

ALCANCE DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL: UNA SOLUCIÓN DOGMÁTICA COMO GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

XIX Seminario de Interuniversitario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

Ana Isabel Betrán Pardo¹

Socia FICP

ana.betran@telefonica.net

I.	Planteamiento.....	1
II.	El papel de la dogmática desde la óptica de los Tribunales.....	3
III.	El nuevo recurso de casación penal.....	5
IV.	La labor nomofiláctica del Tribunal Supremo en los delitos contra la seguridad vial....	8
V.	Especial referencia a la STS núm. 210/2017, de 25 de marzo y sus votos particulares, sobre la necesidad de someterse a la segunda prueba de alcoholemia para la consumación del delito del art. 383 CP.....	12
VI.	Reflexión final.....	16

I. Planteamiento.

La reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, para la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, vino a introducir modificaciones sustanciales en el régimen de recursos hasta entonces existente contra las sentencias dictadas por la jurisdicción penal, generalizando la segunda instancia y regulando interesantes novedades en relación al recurso de casación penal, que a partir de ahora y en una de sus modalidades, irá dirigido a satisfacer determinadas exigencias en torno al principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, para así fijar la interpretación de la ley penal, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos en el territorio de las distintas Audiencias Provinciales y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

De esta forma, el Tribunal Supremo puede cumplir una función unificadora de la doctrina penal en todas las materias del derecho penal, pues la configuración legal que hasta

¹ Fiscal sustituta. Licenciada en Criminología. Doctoranda en Derecho Penal.

ahora tenía el acceso a la casación impedía que se llegaran a revisar sentencias condenatorias de algunos delitos de frecuente comisión respecto de los que hasta esa fecha, la única jurisprudencia existente era la emanada de las Audiencias Provinciales, lo que suponía la coexistencia de criterios jurídicos diferentes sobre hechos similares.

De entre todos estos delitos que ahora son susceptibles de ser interpretados por el Tribunal Supremo se encuentran los delitos contra la seguridad vial. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado² publicada en 2017, durante el año 2016 se incoaron en nuestro país 98.203 procedimientos por delitos contra la seguridad vial, entre los que deben destacarse los de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cualquiera de las tres modalidades del conducir sin poder hacerlo por carecer de permiso o porque el mismo haya perdido su vigencia o haya sido privado por decisión judicial, y también el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Según el Instituto Nacional de Estadística, el 23'8 % de las personas condenadas en España durante el año 2016, lo fueron por delitos contra la seguridad vial.

En relación a esta cuestión, las distintos criterios existentes en las Audiencias Provinciales llevaban a soluciones distintas en supuestos idénticos que resultaban de alguna forma atentatorias contra principios constitucionales como el de igualdad ante la ley, el principio de interdicción de la arbitrariedad o el principio de seguridad jurídica, lo que la mencionada reforma pretende sea paliado con el nuevo recurso de casación penal. Y para ello, los Magistrados del Tribunal Supremo tienen por delante la tarea de realizar una importante labor dogmática, pues como dice la doctrina³, el rol que históricamente se le ha asignado a la dogmática penal ha sido la aplicación del Derecho por encima de la casualidad y la arbitrariedad. Pero llevada esta solución unificadora a la práctica la misma pone de manifiesto que en ocasiones, esta labor interpretativa ofrece soluciones diferentes entre los propios Magistrados del Tribunal Supremo, llegándose a alcanzar un determinado criterio haciendo uso del sistema de mayorías, lo que no impide que quien no comparta el criterio mayoritario lo exprese a través de su voto particular.

Buen ejemplo de lo anterior es el de la STS nº 210/2017, de 28 de marzo, que será objeto de comentario en la presente exposición, sentencia con la que el Pleno de la Sala II del Tribunal Supremo inauguró el nuevo recurso de casación que contiene hasta 6 votos

² Disponible en https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/index.html

³ WELZEL, Derecho Penal. Parte General, (trad. de FONTÁN BALESTRA), Ed. De Palma, Buenos Aires 1956m p. 1.

particulares y en la que se analiza el delito del art. 383 CP, que dentro de los delitos contra la seguridad vial castiga el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. Los 17 Magistrados que componen el Pleno del Tribunal Supremo, acudiendo a la dogmática jurídica ejercen la función nomofiláctica del recurso de casación, realizando una exégesis del precepto, pues había sido objeto de debate determinar si la negativa a someterse a la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia es atípica cuando el interesado se ha sometido voluntariamente a la primera con etilómetro de precisión y no se hubiera impugnado el resultado de la primera prueba, lo que en la práctica trascendía al hecho de que la respuesta penal podía llegar a ser diferentes para dos individuos que habían cometido idéntica acción.

De todas estas cuestiones trataremos a continuación.

II. El papel de la dogmática desde la óptica de los Tribunales.

La dogmática penal ha sido definida como la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina vigente en el campo del derecho penal⁴. Así, la dogmática jurídica como ciencia del derecho positivo vigente investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas, por lo que podría afirmarse que la dogmática jurídica tiene el cometido de poner de relieve principios opuestos y delimitar el ámbito de su vigencia, o lo que es lo mismo, preparar la aplicación de las normas. En la concepción contemporánea de la dogmática se asume normalmente que la dogmática penal es una ciencia práctica y que una de sus principales funciones es contribuir a resolver los conflictos sociales de una manera racional. Resulta claro también que el término dogmática jurídica no está exento de polémica en muchos sentidos, descartándose desde algunos ámbitos que el término resulta inadecuado para dar cuenta del saber característico de los juristas.

Por otra parte, puede también afirmarse que el papel del legislador encargado de la elaboración de normas jurídicas ha sufrido sucesivas crisis que ponen en tela de juicio su autoridad. La aplicación de las normas jurídicas penales requiere de unas altas dosis dinamismo que implican la interpretación de las normas penales conforme a la realidad social y con adaptación a cada supuesto de hecho concreto, con necesidad de salvar las imprecisiones del legislador o sus olvidos, pero sin dejar a un lado la necesidad de respetar los

⁴ ROXIN, C., Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid 1997, p. 102.

principios que inspiran el derecho penal como son el principio de legalidad, o el principio de prohibición de analogía contra reo, de proporcionalidad o igualdad. De esta forma la dogmática insiste en la inevitabilidad de la interpretación de las leyes, de manera que más allá de un texto normativo el dogmático penal se encuentra en la necesidad de decidir entre una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir esa decisión de los textos legales⁵ pues estos no resultan claros o pacíficos en su interpretación.

En otro orden de cosas, ha de atenderse a que uno de los objetivos del Estado de Derecho es otorgar seguridad jurídica a los individuos acerca de las consecuencias normativas de sus acciones, para así conocer qué conductas están prohibidas por el ordenamiento jurídico, lo que el legislador afronta con normas generales y abstractas cuya aplicación los jueces y tribunales no pueden ignorar, pero que por lo general tienen un inevitable margen de imprecisión y es debido a estas indeterminaciones por lo que se abre un espacio para que la dogmática y la jurisprudencia desarrollen propuestas normativas que complementen las decisiones del legislador. Como se ha puesto de manifiesto por la doctrina⁶, una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir. Otros autores⁷, parece que consideran innecesaria la labor dogmática realizada desde los tribunales cuando afirman que los jueces ya no tienen que preocuparse por la justicia de su decisión, sino tan sólo por su legalidad. El problema de la justicia se trasladó del juez al legislador: la justicia del juez consiste en decidir conforme a la ley, es decir, al derecho positivo. Sólo el legislador como creador del derecho positivo, tiene que preocuparse de que las normas generales que dicta sean justas.

No obstante, no podemos compartir esta afirmación, al menos en lo que a nuestro país se refiere, pues el legislador enfrenta al jurista a constantes retos interpretativos. Son numerosos los preceptos penales tanto sustantivos como procesales que han de ser objeto de interpretación, por tratarse de preceptos que presentan falta de claridad u omisiones o incluso situaciones de anomia legal, por lo que el único recurso existente para los tribunales, aparte de acudir a la doctrina es realizar su propia interpretación del texto legal. Sin embargo, desde aquí defendemos la necesidad casi permanente que tienen los jueces y tribunales de realizar una labor dogmática, pues el legislador no siempre soluciona de forma rápida y solvente los

⁵ BACIGALUPO, E., Delito y punibilidad. Hammurabi., 2ª edición, Buenos Aires, 1.999, p. 21.

⁶ ROXIN, C., Derecho Penal, p. 169.

⁷ BULYGIN, E., El positivismo jurídico, Fontamara. México 2006, p.70.

problemas que presenta el texto legal, por lo que para integrar su labor los jueces acuden con frecuencia a interpretaciones doctrinales desarrolladas dentro de la dogmática cuyas principales funciones merece destacar⁸:

Una función orientadora de las decisiones judiciales a través de la elaboración de un sistema que como la teoría del delito, posibilite una resolución coherente e igualitaria de los casos penales.

Una función crítica del derecho vigente, al señalar las posibles inconsistencias o defectos del mismo que deben ser tenidas en cuenta para futuras reformas legales,

Una función creadora a través de la cual se trata de brindar soluciones frente a casos en los que el ordenamiento jurídico no es lo suficientemente claro o guarda silencio.

Y en nuestro país, el máximo intérprete del ordenamiento jurídico, exceptuado lo concerniente a garantías constitucionales es el Tribunal Supremo, que afronta su labor dogmática a través del recurso de casación y más concretamente en lo que a la presente exposición se refiere, a través del recurso de casación por infracción de ley.

III.El nuevo recurso de casación penal.

De entre todas las novedades introducidas en la LECrim por la Ley 41/2015 en el ámbito del recurso de casación, merece destacar por su especial importancia la que supone la inclusión en el objeto del recurso de casación de la impugnación de aquellas sentencias que han sido dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal y sean susceptibles de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, las cuales pueden acceder a la casación por la exclusiva vía de la infracción de ley del art. 849-1 b) de la LECrim. El legislador, explicó en el Preámbulo de la referida Ley las razones de la reforma: “Junto con la reforma de la segunda instancia es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código Penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento

⁸ LARSEN, P., Entre la estética intelectual, el arbitrio de los jueces y la seguridad jurídica, Indret, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2.015, p.6.

de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias”.

Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable, tales como, el acceso únicamente por infracción de ley como motivo de casación, la exclusión del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas y finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Y como dice la doctrina⁹, si bien se mira, este positivo paso hacia el futuro, encierra en el fondo una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función nomofiláctica del recurso de casación había sido progresivamente arrinconada con las reformas de 1944 y 1988, por lo que la reforma abre un espacio que contribuirá a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional. No obstante de lo que se trata es de abrir una vía casacional a esas sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que sólo autoriza la impugnación del juicio de tipicidad, o lo que es lo mismo, la expresión de un error por parte del Tribunal a quo respecto de la calificación jurídica de los hechos, por lo que el discurso argumental de la parte recurrente habrá de ajustarse en todo caso al relato de hechos probados.

De esta manera, como dice la STS núm. 476/2017, de 26 de junio, la casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del derecho, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso

⁹ MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015. p. 546.

concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. En definitiva, la función esencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, desarrollando los criterios adoptados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, ha perfilado los contornos de esta nueva casación, entre otras, en las siguientes sentencias; STS 210/2017, de 28 de marzo; 324/2017, de 8 de mayo; 327/2017, de 9 de mayo; y 369/2017, de 22 de mayo. De conformidad con esta jurisprudencia deben destacarse los siguientes postulados: 1) la «ley infringida» a los efectos de este recurso deberá ser necesariamente un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción); 2) debe respetarse escrupulosamente al hecho probado y 3) las cuestiones planteadas en el recurso deben tener interés casacional.

Este interés casacional concurrirá cuando: a) la sentencia recurrida se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) se resuelvan cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; o c) se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Por otra parte, la casación penal española no reenvía la causa al tribunal que dictó la sentencia impugnada, salvo en supuestos de quebrantamiento de forma, sino que le mismo Tribunal Supremo dicta una nueva sentencia sobre el fondo que sustituye a la anulada (casada), conforme a la doctrina que este Tribunal aplica en su sentencia facilitando así al ciudadano la reparación inmediata de la lesión sufrida, por lo que es palmariamente claro que

el recurso de casación es un recurso efectivo en el sentido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues permite un nuevo y amplio examen de cuantas cuestiones son susceptibles de revisión por un Tribunal superior que puede además revocar la sentencia recurrida y dictar el mismo una nueva sentencia¹⁰.

IV. La labor nomofiláctica del Tribunal Supremo en los delitos contra la seguridad vial.

En el marco de los postulados que se acaban de exponer, y apreciando precisamente la concurrencia del citado interés casacional, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias de Pleno en las que se examinan diversas cuestiones relacionadas con los delitos contra la seguridad vial, que tal y como anticipábamos con anterioridad a la reforma planteaban problemas jurídicos atentatorios contra el principio de seguridad jurídica por no haber hallado respuesta uniforme en las Audiencias Provinciales, lo que suponía que podía darse el supuesto de que dos individuos llevaran a cabo la misma acción inicialmente típica y antijurídica y obtuvieran una respuesta penal distinta.

En palabras del propio Tribunal Supremo, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarrea unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código Penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras¹¹.

La primera que vio la luz fue la STS 210/2017, de 28 de marzo, referida al delito de negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en aire espirado, si bien, de la misma trataremos en otro epígrafe separado.

Por su parte, en la STS 369/2017, de 22 de mayo, la Sala II analiza la cuestión relativa a si el delito de conducción de un vehículo a motor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción previsto y penado en el art. 384, párrafo segundo, inciso último del

¹⁰ MARTÍNEZ MORA, G., Novedades jurisprudenciales en el recurso de casación penal; a propósito de la STS 476/2017 de 26 de junio de 2017. Diario Le Ley, núm. 9058, de 9 de octubre de 2017. Editorial Wolters Kluwer, p. 6.

¹¹ STS núm. 210/2017, de 28 de marzo.

CP, es un delito de peligro abstracto que se consume con la mera realización de la conducta referida o por el contrario, exige que se haya producido un peligro real para el bien jurídico protegido, que en este caso es la seguridad vial. En este último sentido se habían pronunciado algunas Audiencias Provinciales¹² y también la Fiscalía General del Estado¹³. Sin embargo, otras Audiencias como la de Toledo mantenían que sólo sería delictiva cuando existiera un plus de peligrosidad. Y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la sentencia referida establece que la acción expresada será delictiva con independencia de que se infrinja alguna norma de tráfico o de que se genere un riesgo abstracto o concreto, pues se consume por la mera realización de la conducta mencionada. En el mismo sentido STS 588/2017, de 20 de julio de 2017, STS 168/2018, de 11 de abril, STS 3/2018, 10 de enero, entre otras muchas.

En el ámbito del delito del art. 379 CP de conducir bajo los efectos del alcohol o las drogas, también existía controversia en las Audiencias Provinciales¹⁴ en relación a los daños personales y materiales derivados de la conducta penal, y la STS 390/2017, de 30 de mayo concluye que los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la comisión de hechos recogidos en el referido tipo penal darán lugar a que la responsabilidad civil derivada del delito se discuta en el mismo procedimiento en el que se dirima la responsabilidad penal.

En la STS 419/2017, de 8 de junio, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo examina la relación existente entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379-2 CP y el delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia del art. 383 CP y si cabe acudir al concurso aparente de normas o al concurso de delitos. En este caso, la posición claramente mayoritaria de las Audiencias Provinciales se posicionaba del lado de que la relación existente entre ambos delitos era la propia del concurso real¹⁵. No obstante, la postura minoritaria mantenía que en estos supuestos nos encontramos ante un concurso de leyes, pues en caso de considerar lo contrario se infringirían el principio *non bis in ídem* y el principio de proporcionalidad¹⁶. Y la Sala Segunda del Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia que los bienes jurídicos protegidos a que se refieren ambos preceptos no son coincidentes, ya que

¹² SAP Sevilla (Sección 1ª), de 15 de enero de 2016, SAP Madrid (Sección 16ª), de 4 de abril de 2016, SAP Barcelona (Sección 9ª), de 22 de diciembre de 2016.

¹³ Circular 10/2011, disponible en www.fiscal.es

¹⁴ Se había pronunciado en contra, entre otras, la SAP de Gerona de 1 de febrero de 2016 y a favor, la SAP de Burgos de 18 de noviembre de 2014.

¹⁵ SAP de Madrid (Sección 7ª), núm. 778/2016, de 16 de diciembre; SAP de Sevilla (Sección 1ª) núm. 509/2015, de 28 de octubre, entre otras.

¹⁶ SAP de Madrid (Sección 27), núm. 597/2015, de 4 de septiembre.

en el primero de los delitos es la seguridad vial y en el segundo, lo es el principio de autoridad y de forma mediata también la seguridad vial, pues con la redacción de este precepto 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 y sólo indirectamente se protege la seguridad vial¹⁷. Añaden además que aunque se considerara que el bien jurídico protegido es el mismo, la seguridad vial en ambos casos, la imposición de la pena por ambos tipos no supondría un *bis in ídem*. Y ello porque se estaría atacando un mismo bien jurídico de dos modos y con hechos diferentes. Otra cuestión distinta, añade la Sala Segunda, es que al optar por el concurso de delitos en detrimento del concurso de normas se pueda vulnerar el principio de proporcionalidad de la pena, si bien lo justifican en atención al principio de legalidad, 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.

En cuanto a la STS núm. 436/2017, de 15 de junio, en la misma se examina el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y concluye que la conducción de un vehículo de motor con tasa superior a la contemplada en el art. 379-2 CP desplazándolo dos metros en marcha interrumpida ante la presencia policial es conducta incardinable en dicho precepto. En este caso, casi todas las Audiencias Provinciales¹⁸ consideraban que un desplazamiento escaso integraba el verbo típico previsto en el art. 379-2 CP, aunque existían resoluciones que mantenían lo contrario. Para construir sus argumentos, el Tribunal Supremo acude a la normativa administrativa, debido a que el ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo a motor y más concretamente, a la interpretación combinada de varios preceptos como son el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (arts. 1, 3, 10, 15 a 44) o el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación o el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el

¹⁷ En este mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional en STS 161/1997. SAP de la Coruña (Sección 1ª), núm. 631/2016 de 28 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 690/2014, de 5 de diciembre.

¹⁸ SAP de la Coruña (Sección 1ª), núm. 631/2016 de 28 de noviembre; SAP de Madrid (Sección 7ª) núm. 690/2014, de 5 de diciembre. Como muestra de la postura contraria puede citarse la SAL de Vitoria (Sección 2ª), núm. 1502/2016, de 23 de mayo.

Reglamento General de Conductores. Acuden igualmente al Diccionario de la Real Academia en su labor dogmática y exegética, para concluir que el art. 379-3 CP exige un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante un determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia, para concluir diciendo que es conducción un trayecto en automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones abstractas de poder causar un daño.

En la STS núm. 184/2018, de 17 de abril, se fija el criterio sobre los márgenes de error de los radares de tráfico. Y tras manifestar que la Ley 41/2015 impide que sea objeto del recurso de casación un planteamiento sobre los medios de prueba, aclara que la sentencia abordará la unificación para decidir la catalogación del sistema de medición Y sobre el particular, la Sala II ha establecido que los radares móviles de tráfico que realizan mediciones de velocidad desde una ubicación fija, en trípodes o coches parados tienen un margen de error del 5% y no del 7%, por lo que se atribuye a estos dispositivos el mismo porcentaje de error que a los radares fijos.

Por último, en la STS núm. 612/2017, de 13 de septiembre analiza el supuesto de un conductor, que tras la pérdida de vigencia de su permiso de conducir español por pérdida de la totalidad de puntos asignados, canjeó este permiso español sin vigencia en otro país, en este caso, en Portugal, siendo interceptado conduciendo con este permiso portugués en territorio español. Dice el Tribunal Supremo estamos en presencia de un fraude de ley. Al amparo de disposiciones europeas¹⁹, puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos. Concluye el Tribunal Supremo diciendo que no pueden detentarse dos permisos y usar el que convenga en cada momento, sobre todo cuando se circula por un Estado cuyas autoridades impiden la conducción como consecuencia de las infracciones cometidas, que acarrearán la caducidad de su vigencia por pérdida de puntos. En suma, no puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante

¹⁹ Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991, junto a la Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006.

canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune.

V. Especial referencia a la STS núm. 210/2017, de 25 de marzo y sus votos particulares, sobre la necesidad de someterse a la segunda prueba de alcoholemia para la consumación del delito del art. 383 CP.

Como ha hemos referido a lo largo de la presente exposición, esta STS inauguró la vía del nuevo recurso de casación de casación penal. En ella se congratulan de que el legislador haya recuperado el sistema de doble instancia en materia de recursos implantando una herramienta idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo para así reconducir a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales, pues no es admisible que una misma conducta sea considerada delictiva en un territorio y atípica en otro, o que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término de la Sección de la Audiencia a que haya derivado el asunto según la regla aleatoria de las normas de reparto.

La cuestión nuclear debatida en la sentencia es decidir si es obligatorio el sometimiento a esa segunda prueba de alcoholemia en todo caso, cuando se dan los requisitos legales, ya que hasta esa fecha existían dos posturas contrapuestas en las Audiencias Provinciales:

- La de quienes consideraban que el negarse a practicar la segunda prueba, si no se cuestiona el resultado de la primera, no puede suponer una conducta penalmente relevante, ya que entienden que esa segunda prueba lo es a efectos de garantía del investigado, contraste de la primera, y por tanto quien renuncia a su derecho a contrastar habrá de asumir en todo caso el resultado positivo de la primera prueba. Esta postura encontraría su fundamento en la literalidad del art. 23.1 del Reglamento de Circulación²⁰.

²⁰ Art. 23-1, inciso final, del Reglamento de Circulación: "el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado".

- Y por otra parte, se encuentra la postura de quienes consideran que es obligatorio de someterse las dos pruebas, y que por tanto quien se niega a realizar la segunda prueba, aunque no impugne o cuestione la primera, integra la conducta del tipo penal. Resulta curioso que los defensores de esta postura, también encuentran su fundamento en el mencionado art. 23.1 del Reglamento de Circulación²¹. Los partidarios de esta tesis consideran que el término “someterá” al que se refiere el precepto implica obligatoriedad. Y por tanto, aunque la segunda prueba tenga por objeto contrastar y garantizar los resultados de la primera, su realización no es facultativa para el interesado, ni para el agente interviniente, en los casos en que existan indicios de impregnación alcohólica²².

Y así las cosas, el Tribunal Supremo se decanta por esta segunda postura. Se expresa en la sentencia que la negativa a reiterar, transcurridos unos minutos, tal y como se establece en la norma reglamentaria, la medición de alcohol en aire espirado, si el primer resultado fue positivo o se aprecian síntomas de embriaguez, es constitutiva del artículo 383 del Código Penal. Con este delito el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados tutelando básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes para efectuar esas pruebas y solo indirectamente protege además la seguridad vial. Es delictiva la conducta y existe antijuridicidad material (referida al bien jurídico principio de autoridad y respeto a las órdenes legítimas emanadas de los agentes de la autoridad) tanto si la negativa responde a ese intento de ocultar un delito del art. 379 como si obedece a otras circunstancias (como rechazo visceral, ira momentánea); y lo es tanto si en efecto existe

²¹ Art. 23-1 del Reglamento de Circulación. "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 , 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”.

²² La Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial, se alineaba con esta segunda posición entendiendo que el tipo incluye la conducta de negarse a hacer las dos pruebas, ya que los arts. 379 y 383 CP hablan de las pruebas legalmente establecidas, por lo que se remiten al Reglamento de Circulación y a la Ley de Seguridad Vial que establecen la obligación de someterse a las pruebas que se establezcan, considerando imperativas ambas. No consideran la segunda prueba un derecho del interesado de ejercicio potestativo ya que ambas pruebas son obligatorias y están orientadas a garantizar el acierto en el resultado. Únicamente corresponde el carácter garantista a las analíticas de sangre que tienen por objeto contrastar los resultados de las pruebas efectivamente realizadas.

previamente una conducta incardinable en el art. 379 (o, en su caso, en la infracción administrativa), como si queda plenamente acreditado que el sujeto se hallaba en perfectas condiciones para pilotar un vehículo de motor. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art.379.2 CP.

Por otra parte, rebaten la primera posición argumentando que la segunda medición es una garantía se ha de considerar garantía del sistema, además de ser del inculpado, y por eso no es renunciable, para así alcanzar una mayor objetividad y despejar las dudas sobre los márgenes de error del etilómetro. En definitiva, concluyen que más que ante dos pruebas sucesivas, estamos ante una única prueba cuya fiabilidad plena (aspiración del proceso y de la justicia penal y no solo garantía del imputado) requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin esas dos mediciones la prueba está incompleta reglamentariamente; no alcanza las cotas deseables de fiabilidad por haber quedado inacabada.

Igualmente, merece atender a otro aspecto destacado en la sentencia como es la relevancia que a efectos de la imposición de la pena tiene la actitud del sujeto, pues no es lo mismo que exista una negativa contumaz y que el sujeto se niegue a someterse a ninguna de las dos pruebas, lo que supone una mayor rebeldía, a que solo se niegue a someterse a la segunda tras haberse sometido a la primera, lo que podría suponer una menor pena (gravedad atemperada) pero no exonerar.

Pero quizás uno de los aspectos más relevantes de la sentencia es la existencia de 3 votos particulares, pues hasta 6 magistrados mostraron sus discrepancias con la opinión de la mayoría formada en este caso por 11 magistrados.

El primero²³ de estos votos particulares, concluye que realizada correctamente y con dispositivo autorizado una prueba de alcoholemia que permita comprobar adecuadamente la tasa de alcohol, la negativa a realizar una segunda medición con el mismo o similar aparato no

²³ Voto particular formulado por Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren Luciano Varela Castro, Andrés Palomo del Arco y Ana M^a Ferrer García

es constitutiva de delito. Y fundamenta la decisión en la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal, afirmando que el art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015 no contiene mención expresa de una obligación para el conductor de someterse a una segunda medición con aparato autorizado y si bien prevé la posibilidad de su repetición, preferentemente mediante análisis lo será a efectos de contraste y a petición del ciudadano por lo que no excluye otras posibilidades entre ellas, una nueva medición con dispositivo autorizado. Señala que la remisión que efectúa el precepto al Reglamento lo es en cuanto al procedimiento y no en cuanto a las pruebas no pudiendo el Reglamento ir más allá de lo que la ley establece y ampliar el elenco de pruebas obligatorias y la regulación reglamentaria se dirige al agente, imponiéndole una obligación, la de realizar la segunda prueba en determinados casos. Por otro lado, atendiendo a la finalidad de la norma si el objeto de la prueba es determinar el nivel de alcohol en el conductor y este objetivo se alcanza con la primera prueba, carece de sentido sancionar penalmente a quien se niegue a realizar ya que lo relevante es que la primera puede ser valorada como prueba de cargo aunque el conductor se niegue a realizar la segunda medición o no desee la práctica de un análisis de sangre. No se trata de una prueba única en dos actos, o en dos mediciones (que conduciría a negar valor probatorio, por incompleta, a la primera medición aun cuando se hubiera realizado con todas las garantías), sino de una única prueba de medición con dispositivo autorizado que puede ser repetida para mayor garantía y a efectos de contraste.

El segundo de los votos particulares²⁴ niega la tipicidad de la conducta de no someterse a la segunda prueba, entendiendo que no debe atenderse a la interpretación literal de los preceptos referidos, pues ello supone olvidar la ubicación del tipo penal. Sostiene que la negativa sancionada por el art. 383 CP es la de encubrimiento de la existencia de un delito contra la seguridad vial precedente y si el resultado de la primera medición no ha sido cuestionado puede valorarse como elemento corroborador de la sintomatología que presentaba a efectos de la comisión del art. 379.2 CP lo que implica que la negativa a la segunda prueba es irrelevante a los efectos de determinar la concurrencia de aquél delito. Y sólo cuando la negativa a someterse a la segunda prueba entrañe un fraude de Ley, de forma indirecta se intenta negar la validez de la primera prueba, esa negación constituiría el delito del art. 383 CP, pero no cuando sólo suponga una renuncia a ese derecho que es una garantía prevista a su favor.

²⁴ Voto particular formulado por Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Finalmente, el tercer voto particular²⁵, comparte con el anterior la necesidad de no atender únicamente a una interpretación gramatical, pues esta tiene un valor disminuido cuando se trata de determinar el alcance de un precepto penal si el análisis se está proyectando sobre la norma extrapenal a la que se remite, como ocurre en este supuesto, dado que el art. 383 CP es una norma penal en blanco, pues los principios inspiradores del derecho penal no se encuentran marcadamente presentes en la redacción de la regulación administrativa, por lo que además de a una interpretación gramatical, el proceso ha de enriquecerse con otros resortes. Así, en apoyo de su postura despliega los siguientes argumentos: considera que del art. 383 CP en relación con los arts. 21 a 24 del Real Decreto 1428/2003 se infiere que la prueba de determinación del grado de impregnación alcohólica por aire espirado es única e instantánea; que su objetividad y seguridad no deriva de su repetición sino del control de fabricación, calibración, revisión y en los errores máximos tolerados para los aparatos de medición; que la negativa a efectuar la prueba implica la comisión de la conducta tipificada en el art. 383 CP; que la repetición de la prueba a la que se refiere el art. 23 Reglamento Circulación, es una obligación impuesta a las autoridades policiales en garantía del derecho de los conductores; que la negativa a efectuar la segunda prueba entraña renuncia al derecho a contrastar el resultado primeramente obtenido y no es constitutiva de delito ni permite cuestionar los resultados de la primera lectura y que en los casos en que el conductor renuncie a esa segunda prueba, la policía podrá adoptar las medidas contempladas en los arts. 24 y 25 Reglamento de Circulación conforme al resultado obtenido en la primera de las mediciones y que si el resultado de la primera prueba es negativo pero existen indicios claros de que el conductor se encuentra bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el art. 23 Reglamento de Circulación permite al agente policial imponer de nuevo la obligación de someterse a la prueba.

VI. Reflexión final.

Con la publicación de la Ley 41/2015 la Sala Segunda del Tribunal Supremo retoma una de las finalidades que desde antiguo había tenido el recurso de casación congratulándose de que el legislador haya recuperado el sistema de doble instancia en materia de recursos implantando una herramienta idónea para homogeneizar la interpretación del derecho penal sustantivo para así reconducir a márgenes tolerables el peligro de respuestas judiciales

²⁵ Voto particular formulado por el Magistrado Pablo Llarena Conde.

desiguales ante situaciones iguales, pues no resultaba admisible que una misma conducta fuera considerada delictiva en un territorio y atípica en otro, o que los contornos de lo punible en cuestiones discutidas dependieran en último término de la Sección de la Audiencia a que haya derivado el asunto según la regla aleatoria de las normas de reparto. Lo anterior no resulta soportable para el sistema penal por atentar contra el principio de seguridad jurídica.

Y esta tarea ha sido desempeñada de forma árdua en lo que se refiere a los delitos contra la Seguridad Vial que aumentaron considerablemente cuando el legislador de 2.007 decidió elevar a la categoría de delito lo que hasta la fecha eran infracciones administrativas. Así, a partir de la STS 210/2017, el Tribunal Supremo ha hecho uso de las bondades del nuevo recurso de casación realizando una labor interpretativa, exegética, nomofiláctica y en definitiva, dogmática, para unificar criterios en una materia que se encontraba tan falta de atención como es la seguridad vial, dado que por tratarse de delitos que están castigados con penas menos graves hasta la fecha no habían tenido acceso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que viene a paliar la disparidad de criterios existentes entre las Audiencias Provinciales durante más de una década. Y si bien desde la dogmática no existe unanimidad en considerar que la labor del jurista pueden encuadrarse en la dogmática jurídica, desde aquí mantenemos que lo anterior resulta posible porque, entre otras cosas y al menos a lo que a nuestro país se refiere, el jurista no puede fiarlo todo a la voluntad del legislador de mantener el ordenamiento jurídico acorde con la realidad social. Y allí donde no llega el legislador, ha de llegar el jurista penal, ya que de lo contrario nos enfrentaríamos al riesgo de no poder preservar el respeto a los principios que inspiran el derecho penal.