

Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2ª, Sentencia 90259/2021 de 9 Sep. 2021, Rec. 101/2021

Ponente: Ayala García, Juan Mateo.

Nº de Sentencia: 90259/2021

Nº de Recurso: 101/2021

Jurisdicción: PENAL

ECLI: ES:APBI:2021:2466

La conducción temeraria absorbe a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas

CONDUCCIÓN TEMERARIA. Adelantamiento de cuatro vehículos en lugar prohibido y en curva cerrada sin visibilidad, obligando a los vehículos a frenar bruscamente para evitar la colisión. CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS. Absolución por concurso de leyes, siendo absorbido por el delito de conducción temeraria. PRUEBA. Inferencia del estado de embriaguez del acusado por los signos externos apreciados por los agentes policiales intervinientes.

La AP Vizcaya estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Barakaldo y la revoca en el único sentido de absolver al acusado de uno de los delitos contra la seguridad del tráfico, por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, al apreciar concurso de leyes con el otro, por conducción temeraria, cuya condena se confirma.

TEXTO

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA. SECCIÓN SEGUNDA

BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA. BIGARREN ATALA

OFICINA COMÚN DE TRAMITACIÓN PENAL

ZIGOR-ARLOKO IZAPIDEEN BULEGO OROKORRA

C/ BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta

TEL.: 94 401.66.68 FAX: 94 401.69.92

NIG PV / IZO EAE: 48.05.1-18/000132

NIG CGPJ / IZO BJKN :48090.43.2-2018/0000132

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Laburtuko apelazioko erroilua 101/2021- - 3OCT

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 151/2019

Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo - UPAD Penal / Zigor-arloko ZULUP - Barakaldoko Zigor-arloko 1 zenbakiko Epaitegia

SENTENCIA N.º 90259/21

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE: JUAN MATEO AYALA GARCIA

MAGISTRADO: MARIA JOSE MARTINEZ SAINZ

MAGISTRADO: ELSA PISONERO DEL POZO RIESGO

En Bilbao, a 09/09/2021.

VISTOS en segunda instancia, por la Audiencia Provincial de Bizkaia. Sección Segunda, los presentes autos de Procedimiento Abreviado, seguidos con el número 151/2019 ante el Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo - UPAD Penal por hechos constitutivos, aparentemente, de un delito de cpntra la Seguridad Vial (en su modalidad de Conduccion Temeraria y Conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas)

Expresa el parecer de la Sala, como Magistrado/a Ponente, el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./D.^a JUAN MATEO AYALA GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 1 de Barakaldo - UPAD Penal dictó con fecha 22-2-2021 sentencia cuyos hechos probados establecen:

***PRIMERO.-** Probado y así se declara expresamente que, Pedro Francisco, mayor de edad, con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, al haber sido condenado ejecutoriamente por el Juzgado de Lo Penal nº 2 de Baracaldo por sentencia de fecha 4 de mayo de 2010 como autor responsable de un delito de homicidio imprudente y dos delitos de lesiones cometidos con vehículo a motor o ciclomotores por tiempo de 4 años y 8 meses, sobre las 14:20 horas del día 10 de marzo de 2018 conducía el vehículo de su propiedad Audi A-4 con placas de matrícula-GCH, asegurado por la compañía Fénix Directo por la carretera BI- 630 sentido Bilbao-Carranza.*

***SEGUNDO.-** Pedro Francisco conducía con sus facultades mermadas por la previa ingesta de bebidas alcohólicas y además, lo hacía con peligro concreto para el resto de los usuarios de la vía, constatando por el hecho de que la patrulla de agentes compuesta por*

el nº NUM000 y el nº NUM001- en vehículo oficial sin distintivos y apostados en el punto kilométrico 35,500 de la citada carretera- vio que Pedro Francisco cruzaba circulando a excesiva velocidad e invadía el sentido contrario parcialmente. Ante dicha conducción, la referida patrulla lleva a cabo inicialmente un seguimiento del Pedro Francisco durante varios kilómetros, en el curso de los cuales, observan como el vehículo del acusado iba zigzagueando, invadiendo el carril contrario, y circulando a gran velocidad, de suerte que el punto kilo métrico 37, 00 efectuó un adelantamiento prohibido a cuatro vehículos que le precedían, sin reincorporarse a su carril hasta la finalización la maniobra, en una curva cerrada hacia la izquierda sin visibilidad, obligando a los conductores de los vehículos a frenar bruscamente para evitar la colisión. Asimismo, a su paso por el Barrio Traslaviña en Arcentales, en su casco urbano, Pedro Francisco tampoco respetó un semáforo en rojo ni aminoró la velocidad.

TERCERO.- Al interceptar finalmente a Pedro Francisco en el punto kilométrico 42, y acercarse al vehículo conducido por el mismo, observaron como el acusado presentaba síntomas evidentes de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas tales como olor a alcohol, ojos vidriosos, y habla balbuceante.

Previamente informado de sus derechos constitucionales, Pedro Francisco fue requerido para que se sometiera voluntariamente a pruebas de alcoholemia, habiendo arrojado un resultado de 0,49 gramos de alcohol por litro de aire espirado a las 14.35 horas, y 0,41 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en la segunda medición. No obstante, el etilómetro empleado era meramente orientativo, no homologado, no constando acreditado el estado de dicho etilómetro en condiciones adecuadas para verificar el resultado obtenido.

Y cuyo fallo dice textualmente:

Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Pedro Francisco como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial por **CONDUCCIÓN TEMERARIA**, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **TRECE MESES DE PRISIÓN**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la **privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de UN AÑO Y DIEZ MESES**, así como al abono de las costas procesales devengadas.

Que **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Pedro Francisco como autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial por **CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS**, sin circunstancias modificativas de la

responsabilidad criminal, a la pena de **SIETE MESES DE MULTA** a razón de una cuota diaria de 8 euros, sujeto a responsabilidad personal subsidiaria del [artículo 53 del CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), y a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de **TRECE MESES**, así como al abono de las costas procesales devengadas.

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de apelación la representación de en base a los motivos que en el correspondiente escrito se indican y que serán objeto del fondo del recurso.

TERCERO.- Elevados los autos a esta Audiencia, se dio traslado de los mismos al/a la Magistrado/a Ponente a los efectos de resolver sobre celebración de vista y, en su caso, sobre admisión de la prueba propuesta.

CUARTO.- Al no estimarse necesaria la celebración de vista, quedaron los autos vistos para sentencia.

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan y dan por reproducidos los declarados en la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso interpuesto.

El recurrente solicita que se revoque la sentencia que le condena como autor de un delito contra la seguridad vial en su modalidad de conducción bajo la influencia del alcohol y como autor de un delito contra la seguridad vial por conducción con temeridad manifiesta.

Respecto de ambos delitos, que analiza en profundidad en sus elementos constitutivos y en la jurisprudencia que los ha abordado, considera que no existe prueba de su comisión. En el caso de la conducción bajo la influencia del alcohol, no está acreditado que estuviera influido por la ingesta de bebidas pues solo consta el resultado de una prueba orientativa, insuficiente para enervar la presunción de inocencia; tampoco consta la influencia del alcohol en la conducción, como no sea por la declaración de los agentes, que no aportaron ninguna prueba de las afirmaciones que hicieron sobre la conducción de su patrocinado como no fuera su simple testimonio.

No ha quedado en definitiva enervado el derecho a la presunción de inocencia y la condena se produce asumiendo una hipótesis que no supera el principio in dubio pro reo.

Con carácter subsidiario, interesa el recurrente que el delito de conducción temeraria del [artículo 380.1 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#) contiene los elementos del delito de conducción bajo la influencia del alcohol más el riesgo concreto de aquél, por lo que se produce la absorción del segundo por el primero por aplicación del [artículo 8.1 del CP. \(LA LEY 3996/1995\)](#)

Oposición al recurso del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la sentencia recurrida, cuya valoración de la prueba comparte en todos sus extremos y es correcta de acuerdo con las pruebas practicadas en el juicio oral.

SEGUNDO.- Decisión del Tribunal.

1º. Petición principal.

Pese a que reconoce la Sala el esfuerzo argumental que hace el recurrente, tanto en lo relativo a los elementos de los delitos cuestionados como en lo relativo a su prueba en el caso, considera que la sentencia ha tenido en cuenta y valorado adecuadamente la prueba ante ella practicada, y que la aplicación del derecho se ha llevado a cabo con plena corrección en atención a los elementos que configuran los tipos en cuestión y teniendo presente la jurisprudencia aplicable.

1º.1. Respecto del delito de conducción bajo la influencia del alcohol.

Las pruebas en que funda la condena por este delito son:

- -El tipo de conducción.
- -La sintomatología que presentaba.

Ambos elementos se obtienen de las declaraciones testimoniales de los agentes cuyo testimonio es analizado en la sentencia con todo detalle. Debe partirse de que el testimonio de los agentes, apto para destruir la presunción de inocencia, se desarrolla ante la Juzgadora con vigencia de los principios que configuran el debido proceso, entre ellos el de inmediación, con el que no cuenta este Tribunal.

En dicho testimonio se recoge la *conducción gravemente irregular y generadora de peligro para la circulación y la seguridad; esto es, la conducción debida a la ingesta de alcohol*. Esta, por su parte, se acredita con la prueba orientativa y con la sintomatología inequívoca que presenta y que es valorada, con acierto, en la sentencia como suficiente para la presencia del elemento del delito consistente en la ingesta alcohólica relevante: olor, estado de los ojos, el habla balbuceante.

Debemos recordar en este punto hasta dónde llega la competencia del Tribunal en la consideración de la prueba de carácter personal practicada en la instancia. Como ha recordado la reciente sentencia del Tribunal Supremo 555/2019, de 13 de noviembre (LA LEY 162791/2019) (FJ. 1.º-2), con cita de la 162/2019 de 26 de marzo y la [216/2019, de 24 de abril \(LA LEY 41086/2019\)](#), la apelación constituye "una segunda instancia no plena, alejada de un nuevo enjuiciamiento"; de suerte que el órgano de apelación "[solo] puede rectificar el relato histórico [de la sentencia impugnada] cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación", con el único límite "determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria".

En otras palabras, siguen las sentencias citadas, el tribunal de apelación puede valorar "si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediatez" pero su función "no consiste en reevaluar la prueba, sino en revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia", sin que pueda sustituir esta por la propia salvo si aprecia en la primera un error basado en "parámetros objetivos", y "no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas".

En el caso, esta revisión crítica que nos corresponde concluye en el sentido de que la prueba ha sido valorada correctamente, tal como hemos manifestado más arriba.

1º.2. Respecto del delito de conducción temeraria.

También respecto de este delito es decisivo el testimonio de los agentes que intervinieron en el juicio oral.

En sus declaraciones, se pone de manifiesto cómo *el acusado condujo varios kilómetros de forma sumamente peligrosa para los otros usuarios de la vía, con invasión de la calzada de dirección contraria en numerosas curvas, velocidad notoriamente excesiva para el trazado de la calzada, adelantamientos temerarios de hasta cuatro vehículos en lugar prohibido para ello y en curva sin visibilidad, llegando a obligar a frenar para evitar la colisión, y pasando con semáforo en fase roja en una travesía.*

Así las cosas, también aquí estamos ante la prueba suficiente y debidamente valorada de la conducción poniendo en peligro concreto a los usuarios de la vía, elemento del tipo de

necesaria presencia: al menos a los conductores que se vieron obligados a frenar en el adelantamiento múltiple, se les puso en concreto peligro.

El reproche a la valoración de la prueba o a su resultado por el hecho de que no se aportara prueba corroboradora de las afirmaciones de los agentes es un tanto vacío: en primer término, el testimonio por sí de los agentes, en los que no se aprecian razones para la mentira, es suficiente -como otros testimonios de personas ajenas a la seguridad vial- para formar la convicción judicial; en segundo término, debe reconocerse la dificultad extrema de aportar testificales en una situación de persecución como la que los agentes describen.

Procede en consecuencia, también en este aspecto, confirmar la sentencia recurrida.

2º. Petición subsidiaria.

En este apartado consideramos que le asiste la razón al recurrente. Solicita en él que se considere que *el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas entra en concurso de leyes con el de conducción temeraria en términos que deben producir la aplicación de éste porque absorbe al primero.*

Como afirma el recurrente, es una cuestión controvertida; no es controvertida en la literatura científica, que de forma prácticamente unánime considera la presencia de un concurso de leyes, pero sí en la jurisprudencia, que tiene pronunciamientos diferentes en distintas audiencias.

Este Tribunal razona así la corrección del concurso de leyes:

La conducción temeraria puede venir configurada por distintas opciones o posibilidades. Una de ellas, legalmente sancionada en el [artículo 380.2 CP \(LA LEY 3996/1995\)](#), es la de conducir superando la velocidad conforme al 379.1 CP y hacerlo con tasas de alcohol superiores al 0,60 mgr./litro de aire espirado.

Pero no es la única forma, sucede que en ella *el legislador aplica una presunción de temeridad manifiesta.* El caso informa, según los hechos probados, de una conducción (i) con las facultades mermadas por la ingesta de alcohol, (ii) a velocidad excesiva, (iii) con invasión del carril contrario, (iv) en adelantamiento a 4 vehículos en curva cerrada sin visibilidad, que (v) obligó a los vehículos a frenas bruscamente para evitar la comisión.

En esta recopilación de los elementos que se recogen en el relato de hechos, *aparece una conducción temeraria integrada, entre otros factores, por la ingesta alcohólica.* Y aparece

asimismo el peligro concreto para la vida o la integridad de personas determinadas, tal como la redacción típica exige.

Pues bien, al peligro abstracto de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se añade ahora el peligro concreto para personas determinadas. El riesgo ha progresado; por tanto, el delito de peligro en el que riesgo se ha concretado en la vida o integridad de personas concretas, absorbe el delito que había adelantado más las barreras de protección del bien jurídico. Como añadido lógico-jurídico, la penalidad del delito de peligro concreto es notoriamente más elevada que la del de peligro abstracto. Siendo esto así, la absorción del delito de peligro abstracto por el de peligro concreto y la mayor penalidad de éste son criterios contemplados en el artículo 8 CP (LA LEY 3996/1995), en sus apartados 3º y 4º.

TERCERO.- Declaramos de oficio las costas del recurso, al resultar al menos parcialmente estimado; y declaramos de oficio el 50 % de las costas de la instancia, por ser el acusado absuelto de uno de los delitos por los que había sido condenado.

Vistos los artículos citados,

FALLO

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO INTERPUESTO POR LA Procuradora Sra. Gutiérrez en representación de Pedro Francisco contra sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao, de fecha 22-2-2021, y en su virtud, **REVOCAMOS DICHA RESOLUCIÓN EN EL PRONUNCIAMIENTO RELATIVO A LA CONDENA POR EL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS, DEL QUE ABSOLVEMOS LIBREMENTE AL RECURRENTE.**

Declaramos de oficio las costas del recurso; y declaramos de oficio el 50 % de las costas de la instancia.

Contra la presente sentencia únicamente cabe interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a lo dispuesto en los artículos 847.1 (LA LEY 1/1882)-2 b y 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LA LEY 1/1882).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo **CINCO DÍAS** hábiles siguientes al de la última notificación de esta sentencia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta, nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.