



## TÍTULO

**DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL  
ARTÍCULO 379.2 DEL CÓDIGO PENAL**

## AUTOR

**Dionisio Arcos Savignac**

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012**

**Tutora** María Itziar Giménez Sánchez  
**Curso** Experto Universitario en Derecho Penal: Aspectos Materiales y Procesales

**ISBN** 978-84-7993-988-5

© Dionisio Arcos Savignac  
© Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
  - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
  - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- 
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
  - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
  - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

# **INDICE DEL DICTAMEN PROYECTO FIN DE CURSO: DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL ARTÍCULO 379.2 DEL CÓDIGO PENAL**

## 1.- Tipo objetivo del artículo 379.2 Código Penal. (PAG. 1)

1.1 Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y sustancias asimiladas. (PAG. 1)

1.2 Conducción excedida en impregnación alcohólica. (PAG. 2)

## 2.- Impugnación de las pruebas de detección de alcohol. (PAG. 3)

2.1 Impugnación de la prueba de detección de alcohol en aire espirado mediante la utilización de etilómetro. (PAG.3)

2.1.1. Impugnación del resultado de la prueba por defectos formales en su realización y en el aparato empleado. (PAG. 4)

2.1.2. Impugnación del resultado de la prueba por vulneración del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de contraste. **(PAG. 6)**

2.2 Impugnación de la prueba de detección de alcohol mediante análisis de extracción de sangre. (PAG. 9)

2.2.1. Impugnación por falta de consentimiento del interesado. (PAG. 9)

2.2.2. Impugnación por defectos formales en el proceso de extracción de sangre y custodia de las muestras. (PAG. 15)

## 3.- Ejecución de la pena que se pudiera imponer al sujeto que reside en los Países Bajos. (PAG 16)

3.1 Ejecución de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. (PAG. 16)

3.2 Ejecución de la pena privativa de libertad. (PAG. 20)

## **DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL ARTÍCULO 379.2 DEL CÓDIGO PENAL**

Se requiere la emisión de dictamen sobre las posibilidades de impugnación de las pruebas realizadas para la detección de alcohol a los implicados en un accidente de tráfico, referido al siguiente supuesto: Juan, español residente desde hace 6 años en los Países Bajos, vuelve a Málaga de visita durante sus vacaciones de Verano. Sobre las 02 horas, del 27 de Julio de 2011, mientras conduce su vehículo por el Paseo Marítimo Antonio Machado de Málaga, que se halla en obras, colisiona con el vehículo que le precede, conducido por Antonio. Requerida la presencia de la policía local y de una ambulancia del 061, se practica in situ prueba de detección de alcohol en aire espirado a Antonio, mientras que Juan es trasladado por la ambulancia al Centro Hospitalario Carlos Haya de Málaga debido a las heridas que presenta. Agentes de la Policía Local se personan a las 04 h en el centro hospitalario para interesar prueba de detección de alcohol en sangre mediante extracción de sangre.

### **1.- Tipo objetivo del artículo 379.2 Código Penal.**

La nueva redacción del art. 379.2 C.P. distingue dos supuestos distintos que se encuadrarían en el tipo objetivo:

#### **1.1 Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y sustancias asimiladas.**

Es numerosa la jurisprudencia y doctrina, coincidente, que indica que no basta la constatación de un determinado índice de hemocentración de alcohol en sangre, sino que el tipo exige además el influjo étlico, es decir, la constatación objetiva de que el alcohol ingerido afecte a las condiciones psico-físicas del acusado, y por lo tanto, a la seguridad del tráfico, que se presenta como el bien jurídico protegido. Así la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Décima, en el Rollo de Apelación nº 135/07, dicta sentencia nº 599/07, de fecha 10/10/2007, expresando que <<el tipo objetivo en el delito de conducción ética se integra no sólo por el mero hecho de conducir un vehículo de motor o ciclomotor con determinada tasa de alcohol en la sangre (o en aire espirado), lo que puede tener sus consecuencias en el ámbito administrativo-sancionador sin relevancia penal (0'5 gramos de alcohol por litro de sangre ó 0'25 miligramos en litro de aire espirado es la estipulada como límite) siendo lo decisivo es que la conducción tenga lugar "influenciada" (término nuclear en la descripción típica) por la consumición de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. La "influencia" es un elemento normativo del tipo penal que como tal requiere

de valoración jurisdiccional y ello debe determinar que el pilotaje sea anómalo, de negativa repercusión en la seguridad vial, de ahí que necesariamente deba atenderse a las circunstancias del caso concreto y singularmente a las condiciones físicas del sujeto activo. Últimamente la STC nº 2/2003 de 16 de enero proclama que "el delito contenido en el art. 379 CP no constituye una infracción meramente formal, como sí lo es la que tipifica el art. 12.1 Real Decreto 339/1990 , pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor, y, consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito">>.

## **1.2 Conducción excedida en impregnación alcohólica.**

Este segundo tipo es el que más nos interesa a los efectos del presente dictamen. El legislador ha querido elaborar un tipo completamente objetivo, de peligro abstracto, que no deje margen de maniobra a los órganos judiciales cuando se conduzca 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. Esta nueva introducción se hace con los vocablos "en todo caso", <<expresión suficientemente explícita de la rotundidad con la que se concibe el nuevo tipo, sin que haya margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que pese a conducir con la tasa señalada en el precepto no se haya originado una situación de peligro porque las condiciones físicas del sujeto no se hayan visto afectadas de modo relevante para la conducción. En consecuencia, en el inciso final de este segundo párrafo del art. 379.2 CP, la tasa de alcoholemia deja de ser un dato probatorio para convertirse en el elemento del tipo y ya no es necesario los signos de embriaguez ni la conducción irregular, lo que es acorde con el hecho de que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 se señale que la reforma sobre los delitos contra la seguridad vial tiene como contenido básico, entre otros, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de niveles de ingesta alcohólica que se han de tener como peligrosos>> (Sentencia nº 175/10, de fecha 10/06/10, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Málaga en el Juicio Rápido 631/2009). En igual sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, de fecha 15/09/2009, dictada en el recurso 224/2009. Sin embargo, la jurisprudencia no es unánime al respecto, existiendo sentencias que siguen exigiendo en este caso que la ingesta de alcohol influya sobre la conducción. La Audiencia Provincial de Burgos, Sección 1ª, en Sentencia de fecha 22/07/2009, dictada en el

recurso 111/2009 expresa <<pues es de resaltar que los elementos esenciales para condenar por el citado tipo delictivo, son la ingesta de alcohol y su influencia en la conducción. Cabe recordar que la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente requiere una valoración del juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trata, el conductor se encontraba afectado por el alcohol, pues no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, sino que la ley también exige comprobar su influencia en la conducción, comprobación que habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales (Sentencias del Tribunal Constitucional de 19-1-1989, 15-1-1990 y del Tribunal Supremo de 18-2-1998 y 22-2-1991). Pues como ha puesto de relieve, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de septiembre de 1988 este tipo delictivo no es el de <<la presencia en sangre de una determinada concentración de alcohol>> inferior o superior a la que es sancionada gubernativamente, sino que ha de acreditarse en el juicio oral, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Pues respecto a la hemoconcentración no basta examinar el grado detectado en la prueba de alcoholemia llevada a cabo con todas las garantías puesto que las bebidas alcohólicas actúan con diversa intensidad sobre cada individuo, según las circunstancias de modo que ha de entenderse a la receptividad del sujeto para el alcohol>>. Añadiendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 6ª, de fecha 29/06/2009, dictada en el recurso 455/2009 que <<aún tratándose de un delito de peligro abstracto, ha de tenerse en cuenta que, tanto la doctrina como la jurisprudencia no consideran que haya de aplicarse con un automatismo, de forma que se estimen relevantes supuestos desprovistos de la mínima peligrosidad potencial. Por ello, y además del elemento preciso de la conducción de un vehículo a motor por una zona o lugar que determine ese peligro potencial, ha de constatarse que la persona se encuentra bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. Esta influencia, que puede ser objeto de prueba por diversos medios (grado de impregnación alcohólica, prueba testifical de agentes, otros conductores ...) ha de acreditarse que tiene y/o ha tenido influencia en la conducción (STS4 15-1-1989)>>.

## **2.- Impugnación de las pruebas de detección de alcohol**

### **2.1 Impugnación de la prueba de detección de alcohol en aire espirado mediante la utilización de etilómetro.**

### **2.1.1. Impugnación del resultado de la prueba por defectos formales en su realización y en el aparato empleado.**

El **artículo 22 del RD 1428/2003**, de 21 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (en adelante RGC) establece: “1. Las pruebas para detectar la posible intoxicación por alcohol se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos”.

Lo anterior hemos de ponerlo en relación con el contenido del **artículo 23 RGC** que regula la forma en que se debe de practicar la prueba de detección y las garantías para el interesado, así como con el **artículo 24 RGC** que regula las diligencias efectivas que ha de practicar el agente de la autoridad. En base a todo ello, en el caso sometido a dictamen hemos de indicar que las garantías y derechos de Antonio han sido conculcados, puesto que, tras ser sometido a prueba de detección de alcohol, arrojando la **primera prueba un resultado de 0,66** miligramos de alcohol por litro de aire espirado, no se advirtió al mismo ni a su acompañante -su mujer- el derecho que les asistía de controlar que entre la primera y la segunda medición mediara un tiempo mínimo de 10 minutos. Habiéndose practicado la primera prueba a las 02,20 h del día 27-7-11, la **segunda** se realizó a las 02,26 h, consiguientemente 6 minutos después, **arrojando un resultado de 0,63** miligramos de alcohol por litro de aire espirado. En este sentido se pronuncia la **STSJ Castilla-León (Valladolid) de 30-1-2004, rec. 3751/1998**: <<pues bien en el presente caso resulta como se ha alegado por el recurrente, que la segunda prueba de detección alcohólica se ha realizado con claro incumplimiento de lo dispuesto en el art. 23.2 del citado Reglamento General de Circulación, al llevarse a cabo antes del transcurso del tiempo <<mínimo>> diez minutos previsto en ese precepto, una vez realizada la primera prueba... Esto comporta que ha de anularse el acto impugnado por este motivo>>.

A mayor abundamiento, el **artículo 15 de la Orden ITC/3707/2006**, de 22 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado

de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado (BOE nº 292, de 7 diciembre) se remite a los errores máximos permitidos en la verificación periódica especificados en el anexo II de la misma orden, es decir, en el caso que nos ocupa un error permitido de 7,5%. Consiguientemente, aplicando este margen de error, la segunda medición arrojaría un resultado de 0,58 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, lo que vendría a hacer de la conducta, un conducta atípica, al requerir el art. 379.2 C.P. una concentración de 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, debiéndose dictar auto de sobreseimiento y archivo provisional al no constituir los hechos denunciados infracción penal, pues de mantenerse abiertas las presentes diligencias se estaría conculcando los principios de tipicidad y de legalidad (art. 637 LECrim. o en su caso art. 641 LECrim.).

Por otro lado, redundando en la nulidad de la prueba realizada, Antonio insto al policía actuante, que practico la prueba de detección, a que le mostrara el aparato utilizado, comprobando que el mismo carecía de la preceptiva etiqueta que demuestra la conformidad del etilómetro por haber sido verificado antes de su comercialización y durante su período de utilización, y que además es una exigencia del art. 16 de la Orden ITC antes mentada. Pese a ello, el policía requirió a Antonio para que realizara la prueba. Posteriormente, se ha comprobado en el atestado que la observación de Antonio sobre la falta de la etiqueta no se ha reseñado, en claro contravención de lo dispuesto en el art. 23.3 RGC. Siendo revelador este dato, no consta en el atestado el certificado que acredite el correcto funcionamiento del etilómetro marca Drager 7410 que fue utilizado. De igual forma, tampoco se ha remitido la tira que refleje la práctica de la primera prueba, sino que en el atestado se refleja solamente el resultado. Como mantiene la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, sección 1ª, 12-1-2006**: <<Pues bien en el expediente remitido consta únicamente una única tira que refleja el resultado de la 2ª prueba de 0,83 miligramos por litro realizada, según se señala, con un etilómetro marca Lión, modelo 1400, con número de serie 14-000214, pero no así la tira que refleje la práctica de la primera prueba, que según se indica en la Resolución impugnada de la Dirección General de Tráfico se efectuó con un etilómetro marca Drager 7410, no constando respecto de él en el expediente el correspondiente certificado que acredite su correcta funcionamiento. En consecuencia, al no acreditarse por la Administración el correcto funcionamiento de los etilómetros utilizados para medir la tasa de alcoholemia imputada al recurrente, ha de prevalecer el derecho de éste a la presunción de inocencia, por lo que ha de anularse el acto impugnado y dejarse sin efecto la sanción que le ha sido impuesta>>.

En igual sentido la STSJ, de la misma sección 1ª y Tribunal que la anterior, de fecha 2-1-2006, rec. 4072/1998: <<En el caso examinado la infracción imputada es, como se ha dicho conducir un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a la permitida, con 0,75 miligramos por litro en la primera prueba y también con 0,64 miligramos por litro en la segunda prueba, por lo que es fundamental que la Administración aporte todos los documentos acreditativos de la prueba practicada así como el correcto funcionamiento del aparato utilizado para medir la intoxicación por alcohol del conductor sancionado, ya que el art. 22 del Reglamento General de Circulación establece que las pruebas de la posible intoxicación por alcohol consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante etilómetros <<oficialmente autorizados>>. Pues bien en el presente caso no consta en el expediente remitido el correcto funcionamiento de ninguno de los dos etilómetros utilizados... Por todo ello, ha de considerarse que no se ha desvirtuado por la Administración el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, por lo que ha de anularse el acto impugnado y dejar sin efecto la sanción que le ha sido impuesta>>.

Consecuentemente, reflejamos la doctrina del **TC, en sentencia 5/1989, de 19 enero**, recalcando que “la consideración del test alcoholométrico como prueba está supeditada (...) a que se hayan practicado con las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa”.

### **2.1.2. Impugnación del resultado de la prueba por vulneración del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba de contraste.**

El **art. 23.3 RGC** reconoce el derecho de Antonio, y por ende la obligación de la autoridad actuante -policías locales-, de ser informado sobre su derecho, quepa la redundancia, a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos, que el personal facultativo del centro médico al que sea trasladado estime más adecuados. Este derecho, si cabe, toma mayor relevancia cuando Antonio observó, e indicó al policía la falta de etiqueta de verificación del etilómetro utilizado. De haberlo sabido, hubiese podido interesar la prueba de sangre, aún debiendo depositar el importe de la misma (art. 23.4 párrafo segundo RGC), sobre todo atendiendo al resultado de las 2 pruebas de detección -0,66 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en la 1ª prueba; 0,63 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en la 2ª prueba-.

Es numerosa la Jurisprudencia de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, en el sentido de considerar nulas

las sanciones impuestas, cuando los Agentes denunciadores no advierten al denunciado de la posibilidad de contrastar los resultados obtenidos en el etilómetro mediante análisis de sangre, y a título de ejemplo mencionamos: STSJ de 21 de junio de 1999 Islas Baleares, ponente Ilmo. Sr. Don Jesús Ignacio Algora Hernando (“existe indefensión cuando sometándose a prueba de alcoholemia con tasa de alcohol en sangre superior a la permitida no se informa por el Agente denunciante del derecho a contrastar los análisis practicados”); STSJ de 17 de junio de 1999, Navarra, ponente Ilmo. Sr. Don Alfonso Otero Pedrouzo (“existe indefensión cuando conduciendo con una tasa de alcohol en sangre superior a la permitida, no se advierte de la posibilidad de contrastar los resultados obtenidos por los agentes mediante un análisis de sangre”). Si así se pronuncia la jurisprudencia menor en el ámbito del derecho administrativo, más relevancia y garantía debe tener en el ámbito del derecho penal -aplicación del principio de intervención mínima-. Nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en los siguientes términos:

.- **Sentencia 148/1985, de 30 de octubre**: <<en el caso concretamente examinado, no cabe deducir del atestado que el interesado fuera informado sobre la posibilidad de garantizar la fiabilidad del test mediante el análisis clínico reglamentariamente previsto y se hubiera negado a ello, pues el espacio reservado a este extremo en el correspondiente impreso aparece en blanco>>.

.- **Sentencia 3/1990, de 15 enero**: <<consta en las actuaciones que la prueba de impregnación alcohólica que se practicó al demandante de amparo dio un resultado de 1,34 gramos de alcohol por mil centímetros cúbicos de sangre, pero no aparece reseñado el aparato medidor que a tal efecto se utilizó y, lo que es más importante, no se informó a aquél de su derecho a una segunda prueba y a la práctica de un análisis médico de sangre a fin de confirmar o contradecir el resultado arrojado en la primera medición>>.

.- **Sentencia 111/1999, de 14 de junio**: declara lo mismo que las anteriores.

.- **Sentencia 188/2002, de 14 de octubre**: <<tampoco es suficiente la lectura del atestado cuando en la práctica de la prueba de alcoholemia no se haya informado al conductor del derecho que le asiste a un segundo examen alcoholimétrico y a contrastar los resultados mediante la práctica de un análisis de sangre u otro, requisitos éstos exigidos en orden a garantizar la contradicción y evitar la indefensión del sometido a la misma (SSTC 100/1985, de 3 de octubre, FJ 2; 145/1985, de 28 de noviembre, FJ

5; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 5/1989, de 19 de enero, FJ 2; 3/1990, de 15 de enero, FFJJ 1 y 2). En definitiva, a pesar de su carácter de prueba documental, las diligencias relativas a las pruebas de alcoholemia que constan en el atestado no pueden incorporarse al juicio oral mediante su lectura en los casos de ausencia de información al conductor del derecho a repetir la prueba y a contrastarla con un análisis de sangre, ni tampoco en aquellos otros en que se cuestione la fiabilidad del resultado de la prueba o el valor que al mismo quepa atribuir en orden a considerar acreditada la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas.>>

Por último, la **Sentencia de la A.P. de Barcelona, sección 7ª, 17-7-09, rec. 130/2009**:

<< para configurarse como prueba suficiente de cargo para acreditar los actuales elementos típicos de la nueva figura del apartado 2 del artículo 379 CP apreciado, en la que no se precisa, se reitera, de una acreditación afección alcohólica en las capacidades de atención, control y reacción en la conducción de la acusada, sino simplemente la constatación objetiva y formal de que el sujeto activo conducía con un nivel de ingesta alcohólica que merece la misma consideración de incrementación del riesgo tolerable en la Seguridad Vial que el exceso en el nivel dado de alcoholemia, además en curva ya descendente, para que se haya de tener como peligroso a tenor del apartado 1 del mismo precepto, de conformidad con la modificación actual del contenido de dicho precepto conforme a lo dispuesto en el artículo único, apartado tercero, de la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, ya en vigor en la fecha de autos conforme a lo dispuesto en la Disposición final tercera de dicha Ley Orgánica, y aplicado por el Juez a quo, **se hace precisa la valoración y computación del porcentaje del margen de error máximo del 7,5% legalmente admisible** en la Orden ITC 3707/2006, de 22 de diciembre, por cuanto los resultados no seguirían siendo ya superiores, sino de 0,62 mg. Y 0,57 mg. por litro de aire expirado, en el resultado mínimo de los dos obtenidos con el etilómetro, pues tal margen de error es el máximo permitido en relación a los resultados de las pruebas y la concentración real, y **la jurisprudencia de forma pacífica y reiterada (así SAP Barcelona, Sec. 7ª, de 30-06-2009) ha venido considerando válidos tales resultados siempre que se hubiera incorporado a las actuaciones un certificado de verificación del etilómetro**, como acontece en el presente caso constando los datos al folio 10 del atestado, verificando el buen funcionamiento del aparato medidor; además de ser los dos resultados constatados el resultado menor de cada una de las dos pruebas practicadas, y habiéndosele ofrecido a la imputada la posibilidad de contrastar el resultado arrojado con un análisis de sangre, la misma renunció a ello.

Y a tales conclusiones no puede por menos llegarse sino en virtud de la interpretación sistemática del precepto modificado y actualmente en vigor, así como en conjunto de toda la disposición legal modificadora, no verificándose otras pruebas de cargo, como las testificales de los agentes de la Guardia Urbana quienes únicamente afirmaron haber apreciado en la acusada halitosis, comportamiento irritado y arrogante, habla y andar vacilante, pero en modo alguno síntoma alguno de una pretendida incapacidad de mantener la verticalidad, o no sostenerse en pie, y mucho menos de haber infringido o conducido de forma irregular o ilícita, lo que impide apreciar asimismo la figura delictiva del artículo 379.1 C.P.>>.

## **2.2 Impugnación de la prueba de detección de alcohol mediante análisis de extracción de sangre.**

La extracción de sangre requiere para ser válida como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia a) el consentimiento del interesado; b) u orden de la autoridad judicial.

### **2.2.1 Impugnación por falta de consentimiento del interesado**

El **Artículo 26 del Real Decreto 1428/2003**, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo establece que:

*“1. El **personal sanitario** vendrá obligado, en todo caso, a proceder a la obtención de muestras y remitirlas al laboratorio correspondiente, y a dar cuenta, del resultado de las pruebas que se realicen, a la autoridad judicial, a los órganos periféricos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes (artículo 12.2, párrafo tercero, del texto articulado).*

*Entre los datos que comunique el personal sanitario a las mencionadas autoridades u órganos figurarán, en su caso, el **sistema empleado en la investigación de la alcoholemia, la hora exacta en que se tomó la muestra, el método utilizado para su conservación** y el porcentaje de alcohol en sangre que presente el individuo examinado.”*

El **artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, 2 marzo**, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece en su punto 2 que *“a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial se podrán*

*repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.”* En consonancia con el art. 23 del Reglamento General de Circulación (RD 1428/03).

Por lo tanto se exige el consentimiento, libremente prestado por el interesado, para que la prueba sea válida. Lo normal es que los agentes de la autoridad elaboren la denominada solicitud de prueba de detección de alcohol, estupefacientes y/o psicotrópicos, que se ha de presentar al interesado para que estampe su firma en señal de conformidad con la prueba, prestando así su consentimiento; y al médico que esté tratando al paciente. Es evidente que si la prueba se realiza sin el consentimiento del interesado, pese a estar consciente, la misma deviene inválida, nula, así como cualquier condena que se pudiese basar en dicha prueba, por aplicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y por contravención de un derecho fundamental como es el derecho a la integridad física contenido en el artículo 15 de la Constitución; y el derecho a la intimidad. Pero ¿qué ocurre cuando el paciente está inconsciente y se toma una analítica de sangre por ser necesaria a los fines terapéuticos, conforme a criterios clínicos, dando un resultado positivo en alcohol? En tal caso, hemos de indicar que la prueba, sin consentimiento del interesado sigue siendo inválida. Distinto será el supuesto en que recobrada la consciencia el interesado preste su consentimiento. Y si ¿el paciente está consciente pero sometido a medicación que no le permite tomar consciencia plena de lo que está ocurriendo? Es usual, en los casos de accidentes de tráfico en que el interesado sufra lesiones graves, e incluso tenga que ser sometido a intervención quirúrgica, que se le administre medicación con efectos sedantes, que aunque no provoque estado de inconsciencia si provoca un estado de letargo. Por ejemplo se puede administrar **FENTANILO** que es un potente analgésico **opioide (opiáceo)** con una potencia **entre 50-100 veces superior en comparación con la morfina.** En tal caso dictaminado, consideramos que el consentimiento no sería pleno, estando viciado, porque los policías que soliciten la prueba deberán previamente explicar con claridad al interesado en que va a consistir la misma, que se requiere su consentimiento, y cuáles son sus derechos. ¿Tal explicación puede ser comprensible para un accidentado, en un área de críticos de urgencias mientras se le está atendiendo? La respuesta se nos antoja negativa. Aplicando un mínimo de lógica y sentido común, ninguna persona en tal situación puede ser consciente de lo que se le explica, y menos aún de las repercusiones jurídicas que el consentimiento prestado puede acarrearle. Por último cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando el interesado está plenamente consciente, y presta su consentimiento para la extracción de sangre con fines únicamente clínicos y terapéuticos: en tal caso el resultado de la prueba que sea

positivo es válido como prueba de cargo? Nuevamente la respuesta es negativa, habiendo sido resuelta la cuestión acertadamente por la **Audiencia Provincial de Tarragona, Sección Segunda, en la sentencia de fecha 16/09/2010, dictada en el Rollo de Apelación nº 406/2010**: <<Se plantea por el recurrente que la prueba básica incriminatoria, la extracción sanguínea del acusado, no cabe valorarla, puesto que según la parte recurrente se considera ilegítima dado según la parte recurrente que la extracción se obtuvo con fines terapéuticos, que no se autorizó judicialmente para la investigación del presunto delito imputado. Añade el recurrente que la extracción sanguínea del acusado se le efectuó en el centro hospitalario, siguiendo un protocolo reglado de actuación establecido para los casos en que se diagnostique un traumatismo craneoencefálico (T.CE), sin que se hubiera practicado sin la específica autorización judicial. Continúa el recurrente manifestando que fue con posterioridad cuando se concede autorización o solicitud por parte del Juzgado de Instrucción para conocer los análisis efectuados por el Centro Hospitalario al acusado y así poder conocer la tasa de alcohol en sangre. Sobre dicha cuestión, es decir, **sobre la incorporación de una analítica sanguínea a una causa penal sin autorización judicial motivada y sobre si ello supone o no vulneración del Derecho fundamental a la intimidad personal se ha pronunciado expresamente el Tribunal Constitucional** que entiende, respecto a la extracción sanguínea, que si esta se llevó a cabo, no como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del acusado, sino en el ámbito curativo, es decir, con una evidente finalidad terapéutica o instrumental desde la perspectiva médico-asistencial y consistiendo la prueba en cuestión en un análisis de sangre, que es una intervención corporal leve, no se lesiona ni el Derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), ni el Derecho a la intimidad corporal (STC 234/1997, de 18 de diciembre ). No obstante, el Tribunal Constitucional también señala que puede existir una lesión del Derecho más amplio a la intimidad personal, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de pericia se ha obtenido. Expone textualmente que: “En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este Derecho puede producirse, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del Derecho a la intimidad personal. Ahora bien, ello no quiere decir que el Derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del Derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero y

143/1994, de 9 de mayo). La afectación , por lo tanto, ha de presentar una justificación objetiva y razonable, debiendo recordarse que los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, que resultan rigurosamente aplicables, son: que la medida limitativa del Derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante Resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996 , de 16 de diciembre, F.4 ). Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, en que se alega la vulneración de este derecho por haber sido incorporado a la causa y valorada como prueba por los órganos jurisdiccionales la analítica obrante en el historial clínico sin esa justificación, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tal Derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable:

a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La audiencia Provincial alude en la Resolución recurrida al art. 339 de LECrim. Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el «cuerpo del delito», entendiéndose por tal «las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida» (art. 334.1 LECrim). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado , al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de

cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc...) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 6 ). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de Ley, los arts. 12 y 65 de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (RCL 1990, 578, 1653).

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el Médico forense emitiese dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego: 1) que era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido o con ella (art. 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; 2) que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que , sin imponer sacrificio alguno de los Derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin, y 3) que el sacrificio que imponía de tales Derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un Derecho fundamental (SSTC 13/1985, de 31 de enero y 26/1981, de 17 de julio) y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la Resolución judicial que excepcione o restrinja el Derecho (STC 62/1982, de 15 de octubre, F2), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie , en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del Derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero, F.8). **En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el Derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la**

**vulneración del propio Derecho fundamental sustantivo** (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F4, que cita otras muchas).”

Es evidente que, en el supuesto de autos, se incorporó la analítica al proceso como consecuencia de haber solicitado el magistrado Instructor mediante providencia de fecha 05 de diciembre de 2.005 que se remitiera por el Hospital la analítica de sangre del imputado.

Se considera pues que dicha incorporación de la analítica lo fue con vulneración del Derecho fundamental del acusado a su intimidad pues tal como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional de la Sala Primera 25/2005 de 14 de febrero de 2.005 :

"En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un Derecho fundamental (S.S.T.C. 13/1985, de 31 de enero , FJ 2; y 26/1981, de 17 de julio, FJ 5 ), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la Resolución judicial que excepcione o restrinja el Derecho (STC 62/1982 , de 15 de octubre, FJ 2 ), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del Derecho fundamental (STC 37/1989 , de 15 de febrero, FJ 8 ). En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el Derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio Derecho fundamental sustantivo (ST.C. 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que cita otras muchas).

Es evidente que no se atuvo a estas exigencias la decisión impugnada. La providencia dictada por el Juez instructor fue una Resolución inmotivada. El mandato judicial se presentó, por esta carencia de motivación, como una decisión ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad. De lo anterior se sigue, como es notorio, y pese a la concurrencia de los restantes requisitos, la incompatibilidad de esta resolución con el Derecho fundamental del demandante a que su intimidad personal no fuese afectada sino con las garantías que quedan reseñadas, lo que impone la concesión, en cuanto a este extremo, del amparo solicitado.

En consecuencia, **es preciso coincidir con los demandante en que la prueba pericial forense sobre la hemoconcentración alcohólica, que se realizó sobre los documentos obrantes en la historia clínica del acusado, no es prueba válida que pueda desvirtuar la presunción de inocencia.**"

### 2.2.2. Impugnación por defectos formales en el proceso de extracción de sangre

Si la prueba de extracción de sangre no se practica por orden de un médico y bajo su supervisión, la misma no será válida, pese a que el artículo 26 RGC habla del personal sanitario, pero hemos de ponerlo en conexión con el artículo 28 del mismo texto legal que para las pruebas para la detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, en su apartado 1 dispone que <<Las pruebas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como las personas obligadas a su realización, se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos siguientes: a) Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquélla, estimen más adecuados>>. Es lógico pensar que si el artículo 28 habla en todo momento de personal médico o personal facultativo para la prueba de detección de sustancias estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, igual personal deberá ser el que realice la prueba para la detección de alcohol en sangre. Estimo que se trata de un error del legislador o más bien de una confusión. Nada nos hace pensar que la prueba del artículo 28 exija una mayor preparación académica (personal médico) que la prueba del artículo 26 (personal sanitario). Encontramos Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pamplona, de fecha 08/03/10, “que absuelve al acusado al considerar que la comprobación de la existencia de drogas debe hacerse a través del reconocimiento por un titulado en medicina y que los análisis tienen que ser ordenados también por un médico, aunque su realización se encomiende a otro personal sanitario” (Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 797, de 29/04/10).

**El Artículo 26 RGC exige en el párrafo segundo de su apartado 1 que <<Entre los datos que comunique el personal sanitario a las mencionadas autoridades u órganos figurarán, en su caso, el sistema empleado en la investigación de la alcoholemia, la hora exacta en que se tomó la muestra, el método utilizado para su conservación y el porcentaje de alcohol en sangre que presente el individuo examinado>>. La falta de cualquiera de estos elementos conllevará la nulidad de la prueba. Lógico es pedir la hora exacta al igual que se hace cuando la prueba consiste en aire espirado. Algunos centros hospitalarios cuentan con un protocolo de actuación para instituciones sanitarias en casos de determinación de tóxicos con repercusiones médicos-legales relacionados con el uso de vehículos a motor. El grupo de trabajo multidisciplinar del Hospital Clínico San Carlos formado por Saioa Alonso Murillo; David Chaparro Pardo, María Puerto**

Conejero Montero, Pilar Hidalgo Montero, Carlos Llamas Sereno, Ana Marín Bonilla, Angel Nieto Sánchez, Francisco Ortuño Arderiz, Daniel Rubio Caballero y Andrés Santiago Sáez (Revista de la Escuela de Medicina Legal Febrero de 2009, páginas 16-17) ha elaborado un procedimiento de extracción: <<el procedimiento de extracción de muestras biológicas se realizará por parte del personal de enfermería/DUE adscrito al servicio peticionario, tras la implementación del volante de petición por parte del facultativo responsable de la asistencia. La persona encargada de la extracción sanguínea, utilizará los tubos específicos en número de dos -para determinación de etanol-, tubo convencional de orina para determinación de drogas de abuso y tubo seco convencional de sangre para otras determinaciones. Comunicará a su supervisor el hecho y este acudirá a la zona asistencia donde se realiza la extracción para abrir la nevera destinada al almacenaje de la sangre una vez sea embalada y acondicionada, si el horario no permite su envío inmediato. La técnica se basará en las recomendaciones del Ministerio de Justicia (Orden de 8 de Noviembre de 1996 por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras de objeto de análisis por el Instituto de Toxicología), en aras de mantener la uniformidad de recogida, embalaje, almacenaje y transporte conforme a la Cadena de Custodia. Se deberá rellenar en ese momento el Documento de Cadena de Custodia (...), se reflejará la persona encargada del transporte (que firmará y rubricará el documento).>>

### **3.- Ejecución de las penas que se pudieran imponer al sujeto que reside en los Países Bajos.**

#### **3.1 Ejecución de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores**

En el caso de que se dictara una sentencia condenatoria que conllevara pena de prisión de 3 a 6 meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años, cabe plantearse el problema de la ejecución de la sentencia respecto del sujeto (Juan) que, aún siendo nacional de España, reside en los Países Bajos desde hace 6 años.

Es frecuente por parte de los Juzgados de lo Penal, e inclusive de los Juzgados de Instrucción, en funciones de guardia, cuando se dicta sentencia condenatoria de conformidad en diligencias urgentes que se exija la entrega por parte del condenado del documento físico en que consiste la licencia o permiso de conducir. **¿Cabe esa exigencia como consecuencia directa de la condena?** Considero que no. La sentencia, en cualquier caso, condena a

la privación de un derecho (artículo 39 d) C.P.) por un período temporal, derecho inmaterial, que si bien es cierto se materializa en un documento material como es la licencia o permiso de conducir. Pero dado que se priva del derecho y no del documento físico, no es exigible por el Juzgado o Tribunal la entrega física de la licencia o permiso de conducción. Existen mecanismos legales, debidamente habilitados, para castigar los supuestos de quebrantamiento de la condena. ¿Acaso cuando se priva de la patria potestad (artículo 39 j) C.P.) a un sujeto en caso de violencia de género, por ejemplo, se le requiere para que entregue el Libro de Familia?. No, inclusive podemos pensar que sería absurdo. Por lo tanto, qué diferencia existe entre tal privación y la privación del derecho a conducir, si ambos supuestos tratamos de la privación de un derecho (artículo 39 C.P.). Ninguna a los efectos de la ejecución. Además, sólo el órgano administrativo competente, Jefatura Provincial de Tráfico, está habilitado legalmente para acordar la pérdida de vigencia de la licencia de conducción por la pérdida total de los puntos asignados, conforme al artículo 37 del Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores: <<2. transcurrido el plazo indicado en el apartado anterior, el Jefe Provincial de Tráfico dictará resolución declarando la pérdida de vigencia del permiso o de la licencia de conducción, que se notificará al interesado en el plazo de quince días, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Declarada la pérdida de vigencia, **el interesado deberá entregar el permiso o licencia de conducción en la Jefatura Provincial de Tráfico** la cual, de no hacerlo, ordenará su retirada por los Agentes de la Autoridad. 3. La competencia para declarar la pérdida de vigencia corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia correspondiente al domicilio del titular de la autorización>>. Pudiera darse incluso el caso de que aún existiendo sentencia condenatoria, no se instruyera procedimiento administrativo sancionador, y consiguientemente no existiera resolución acordando la pérdida del permiso o licencia de conducción, que conllevaría la no exigencia de entrega física de aquél, en base no sólo al principio non bis in idem, sino a lo recogido expresamente en el artículo 65.5 del RDL 339/1990, de 2 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: <<Son infracciones muy graves, **cuando no sean constitutivas de delito**, las siguientes conductas: c) la conducción por las vías objeto de esta Ley habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan, y en todo caso, la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos>>. Es decir, cuando sea aplicable el artículo 379.2 C.P. no cabe la aplicación del artículo 65.5 citado, por lo que no habrá procedimiento sancionador, y en definitiva se carecerá de resolución que acuerde la pérdida de la vigencia de la licencia o

permiso de conducción, y por ende, la entrega del documento. Insistiendo en esta cuestión, conforme al Anexo II del Texto Articulado (anexo redactado por Ley 18/2009, de 23 de noviembre, con entrada en vigor el 24-5-10) <<el titular de un permiso o licencia de conducción que sea sancionado en firme en vía administrativa por la comisión de alguna de las infracciones que a continuación se relacionan perderá el número de puntos que, para cada una de ellas, se señalan a continuación: 1. Conducir con una tasa de alcohol superior a la reglamentariamente establecida:

Valores mg/l aire espirado, más de 0,50 (profesionales y titulares de permisos de conducción con menos de dos años de antigüedad más de 0,30 mg/l) 6 Puntos.

Valores mg/l aire espirado, superior a 0,25 hasta 0,50 (profesionales y titulares de permisos de conducción con menos de dos años de antigüedad más de 0,15 hasta 0,30 mg/l) 4 Puntos.

2. Conducir bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos 6 Puntos.>>

Consiguientemente, habida cuenta que cada conductor parte con un total de 12 puntos, en principio, que se verá minorado o aumentado, según su correcta o incorrecta actuación en la conducción, puede darse el caso de que no exista pérdida total de los puntos ni de la vigencia de la licencia o permiso de conducción, consecuentemente no existirá obligación de la entrega del documento físico. En base a todo lo expuesto, se infringirían los principios de tipicidad y legalidad si el Juzgado o Tribunal, en fase de ejecutoria, exigiera obligatoriamente la entrega física de la licencia o permiso de conducción. Dicha entrega se configuraría como una pena accesoria a la ya impuesta no prevista en el Código Penal (artículos 54 a 57 C.P.).

Extrapolando a la cuestión planteada, dado que el sujeto -Juan- reside permanentemente en territorio de los Países Bajos, la condena implica la prohibición, durante el tiempo que dure la misma, de no poder conducir por territorio español, pero al no implicar la pérdida de la vigencia de la licencia o permiso de conducción, que le habilita para conducir en los Países Bajos, Juan podrá seguir conduciendo en el extranjero. Problema en tal aspecto conlleva la ejecución de la privación del derecho a conducir. Existió un intento a nivel internacional para solucionar la materia con la firma del Convenio de 17 de junio de 1998 98/C 216/01 sobre las decisiones de privación del derecho de conducir. Establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea y publicado en el Diario Oficial C 216, de 10.07.1998. Tras el acuerdo político alcanzado el 28 de mayo por los Ministros de Justicia y Asuntos de Interior, los Representantes de los Quince Estados miembros procedieron a la firma del

Convenio sobre las decisiones de privación del derecho de conducir, que no está en vigor. Una vez en vigor, el Convenio pondrá fin a la situación anómala actual que permite que conductores privados del derecho de conducir en un Estado de la Unión Europea se sustraigan a los efectos de tal privación saliendo simplemente de dicho Estado. A menudo, la privación del derecho de conducir tiene únicamente efectos en el Estado miembro sancionador pero, debido al creciente tráfico viario internacional, la privación del derecho de conducir la impone frecuentemente un Estado miembro distinto de aquel en el que tiene su residencia habitual el conductor. La aplicación del Convenio pondrá en vigor a escala europea decisiones de privación del derecho de conducir mejorando así la seguridad vial en la Unión Europea. Cabe, sin embargo, señalar que en el Convenio no se armonizan las sanciones nacionales que se imponen en este ámbito, como son las limitaciones de velocidad o los niveles de alcohol en la sangre. En conclusión, considero que la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores no se podrá ejecutar. Pero este no es el único problema que se puede plantear en aras a la ejecución. Conforme a lo dispuesto en la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción <<los permisos de conducción expedidos por los Estados miembros serán reconocidos recíprocamente>> (artículo 1.2). <<Cuando el titular de un permiso de conducción en período de validez establezca su residencia normal en un Estado miembro diferente de aquel que haya expedido el permiso, el Estado miembro de acogida podrá aplicar al titular del permiso sus disposiciones nacionales en materia de duración de validez del permiso, de control médico así como en materia fiscal, y podrá indicar en el permiso las menciones indispensables para la gestión de éste (artículo 1.3)>>. A su vez el artículo 8 permite que <<cuando el titular de un permiso de conducción válido expedido por un Estado miembro haya establecido su residencia normal en otro Estado miembro, podrá solicitar el canje de su permiso por otro equivalente. Corresponderá al Estado miembro que proceda al canje comprobar, en su caso, si el permiso presentado sigue siendo válido>>. <<A efectos de aplicación de la presente Directiva, se entenderá por «residencia normal» el lugar en el que permanezca una persona habitualmente, es decir, durante al menos 185 días por cada año natural, debido a vínculos personales y profesionales, o, en el caso de una persona sin vínculos profesionales, debido a vínculos personales que indiquen una relación estrecha entre dicha persona y el lugar en el que habite (artículo 9)>>. Como ya hemos indicado anteriormente, el dictado de una sentencia condenatoria, no implica automáticamente que la licencia o permiso de conducción deje de ser válido, por lo que, antes o inclusive durante la ejecutoria de la pena (privación del derecho a conducir), el condenado - Juan- puede solicitar y obtener el canje de su licencia o permiso de

conducción, por una licencia o permiso de conducción de los Países Bajos de tal forma, que el pronunciamiento de la sentencia condenatoria quedaría vacío de contenido fuera de los límites territoriales de España.

### **3.2 Ejecución de la pena privativa de libertad**

No menos problemas, conlleva la **ejecución de la pena de prisión**. Nos vamos a situar en el caso de que no cupiera la suspensión de la pena, por la circunstancia que fuera, y debiera ejecutarse. Ante la lentitud, no sólo en el enjuiciamiento de los hechos, dictado de sentencia y en las ejecutorias, el sujeto -Juan- volvería a los Países Bajos, lugar de residencia permanente. A tal efecto, nos encontramos con la DECISIÓN MARCO 2008/909/JAI DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, que tampoco está libre de complejidades para la ejecución. Así trascribiendo el siguiente articulado: <<Artículo 1 Definiciones

A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por:

- a) «sentencia»: la resolución u orden firme de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión que impone una condena a una persona física;
- b) «condena»: cualquier pena o medida privativa de libertad, de duración limitada o indeterminada, impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal;
- c) «Estado de emisión»: el Estado miembro en el que se haya dictado una sentencia;
- d) «Estado de ejecución»: el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución.

#### Artículo 6

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, la transmisión de una sentencia junto con un certificado al Estado de ejecución a efectos de su reconocimiento y de la ejecución de la condena requerirá el consentimiento del condenado de conformidad con la legislación del Estado de emisión.

#### Artículo 7

##### Doble tipificación

3. Con respecto a las infracciones no contempladas en el apartado 1, el Estado de ejecución podrá supeditar el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena a la condición de que la sentencia se refiera a hechos que constituyan infracción en virtud del Derecho del Estado de

ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o la calificación de la misma.

## Artículo 9

### Motivos para el no reconocimiento y la no ejecución

1. La autoridad competente del Estado de ejecución podrá denegar el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena en los siguientes casos

b) cuando no se cumplan los criterios establecidos en el artículo 4, apartado 1;

h) si a la recepción de la sentencia por la autoridad competente del Estado de ejecución, la parte de condena sin cumplir es inferior a seis meses>>.

Por lo tanto, es sostenible pensar que la ejecución de la pena quedaría sin efecto, sobre todo si se diera el caso por ejemplo de una conformidad con la pena interesada por el Ministerio Fiscal en un juicio rápido ante el Juzgado de Guardia (la ejecutoria compete al Juzgado de lo Penal). Aún en el supuesto de que se solicitara la pena máxima, con la reducción por conformidad del artículo 801.2 LECrim., la pena privativa de libertad se quedaría en 4 meses, por lo que el Estado de ejecución -Países Bajos- puede negarse a la misma. Si a ello, le unimos que se requiere el consentimiento del condenado, bien podemos afirmar que la ejecución no se llevara a cabo.

En último término, para finalizar con la problemática de la ejecución, si los Países Bajos se niegan a la ejecución de la pena, el Estado Español podría emitir una orden europea de detención, al amparo de la decisión marco 2002/584/JAI de 13/06/2002 del Consejo (DOCE L 190/1, de 17/07/02), pero considero que el resultado será igual de infructuoso, basándome en una **Sentencia del Tribunal de Justicia de la C.E., Gran Sala, de 6 de octubre de 2009** que resolvió una cuestión prejudicial entre el Estado Alemán y el Reino de los Países Bajos, en relación a un nacional alemán que residía en aquél reino, cuya detención interesaba el Estado Alemán, analizando la distinta normativa europea aplicable:

<< La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 4, apartado 6, de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L 190, p. 1), y 12 CE. A tenor del quinto considerando de la Decisión marco 2002/584:

«El objetivo atribuido a la Unión de llegar a ser un espacio de libertad, seguridad y justicia da lugar a la supresión de la extradición entre los Estados miembros, debiéndose sustituir por un sistema de entrega entre autoridades judiciales. [...] Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia.»

**Decisión marco 2002/584/JAI:** El artículo 1, apartados 1 y 2, de la Decisión Marco 2002/584 define la orden de detención europea y la obligación de ejecutarla en los términos siguientes: «1. La orden de detención europea es una resolución judicial dictada por un Estado miembro con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad. 2. Los Estados miembros ejecutarán toda orden de detención europea, sobre la base del principio del reconocimiento mutuo y de acuerdo con las disposiciones de la presente Decisión marco.» El artículo 2, apartado 1, de la citada Decisión marco dispone que, se podrá dictar una orden de detención europea cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena no inferior a cuatro meses de privación de libertad. El artículo 3 de la misma Decisión marco enumera tres «motivos para la no ejecución obligatoria de la orden de detención europea». El artículo 4 de la Decisión marco 2002/584, titulado «Motivos de no ejecución facultativa de la orden de detención europea», enuncia, en siete apartados, dichos motivos. El apartado 6 dispone a este respecto: «La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: [...] 6) cuando la **orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno**».

La Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327, p. 27), que se aplica también, mutatis mutandis, a la ejecución de condenas en los supuestos contemplados en el artículo 4, apartado 6, de la Decisión marco 2002/584, deberá, con arreglo a su artículo 29, haber sido cumplida por los Estados miembros a más tardar el 5 de diciembre de 2011. El artículo 4, apartado 7, letra a), de la citada Decisión marco contiene una

disposición facultativa que permite a la autoridad competente de un Estado miembro transmitir una sentencia al Estado miembro de ejecución en la medida en que la persona condenada viva y resida en éste legalmente de forma continuada al menos durante cinco años.

**La Directiva 2004/38/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (DO L 158, p. 77, y correcciones de errores en DO 2004, L 229, p. 35, y DO 2007, L 204, p. 28 establece en su artículo 16, apartado 1, «Los ciudadanos de la Unión que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado miembro de acogida tendrán un derecho de residencia permanente en éste. [...]»

**Derecho nacional:** El artículo 6 de la Ley sobre la entrega de personas (Overleveringswet), de 29 de abril de 2004 (Staatsblad 2004, nº 195; en lo sucesivo, «OLW»), aplica en el ordenamiento jurídico neerlandés los artículos 4, apartado 6, y 5, apartado 3, de la Decisión marco 2002/584. El artículo 6, apartado 5, de la OLW, que se refiere a personas que no sean nacionales neerlandeses, ya sean nacionales de un Estado miembro o de un tercer Estado, dispone: «Los apartados 1 a 4 también serán aplicables a un extranjero que disponga de un permiso de residencia por tiempo indefinido, siempre que pueda ser perseguido en los Países Bajos por los hechos en los que se basa la orden de detención europea y siempre que quepa esperar que no perderá el derecho de residencia en los Países Bajos como consecuencia de una pena o medida que se le imponga tras la entrega.»

En base a lo anterior por el Estado Neerlandés se plantea la siguiente cuestión prejudicial: ¿Deben incluirse entre las personas que habitan o residen en el Estado miembro de ejecución, a las que se refiere el artículo 4, apartado 6, de la Decisión marco [2002/584], las personas que no posean la nacionalidad del Estado miembro de ejecución, sino la nacionalidad de otro Estado miembro, y que, al amparo del artículo 18 CE, apartado 1, residan legalmente en el Estado miembro de ejecución, independientemente de la duración de esa residencia legal? Para responder a esta cuestión, es preciso, en primer lugar, formular determinadas observaciones relativas al sistema de entrega establecido por la Decisión marco 2002/584 y, en particular, a su artículo 4, apartado 6.

Del artículo 1, apartados 1 y 2, de la citada Decisión marco así como de sus considerandos quinto y séptimo resulta que ésta tiene por objeto sustituir el sistema de extradición multilateral entre Estados miembros por un sistema de entrega entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas, con fines de ejecución de sentencias o de diligencias, basado

en el principio de reconocimiento mutuo (véase la sentencia de 17 de julio de 2008, Kozłowski, C-66/08, Rec. p. I-6041, apartado 31). El artículo 12 CE, párrafo primero, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la legislación del Estado miembro de ejecución con arreglo a la cual la autoridad judicial competente de dicho Estado se niega a ejecutar una orden de detención europea dictada contra uno de sus nacionales para que se ejecute una pena privativa de libertad, mientras que tal negativa, cuando se trata de un nacional de otro Estado miembro que tiene un derecho de residencia basado en el artículo 18 CE, apartado 1, está supeditada al requisito de que el nacional del otro Estado miembro haya residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el territorio del citado Estado miembro de ejecución.>>

**Conclusión:** se plantea difícil, por no decir imposible, que el condenado - Juan- cumpla la condena que se le pudiera imponer en sentencia firme por un Juzgado o Tribunal español, al ser residente en los Países Bajos, pese a ser éste un miembro de la Unión Europea.