

AL JUZGADO DE LO PENAL NÚMERO N PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

XXX, Procurador de don ZZZ en el Procedimiento Abreviado 000/2016, con la dirección letrada del abogado, como mejor proceda DIGO:

Interpongo RECURSO DE APELACIÓN frente a la sentencia nº 5/2017, de 9 de enero, por la que se condena a don ZZZ a siete meses de multa con una cuota diaria de 4 euros, y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 1 año y 2 meses.

MOTIVOS DEL RECURSO

Primero: Con carácter previo, cabe decir que el Sr. ZZZ ha sido condenado por conducir con una tasa inferior a 0,6 mg por litro de aire expirado, como autor del delito del tipo general enunciado en el artículo 379.2 del Código penal; es decir, por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

La sentencia declara como hecho probado que las bebidas alcohólicas ingeridas *"limitaban su capacidad [la del Sr. ZZZ] para la conducción"*. Pero la sentencia no especifica el alcance de esa limitación. Se echa en falta alguna explicación del tipo: "las bebidas alcohólicas ingeridas le impedían conducir el vehículo en línea recta a una velocidad de 50 Km por hora; tomar una curva de 90º a una velocidad de 20 Km por hora sin salirse de la calzada; emplear menos de 5 segundos en accionar el freno desde que una señal así lo exigiese; aparcar en batería sin salirse de las líneas delimitadoras de la plaza; reconocer una señal indicadora de curva a la derecha mostrada durante 5 segundos; etc."

La sentencia apelada dice (FD3): *"los síntomas externos (observados por los agentes policiales –ver folio 5 –) evidenciaban lo que el dato objetivo [la tasa de alcohol] ya había constatado, esto es, que el acusado conducía bajo la influencia de las bebidas alcohólicas"*. De donde cabe inferir que el juez ha deducido la influencia/limitación de la capacidad del Sr. ZZZ para conducir, a partir de la tasa de alcohol y de los "síntomas externos", los cuales enumera en los hechos probados: *"ojos brillantes, rostro pálido, olor a alcohol, deambulación vacilante, dificultad en la comprensión y habla espesa"*. Pero la tasa de alcohol, cuando no supera los 0,6 mg por litro de aire espirado, no es prueba en sí misma para acreditar la influencia de bebidas alcohólicas en la conducción. Puede ser un indicio. Pero nunca una prueba directa. Si lo fuese, bastaría acreditar una tasa, cualquiera, para probar la existencia de esa influencia.

En cuanto a los llamados "*síntomas externos*", apenas están descritos en la sentencia. El más detallado es el del "*habla espesa*". Dice así en su fundamento de derecho tercero: "*aun reconociendo que la expresión que se está analizando (a mero título de ejemplo) podía ser otra, es capaz de transmitir la idea (eso es lo relevante) de que el afectado no habla de forma natural y fluida sino de forma "espesa" como si algo limitase o hiciese más lento o dificultase el movimiento de la lengua, los labios de tal modo que la palabra que finalmente salía al exterior se presentaba como inadecuada para la natural comprensión (lo que por otra parte es uno de los primeros síntomas de la embriaguez)*".

Los policías municipales que oyeron hablar al Sr. ZZZ y que testificaron en el juicio, no supieron explicar qué querían decir con el calificativo "espesa" referida al habla. Hubieron de ser asistidos por el juez, quien no permitió seguir esa línea de interrogatorio. El estudio que el juzgado hace del adjetivo "espesa", a "*título de ejemplo*", es muy interesante, sin duda, pero puramente literario. No resulta concluyente de las limitaciones verbales padecidas por el condenado. No especifica, por ejemplo, las palabras, las frases, las locuciones concretas emitidas por el Sr. ZZZ que "*se presentaban como inadecuadas para la natural comprensión*". ¿Qué expresiones concretas han llevado al juez a deducir la "espesura" del habla del Sr. ZZZ, y, de ellas, inferir el grado de influencia del alcohol en la conducción? El caso es similar al de una sentencia que condena por un delito de injurias, en la que no se especifican las expresiones injuriosas concretas.

Algo parecido al "*habla espesa*" ocurre con los "*síntomas*" de la "*deambulación vacilante*" y la "*dificultad en la comprensión*". La sentencia no proporciona, salvo mala lectura, ni el más mínimo detalle de una y otra. ¿El Sr. ZZZ iba dando tumbos de una pared a otra? ¿Se caía al andar? ¿Trastabillaba al desplazarse? ¿Era incapaz de marchar en línea recta? ¿Al andar, daba tres pasos adelante y uno o dos atrás o a los lados? La sentencia nada dice al respecto

¿Qué frases no entendió el Sr. ZZZ cuando los agentes le hablaron? ¿Por qué los policías municipales deducían que no les entendía? ¿No les entendía o no quería responder? La sentencia nada dice al respecto.

Del olor a alcohol, los ojos brillantes y la palidez del rostro, la sentencia apelada tampoco da detalles. Pero importa menos porque se trata de "*síntomas*" ineficaces para probar cómo el alcohol influye en la conducción.

Lo único que el olor, el brillo de los ojos y la palidez del rostro indicarían, como mucho, es que el Sr. ZZZ había tomado bebidas alcohólicas. Pero eso queda demostrado de forma más precisa y objetiva por la medición efectuada con el etilómetro.

¿Pero alguien puede asegurar que, a mayor brillo de los ojos, mayor blancura del rostro y más penetrante olor a alcohol, la influencia de esta sustancia en la conducción es mayor? ¿Cómo se miden las magnitudes del brillo, el color y el olor, para calcular el grado de influencia del alcohol en la conducción? La sentencia no explica nada al respecto. La presencia de esos tres "síntomas": olor a alcohol, ojos brillantes y palidez del rostro, y otros parecidos, no parecen tener otra función, dicho con el debido respeto, que "hacer bulto retórico".

Además, todos los "síntomas externos" citados en los hechos probados de la sentencia apelada, a excepción del olor del aliento a alcohol, pueden deberse a otros factores: el cansancio, la destemplanza, el nerviosismo, el miedo, la desconfianza, etc., especialmente influyentes en personas jóvenes, como lo es el Sr. ZZZ, y en una madrugada "policial". Esos mismos factores son causa de otras muchas acciones de los seres humanos: caída de objetos de las manos, accidentes domésticos, inactividad, malas acciones, malas palabras, etc. Cuántos errores se comenten por el estrés, el cansancio, el miedo, sin que el alcohol tenga nada que ver.

Pero el juez no pondera hasta qué punto tales factores determinaron los "síntomas" y, en general, el comportamiento del Sr. ZZZ. En su sentencia (FD 3) dice: *"El acusado actuaba con lentitud, como condicionado por algo (el alcohol) de tal modo que su respuesta en el actuar (descontando el normal momento del nerviosismo por la situación) indicaba que algo lastraba la actuación del Sr. ZZZ (claramente el exceso de alcohol)"*. De donde se deduce que ha "descontado" el "normal nerviosismo" ocasionado por la situación, y, se supone, ha "descontado" también los demás factores, aunque no los nombre. Según su opinión, lo único que "lastraba" la actuación del Sr. ZZZ, era el alcohol.

Salvo mala lectura, la sentencia no explica el razonamiento que le ha llevado a "descontar" esos factores. Debemos suponer que se ha limitado a no tenerlos en cuenta, sin más. La alusión al "descuento" del *"normal momento de nerviosismo"* resulta puramente retórica. El juez tampoco explica por qué tiene tan claro que *"el exceso de alcohol"* ha sido lo único que *"lastraba la actuación del Sr. ZZZ"*, la cual, salvo mala lectura, consistía en que *"actuaba con lentitud"*, sin más detalles ni precisión del alcance de esa lentitud.

Todas las carencias señaladas: no determinar la limitación de la capacidad de conducir, no concretar la manifestación material de los llamados "síntomas externos", no explicar la forma de "descontar" los demás factores determinantes del comportamiento del Sr. ZZZ, impiden que el condenado pueda conocer elementos imprescindibles para determinar la condena. Y esto supone, dicho con el debido respeto, una intromisión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Pero, además, todas esas carencias impiden que el tribunal que decidirá este recurso de apelación, pueda valorar la oportunidad del juicio hecho por el juzgado en dos aspectos. Primero, respecto al alcance concreto de los "síntomas externos" y su idoneidad para acreditar la influencia de las bebidas alcohólicas ingeridas en la conducción de vehículos a motor por parte del Sr. ZZZ. Y segundo, respecto al alcance de esa influencia y su subsunción en el tipo penal. Las carencias indicadas impiden, pues, al tribunal, ejercer el control de legalidad de la sentencia apelada que la ley le encomienda (artículo 790.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal). Eso supone una intromisión en el derecho fundamental del Sr. ZZZ a la tutela judicial efectiva.

Segundo: Los llamados "síntomas externos", tal y como aparecen en la sentencia apelada, con las carencias descriptivas reseñadas, tienen muy mal "encaje" probatorio en el enjuiciamiento del delito de alcoholemia. No son idóneos para acreditar la específica influencia del alcohol en la conducción de vehículos a motor, y mucho menos para acreditar su alcance. Tres son, a juicio de esta defensa, los motivos de su falta de idoneidad probatoria de los llamados "síntomas externos".

1º.- Dese el punto de vista lógico, las manifestaciones concretas de esos "síntomas" – las equivocaciones específicas cometidas al hablar, las expresiones no comprendidas o mal comprendidas, el andar dando traspiés, cayéndose, apoyándose en las paredes, etc. –, serían como mucho, indicios de la pérdida de reflejos psicomotores. Las manifestaciones concretas de esos "síntomas", nunca serían pruebas directas de la influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción de vehículos a motor. De hecho, se conduce sentado y sin necesidad de hablar.

Para utilizar esos "síntomas" como prueba, el juzgador ha debido dar varios "saltos" deductivos en un juicio parecido a éste: "el conductor tenía disminuidos los reflejos psicomotores del habla y del movimiento corporal, luego, por extensión, tenía también disminuidos los reflejos necesarios para la conducción; por lo tanto, tenía limitada su capacidad de conducir vehículos a motor en el grado exigido por el tipo penal."

¿Pero el Sr. ZZZ cuánto tenía de disminuidos los reflejos psicomotores del habla y del movimiento corporal, y por extensión, de los reflejos necesarios para la conducción? ¿Un 10%, un 20%, un 60%? ¿La disminución de la capacidad de conducir convenientemente cuantificada, es decir, objetivada, se correspondía con la implícita en el tipo penal? Imposible contestar a esas preguntas con los datos proporcionados por la sentencia.

2º.- Los “síntomas externos” enunciados en la sentencia para probar cómo las bebidas alcohólicas ingeridas influyen en la conducción de vehículos a motor, son conocidos en el juicio de forma indirecta y muy precaria. Lo de “ojos brillantes”, “rostro pálido”, “habla espesa” (otros dicen “pastosa” o “gangosa”), “deambulación vacilante”, etc., son etiquetas, lemas, repetidos durante la vista por los agentes de la autoridad, con, a lo sumo, una somera explicación carente de detalles relevantes. El juez no ha oído hablar ni visto andar al acusado. No porque no haya podido, como señalaré luego, sino porque nadie ha aportado la prueba idónea para permitirle conocer, por sí mismo, las eventuales manifestaciones de esos “síntomas”. Resulta extraño que, ya avanzado el siglo XXI y en pleno auge de la tecnología digital, el juez deba decidir a partir no de unos hechos, sino de unas “etiquetas” suministradas por los agentes.

3º.- Las “etiquetas”: “ojos brillantes”, “rostro pálido”, “habla espesa”, “deambulación vacilante”, expresan la opinión, el parecer, la impresión de personas sin cualificación en la materia. Los agentes que ven y oyen al conductor *in situ*, no transmiten hechos del tipo: “hubo que preguntarle cinco veces su nombre, a lo que repetía algo así como ‘fafel fafero’; no paraba de reír y de pronunciar frases inconexas del tipo: ‘fiero un fufito’, ‘na me fas’; no podía sostenerse de pie sin apoyarse en algo o alguien y era incapaz de andar en línea recta; no acertaba a sacar la documentación de la guantera, que hubo de ser localizada por uno de los policías; no paraba de dar manotadas al aire; etc.”

Los agentes intervinientes se limitan a manifestar su impresión respecto del habla, con un adjetivo: “espesa”, de difícil entendimiento dado su carácter metafórico; y respecto de la deambulación, con otro adjetivo: “vacilante”, tan genérico que carece de significado útil para conocer en qué consistía la forma de deambular. En el presente caso, dio igual lo que la defensa preguntase a las policías municipales, en relación a sus impresiones del habla y de la deambulación. Sencillamente, fueron incapaces de proporcionar detalles relevantes, lo cual resulta lógico porque, después de haber pasado casi diez meses y otras muchas intervenciones parecidas, se les habrían olvidado, si es que los hubo. A la pregunta de qué palabras concretas el Sr. ZZZ pronunciaba mal, dieron la respuesta fácil e imposible de:

“todas”. Y preguntados por cómo podían saber la manera de deambular que presentaba el Sr. ZZZ si apenas anduvo tres metros, contestaron con algo tan socorrido como “al subir al furgón”, sin más detalles. En fin, respuestas puramente evasivas.

Los llamados “síntomas externos”, tal y como se manejan en el proceso, son, si se me permite la expresión, material probatorio de bajísima calidad. Sólo el examen que una persona cualificada haga del conductor, posibilitará valorar – objetivar – la influencia que el alcohol ingerido – en posible concurrencia con otros factores como el cansancio, el estrés – ejerce en su comportamiento y, concretamente, en la conducción. La influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción de vehículos a motor es un elemento del tipo penal que necesita una determinación técnica. Otros delitos también incluyen o presuponen conceptos que precisan un determinación técnica. Tal es el caso, por ejemplo, del homicidio. En el homicidio, la causa de la muerte constituye un elemento fáctico esencial y su determinación necesita un estudio técnico. Del mismo modo que, en el caso del homicidio, ha de ser un médico forense o, al menos, un médico quien dictamine la causa de la muerte (artículo 343 de la Ley de enjuiciamiento criminal), en el supuesto del tipo general de la alcoholemia es imprescindible que sea un perito quien dictamine el alcance de la influencia que el alcohol haya podido tener en la conducción de vehículos a motor.

La prueba pericial es directa, objetiva, fiable y perfectamente posible. Nada que ver con las “etiquetas” determinantes de la condena en este caso. ¿Por qué los conductores que “parecen” estar afectados por las bebidas alcohólicas no son examinados por un médico experto en la materia? Pero incluso es posible disponer de medios aún más objetivosa. Hace ya tiempo que la opinión respecto a la ingesta de alcohol fue sustituida por la medición del etilómetro. ¿Por qué no se utilizan medios técnicos, perfectamente disponibles, para “medir” la pérdida de reflejos derivada del alcohol ingerido o, incluso, por otros motivos: sueño, estados psíquicos depresivos o estresantes, etc.?

Existen simuladores de conducción, empleados en algunas autoescuelas o con fines lúdicos, que, mínimamente adaptados, permitirían cuantificar la pérdida de reflejos de un conductor. Es más, esa eventual pérdida de reflejos podría ser calculada en función de la velocidad del vehículo: a 30, 50, 80, 120 Km por hora, y en función de otras variables. ¿Por qué, en pleno siglo XIX las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia del tráfico no disponen de esos aparatos en sus furgones, de la misma manera que llevan un etilómetro?

Como señalaré luego, estas no son, ni mucho menos, cuestiones ajenas al proceso. No se trata de lucubraciones o de temas para discutir en foros académicos. Afectan, como luego diré, a la esencia misma del enjuiciamiento del delito aquí tratado.

En EEUU, cuando un agente encargado de vigilar el tráfico sospecha que un conductor está influido por las bebidas alcohólicas ingeridas, puede someterle a unos **Field Sobriety Tests**, o "Pruebas in situ de sobriedad".

Se trata de unas pruebas específicas desarrolladas y patrocinadas por la National Highway Traffic Safety Administration (Administración Nacional de Seguridad del Tráfico en las Carreteras).

Las tres pruebas más comunes son:

1.- **Seguir una luz con la mirada**, con la que se busca la existencia de nistagmo (oscilación espasmódica del globo ocular).

2.- **Caminar nueve pasos por una línea y girar**, en la que se vigilan ocho signos de afectación:

- a).- pérdida del equilibrio durante las instrucciones,
- b).- empezar antes de que acaben las instrucciones,
- c).- paradas durante la prueba para equilibrarse,
- d).- no tocar la punta al talón,
- e).- pasos fuera de la línea,
- f).- utilizar los brazos para equilibrarse,
- g).- pérdida del equilibrio ó giros incorrectos,
- h).- dar un número equivocado de pasos);

3.- **Permanecer de pie sobre una pierna**, en la que se vigilan cuatro signos de afectación:

- a).- oscilar mientras trata de guardar el equilibrio,
- b).- utilizar los brazos para equilibrarse,
- c).- saltar para mantener el equilibrio,
- d).- bajar el pie antes de terminar la prueba).

Parece evidente que estos test son medios probatorios más "serios" que las habituales etiquetas "habla espesa", "deambulacion vacilante" o "dificultad de comprensión". Al menos, los Field Sobriety Tests son pruebas estandarizadas, diseñadas, en principio, por expertos, y realizadas por personal cuando menos entrenado. Y son test ideados ex profeso para detectar la influencia del alcohol ingerido en la conducción de vehículos a motor. No son meras apreciaciones subjetivas efectuadas sobre la marcha como las de de nuestros agentes de tráfico

Esta defensa ha intentado en el proceso demostrar que es posible practicar todas esas pruebas objetivas para determinar el grado de influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción de vehículos a motor. La prueba propuesta al efecto fue rechazada.

Pero, incluso en el supuesto de no efectuar las referidas pruebas técnicas – algo insólito en el siglo de la tecnología –, es perfectamente posible, al menos, aportar al juicio una fiel representación de los “síntomas externos” tantas veces nombrados. Bastaría con que los agentes que efectúan el control, grabasen con una cámara videográfica el comportamiento del conductor, su forma de hablar, de caminar, de comportarse, en general. ¿Qué problema hay para que, de la misma manera que los agentes utilizan un etilómetro para medir el alcohol presente en el cuerpo, sin que el conductor pueda negarse si no es bajo pena de cárcel (artículo 383 del Código penal), empleen también cámaras para grabar su forma de hablar, de andar, de comportarse? La grabación así obtenida, convenientemente visionada durante el juicio y, en su caso, complementada con las explicaciones de los agentes, permitiría que el fiscal, el abogado defensor y, sobre todo, el juez pudiesen conocer directamente los llamados “síntomas externos” y su alcance.

Resulta que los inspectores de la ORA, para fundamentar una denuncia de 50 euros por estacionamiento indebido, disponen de cámara con que tomar las imágenes oportunas. Y para privar a una persona del derecho a conducir durante un año y dos meses, lo que le supondrá, eventualmente, la pérdida de su trabajo, e imponerle una multa de 840 euros, se desprecia ese tipo de pruebas.

Se ven cascos de motoristas con cámaras. Los porteros automáticos las incluyen. Los teléfonos móviles cuentan con ellas; algunos tienen dos. Hay coches que las llevan en la parte de atrás para facilitar la maniobra de aparcamiento. Muchos autobuses urbanos, vagones de tren y de metro disponen de cámaras que graban lo que en ellos ocurre. Muchos lugares públicos: estaciones, comercios, oficinas, las calles todas, están llenos de cámaras de vigilancia. Las cámaras nos invaden, nos espían desde todos los puntos imaginables. Pero los agentes encargados de vigilar el tráfico no disponen de ninguna para grabar el comportamiento de los conductores cuando les someten a los controles de alcoholemia.

Resulta paradójico que, en la propia administración de justicia, se exige la máxima tecnificación para las diligencias estrictamente procesales, es decir, formales, rituales – esta defensa no puede presentar escritos en la práctica totalidad de órganos jurisdiccionales si no es a través de la sofisticadísima LexNET – y, sin embargo, para el enjuiciamiento propiamente dicho, para probar, durante el juicio,

los hechos que han de determinar condenas muy graves, concretamente por el delito general de alcoholemia, se ignora, se excluye, se desprecia la técnica hoy día más elemental.

En pleno siglo de la teconología, la forma de probar la comisión del delito de alcoholemia en su tipificación general, dicho con el debido respeto, carece de una mínima calidad técnica. El caso objeto de este proceso es, salvando las distancias, semejante a la de un paciente del servicio sanitario de salud en el que se emplease un aparato de rayos X para localizar un cuerpo extraño en su abdomen, y, para extraerlo, el cirujano se sirviese del cuchillo y del tenedor con los que había comido la naranja del almuerzo.

A la hora de enjuiciar el delito de alcoholemia, ocurre algo parecido. Se usa el etilómetro para determinar el nivel de alcohol que el conductor tiene en el cuerpo. Pero, para conocer la influencia que ese alcohol ejerce en la conducción y su alcance, se acude a la impresión puramente subjetiva y etiquetada que personas sin cualificación sacaron de cómo hablaba, andaba, se comportaba el conductor, contada unos meses más tarde y después de montones de intervenciones parecidas.

Insisto, todo lo que se viene planteando en los apartados anteriores respecto a la falta de aplicación de la tecnología al enjuiciamiento no es algo "literario" o "retórico". Producen unos efectos decisivos en el condenado, como indico en el apartado siguiente.

El acusado tiene derecho a que se emplee, para su enjuiciamiento, la mejor técnica que cada época pueda proporcionar. La falta de calidad técnica denunciada, dicho con el debido respeto, supone una intromisión en los derechos fundamentales del Sr. ZZZ a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con todas las garantías. Y no es justificación la de que, en todos los casos similares y para todos los acusados en las mismas circunstancias, se emplea la misma técnica deplorable. Porque eso supone multiplicarlas intromisiones en los derechos fundamentales invocados.

Y la condena del Sr. ZZZ basada en el obsoleto, subjetivo, indirecto, poco fiable y no idóneo aparato probatorio consistente en los "síntomas externos" supone, dicho una vez más con el debido respeto, una intromisión en su derecho fundamental a la presunción de inocencia, que no ha quedado desvirtuada. El juez no ha podido conocer cuál era la supuesta influencia que el alcohol hubiera podido ejercer en su capacidad de conducir vehículos a motor

Tercero: De mantenerse la condena al Sr. ZZZ – algo que resulta inconcebible – y de acuerdo con lo establecido en el artículo

21.7ª del Código penal, procedería la aplicación de una circunstancia atenuante analógica a la descrita en el artículo 21.6ª del mismo código y alusiva a la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento.

Resulta inimaginable que, en el caso de la alcoholemia, algún fiscal o juez prefiera basar su acusación, su juicio en pruebas subjetivas: la opinión, el parecer, la impresión de testigos inexpertos, en lugar de fundamentarla en pruebas objetivas: el dictamen de peritos, los resultados de simuladores de conducción o, al menos, las grabaciones videográficas de la realidad. Quiero creer, pues, que los juzgados y tribunales de lo penal emiten, en los casos de alcoholemia, sentencias condenatorias – los hay que las emiten absolutorias en situaciones muy semejantes – basándose en el insuficiente e imperfecto material probatorio representado por los llamados “síntomas externos”. Y que lo hacen únicamente porque el sistema no les proporciona otro.

Los acusados, los condenados no tienen por qué padecer las injustificadas carencias técnicas de la administración de justicia. En este caso concreto, el Sr. ZZZ nunca sabrá si habría resultado absuelto – porque él tiene el convencimiento de que conducía sin estar influido por las bebidas alcohólicas ingeridas –, en el caso de que hubiese sido sometido a pruebas técnicas, o, al menos, de que se le hubiese grabado su forma de hablar, de andar, de comportarse en el momento de intervenir la policía municipal. Y no lo sabrá nunca por culpa de un sistema de justicia, permítaseme la expresión, fosilizado, que da la espalda al avance de la técnica para lo esencial, como es el enjuiciamiento, y en cambio, extrema las exigencias técnicas impuestas a los profesionales que intervenimos en él, con grave merma de su libertad.

Parece, pues, razonable y debido que, si se le mantiene la condena al Sr. ZZZ, se le aplique una atenuante muy cualificada analógica con la reconocida en el artículo 21.6ª del Código penal, que determine una minoración sustancial de las penas.

Cuarto: El juzgado termina el fundamento de derecho tercero de su sentencia con una coda, alusiva, aunque no lo explicita, a las consecuencias que la condena de privación del derecho a conducir durante un año y dos meses acarreará al Sr. ZZZ.

Se acreditó en el juicio, mediante los correspondientes contratos de trabajo, que el Sr. ZZZ trabaja como probador de coches desde septiembre del pasado año, es decir, con posterioridad a la fecha de la comisión del hecho enjuiciado en este proceso (marzo de 201X). Y realiza ese trabajo porque no encuentra otro, ya que las condiciones del mismo son muy precarias. Le contratan para justo las

jornadas en que debe probarlos, incluso días festivos. La condena de privación del derecho a conducir durante un año y dos meses le va a ocasionar, como es fácil suponer, la pérdida de su trabajo, y con él los medios de vida.

Cabe suponer que el fin de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor sería salvaguardar la seguridad del tráfico rodado, evitando que personas no capacitadas conduzcan vehículos a motor o ciclomotores y, por lo tanto, pongan en peligro la integridad física y los bienes de las personas. Pero, salvo mejor criterio, esa finalidad la cumple más ventajosamente el sistema de carné por puntos, el cual garantiza razonablemente que la retirada del permiso de conducir se aplica a personas que, por su reiterado comportamiento antijurídico, han demostrado su falta de capacidad para conducir vehículos a motor. Un hecho puntual no parece elemento de juicio suficiente para concluir esa incapacidad y, por lo tanto, para que una persona sea privada de la autorización para conducir vehículos a motor durante un año o más.

Es cierto que el legislador lo quiere así y poco se puede hacer salvo manifestar una opinión discrepante. Pero, no puede ser que el legislador quiera también que el condenado, al perder el derecho a conducir, pierda con él su trabajo y, con éste, su medio de vida. La eventual pérdida del trabajo, como ocurre en este caso, es un efecto "colateral" mucho más lacerante que el efecto primario; es una pena más grave que la aplicado al tipo.

Insisto en que no puede ser que el legislador quiera efecto tan perverso de la pena, o incluso sea indiferente a él. Si así fuese, nos encontraríamos ante un Estado insensible al sufrimiento humano, que menoscaba el derecho fundamental de las personas, en este caso el Sr. ZZZ, a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes, prohibidos expresamente por el artículo 15 de la Constitución.

El juez cita la valiosa teoría de la "contro-spinta penale alla spinta criminosa", es decir del contra-impulso penal que contrarreste el impulso criminal, como prevención del delito, propuesta por el profesor italiano Gian Domenico Romagnosi a caballo entre los siglos XVIII y XIX. Pero, con todo el respeto, dicha teoría resulta inoportuna en este caso. Condenar, por ejemplo, a alguien que roba una caja de fósforos a la amputación de la mano derecha, produce, quién lo duda, una "contro-spinta" aterradora y su efecto preventivo contra el deseo de robar la cosa aún más insignificante, parece evidente. Digo parece porque una mayor dureza de la pena no necesariamente conlleva menor comisión de delitos, sino que puede tener efectos criminógenos. En todo caso, la prevención del delito no justifica pena tan brutal.

Esta defensa no discute que se busque inspirar miedo con la amenaza de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor. Simplemente sostiene que esa pena, impuesta en este caso al Sr. ZZZ, es desproporcionada y, por ello, inhumana y degradante.

Las penas pueden ser genéricamente desproporcionadas. Un ejemplo histórico de este tipo de penas sería la de muerte impuesta por Felipe V, mediante pragmática de 23 de febrero de 1734 (Novísima Recopilación, Libro XII, Título XIV, Ley III), para castigar los hurtos – cualquier tipo hurto, independientemente del modo de ejecutarlo o del valor de la cosa hurtada – cometidos en la Corte y hasta cinco leguas de ella. La medida fue sentida como desproporcionada por intelectuales de la época, por ejemplo fray Francisco Folch de Cardona, y por los propios juristas coetáneos, significativamente los magistrados de la Sala de Alcaldes de la Casa y Corte reales, quienes pidieron y consiguieron su atenuación (Novísima Recopilación, Libro XII, Título XIV, Leyes V y VI).

También hay penas cuya desproporción tiene que ver con las circunstancias concretas en que se aplican. Un ejemplo de desproporcionalidad particular de una pena sería el de la privación de libertad mediante ingreso en prisión que conllevara el deterioro de la salud del condenado hasta el punto de originarle o adelantarle significativamente su fallecimiento. Esa pena de privación de libertad se convertiría, en ese caso concreto, en una pena de muerte. Entiendo que, para evitar tal perversidad – también por otros motivos –, la ley prevé la concesión de la libertad condicional a los penados enfermos terminales (artículo 196 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

En algunos estados de EEUU y en algunos supuestos de privación del permiso de conducir, se proporciona una licencia especial denominada "Hardship License", o permiso de emergencia. Esa licencia especial permite utilizar el coche para ir al trabajo y volver, a los oficios religiosos y volver, al centro de enseñanza y volver, etc.. Para su concesión, se exigen unos determinados requisitos, eventualmente distintos en cada Estado. En algunos casos, su concesión se condiciona al seguimiento de sesiones de terapia o reeducación vial, lo cual concuerda muy bien con la función de reinserción social atribuida a la pena. En el siguiente enlace puede consultarse una página en español inteligible con información referida a la concesión de la licencia de emergencia en el Estado de Mississippi.

En España, la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, ya derogado, dio nueva redacción al

artículo 67 de la citada Ley sobre tráfico. En su apartado 1, preveía que *"El cumplimiento de la sanción de suspensión de la autorización para conducir podrá fraccionarse en la forma que reglamentariamente se determine."* Dicho artículo fue redactado nuevamente por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modificaba una vez más el citado texto articulado de la Ley sobre Tráfico, y se hizo desaparecer la posibilidad de cumplir fraccionadamente la sanción de suspensión de la autorización para conducir. Salvo mala lectura, el vigente texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, no contempla la posibilidad de cumplir fraccionadamente la sanción de privación del permiso de conducir.

Salvo error, en España no existe, pues, previsión legal para paliar la eventual perversidad de la pena consistente en la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. La única posibilidad de evitarla sería el indulto. Pero el indulto es una medida de gracia de carácter excepcional (Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto).

Hay juzgados que "permiten" el cumplimiento fraccionado de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, lo que puede ser un paliativo, aunque poco eficaz en muchos casos porque el trabajo, normalmente, se realiza todos los días laborables, excepto los períodos de vacaciones. Y si se posibilita el cumplimiento fraccionado, en el mejor de los casos, durante los días festivos y las vacaciones, el cumplimiento de la pena puede prolongarse muchos años. En internet se encuentra una copia, aparentemente auténtica, de un auto dictado por el Juzgado de lo Penal nº ... de, de 28 de enero de 2016, por el que acuerda permitir el cumplimiento fraccionado de una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor. Ignoro si dicho auto fue recurrido y, en su caso, revocado.

Resoluciones como esa ponen de manifiesto la encomiable sensibilidad humanitaria de los jueces que las dictan. Pero ha de reconocerse que se encuentran en el borde de la legalidad, al menos la legalidad formal, puesto que, como queda dicho, no existe ninguna disposición que regule esta materia. En cualquier caso, la autorización judicial para cumplir fraccionadamente la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores no deja de ser discrecional y, desde luego, no corrige la aludida perversidad de la pena.

Salvo mejor opinión, lo único que puede hacer el órgano jurisdiccional encargado de juzgar un hecho que determine la imposición de esta pena, si la considera inhumana y degradante, es

plantear una cuestión de inconstitucional por posible intromisión de la norma que la establece, en el derecho fundamental del condenado a no sufrir tratos inhumanos y degradante (artículo 15 de la Constitución), en relación con el respeto de la dignidad de la persona. Y quizá el tribunal que habrá de ver este recurso, debiera cuestionarse la conveniencia de plantearla en este caso.

En todo caso, la perversidad de la pena debería llevar al órgano juzgador a extremar aún más, si cabe, la exigencia de que el hecho resulte probado más allá de toda duda. De forma que, sin pruebas objetivas como la pericial o la técnica del simulador, sólo un comportamiento del conductor que acredite una burda pérdida de reflejos: se cae y no puede levantarse por sí mismo, es incapaz de hablar, no reconoce a las personas, no sabe dónde se encuentra, etc., justificaría considerar que las bebidas alcohólicas ingeridas influyen en la conducción de vehículos a motor en la forma que establece el artículo 379.2 del Código penal.

Y, ante tal perversidad de la pena, el órgano juzgador, si ha de condenar y salvo causa mayor, debería fijar la pena en su grado mínimo. En este sentido, resulta sorprendente que, conocidos los efectos perversos de la pena, el juzgado no haya impuesto al Sr. ZZZ la pena de privación del derecho de conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo mínimo previsto en la norma: un año (artículo 379.2 del Código penal).

La pérdida del trabajo que la condena conlleva para el Sr. ZZZ, tiene efectos directos en su capacidad económica, de tal manera que ya no podrá pagar la cuota de 4 euros día por 7 meses (210 días), que la sentencia fija para la multa.

Como se establece en el artículo 50.5 del Código penal, la situación económica del condenado es el factor decisivo para fijar la cuantía dineraria de la multa. Sin embargo, el juzgado no solo no ha tenido en cuenta la pérdida del trabajo que la pena acarrea al Sr. ZZZ, sino que tampoco ha tenido en cuenta su situación económica actual. Salvo mala lectura, nada dice al respecto ni en los hechos probados de la sentencia, donde, salvo mejor criterio, deberían figurar las circunstancias de esa situación, ni en los fundamentos de derecho. Así pues, si se le mantuviese la condena al Sr. ZZZ, dado que, en la sentencia apelada, no se expresa su situación económica, procede, por aplicación del principio *in dubio pro reo*, fijar la cuantía mínima legal, es decir, 2 euros / día (artículo 50.4 del Código penal).

Por todas las razones expuestas, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que le ha sido impuesta al Sr. ZZZ, supone, como ya se ha indicado, una intromisión en su derecho fundamental a no sufrir tratos inhumanos y degradantes.

Igualmente, el hecho de que no se haya tenido en cuenta su situación económica, presente y especialmente la derivada de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, supone una intromisión en el derecho fundamental del Sr. ZZZ a al tutela judicial efectiva por falta de congruencia, al no haberse establecido la situación económica que determine la cuantía de la multa.

Quinto: En el escrito de defensa, se solicitó la práctica de unas pruebas: documental y pericial; concretamente las siguientes:

DOCUMENTAL

1.- Que se oficie al Ayuntamiento de, Policía Municipal, Inspección General de Guardia, para que remita al Juzgado

a).- El protocolo y las pruebas que han de practicar los agentes de dicha Policía Municipal a los conductores de vehículos a motor y ciclomotores para determinar el grado de influencia de bebidas alcohólicas en la conducción de dichos vehículos.

b).- Informe de todas las pruebas físicas y psicológicas practicadas por los agentes de la Policía Municipal a don Juan Diego ZZZ Parra en el supuesto que dio origen al Atestado 672016 / AC – 312016, para determinar el grado de influencia de bebidas alcohólicas bajo la que dicha persona supuestamente conducía el automóvil, junto con los resultados de dichas pruebas.

PERICIAL

Informe del Médico Forense sobre las pruebas físicas y psíquicas que deben practicarse para determinar técnicamente el grado de influencia de bebidas alcohólicas en orden a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, en especial para integrar el tipo establecido en el primer apartado del artículo 379.2 del Código penal.

Dichas pruebas fueron denegadas por el juzgado mediante auto de 30 de noviembre de 2016. Fue reiterada su petición al comienzo del juicio y nuevamente denegadas, con la respetuosa protesta de este defensa.

El juez ha explicado en el fundamento de derecho primero de su sentencia los motivos que le han llevado a denegar la prueba documental. Después de analizar semánticamente el lexema "protocolo", parece concluir que los protocolos no son fuente de Derecho y, por lo tanto, conocerlos sería irrelevante para el enjuiciamiento del caso. Además, dice: "*si cada Policía Local utilizase*

"protocolos" diversos para comprobar las tasas de alcoholemia de los conductores, aparte de ser ilegal, supondría una desigualdad contraria a los principios de la Norma Fundamental (art. 14 CE)".

Con las pruebas denegadas no se buscaba *"comprobar las tasas de alcoholemia"*, como se afirma en la sentencia, sino *"determinar el grado de influencia de bebidas alcohólicas en la conducción de dichos vehículos [los vehículos a motor y ciclomotores]"*. No parece necesario explicar la diferencia entre uno concepto y otro.

La tasa de alcohol puede ser por sí misma constitutiva del tipo especial, si supera la cifra de 0,6 miligramos por litro de aire espirado. Pero la influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción constituye el delito general, y, para determinar la comisión de ese delito, el hecho de conocer la tasa de alcohol es importante, pero lo son más las pruebas técnicas a que he aludido en el motivo segundo de este recurso de apelación.

Precisamente, la prueba documental solicitada y rechazada estaba encaminada a saber si la Policía Municipal de ... dispone de algún tipo de pruebas técnicas o test y si, efectivamente, los policías intervinientes en el caso las practicaron y con qué resultado. En principio, importa poco si los protocolos o las pruebas técnicas han sido establecidos mediante Decreto del Ayuntamiento o mediante instrucciones del Jefe de la Policía Local. Es decir, importa poco su rango legal.

Y, en cuanto al hecho de que los distintos Ayuntamientos establezcan protocolos o pruebas técnicas diferentes, no afecta al principio de igualdad siempre que sean idóneas. Como no afecta a la igualdad el uso de etilómetros de distinta marca para medir la tasa de alcohol, siempre que hayan sido homologados por el Centro Nacional de Metrología.

Lo que, en verdad, afecta a la igualdad es que la influencia que el alcohol ingerido pueda tener en la conducción de vehículos a motor, sea deducida cada vez por cada juez a partir de la impresión que cada vez saquen los distintos agentes que en cada caso intervengan, respecto del habla del conductor, o de su deambulación o de su capacidad para comprender lo que se les dice.

Eso sí que es una desigualdad, una discriminación, perfectamente evitable mediante pruebas objetivas, que cualquier mínima sensibilidad jurídica no puede soportar sin queja, y que supone una intromisión en el derecho fundamental del condenado, en este caso el Sr. ZZZ, a la igualdad.

Muy probablemente el Ayuntamiento de ... no tenga establecidos dichos protocolos y pruebas técnicas. Pero parece razonable asegurarse. Desde luego, los policías municipales que testificaron en el juicio nos dijeron que ellos no habían practicado prueba técnica alguna para determinar la influencia que las bebidas alcohólicas ingeridas por el Sr. ZZZ pudieran haber tenido en la conducción del vehículo. Considero, pues, procedente mantener sólo la petición de la documental relacionada en el apartado 1.a) y renunciar a la solicitada en el apartado 1.b), por innecesaria.

Y en cuanto a la prueba pericial propuesta y denegada por el Juzgado, parece útil que el médico forense – se le supone cualificado para informar al respecto – informe sobre las pruebas técnicas aptas para determinar la influencia que las bebidas alcohólicas ingeridas por el conductor de un vehículo a motor pueda tener en la conducción, y el alcance de esa influencia. Al hilo de esa información, aclararía si los llamados “síntomas externos” son aptos técnicamente para determinar dicha influencia y su alcance.

La prueba pericial rechazada es perfectamente posible y está en consonancia con el derecho que el Sr. ZZZ tiene a una administración de justicia técnica, inherente al derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías.

Si la prueba pericial demostrase, como esta defensa sostiene, que los llamados “síntomas externos” al uso son ineficaces para acreditar la influencia que las bebidas alcohólicas ingeridas puedan tener en la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, introduciría un elemento decisivo para declarar, en su caso, la inocencia del Sr. ZZZ.

Se trata, pues, de una prueba – la pericial denegada – perfectamente pertinente. Denegarla supone, dicho con todo el respeto, una intromisión en el derecho fundamental del Sr. ZZZ a servirse de los medios de prueba pertinentes y, en general, a la defensa y al procedimiento debido.

Por lo expuesto,

AL JUZGADO SOLICITO que tenga por interpuesto **RECURSO DE APELACIÓN** frente a la sentencia nº 5/2017, de 9 de enero, por la que se condena a don ZZZ a siete meses de multa con una cuota diaria de 4 euros, y la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante 1 año y 2 meses, y previos los trámites oportunos, eleve los autos a la correspondiente Sala de la Audiencia Provincial, y

A LA SALA SOLICITO que

1º.- admita y practique las pruebas indebidamente inadmitidas por el juzgado de instancia, consistentes en.

DOCUMENTAL

Se oficie al Ayuntamiento de, Policía Municipal, Inspección General de Guardia, para que remita al Juzgado

a).- El protocolo y las pruebas que han de practicar los agentes de dicha Policía Municipal a los conductores de vehículos a motor y ciclomotores para determinar el grado de influencia de bebidas alcohólicas en la conducción de dichos vehículos.

PERICIAL

Informe del Médico Forense sobre las pruebas físicas y psíquicas que deben practicarse para determinar técnicamente el grado de influencia de bebidas alcohólicas en orden a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores, en especial para integrar el tipo establecido en el primer apartado del artículo 379.2 del Código penal.

2º.- Convoque vista y cite a ella a las partes personadas y al médico forense que haya emitido el informe referido en el apartado anterior a fin de que, en su caso, lo aclare y/o lo amplíe.

3º.- Orden lo necesario para que, en la vista, se reproduzca la grabación videográfica de las declaraciones efectuadas por los agentes de la Policía Municipal de ... números 0000 y 1111, que testificaron en el juicio.

4º.- Tras la celebración de la vista y los demás trámites pertinentes, dicte sentencia por la que revoque la apelada y absuelva a ZZZ del delito por el que ha sido condenado, o subsidiariamente, de mantenerse la condena, se le aplique una circunstancia atenuante analógica a la descrita en el artículo 21.6ª del mismo código, y se le impongan las penas inferiores en uno o dos grados, con una cuota diaria para la multa de 2 euros, o subsidiariamente, de no aplicarse la circunstancia atenuante, se le impongan las penas en su grado mínimo.

..., a ... de ... de