

Dezaseis argumentos de defensa en materia de delitos contra a seguranza viaria

O presente estudo está enfocado dende un punto de vista eminentemente práctico e dende a exclusiva perspectiva do avogado defensor. Non hai que esquecer que toda persoa ten dereito á mellor defensa posible. Tampouco se pretende, nestas páxinas, abarcar toda a materia da seguranza viaria dende o punto de vista penal a modo de gran ofensiva que conquiste toda a materia, senón que se segue a estratexia dun francotirador, que busca uns obxectivos moi concretos.

Con anterioridade á reforma operada pola Lei orgánica 15/2007, a máis exitosa liña defensiva fronte a unha acusación por un «delito contra a seguranza do tráfico» era a alegación da falta de influencia do alcohol na condución. Influencia que constituía un elemento integrante do delito tipificado no artigo 379 do Código penal. Así, ante o suposto dun control preventivo de alcoholemia, aínda que o grao de impregnación alcohólica fose moi alto, se non existía proba da influencia do alcohol na condución (normalmente por medio da dilixencia de expresión de síntomas, debidamente ratificada en xuízo, léase «deambulación vacilante», «cambaléase ao andar», etc.), a sentenza sería necesariamente absolutoria. Neste sentido apunta a sentenza do Tribunal Constitucional do 15 de novembro de 2006.

Tras a reforma operada pola Lei orgánica 15/2007, a defensa baseada na inexistencia de influencia do alcohol na condución quedou, en gran parte, minguada pola obxectivación dunha taxa a partir da que xorde necesariamente o delito, isto é, pola tipificación coma delito da conduta consistente na condución de vehículos a motor ou ciclomotores superando unha determinada taxa de alcohol (0,60 miligramos por litro de aire expirado ou 1,20 gramos por litro de sangue) polo que, na práctica, comprobada a taxa de impregnación alcohólica, na maioría dos casos o mellor para o noso defendido será chegar a conformidade coa acusación nun xuízo rápido e conseguir, deste xeito, a redución dun terzo na pena (artigo 801 da Lei de axuízamento criminal). Pero iso non quere dicir que non existan posibilidades de defensa fronte a unha acusación por delito contra a seguranza viaria. A algunha destas posibilidades referímonos a continuación.

Condución baixo a influencia de bebidas alcohólicas ou que supera a taxa prevista legalmente.

1. Marxe de erro do etilómetro.

O punto 2.3 do anexo II da Orde ITC 3.707/2006, do 22 de novembro, pola que se regula o control metrolóxico do Estado nos instrumentos destinados a medir a concentración do alcohol no aire expirado, establece que os erros máximos permitidos para os etilómetros en servizo son os seguintes:

- 0,030 mg/l para todas as concentracións menores ou iguais a 0,400 mg/l.
- 7,5% do valor verdadeiro da concentración para toda concentración maior de 0,400 mg/l e menor ou igual a 1 mg/l.
- 20% do valor verdadeiro da concentración para toda concentración maior de 1 mg/l.

A marxe de erro do etilómetro ten que xogar necesariamente a favor do acusado, de conformidade co principio *in dubio pro reo*. Así, a Sentenza da Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7.^a, do 7 de xullo de 2009, revogou a sentenza de instancia e absolveu o acusado nun suposto en que a proba de alcoholemia deu uns resultados de 0,63 e 0,62 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado.

Nas xornadas de fiscais delegados de seguranza viaria, dos días 17 e 18 de xaneiro de 2008, tamén se chega á conclusión de que os erros valorados deben terse en conta tanto para o cómputo do exceso de velocidade coma da taxa de alcohol.

Se o resultado da proba de detección non supera os 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire, poderemos defender a inocencia. Isto, claro é, sempre que non se acredite a influencia do alcohol na condución por medio doutras probas e que, tampouco, conste no procedemento –normalmente por medio do certificado de verificación do etilómetro– que a marxe de erro que presentaba o aparello medidor concreto que se utilizou era menor. Non debe esquecerse que, como ten sinalado o Tribunal Constitucional, na sentenza do 15 de novembro de 2006, «a proba de impregnación alcohólica pode dar lugar, tras ser valorada conxuntamente con outras probas, á condena do condutor do vehículo, pero nin é a única proba que pode producir esa condena, nin é proba imprescindible para a súa existencia».

Nos actuais atestados xa se pon de manifesto, co seu correspondente recadro para marcar, que nos etilómetros que se atopan no seu primeiro ano de servizo e que non fosen reparados ou modificados, o erro é do 5%, polo que o valor medido para os efectos penais ten que ser igual ou superior a 0,64 mg/l. Nos etilómetros que levan máis de un ano de servizo ou fosen reparados ou modificados, o erro é do 7,5%, polo tanto, o valor medido para efectos penais ten que ser igual ou superior a 0,65 mg/l.

No suposto de que o xulgado do penal pronuncie unha sentenza condenatoria fundamentada, exclusivamente, no último inciso do párrafo 2.º do artigo 379 do Código penal (condución cunha taxa de alcohol en aire aspirado superior a 0,60 miligramos por litro ou cunha taxa de alcohol en sangue superior a 1,2 gramos por litro), e non se pronuncie sobre a influencia do alcohol na condución, non cabe que a Audiencia Provincial, despois de estimar que non se superou o límite cuantitativo establecido no tipo penal (xa que o xulgado do penal

non tivo en conta a marxe de erro do etilómetro), pronuncie unha sentenza condenatoria baseándose no inciso primeiro do artigo 379.2 do CP (influencia do alcohol na condución). A condena suporía unha vulneración do principio de inmediación que preside o dereito penal e levaría consigo unha nova valoración da proba, en contra de reo, que non se realizou na sentenza recorrida, que non entrou a valorar ese tema

2. Falta de acreditación da verificación do etilómetro empregado.

Existe a obriga legal de revisar os etilómetros que se usen, tanto anualmente como tras a reparación ou modificación. Cando nas actuacións non conste a certificación da última verificación anual do etilómetro, non poderá acreditarse que este funcionaba correctamente, polo que tampouco poderán darse por probados os resultados das medicións que se efectúen. Así o declarou a Audiencia Provincial de Xirona, na sentenza do 27 de abril de 2000.

A Audiencia Provincial de Toledo, sec. 1.ª, na sentenza do 27 de xaneiro de 1997 mantivo que a acreditación de que o control de alcoholemia foi realizado cun etilómetro acorde coas esixencias legais corresponsábele á acusación, xa que estamos ante un presuposto que afecta a validez da proba de cargo, sen que se poida admitir unha inversión da carga probatoria que suporía unha presunción de validez e lexitimidade da proba alcoholométrica.

A Sentenza, do 2 de outubro de 2009, da Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 5.ª sinalou o seguinte:

[...] non obrando na causa certificación na que conste tal revisión, é tamén razoable a hipótese da defensa conforme o aparello non se atopaba revisado na forma prevista legalmente no momento de practicarse a proba de alcoholemia e, en consecuencia, debe prevalecer a hipótese favorable ao acusado, en aplicación do principio *in dubio pro reo*, e, polo tanto, non entendemos probada a taxa de alcoholemia, coa consecuente absolución do acusado.

3. Utilización dun etilómetro que non é de precisión.

Un etilómetro portátil carece de fiabilidade equiparable a un de precisión e ademais non está habilitado para emitir o documento acreditativo do resultado, polo que non garda as máis mínimas garantías para erixirse en proba de cargo. Neste sentido pronunciouse Audiencia Provincial de Barcelona, sección 5.ª, na sentenza do 8 de xullo de 2002.

O problema estriba en que este tipo de etilómetros de aproximación adoita utilizarse no caso de accidente ou infracción, e hai que lembrar a posibilidade de acudir a outras probas de cargo para enervar a presunción de inocencia e demostrar a influencia do alcohol na condución.

A Instrución da Fiscalía Superior de Estremadura sobre os delitos contra a seguranza viaria, do 3 de abril de 2008, mantén que as probas realizadas cun etilómetro dixital non son aptas «por si soas» para servir de proba nun procedemento xudicial. Caso distinto é que, se concorren outros indicios, poida efectuarse atestado polo inciso primeiro do artigo 379.2.

4. Dereito á intimidade persoal na proba de detección de alcohol en sangue.

No caso dun accidente de circulación, os axentes da autoridade, á hora de solicitar a práctica dunha analítica que determine a taxa de alcohol no sangue, deberán contar co consentimento do condutor ou ben cunha autorización xudicial, pois do contrario veríase danado o dereito á intimidade persoal (Sentenza do Tribunal Constitucional do 24 de setembro de 2007).

Agora ben, como xa se ten reiterado, cabe unha sentenza condenatoria sen estar acreditada a taxa de alcoholemia. Pode probarse a influencia do alcohol na condución por outros medios.

5. Necesidade de que os axentes instrutores ratifiquen o atestado no acto do xuízo.

O atestado ten a consideración de mera denuncia. A única proba de cargo válida para enervar a presunción de inocencia é a practicada no acto do xuízo.

Ademais, nun estado de dereito cabe defender que a declaración en que os axentes manifestan que non se lembran do caso concreto, pero que se ratifican de forma xenérica no atestado, non é suficiente para enervar a presunción de inocencia. Por suposto que esta argumentación non é compartida por algúns xulgados e tribunais.

6. Transcurso do tempo dende a condución ata o momento en que se fai a proba ou se toma a mostra.

Neste caso o nivel reflectido na proba non é o nivel existente no momento en que se perfecciona o delito, o momento da condución. Novamente o problema estriba en que os supostos de tardanza na práctica da proba adoitan ser os casos de infracción ou accidente, non nos supostos de controis preventivos.

Negativa a someterse ás probas de detección alcohólica: artigo 383 do CP

7. Acusación por un delito de negativa a someterse ás probas de alcoholemia se non existen síntomas de afección alcohólica.

Para que exista o delito tipificado no artigo 383 do Código penal, ha de darse o presuposto previo de que os axentes da autoridade advirtan no conducir síntomas de afección alcohólica, e así llo fagan saber á persoa requirida. Así o proclamou o Tribunal Supremo na sentenza do 9 de decembro de 1999 e no mesmo sentido se pronunciou, entre outras moitas, a Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife na sentenza do 12 de abril de 2002.

Gran parte da doutrina tamén comparte esa opinión. Juan José Hurtado Yelo, no seu traballo "*Casuística práctica del control de alcoholemia. Foro abierto*", publicado por El Derecho Editores, considera que tras a reforma operada pola Lei orgánica 15/2007 ha de manterse a interpretación efectuada polo Tribunal Supremo na mencionada sentenza do 9 de decembro de 1999.

A esa conclusión chegouse tamén na *I Jornada sobre Derecho de la Circulación*, realizada en Altea entre os días 7 e 9 de decembro de 2008 e organizada pola Audiencia Provincial de Alicante e os cole-

xios profesionais de xestores administrativos, avogados e procuradores desa mesma cidade.

Non obstante, hai que sinalar que estamos ante unha cuestión controvertida, na que existen opinións en ambos os dous sentidos. Así, nas xornadas de fiscais delegados de seguranza viaria do ano 2008 conclúese que, aínda que se trate dun suposto de control preventivo sen sinais de embriaguez, debe condenarse penalmente a negativa a someterse ás probas de detección de alcohol. Chégase a esta conclusión con base en que o delito tipificado no artigo 383 do Código penal estendeu o seu ámbito de aplicación ao establecer que é delito a negativa a someterse ás «probas legalmente establecidas para a comprobación das taxas de alcoholemia». Fronte ao que se estipulaba antes da reforma, no artigo 380 do Código penal, no que o teor literal do texto era «probas legalmente establecidas para a comprobación dos feitos descritos no artigo anterior», e os feitos aos que se refería o antigo artigo 379 do CP eran conducir baixo a influencia de bebidas alcohólicas, o que precisaba a acreditación da influencia e, polo tanto, a concorrencia de sinais desta.

8. Concorrencia da circunstancia atenuante 6.ª, do artigo 21 do Código penal, de intoxicación etílica, en relación coa circunstancia 2.ª do mencionado artigo, no suposto dunha acusación conxunta por un delito de condución tras a perda do permiso cun delito de condución baixo a influencia de bebidas alcohólicas.

Fronte ao que puidese parecer evidente –non se poden utilizar dúas varas de medir segundo conveña–, en máis dunha ocasión atopéime cunha acusación conxunta por un delito de condución baixo os efectos do alcohol e por outro delito, sen que a acusación mantivese, en relación con ese segundo delito, a concorrencia de circunstancias modificativas da responsabilidade. Se a influencia de alcohol é de tal gravidade como para levar aparellada unha condena penal, a inxesta de alcohol debe considerarse como unha circunstancia atenuante en relación co segundo delito, evidentemente non en relación co delito de condución baixo a influencia de alcohol. Neste sentido pronúnciase a Sentenza da Audiencia Provincial de Badaxoz, Sección 1.ª, do 23 de abril de 2009.

No caso de que a taxa de alcohol sexa elevada ou moi graves os síntomas apreciados de afección alcohólica, pode defenderse a concorrencia da eximente incompleta recollida no artigo 21.1 do Código penal, en relación co artigo 20.2 do mesmo corpo legal.

9. A condena conxunta por un delito de condución baixo a influencia de bebidas alcohólicas do artigo 379 do CP e por un delito de negativa a someterse ás probas de alcoholemia tipificado no artigo 383 do CP vulnera o principio *non bis in idem*, xa que a conduta obxecto de condena supón un só delito contra a seguranza viaria.

Esta teoría vén sendo mantida por diversas audiencias provinciais. Cómpre destacar a Sentenza da Audiencia Provincial de Madrid, Sección 17, do 10 de novembro de 2009, recurso 275/2009, que sostén, ademais, que a opinión contraria á condena conxunta por ambos os dous delitos foi confirmada pola reforma operada pola Lei orgánica 15/2007.

Non se trata, nin moito menos, dunha cuestión pacífica. Existe unha gran cantidade de sentenzas que condenan conxuntamente polos dous delitos ao considerar que nos atopamos ante comportamentos delituosos autónomos. A modo de exemplo, pódese sinalar a Sentenza da Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1.ª, do 8 de outubro de 2009, que fundamenta a condena por ambos os delitos en que o ben xurídico protexido polos artigos 379 e 383 do Código penal é distinto, e en que igualmente é distinto o momento en que se produce a consumación do delito (o momento da condución baixo a influencia de bebidas alcohólicas no suposto do delito tipificado no artigo 379 do CP, e o momento da realización das probas no suposto recollido no artigo 383 do CP).

Condución estando vixente unha privación do dereito a conducir. Artigo 384 do CP

10. Existen autores que manteñen que non cabe aplicar o novo delito tipificado no artigo 384.2 do Código penal no caso de que a privación do dereito a conducir fose imposta como unha pena –polo tanto, nunha sentenza– e por un prazo determinado temporalmente –que non pode ser superior a dous anos–.

Esta argumentación é defendida polo fiscal Juan Manuel Fernández Aparicio no estudo publicado no diario de xurisprudencia de *El Derecho* n.º 2.514. Sinala Fernández Aparicio que o artigo 384.2 do Código penal recolle só dous supostos de privación po permiso de conducir por orde xudicial:

- Privación cautelar da licenza: polo tanto, como unha medida cautelar e non coma unha pena imposta por sentenza.
- Privación definitiva da licenza: non de xeito meramente temporal.

Polo tanto, no suposto de conducir coa existencia dunha sentenza xudicial que impón unha pena de privación do dereito á condución por un tempo determinado, non podería condenarse o acusado como autor dun delito de desobediencia do artigo 384.2 do Código penal. As normas penais deben interpretarse sempre a favor de reo, e non cabe, en materia penal, unha aplicación analóxica da norma na súa contra ou, noutras palabras, non pode ser admitida a *analogía in malam parte* (artigo 4 do Código penal: «As leis penais non se aplicarán a casos distintos dos comprendidos expresamente nelas»).

Esta tese foi acollida pola Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 2.ª, na sentenza do 21 de xaneiro de 2009.

Para Fernández Aparicio a privación definitiva da licenza por decisión xudicial só se daría no suposto que recolle o parágrafo 3.º de artigo 47 do Código penal, cando a pena de privación do dereito a conducir o fose por un tempo superior a dous anos, xa que iso comportará necesariamente a perda de vixencia do permiso.

11. Inaplicación da agravante de reincidencia.

O que non pode ser obxecto de ningunha discusión é que non cabe a aplicación da agravante de reincidencia no suposto de concorrencia dunha condena anterior por un delito de desobediencia, do artigo 468 do CP –artigo co que se viña penando antes da reforma a condución co permiso retirado–, e o novo delito do artigo

384, xa que as dúas disposicións legais referidas non se atopan no mesmo título do Código penal.

O artigo 22.8 do CP establece que hai reincidencia cando, ao delinquir, o culpable xa estivese condenado executoriamente por un delito comprendido no mesmo título do Código, sempre que sexa da mesma natureza.

Se a persoa axuizada foi condenada por un delito do artigo 468 do CP (título XX) e agora se pide a súa condena por un delito do artigo 384 do CP (título XVII), non existe reincidencia. Polo que, ademais, consonte o principio de proporcionalidade, necesariamente ten que rebaixarse a pena que solicita a acusación nas súas conclusións xa que considerou para a súa petición a concorrencia da mencionada circunstancia agravante.

12. Atenuante de colaboración da xustiza.

A Sentenza da Audiencia Provincial de Xirona, do 22 do febreiro de 2005, acolleu a concorrencia da circunstancia atenuante de colaboración coa xustiza, do parágrafo 4.º do artigo 21 do Código penal, no caso dunha persoa que, ao ser requirida para amosar o seu permiso de condución, manifestou que o tiña suspendido.

É unha argumentación collida con alfinetes, porque é discutible a concorrencia no suposto do chamado «elemento temporal» que precisa esta circunstancia atenuante.

A pena de traballos en beneficio da comunidade

13. Non se pode impoñer a pena de traballos en beneficio da comunidade sen a conformidade previa do acusado coa pena, xa que a pena de traballos forzados está prohibida polo artigo 25.2 da Constitución e polo 49 do Código penal («non poderán impoñerse sen o consentimento do penado»).

Neste sentido pronúnciase a doutrina (ver "*Comentario a la LO 15/2007, de reforma del Código Penal, Delitos contra la Seguridad Vial*", de Jesús Pórfilo Trillo Navarro, publicado por *El Derecho*). A esta conclusión chegouse tamén nas xornadas de fiscais delegados de seguranza viaria, dos días 17 e 18 de xaneiro de 2008

Non obstante, na práctica adoita ser máis conveniente para o acusado acollerse á redución dun terzo da pena de privación do dereito a conducir e da de multa, previsto nos casos de conformidade do acusado ante o xulgado de garda, a cambio da imposición da pena de traballos en beneficio da comunidade. En todo caso, haberá de estudarse o caso concreto e resolver qué é o máis conveniente para o noso defendido.

Así mesmo, non se pode impoñer conxuntamente a pena de prisión e a de traballos en beneficio da comunidade.

A pena de privación do dereito á condución

14. Posibilidade de cumprimento da pena de privación do dereito a conducir só nas vacacións e nas fins de semana.

A maior parte das resolucións ditadas polas audiencias provinciais pronúncianse en contra desta posibilidade, non obstante, existe

unha corrente minoritaria que a recoñece no caso de que concorran acumulativamente dúas circunstancias: que o feito fose cometido en días non laborables ou en vacacións e que o condenado precisase do vehículo para o desenvolvemento do seu traballo habitual.

A Audiencia Provincial de Zamora, na resolución do 20 do novembro de 2000, admitiu que a pena de privación do dereito a conducir fose cumprida durante as fins de semana, días festivos e períodos de vacacións, atendendo a que o procesado necesitaba utilizar o vehículo para desenvolver o seu traballo, dado que o Código penal non impide esta solución.

Agora ben, á marxe das dificultades de cálculo e seguranza xurídica, a posibilidade de cumprimento fraccionado da pena de privación do dereito á condución trae consigo graves prexuízos para o condenado, pois atrasaría, en gran medida, a extinción da pena (con efectos sobre a cancelación de antecedentes, posible reincidencia, etc.).

15. Principio de proporcionalidade da pena.

Á hora de individualizar a pena de privación do dereito a conducir, dentro dos límites legalmente fixados, ten que valorarse a necesidade do acusado de usar o vehículo para realizar o seu traballo, de conformidade co principio de proporcionalidade da pena. Polo que, de atoparnos ante este suposto, debemos de alegar e probar esta circunstancia.

A pena de multa

16. De conformidade co artigo 50 do Código penal, a contía da cota diaria da pena de multa fíxase en función da capacidade económica do reo. Por iso, en moitos casos será conveniente achegar proba das obrigas e cargas familiares do acusado, así como de calquera circunstancia persoal que poida influír negativamente na súa capacidade económica.

Outras defensas

Existen outras posibles estratexias defensivas que, loxicamente, van depender dos feitos axuizados concretos e das circunstancias en que a conduta do noso defendido ou defendida se teña producido. A modo de exemplo, e sen vocación de esgotar o tema, cómpre citar o estado de necesidade (que deberá ser convenientemente probado, así como a imposibilidade de opcións menos gravosas que a condución), inexistencia de condución, consumo de alcohol posterior a esta, descoñecemento da anterior condena de privación do dereito a conducir, falta de motivación na individualización da pena, inexistencia de reincidencia ao non constar na sentenza os datos precisos para a súa apreciación, etc.



José Ramón Sánchez Magariños
Colexiado 1248 do ICA Santiago