, control y frenado del vehículo, así como aumentaba el tiempo de reacción ante acontecimientos imprevistos en dicha conducción, con pérdida de reflejos y reducción de la capacidad visual, generando así el consiguiente riesgo para el resto de usuarios de la vía. Y como consecuencia de este estado, el acusado condujo de forma irregular, dando marcha atrás y marcha delante, al tiempo que discutía con su mujer y forcejeaba con su hijo menor de edad que viajaba en los asientos posteriores, todo ello mientras mantenía el vehículo cruzado en la calzada, impidiendo así la circulación del resto de usuarios.

Ante los síntomas evidentes que presentaba el acusado de hallarse bajo la influencia del alcohol, tales como comportamiento agresivo, insultante, irrespetuoso, eufórico, excitado, habla pastosa e incoherente, repetitiva, falsa apreciación de las distancias y movimiento oscilante de la verticalidad, entre otros, se le requirió por los agentes para someterse a las preceptivas pruebas de alcoholemia, a los que el acusado se negó reiteradamente, pese a ser advertido de las consecuencias que tendría dicha negativa.

Estos son los hechos que cuestiona el recurrente por la vía de la infracción de ley y con el único y simple argumento de negar que se hubiera probado que condujera el vehículo bajo la influencia del alcohol. Sin hacer referencia alguna a toda la prueba testifical de cargo que se recoge en la sentencia de instancia, centrada fundamentalmente en la declaración de los agentes policiales, y también en sus propias manifestaciones, en las que admitió que venía de una celebración y que había bebido alcohol.

Así las cosas, es claro que el primer motivo del recurso no puede acogerse.

SEGUNDO. 1. El **segundo motivo** lo articula también por la vía procesal del artículo 849.1º de la LECr., invocando la infracción de los artículos 379.2 y 383 del Código Penal.

Entiende el recurrente que no cabe la condena conjunta por los delitos comprendidos en los arts. 379.2 y 383 CP porque ello conculca el principio del *non bis in ídem*, ya que ambos delitos tienen el mismo principio jurídico protegido (*sic*). Difícilmente puede entenderse -argumenta la defensa- que el orden público es el bien protegido en el nuevo artículo 383 del Código Penal incluido en el capítulo dedicado a los delitos contra la



seguridad vial, ya que no utiliza la palabra desobediencia e incluye además de la prisión de seis meses a un año como pena específica, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Ello significa -remarca el recurso- que el artículo 383 del Código Penal deja vía libre para apreciar el *non bis in idem* y no condenar simultáneamente por el delito de conducir bajo de influencia de alcohol o drogas y el delito de no someterse a las pruebas para comprobarlo. Considera la parte que si un conductor conduce bajo la influencia de alcohol o drogas y es condenado por ello, sólo ha menoscabado el bien jurídico de la seguridad vial, y no ha atacado ningún otro. Por lo cual, debe estimarse que el requerimiento para someterse a las pruebas de detección alcohólica o de drogas no era necesario para preservar el bien jurídico cuyo quebranto ya le ha sido reprochado.

Y cita como precedentes jurisprudenciales que refrendan su tesis, las sentencias 171/2015, de 11 de marzo, y 1113/2012, de 4 de septiembre, de la Sección 17 de la Audiencia Provincial de Madrid .

En virtud de lo cual, se habría producido infracción de ley por indebida aplicación del artículo 383 del C. Penal .

2. Frente a ello, es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional requiere para que concurra un supuesto de *bis in idem* en el plano sustantivo que sea castigado un sujeto dos veces por unos mismos hechos. Y a la hora de interpretar la expresión "unos mismos hechos", considera que se da este supuesto en los casos que concurra la identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 2/1981 , 154/1990 , 204/1996 , 177/1999 , 2/2003 , 180/2004 , 1/2009 y 77/2010).

En el caso que se juzga es claro que el sujeto activo del delito es el mismo para ambas infracciones penales, concurriendo así la identidad de sujeto activo.

En cambio, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, toda vez que en el delito del art. 379.2 del C. Penal la conducta punible consiste en conducir el vehículo de motor bajo la influencia de bebidas drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, o de bebidas alcohólicas, o con el índice de alcoholemia que se establece en el segundo inciso del apartado 2 del precepto. En cambio, la conducta prevista en el art. 383 del C. Penal consiste en conducir un vehículo de motor y negarse, una vez requerido por un agente de la autoridad, a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas previstas en los preceptos precedentes.

A este respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional 1/2009, de 12 de enero , se argumenta que la identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el art. 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el art. 380 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye pues la vulneración del principio *non bis in idem* .

Por lo cual, el supuesto de un *bis in idem* quedaría ya descartado al no concurrir una de las tres identidades que exige reiterada jurisprudencia de la jurisdicción constitucional.

Sin embargo, todavía cabría cuestionar la aplicación del concurso real de delitos en el caso de que el bien jurídico tutelado por ambos preceptos (arts. 379.2 y 383 del C. Penal) fuera el mismo. En tal caso, aunque no se incurriera en un *bis in idem* por no tratarse de la misma conducta en ambas acciones, sí cabría plantearse la posibilidad de que se vulnerara el principio de proporcionalidad de las penas, que se encuentra vinculado con el *non bis in idem* y también comprendido, entre otros preceptos, en el art. 25.1 de la CE .

3. En la sentencia de esta Sala 210/2017, de 28 de marzo , al responder al interrogante de cuál es el bien jurídico que tutela el art. 383 del C. Penal , se argumenta que desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. Y añade después la precitada sentencia que el bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no deja de ser una modalidad singularizada.

Matiza la sentencia 210/2017 que en todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estará afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial.



Mediante el delito del art. 383 -añade la cita jurisprudencial- el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Sólo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad.

4. En la STC 161/1997, de 2 de octubre (fund. juríd. 10), se argumenta que «como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe -"delitos contra la seguridad del tráfico"-, de la caracterización como "conductor" de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar -conducción de un vehículo a motor- no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP . La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva, según la jurisprudencia constitucional, a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para "la vida o la integridad de las personas" (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma».

A estos bienes jurídicos añade también el Tribunal Constitucional los bienes tutelados en el delito de desobediencia grave: el "orden público", tal como indica el título en el que se ubica el delito, entendido como orden jurídico o como paz social, o como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales. Y como segunda finalidad protectora propia y específica del tipo penal de desobediencia: la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado, señala el TC, principio de autoridad-.

Por consiguiente, según el criterio del Tribunal Constitucional, son dos los bienes jurídicos tutelados por el art. 380 del C. Penal (actual 383), y no uno sólo, como se reseña en la sentencia impugnada, circunstancia que impide estimar que nos hallemos ante un *bis in ídem* , quedando así excluido, en principio, el concurso de normas.

5. El delito previsto en el art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un *peligro real* , aunque genérico o abstracto , caracterizado por la *peligrosidad* ante de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (*desvalor real de la acción*) que *haga posible un contacto* con el bien jurídico tutelado por la norma (*desvalor potencial del resultado*), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

El tipo penal del art. 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa *posibilidad* de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva *ex ante* , que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

Y en lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como *bien jurídico intermedio* que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar.

Pues bien, en el caso que se juzga no concurre duda alguna de que, dado el estado en que conducía el vehículo de motor el acusado por una vía pública, cuyos síntomas y maniobras se han descrito *supra* en el relato de hechos probados, resulta incuestionable que se dan todos los elementos del referido tipo penal (art. 379.2, inciso primero).

6. En lo que se refiere al delito de desobediencia específica del art. 383 del C. Penal , se consuma por el hecho de negarse a someterse a las pruebas de tasas de alcoholemia y de la presencia de las drogas reseñadas en los preceptos precedentes.

El legislador ha enfatizado la relevancia que tiene la pericia de alcoholemia para averiguar y acreditar probatoriamente el delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ha querido reforzar las posibilidades de su punición obligando a los conductores a realizar la pericia mediante la amenaza disuasoria de la imposición de una pena. Se ha considerado que sin la práctica de esa pericia era difícil garantizar la aplicación del tipo penal del art. 379.2 y que, ante la eventualidad de que



no se aplicara el delito de desobediencia específica era muy plausible que disminuyera la protección de los bienes jurídicos que ampara el referido precepto: el bien inmediato supraindividual de la seguridad del tráfico y los bienes más mediatos, pero de una mayor tangibilidad y enjundia, consistentes en la vida y la salud (física y psíquica) de los ciudadanos.

El precepto cumple una importante función de prevención general negativa o disuasoria en cuanto que el conductor que pilota un vehículo evita no consumir alcohol ni otras drogas al ver bloqueadas sus posibilidades de evitar el castigo penal negándose a practicar las pruebas periciales que prevé el art. 383 del C. Penal . Por lo cual, el precepto previene anticipadamente que los conductores ingieran esas sustancias antes de ponerse al mando de un vehículo. La imperatividad de la prueba pericial y el refuerzo que supone para la averiguación del delito cumple así una importante función disuasoria orientada a evitar que la acción principal de peligro abstracto se produzca.

A esa función preventiva general de la norma se le suma la eficacia que se obtiene en la persecución del delito una vez que el hecho que integra el tipo penal del art. 379.2 se consuma. Máxime si se pondera que la relevancia de esa prueba pericial se ha incrementado sustancialmente con la tipificación establecida en segundo inciso del apartado 2 del precepto: «En todo caso será condenado con dichas penas (las previstas en el apartado anterior) 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».

Se ha cuestionado doctrinal y jurisprudencialmente la aplicación conjunta de ambos preceptos al entender que el tipo penal del art. 383 del C. Penal presenta un carácter meramente formal que vulnera el principio de ofensividad o lesividad, al no concurrir un bien jurídico realmente afectado o vulnerado distinto a los bienes ya contemplados en el artículo 379 del mismo texto legal . Por lo cual, en el caso de que se aplicara este último precepto ya no cabría apreciar conjuntamente el delito de desobediencia. Sin embargo, a pesar de la dosis de razonabilidad que esa opción presenta, ello no tiene por qué ser necesariamente así.

En primer lugar, porque, tal como se ha expuesto *supra* , el Tribunal Constitucional ha afirmado que el delito de desobediencia tutela la dignidad y las condiciones de ejercicio de la legítima función pública -también llamado, señala el TC, principio de autoridad-. Y ello no sólo lo ha admitido con anterioridad a la reforma de 2007 (SSTC 161 y 234 de 1997), sino también parece desprenderse el mismo criterio, si bien de forma indirecta o tácita, cuando entró a contemplar la posibilidad de un concurso real entre ambos delitos con posterioridad a la referida reforma, es decir, cuando el tipo de desobediencia se ubicó como específico en el Capítulo IV del Título XVII del C. Penal (STC 1/2009, de 18-12).

El delito específico de desobediencia del art. 383 del C. Penal ha sido conceptualizado por un sector doctrinal como un *delito obstáculo* , que son aquellos fenómenos de criminalización anticipada mediante los que se castigan conductas en un momento anterior a la lesión del bien jurídico e incluso con anterioridad a que se genere un peligro concreto o abstracto para el bien jurídico. Son por lo tanto delitos que se configuran como auténticos *obstáculos* que tienen como función impedir que lleguen a producirse los actos delictivos futuros que se tipifican en otros preceptos. En ellos el principio de ofensividad cede ante la necesidad de prevención general y se presentan como tipos penales formales o de mera desobediencia mediante los que se anticipa, si bien en algunos casos de forma muy cuestionable, la barrera defensiva que supone la aplicación de toda norma penal.

En el caso del art. 383 del C. Penal el legislador ha entendido que era precisa la implantación de un delito específico de desobediencia con el fin de que no quedara desactivada o debilitada de forma sustancial la eficacia de otro tipo penal que ya de por sí es un delito de peligro abstracto, cual es el contemplado en el art. 379.2 del C. Penal . El legislador ha sopesado que, de no reforzar con una amenaza penal la obligación de someterse a la pericia de alcoholemia, los conductores se negarían a realizarla y los bienes jurídicos que tutela el precepto principal se verían desprotegidos.

El carácter meramente instrumental y formal del tipo penal recogido en el art. 383 y, además, su condición de precepto que a su vez tiene como fin garantizar y reforzar la aplicación de un tipo penal de peligro abstracto, así como la cuantía de la pena (superior a la del art. 379.2), son los factores que generan cierta reservas o celos a su aplicación, dado el vínculo lejano que muestra con respecto a los bienes jurídicos materiales que de una forma muy mediata pretende tutelar (la vida y la salud de las personas).

Pues, en efecto, si el delito del art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto que protege directamente la seguridad vial e indirectamente los bienes jurídicos de la vida y la salud, el delito del art. 383 cumple una función aún más indirecta o mediata, en cuanto que anticipa todavía más en el tiempo y de forma más mediata la tutela los bienes personales materiales a los que se orientan los delitos previstos en el Capítulo IV del Título VII del C. Penal.



Así las cosas, puede decirse que el componente de ofensividad material del delito para los bienes personales principales es precario, como suele suceder con otros tipos penales que amparan directamente bienes jurídicos supraindividuales e institucionales. Ello no impide que cumpla desde esa perspectiva una función de cierta relevancia, tanto desde la perspectiva de la prevención general como de la eficacia de la aplicación del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La función del art. 383 todavía alcanza un mayor realce tras la introducción mediante la reforma legal de 2007 del tipo de conducción ética que se cumplimenta por el mero acto de conducir un vehículo de motor después de haber ingerido bebidas alcohólicas por encima de ciertas tasas legales, que se especifican en el nuevo inciso segundo del art. 379.2. A partir de esa reforma resulta imprescindible la práctica de la pericia de alcoholemia para constatar el elemento típico nuclear consistente en la tasa de alcoholemia. De modo que en el caso de que no operara el tipo penal del art. 383 la eficacia preventiva del nuevo supuesto todavía quedaría más debilitada que en los casos previstos en el primer inciso del art. 379.2 (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas sin necesidad de que conste la tasa de alcoholemia).

Por lo demás, tampoco puede cuestionarse que el procurar que la autoridad y sus agentes ejerzan las funciones que les encomienda la sociedad en unas condiciones de legítima eficacia, prohibiéndose aquellas conductas que las dificulten u obstaculicen, constituye un bien jurídico tutelable por la norma penal.

Es cierto que se da en este caso la singularidad de que el objeto de la prueba es el propio imputado, circunstancia que genera no poca renuencia y rechazo por el ciudadano que se ve implicado como imputado en unas diligencias de investigación de esa índole. Esta contingencia, sin embargo, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no supone ningún obstáculo de índole procesal para aplicar la norma sancionadora, toda vez que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y tampoco a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE (SSTC 103/1985 , 107/1985 , 76/1990 , 197/1995 y 161/1997 , entre otras).

Con lo cual se comprueba una vez más que lo que en gran medida genera cierto rechazo o repulsa en el supuesto que nos ocupa no es que se utilice un delito formal o instrumental para garantizar el resultado probatorio de un juicio, sino más bien que ese delito sea instrumentalizado para que colabore el acusado en la obtención de su propia condena, al prohibirle una conducta omisiva que, en principio, debiera ser entendida como lo que se conoce como un autoencubrimiento impune. Sin embargo, conviene reiterar que, una vez que el Tribunal Constitucional adopta la decisión de considerar imperativa esa colaboración al no insertarla dentro del concepto de declaración o confesión del reo, se hace ya muy difícil descartar de plano la posibilidad de que se esté incurriendo en un delito de desobediencia. Y ello a pesar de las reticencias que pueda generar desde una óptica penal, sustantiva y procesal, la punición de un imputado por el mero hecho de autodefenderse adoptando un comportamiento omisivo contrario al art. 383 del C. Penal .

Desde otra perspectiva, y dejando al margen el bien jurídico que tutela los tipos penales de desobediencia, ha de entenderse que aunque se considerara como único bien jurídico protegido la seguridad vial y, de forma indirecta, la vida y la integridad física o la salud de las personas, lo cierto es que tampoco tendría por qué hablarse necesariamente de un *bis in ídem* . Pues puede considerarse que se está atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes: una de forma más directa mediante la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y la otra impidiendo que se haga una investigación policial con unas garantías de eficacia para que se acabe protegiendo mediante una pena el menoscabo de la seguridad vial. A fin y al cabo, ello es lo que se hace normativamente cuando se establecen subtipos agravados que protegen el mismo bien jurídico.

7. La reforma del C. Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior art. 380 , cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el art. 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al art. 556 del C. Penal , pero ello no implica que se haya dejado de conceptualizar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole.

A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa



a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas.

Al final de todo el debate, se constata que la cuestión de fondo se centra en dirimir si el optar por un concurso real de delitos en lugar de por un concurso de normas puede vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena. Desproporción que ha sido remarcada, tanto en el ámbito jurisprudencial como en el doctrinal, al castigar con mayor pena el delito que actúa como instrumento eficaz (art. 383) para que opere el delito que tutela más directamente la seguridad vial (art. 379.2), pese a lo cual este último es castigado con una pena menor.

La suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador.

Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los juicios en que se dirima una condena penal por el art. 379.2 del C. Penal .

Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que presentaba el acusado en el momento de la ejecución de los hechos. Sin olvidar la imprescindibilidad de la pericia para la condena por el segundo inciso del art. 379.2 del C. Penal .

Por lo demás, desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el art. 379.2 del C. Penal , que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del art. 383 del C. Penal , sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo.

Así pues, descartado que nos hallemos ante una desproporción punitiva que nos desplace desde el concurso real de delitos al concurso de normas, debe también rechazarse el segundo motivo del recurso.

TERCERO . En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr).

FALLO

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

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de Vicente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Séptima, de fecha 12 de septiembre de 2016 , en la que se desestimó el recurso formulado por el referido acusado contra la condena dictada por la Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal nº 25 de Barcelona, por un delito contra la seguridad del tráfico de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y otro de negativa a someterse a la práctica de pruebas de alcoholemia a requerimiento de agente de la autoridad, confirmándose así la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial. **2º** Se imponen a la parte recurrente las costas generadas en esta instancia. Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que consta la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Alberto Jorge



Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde Carlos
Granados Perez Juan Saavedra Ruiz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ