

A RELACIÓN ENTRE OS ARTS. 379 E 380 DO CP: ¿CONCURSO DE DELITOS OU DE LEIS? (EN TORNO AOS ASPECTOS ESENCIAIS DA NEGATIVA A SOMETERSE ÁS PROBAS CORRESPONDENTES PARA A COMPROBACIÓN DOS FEITOS DESCRITOS NO ART. 379)

JOSÉ MANUEL LORENZO SALGADO

Catedrático de Dereito Penal. Universidade de Santiago de Compostela

- I -

A polémica figura penal introducida no art. 380 polo CP de 1995 (negativa a someterse ás probas de comprobación dos feitos descritos no art. 379), cuxa constitucionalidade foi recoñecida, non obstante, pola STC 161/1997, do 2 de outubro (e pola 234/1997, do 18 de decembro), suscita importantes dúbidas interpretativas, que deben ser resoltas tendo en conta o ben xurídico protexido polo precepto -que constitúe o auténtico criterio reitor na interacción dos tipos penais- combinado, na hipótese que examinaremos neste artigo, cos criterios e principios que rexen na concorrencia de normas penais, materia íntima e indisolublemente ligada ao dito interese obxecto de tutela. Tal cuestión -única, como dicimos, á que aquí imos facer referencia- ten que ver coas relacións que se establecen entre os arts. 379 e 380 do CP e, concretamente, consiste en dilucidar se, realizadas ambas infraccións, o correcto é a súa apreciación conxunta (en réxime de concurso real de delitos) ou se, pola contra, a solución pola que hai que optar, sempre dende o plano do *ius positum*, é a do concurso de leis.

En resposta a tal interrogante, cabe indicar que non existe un criterio uniforme nin na doutrina, nin na praxe xudicial, se ben nesta a tendencia dominante, como veremos, inclínase pola aplicación do concurso real. En todo caso, as posturas e postulados dos que se parte, están claramente decantados e consolidados a favor dunha ou doutra das solucións indicadas. Non resulta aventurado, polo tanto, destacar, posto que estamos ante aspectos nucleares do precepto, aos que se engaden outros tamén importantes de insegura eséxese,

que a historia do art. 380, contemplado na súa xeneralidade, está marcada pola ausencia dunha liña interpretativa claramente predominante e suficientemente sólida que facilite unha adecuada comprensión dos seus contidos básicos, como o relativo ao ben xurídico tutelado pola norma. Basta para corroboralo con ler algunha das SS dos XXPP e das AAPP¹ e con repasar, así mesmo, as contribucións da literatura xurídico-penal, nas que se poden atopar moi diversos entendementos da norma, nos que se translocen as dificultades que presenta a redacción típica e nos que, certamente, acostuman a estar subxacentes tamén as distintas concepcións que se manteñen sobre a decisión lexislativa de incorporar ao texto punitivo esta infracción e sobre as razóns do TC -que determinados autores xulgan discutibles ou simplemente inaceptables²- para declarar a súa constitucionalidade.

- II -

Os argumentos que principalmente se manexan para fundamentar a compatibilidade entre os citados preceptos, e conseguintemente avalar a tese do concurso real, parten dos seguintes presupostos:

A) Que se trata de dous delitos independentes, pois mentres o art. 379 protexe a seguridade do tráfico, o art. 380 vela pola preservación do principio de autoridade, que comporta o deber de acatar a orde dada, por máis que tal orde teña como finalidade tutelar dita seguridade do tráfico, dado que todo mandato ten como obxectivo o cumprimento dunha determinada esfera do ordenamento xurídico, *sen que por isto a desobediencia implique identificación co posible delito que xurda pola conculcación de tal normativa*, principio de autoridade cuxa tutela, superada a concepción de ter en conta a mera condición de xerarquía e autoridade, basease na preservación das funcións que a sociedade lle encomenda á autoridade e aos seus axentes para que as leven a cabo nas debidas condicións, sen que xurdan accións que as dificulten³.

¹ Resulta curioso constatar, p. e., como partindo das mesmas bases teóricas acerca do ben xurídico (materia, polo demais, sobre a que hai unha gran confusión), ás veces chégase a solucións diametralmente opostas. É o que sucede co voto particular á SAP de Valencia do 3/1/05, no que o maxistrado discrepante -tras reproducir practicamente *ad pedem litterae* os fundamentos xurídicos tamén manexados, entre outras, pola SAP de Las Palmas do 14/12/04 (que aplica o concurso real)- conclúe defendendo o concurso de leis.

² *Vid.*, entre outros, Carmona Salgado, C., *Delitos contra la seguridad del tráfico, en Derecho Penal Español. Parte Especial* (coord. M. Cobo del Rosal), Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 799 ss. ou Gómez Pavón, P., *Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 380 del Código Penal*, en Cuadernos de Política Criminal, 1988, nº 64, pp. 105 ss. Recordemos tamén que no debate parlamentario sobre o PCP de 1994 suscitáronse dúbidas sobre a constitucionalidade do precepto polo Grupo Popular e por Izquierda Unida (Diario de Sesiones del Congreso, nº 512/95, pp. 1529 s.). Outros autores móstranse conformes coa posición do TC: así, Juanatey Dorado, C., *Sobre el control de alcoholemia (Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de octubre del Tribunal Constitucional)*, en El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1497 ss. Lascuraín Sánchez, pola súa parte, considera constitucional o art. 380, pero subliña que se trata dunha opción político criminal desafortunada (en *Comentarios al Código Penal*, G. Rodríguez Mourullo, dir., A. Jorge Barreiro, coord., Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 1046).

³ Ao non protexerse á autoridade en si mesma considerada, senón en atención ao exercicio das funcións públicas que leva a cabo, pásase -como aseguran D. López Garrido e M. García Arán (*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 201)- da tutela dos órganos á tutela das funcións, co cal resulta lexítimo que unha lexislación democrática ampare á autoridade fronte a comportamentos especialmente graves. Unicamente desta maneira, ao

Así as cousas, a tese do concurso de delitos ábrese paso -para esta concepción- sen dificultades: posto que estamos diante de preceptos que acubillan bens xurídicos diferentes, a resposta penal, ante a súa conculcación, ten que ser a de tomar a ambos en conta a través do concurso real.

Algunha resolución xudicial, como a SAP de Las Palmas 14/12/04, incluso recoñecendo que no art. 380 entran en xogo dous bens xurídicos, seguindo así o defendido polas SSTC 161 e 234/97 (por unha parte, a seguridade do tráfico rodado como meta inmediata e esencial do art. 380 -a mediata da obriga de someterse ás probas viría determinada basicamente pola necesidade de salvaguardar a vida e a integridade das persoas-, e por outra, a dignidade e as condicións do exercicio da lexítima función pública que se deriva da existencia do delito de desobediencia ao que se remite o art. 380), patrocina, pese a isto, como dicimos, a solución do concurso real (O TC non entra, a pronunciarse sobre a simultánea apreciación dos arts. 379 e 380, dado que é este un problema de interpretación que corresponde aclarar aos Tribunais ordinarios⁴). En definitiva, esta S. da AP citada, pese a aceptar tal dualidade de bens xurídicos: seguridade do tráfico (presente tamén como obxecto xurídico no art. 379), e principio de autoridade, adopta a solución do concurso delituoso, tendo en conta que se trata de dous delitos que teñen un distinto radio de acción devindo, en consecuencia, compatibles.

B) Que o propio CP propicia a solución do concurso real de delitos para a hipótese analizada, tendo presente que o art. 383, por omitir a mención do 380, obriga a apreciar a infracción máis grave *exclusivamente* cando dos actos sancionados nos arts. 379, 381 e 384 se ocasionara, ademais do risco previsto, un resultado lesivo. De modo que, en interpretación *a contrario sensu*, de realizarse a tipoloxía dos arts. 379 e 380 o que se impón -asevérase dende esta perspectiva- é a estimación dun e doutro precepto.

C) Que o TS na súa coñecida S. 9/12/99 destaca que a concorrencia de signos externos na condución que revelen a incidencia nesta de bebidas alcohólicas, implica que a negativa do condutor a someterse ás probas legalmente establecidas debe incardinarse "tamén" no delito de desobediencia do art. 380 (ademais de no art. 379, no seu caso).

Na nosa opinión, algún dos anteriores argumentos non resultan, dende logo, convincentes. Así sucede, p. e., co segundo, no que se asegura a presenza dun concurso real entre o 379 e o 380, polo feito de que o art. 383 non mencione o art. 380 ao lado dos arts. que nel se citan (os arts. 379, 381 e 382). Tal argumento non parece de recibo, dado que a ausencia da referencia polo art. 383 a dito precepto ten unha sinxela explicación: o art. 383

relativizarse o carácter absoluto de autoridade, o concepto da orde pública (do título XXII, libro II CP) deixa de ser perigoso e resulta compatible, como indican estes autores, cun sistema de liberdades.

⁴ Que o TC destaque que unha das finalidades esenciais do art. 380 está vinculada á seguridade do tráfico non prexulga, polo demais, como observa Miró Llinares (*Negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia. Posiciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales*, 2, en <http://www.tirantonline.com>, p. 3, nota 31), que dita seguridade constituía o obxecto de protección do 380 e non simplemente a súa "ratio legis", co cal non sen condiciona que a solución de concurso entre os arts. 379 e 380 sexa a do concurso real ou a do concurso de leis.

o que converte (inexplicablemente, dito sexa de paso⁵) é un concurso *ideal* de delitos nun concurso de leis, e o problema que analizamos é o de se estamos ante un concurso *real* de delitos ou, pola contra, de leis; pero é que, ademais, o art. 383 aparece dirixido unicamente aos casos nos que, á parte do risco previsto, se produza un resultado lesivo (homicidio imprudente, por ex.), resultado que en puridade, segundo é evidente, pode derivarse das accións consignadas en calquera deses tres arts. que o 383 menciona, pero non a partir da conduta *omisiva* tipificada no art. 380, pois da negativa concreta a realizar as probas, considerada en si mesma, non é posible a emerxencia de resultado lesivo algún. Como escribe Miró Llinares, nin sequera debe admitirse que o risco sexa negarse pola eventualidade de que o suxeito poida seguir conducindo baixo os efectos do alcohol, porque o perigoso seguiría a ser, en todo caso, esa condución, que ademais non parece doada posto que o art. 70 da Lei sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor e Seguridade Viaria permite a inmovilización do vehículo ante o rexeitamento da proba de alcoholemia⁶. De aí que sexa de todo punto improcedente a súa inclusión no indicado art. 383.

E pode subliñarse, igualmente, que a invocación que se fai á STS 9/12/99, como soporte da solución do concurso real, non asemella procedente, pois do expresado nela non se pode colixir unha toma de postura ao respecto, limitándose dita STS -ao trazar os criterios delimitadores entre infracción administrativa e penal-, a resaltar que o art. 380 soamente se aplica cando a negativa a someterse ás probas de impregnación alcohólica o é en relación cos supostos previstos nos números 1 e 2 do art. 21 do Regulamento Xeral da Condución e "tamén" nos casos dos números 3 e 4 de dito precepto, sempre que o condutor presente síntomas de estar baixo a influencia de bebidas alcohólicas e, requirido polo axente, rexeite facer a determinación alcohólica. En definitiva, o adverbio "tamén" -utilizado pola citada STS- non ten que ser tomado como expresivo de que se poidan apreciar simultaneamente os arts. 379 e 380, senón que a súa utilización débese simplemente a que o TS quere resaltar que, ademais dos casos contemplados nos números 1 e 2 do art. 21 do Regulamento, a negativa a realizar as probas referidas fai xurdir a aplicación (*tamén*) do art. 380 nos supostos dos números 3 e 4 de darse, como queda apuntado, signos de condución influenciada polo alcohol e o requirimento correspondente. Non poden ser estas, xa que logo -senón se acaso outras, como veremos- as razón que xustifiquen a resposta da apreciación concorrente dos arts. 379 e 380, de acordo co establecido no CP para o concurso real de delitos.

⁵ Así, p. e., Magaldi Paternostro, M^a J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial, t. II* (J. Córdoba Roda, M. García Arán, dirs.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1726. Vid., igualmente, Molina Fernández, *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, dir. M. Bajo Fernández, vol. II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 739, autor que sinala que a opción lexislativa só estaría xustificada se a lesión consumira sempre integramente -algo que non sucede en tódolos casos- ao perigo que a orixinou. Tamén Tamarit Sumalla (*Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. G. Quintero Olivares, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 1699) cualifica de censurable a cláusula do art. 383.

⁶ Este autor non fai esta consideración a propósito do problema tratado no texto. E máis, noutro lugar do seu traballo estima interesante o argumento exposto que recollen algunhas sentencias (p. e., a SAP de Granada 21/4/2001) a favor do concurso real, argumento que a nos, polo indicado, parécenos que non é de recibo. Cfr. Miró Llinares, *Negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia...*, cit., 2, p. 3, nota 31 e p. 4, nota 44.

- III -

As principais razóns aducidas para defender que a comisión dos arts. 379 e 380 debe resolverse a favor do concurso de leis, e non de delitos, poden resumirse así:

A) O art. 380 ao estar colocado sistematicamente dentro do cap. IV, tít. XVII do libro II, é porque ten como obxecto de tutela a seguridade do tráfico. E por remitir ao art. 556, é porque protexe igualmente o chamado principio de autoridade, co cal a aplicación do delito *pluriofensivo* do art. 380 incluíría xa a tutela tanto do único obxecto de protección do art. 379 (a seguridade do tráfico) como a do principio de autoridade (entendido nos termos xa aludidos).

B) A propia dicción do art. 380 reforza -segundo esta tese- a razón precedente, en canto que reclama que a negativa típica o sexa á *comprobación* dos feitos descritos no art. anterior, dando a entender, desta maneira, que protexe, ademais do principio de autoridade, ao mesmo tempo a seguridade do tráfico, pois de non ser así resultaría inexplicable esta directa conexión que establece cun dos tipos fundamentais (o art. 379) na loita para preservar dita seguridade.

C) A mesma pena prevista no art. 380 suxire que un dos bens xurídicos afectados polo comportamento que se castiga ten que ser, necesariamente, a seguridade do tráfico, dado que en caso contrario bastaría para facer fronte a tal comportamento (de negativa á someterse ás probas legalmente contempladas) coa infracción administrativa. De xeito que a única explicación da entidade da pena do art. 380 -criticable, en todo caso, pola súa dureza, superior á contida no art. 379- viría dada pola inclusión do inxusto do art. 379 no art. 380.

Neste sentido, Varona Gómez, defensor claro desta concepción, estima que a negativa cualificada do precepto constitúe unha conduta encubridora da comisión do art. 379, sendo, por conseguinte, imprescindible acreditar a efectiva influencia na condución das substancias mencionadas polo art. 379 para que sexa posible a aplicación deste art. 380⁷.

Polo demais, como a desobediencia á orde de someterse ás probas aludidas polo art. 380 non é en rigor, como xa antes se apuntou, perigosa para a seguridade do tráfico, senón que o perigoso é, no suposto estudado, a previa condución prevista no art. 379, entón a interpretación de que o art. 380 protexe a seguridade do tráfico ten que apoiarse ineludiblemente -segundo este modo de entender o problema- en considerar que a negativa típica xurde tan só se o comportamento previo do condutor cumpre o art. 379. E se isto é así -asegúrase-, o art. 380 presupón o art. 379, de sorte que para estimar aquel debe entenderse que concorre este (o art. 379), que aparecería así subsumido no art. 380 ou absorbido por el, conforme ao principio de consunción previsto no art. 8. 3^a CP⁸. Ou o que o mesmo, na hi-

⁷ Cfr. Varona Gómez, D., *El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2ª) de 19 de diciembre de 1999*, en La Ley, nº 4971, 17 de enero de 2000, pp. 5 s.

⁸ *Ibidem*. Esta é, segundo Miró Llinares, a única interpretación congruente para a opción que sostén que a seguridade do tráfico forma parte do contido de inxusto do art. 380 (*Negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia...*, cit., 2, p. 4).

pótese de referencia estaríamos ante un concurso de leis penais e non no ámbito do concurso de delitos.

Pero como o art. 380 non introduce, xunto á prisión de seis meses a un ano (por envío ao art. 556), a privación do dereito a conducir, a presente teoría vese obrigada a recorrer ao art. 56 para impoñer como pena accesoria dita privación. (O art. 56. 1. 3º posibilita, en efecto, a aplicación da inhabilitación especial "de calquera outro dereito" cando teña relación directa co delito e a pena de prisión sexa inferior a dez anos, como é o caso). Deste modo, segundo tal orientación, non sería preciso acudir ao concurso real de delitos para impoñer a referida privación, pois tamén coa soa aplicación do art. 380 (precepto que prevalece -absorbéndoo- sobre o art. 379 na relación de concurso de leis mencionada) isto é posible. Expresamente, neste sentido, maniféstanse Varona Gómez⁹ ou Magaldi Paternostro¹⁰.

Con tales presupostos, tampouco este punto de vista escapa a diversos apuntamentos críticos. Así, coida Magro Servet que a solución de acudir ao art. 56, para incluír na súa cláusula xeral ("ou calquera outro dereito") a privación do dereito a conducir, non parece de recibo, dado que esta pena é sempre principal establecida para determinados delitos, que podemos exemplificar nos arts. 379, 381, 384 ou nos arts. 142. 2 ou 152. 2. Co cal -en dicir de Magro- a utilización do art. 56 produce un quebranto do principio de legalidade, constituíndo unha interpretación *contra reo*, unha especie de analoxía *in malam partem*. Por certo, Magro ao referirse á teoría que censura, indica que esta propugna, ademais da imposición da pena do art. 380 (sc., a do 556), a *privación do permiso* (sc., do dereito a) *de conducir por tempo dun a catro anos por aplicación do art. 56 CP*¹¹. A este respecto, é forzoso advertir, pola nosa parte, que á mestura aludida, na que se invoca, ademais, o art. 56 - e que resulta por completo insólita (privación do dereito a conducir por tempo superior a un ano e ata catro, que é a pena do art. 379, e prisión de seis meses a un ano de prisión, que é a prevista no 380)- unicamente se podería chegar, así e todo, a través do *principio de combinación*, que permitiría que o precepto desprazado servira de límite mínimo das penas impondibles, sempre que -matizan algúns autores alemáns que admiten tal principio- non se dé "dobre utilización de factores de pena", isto é, que o aumento da pena non se apoie en elementos do delito dominante xa tidos en conta na fixación do seu marco de ameaza penal¹².

Non obstante, fronte a anterior apreciación de Magro sobre a consecuencia que defende algún autor partidario da teoría do concurso de leis, temos que salientar que descoñecemos de quen pode partir semellante criterio de ter en conta unha pena accesoria a través do art. 56 (para neutralizar no posible a ausencia da privación do dereito a conducir na norma preponderante do art. 380) e, ao mesmo tempo (ignorando a duración da pena principal, que sería de seis meses a un ano: arts. 380-556), asegure que a privación do dereito

⁹ Cfr. Varona Gómez, *El delito de negativa...*, cit., pp. 5 s.

¹⁰ Cfr. Magaldi Paternostro, *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 1715.

¹¹ Magro Servet, V., *La imprudencia en el tráfico viario: problemas actuales*, en *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2002, pp. 270 s.

¹² Cita García Albero, como máis representativos, a Seier, Bruns, Abels e Baumann ("*Non bis in idem*" material y concurso de leyes penales, Cedecs Ed., Barcelona, 1995, pp. 188 s.).

a conducir ten unha extensión dun ano (sc., e un día) a catro, sanción prevista para o art. 379 que é, xustamente, a norma relegada no concurso de leis ao que se chega, e que se resolve mediante a regra da consunción. En todo caso, hai que dicir de inmediato que se trataría dun criterio claramente erróneo, e isto pola sinxela razón de que o art. 33. 6 declara que *as penas accesorias terán a duración que respectivamente teña a principal, excepto o que dispoñan expresamente outros preceptos deste Código* (dentro de tal excepción non entra o art. 56, si o art. 57, art. este que regula materias alleas a este traballo). Consecuentemente, para a tese do concurso de leis -deixando á marxe a interpretación que dela fai Magro-, a duración da pena accesoria, iría, ao igual que a principal de prisión do art. 556 (por reenvío do art. 380), dos seis meses a un ano, cousa que naturalmente está no esquema do propio Varona -un dos defensores, como se dixo, do concurso de leis-, quen subliña que o citado *principio de combinación* vinculado ao concurso de leis presenta o grave problema (insuperable, cabería engadir pola nosa parte) de non estar aceptado legalmente, polo que a súa aplicación suporía unha creación xudicial de penas (en flagrante atentado ao principio de legalidade), que acabaría por desvirtuar na práctica a fronteira entre o concurso de delitos e o de leis. Formaríase con tal expediente combinatorio, en realidade, unha terceira pena que non figura nos textos legais, unha pena por completo inexistente. Por tal razón, precisamente, o citado autor acude ao art. 56, pero coas limitacións, como é lóxico, que isto comporta en canto á duración das accesorias que contempla (art. 33. 6), segundo acabamos de recordar¹³.

A *teoría da combinación*, que goza de recoñecemento na doutrina alemá, sobre todo en relación cos principios de *subsidiaridade* e *consunción*, non carece polo demais de firmes adversarios¹⁴, que poñen o acento na súa incorrección dogmática, por moito que puidera tomarse en consideración e ser ponderada dende unha óptica de política criminal. En efecto, e como salienta García Albero¹⁵, non resulta comprensible unha teorización na que poida desprezar efectos xurídicos un precepto que por definición foi desprazado, provocando unha situación similar á do concurso de delitos, que é precisamente a solución que se refugou para estimar o concurso de leis. En suma, a "volta á vida", en todo ou en parte, da norma preterida suporía admitir que o tipo que prevalece non engloba enteiramente o contido de inxusto e de culpabilidade do tipo absorbido, co que se estaría a negar a esencia mesma do concurso de leis, cuxo presuposto básico consiste en que o precepto que predomina sobre outro abarque e inclúa todo o seu contido *disvalioso*. Ou que é o mesmo, e como pon de relevo novamente García Albero, manter o *principio combinatorio* comportaría que os supostos de concurso de leis acabarían comportándose na práctica como un auténtico concurso de delitos¹⁶, cousa, a todas luces, contradictoria e, xa que logo, inadmisibile. Acaso,

¹³ Vid. Varona Gómez, *El delito de negativa...*, cit., p. 5.

¹⁴ Como Geerds, Falh e, sobre todo -como refire Escuchuri Aisa (*Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 201 s.)-, Puppe, que fala de "fraude de etiquetas" cando se adscriben ao concurso de leis casos de concurso de delitos, salientando esta autora que unicamente estamos en presenza dun concurso de leis se a norma desprazada queda fóra de consideración en tódolos seus aspectos

¹⁵ Cfr. García Albero, "Non bis in idem" material..., cit., pp. 191 ss.

¹⁶ *Ibidem*.

como salienta Cuerda Riezu, esta tendencia á *combinación* obedeza a unha sorte de "mala conciencia" que pode facer espertar a absorción nos casos dos que se derive un beneficio penal excesivo, ou sexa unha resposta á ampliación progresiva do concurso de leis aos feitos anterior e posterior, criterio *combinatorio* que este autor considera rexeitable por contrario ao principio de legalidade¹⁷.

Cabe finalizar entón sinalando que, no dereito positivo español, o agrupamento punitivo citado, que propugna a *tese da combinación*, resulta non só vetado polo dogma de legalidade, na súa versión de garantía penal (art. 2. 1 CP), senón, así mesmo, por unha intelcción minimamente congruente da materia. Tal solución resulta, igualmente, prohibida, na medida en que de feito desemboca na aplicación dunha especie de concurso de delitos sen selo, cousa que resultaría irreconciliable co preceptuado no art. 8 CP, relativo ao concurso de leis, que resulta de apreciación obrigada sempre que os preceptos en xogo non estean comprendidos no disposto nos arts. 73 a 77 CP (reguladores do concurso real e ideal de delitos)¹⁸. Ou dito noutras palabras -as de Escuchuri Aisa-, o recoñecemento de calquera efecto da norma desprazada non resulta respectuoso coa esencia mesma do concurso de leis, porque se reputamos que a norma que prevalece esgota a total desvalorización do feito, debería ser suficiente a consecuencia que tal norma prevé¹⁹. A conclusión é terminante: ou se aplica un concurso de leis (sen mesturanzas que o desvirtúen) ou se aplica un concurso de delitos: *tertium non datur*.

Pois ben, incluso admitindo a aplicación do art. 56 no suposto tratado -o cal ao xuízo de Magro, como con anterioridade foi apuntado, é inaceptable pola súa contrariedade co principio de legalidade-, segue sen solucionarse satisfactoriamente a importante cuestión da privación do dereito a conducir. Por moito que esta pena puidera ser, efectivamente, imposta ao abeiro do art. 56 (o cal, como dicimos, é cando menos discutible), a súa duración está anoada indubidablemente á da principal que, segundo quedou reiteradamente exposto, oscila entre os seis meses e un ano de prisión, polo que a referida privación resulta considerablemente inferior á prevista no art. 379. A isto, ao noso xuízo, hai que engadir un rechamante paradoxo que coidamos é digno de ser aquí salientado: se a embriaguez do suxeito que incorre no art. 379 (e, ademais, a continuación no art. 380), serve para moderar a única pena a imponer (a da *lex consumens* do art. 380) -algo que numerosas resolucións xudiciais adoitan resolver aplicando o art. 21 1ª ou 6ª (ver nota 45)-, tal diminución da prisión

¹⁷ Cfr. Cuerda Riezu, A., *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pp. 218 ss.

¹⁸ En realidade, como pon de relevo Sanz Morán, ao circunscribir o art. 8 o seu ámbito de aplicación aos feitos que, sendo susceptibles de ser cualificados de acordo a dous ou máis preceptos do CP, non estean abranguidos polos arts. 73 a 77, invértense os termos do problema, dado que, consonte cos criterios evocados polo propio art. 8, só se resulta a necesidade de aplicar tódalas normas concorrentes, por darse un concurso de delitos, entrarán en xogo, efectivamente, as regras previstas nos mencionados arts. 73 a 77. O citado art. 8, que carece de paralelo no Dereito comparado, é tachado por este autor de superfluo e perturbador, gravando, ademais, ao reo cos erros legislativos cando un mesmo feito, contra toda lóxica, apareza recollido en tódolos seus pormenores en artigos distintos e con respostas punitivas diversas, que é o que ven a proclamar a regra 4ª deste art. 8, referida ao principio de *alternatividade* (*Concurso de delitos. Criterios y problemas*, en Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, ed. A. Asúa Barranta, Serv. Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1998, pp. 80 s.).

¹⁹ Cfr. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso de leyes y de delitos...*, cit., p. 202.

(que pode chegar incluso á rebaixa en dous graos, no caso de eximente incompleta) diminuirá paralelamente tamén o tempo da accesoria (a privación do dereito a conducir), pois, como impón o art. 33. 6, a duración da accesoria será a da principal. Velaquí entón algo asombroso: que canto máis ebrio estea o condutor menos pena accesoria de privación do dereito a conducir lle corresponde.

Estamos, en suma, ante unha consecuencia inadmisíbel derivada do acollemento da teoría do concurso de leis para as relacións entre o 379 e o 380, teoría que para non deixar a un lado un instrumento tan relevante neste campo (a privación do referido dereito), vese obrigada a recorrer ao art. 56. De maneira que a pena²⁰ que constitúe unha arma fundamental fronte aos delitos contra a seguridade do tráfico queda fortemente diminuída pola absorción (art. 8. 3ª) do precepto que se di dominante (o art. 380). Dun modo sorprendente, como dicimos, tal relevante pena neste ámbito sofre unha variación a baixa inexplicable por mor de que a estimación do precepto que prevalece -e que, hipoteticamente contén por enteiro o contido de *disvalor* do precepto consumido (por iso se aplica en exclusiva, segundo a tese analizada)-, non contempla dita pena e hai que acudir ao discutible expediente das penas accesorias, o que implica, en todo caso, un tallante desconto na extensión do tempo de privación do dereito a conducir. Con tal opción -á que leva o concurso de leis-, privilexíase ao suxeito que se nega a realizar a proba de detección alcohólica en relación coa consecuencia "natural" (privación do dereito a conducir) dos delitos cometidos por condutor que teñan como obxecto xurídico directamente afectado a seguridade do tráfico.

E non digamos se ao suxeito condenado pola norma cualificada de predominante (art. 380) se lle suspende a execución da pena privativa de liberdade (única prevista en tal precepto), conforme aos arts. 80 e seguintes, pois, nunha tal hipótese, o condutor condenado "unicamente" polo art. 379 (por non negarse a realizar as probas establecidas) podería estar ata catro anos privado do dereito a conducir (pena principal que por non ser privativa de liberdade, en ningún caso resulta susceptible de suspensión), mentres que quen estea castigado polo art. 380 por negarse a realizar tales probas (omisión típica que comporta xa -na interpretación que estamos analizando- a condución baixo a influencia das sustancias de referencia, ou sexa, a consumación do tipo do art. 379), debería cumprir como *máximo*, vía art. 56, un ano da privación citada do dereito a conducir (e, en concreto, o mesmo tempo polo que foi condenado á pena de prisión), sen outras consecuencias engadidas, nesta hipótese de suspensión, máis aló das que se derivan de acatar - e sempre que o xuíz ou tribunal decidan condicionar tal suspensión da prisión do 380- as obrigas ou deberes enumerados no art. 83, entre os que figura a participación en programas de educación viaria (art. 83.1.3ª)²¹.

²⁰ Tamén figura no CP como medida de seguridade no art. 96.3.7ª, cunha duración, segundo o art. 105. 2. b), de ata dez anos.

²¹ Sobre se a prisión e a privación do dereito a conducir son penas de cumprimento simultáneo ou sucesivo, Boldova Pasamar (*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, coord. L. Gracia Martín, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 264) coida que en teoría, como afirma a doutrina dominante, non parece posible que sexan cumpridas simultaneamente pois, entón, a privación do dereito a conducir converteríase, en todo ou en parte, en ilusoria, dado que, para que dita privación sexa efectiva, o suxeito de-

E incluso, de seguirse unha corrente de opinión presente na literatura penal española -que non debe ser, así e todo, segundo aclararemos a continuación, compartida-, podería chegar a interpretarse (extremando, iso si, a argumentación) que tal accesoria (de privación do dereito a conducir) suspenderíase se ao suxeito se lle suspende a execución da prisión imposta (de seis meses a un ano), tendo en conta que, segundo esta interpretación, suspendida a execución da principal, a accesoria corre a súa mesma sorte. De xeito que, se trasladamos esta visión ao ámbito que estamos tratando, se ao condutor se lle suspende a execución da prisión, este podería seguir conducindo pese a incorrer nos tipos dos arts. 379 e 380 (o castigo do art. 380, segundo a tese do concurso de leis -recordemos- absorbería o do anterior). En cambio, se o condutor que, estando influenciado polas consabidas sustancias, se somete ás probas mencionadas no art. 380 terá que cumprir inexorablemente a pena (principal) dun ano e un día a catro anos de privación do dereito a conducir vehículos de motor ou ciclomotores fixada no art. 379 (pois só as penas privativas de liberdade e, segundo esta criticable visión, tamén as súas accesorias, son susceptibles de suspensión, cousa que non sucede coa principais que, como a relativa ao dereito a conducir, non privan de liberdade).

Os autores que afirman que a accesoria segue sempre a sorte da principal basean a súa postura na consideración de que o noso vixente texto punitivo no incorpora unha norma similar á do CP 1973 que sinalaba que as accesorias non podían ser obxecto de "condena condicional"²², deducindo disto que o CP vixente si estima entón susceptibles de suspensión ditas penas, pois, en caso contrario, o lóxico sería que, ao igual que expresaba o ACP, as excluía expresamente, cousa que non fai²³. Con todo, o art. 97 ACP aludía á suspensión do dereito de sufraxio e de cargo ou función de carácter público cando foran impostas como accesorias, pero non ás accesorias de suspensión de profesión ou oficio, que si podían beneficiarse²⁴. Polo demais, tal precepto non se refería, nin podía referirse, á entón chamada

bería estar en condicións de poder exercer tal dereito, algo que non sucede se está privado de liberdade. Pero, en sentido contrario, alégase que o cumprimento sucesivo da prisión e da privación do referido dereito podería prolongar excesivamente o carácter aflitivo desta última pena. Por este motivo, e por razóns de reinserción (e mesmo, ás veces, por ausencia da necesidade do seu cumprimento a efectos preventivos xerais), entende García Arán que resulta posible, de modo xenérico, o cumprimento simultáneo de penas privativas de liberdade e privación doutros dereitos (*Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 92). En realidade, como conclúe observando Boldova, por máis que idealmente no pareza factible cumprir ao mesmo tempo as penas mencionadas, cabe dito cumprimento cando o condenado a prisión goza de permisos de saída ou está en réxime aberto ou en liberdade condicional, co cal na práctica operan como se foran penas de cumprimento concorrente.

²² Segundo o art. 97 ACP, a *condena condicional* non era extensiva ás penas de suspensión do dereito de sufraxio e de cargo ou función de carácter público, cando estas figurasen como accesorias. O nome de "condena condicional", utilizado polos arts. 92 ou 94 ACP era por completo inadecuado, porque, en realidade, a condena non era condicional, senón que o que se condicionaba ao cumprimento de determinados requisitos era a efectiva execución da pena.

²³ Pode verse, neste sentido, invocando ademais razóns de prevención especial, por ex., Sánchez Yllera, I., *Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I* (T. S. Vives antón, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 479; Lascuraín Sánchez, J.A., *Comentarios al Código Penal* (G. Rodríguez Mourullo, dir., A. Jorge Barreiro, coord.), Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 276. Admite, en concreto, a suspensión da accesoria de privación do dereito a conducir, imposta a través do art. 56, Olmedo Cardenete, M., *Aspectos básicos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal*, en RECPC (www.ugr.es), 2002, p. 24 (artigo publicado tamén no volume "Los Derechos Humanos. Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García", Public. de la Univ. de Granada, 2001).

²⁴ Sobre o fundamento da concesión do beneficio da "condena condicional" á suspensión de profesión e oficio, pode consultar-

"privación do permiso para conducir"²⁵ en razón de que esta pena non figuraba, nin directa nin indirectamente entre as accesorias como, segundo defenden algúns, sucede agora (no CP de 1995) coa expresión (inhabilitación) *de calquera outro dereito*, que emprega o art. 56 CP 1995, que incluíría, entre outros, e todo o indirectamente que se queira, conforme ao criterio que vimos expoñendo, a indicada privación do dereito a conducir.

Pero a posición acabada de expoñer, como adiantamos, non pode ser admitida porque só poden suspenderse na súa execución as penas privativas de liberdade, como con rotundidade proclaman a rúbrica do capítulo III, e a súa sección 1ª, do título III, libro I (e como se deduce, así mesmo, da redacción dos propios preceptos situados dentro de ditas rúbricas reguladores da aludida suspensión, que sempre se refiren a penas privativas de liberdade, co cal hai que entender que as demais quedan excluídas do campo da suspensión: arts. 80 ss.²⁶), sen que a dicción do art. 83 CP, que recolle as obrigas ou deberes que se poden fixar "no caso de que a pena suspendida fora a de prisión", dea a entender que a suspensión é posible entón con respecto, por ex., a penas accesorias, senón que a formulación legal aparece plenamente xustificada pola existencia de penas privativas de liberdade distintas da prisión: a localización permanente e a responsabilidade persoal subsidiaria por non pagamento da multa (art. 35 CP), que poden ser, xa que logo, suspendidas na súa execución²⁷, pero ás que -de darse tal suposto- o lexislador non quere anoar tales obrigas ou deberes, limitados así á pena de prisión. O mesmo cabe dicir coa previsión do art. 80.4 que, para favorecer a suspensión da pena aos enfermos moi graves con padecementos incurables, outorga a posibilidade de suspender "calquera pena imposta", o que debe entenderse sempre referido a calquera pena privativa de liberdade (e unicamente a elas), sexa ou non superior a dous anos²⁸.

- IV -

Así as cousas, cabe significar que os paradoxos e incoherencias descritos, aos que leva a posición a prol do concurso de leis, non xogan, certamente, a favor de aplicar o prin-

se del Toro Marzal, A., *Comentarios al Código penal, tomo II* (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, del Toro Marzal. A., J. R. Casabó Ruiz), Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 530 e ss.

²⁵ Certamente, resulta preferible a denominación actual para referirse a esta pena, dado que o que a caracteriza non é a privación do permiso ou licenza para conducir, senón a privación do dereito a conducir. Pero isto non significa que a privación do *dereito* implique que non deba ocuparse materialmente o documento que habilita administrativamente para o seu exercicio. Ao contrario, e como asegura Fernández Carballo-Calero, a LECrim., no seu art. 794. 2ª (cfr. tamén o 795. 4), impón expresamente que se proceda, unha vez imposta tal pena, á retirada inmediata do permiso e licenza, deixándose o documento unido aos autos (*Reflexiones sobre el artículo 379 del Código penal, a la luz de la reforma introducida en virtud de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, en La Ley, nº 6234, 19 de abril de 2005, p. 7).

²⁶ É dicir, e como salienta, García Arán, o CP 1995 prescinde dun precepto semellante ao art. 97 ACP porque este recoñecía algo obvio (*Fundamentos...*, cit., p. 103). Cfr. tamén Gracia Martín, L., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (L. Gracia Martín, dir.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 301, autor que cambia así, como el mesmo recoñece, o seu criterio, e Prats Canut, J. M., *Comentarios al nuevo Código Penal* (G. Quintero Olivares, dir.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 448 e 455 s.

²⁷ Suxire Gracia, aducindo diversos argumentos, que a execución da pena de responsabilidade persoal subsidiaria só debería suspenderse cando a multa sexa a pena orixinaria única coa que estea penado o delito, *Lecciones de consecuencias...*, cit., pp. 298 s.

²⁸ Doutrina dominante: vid., por todos, Sánchez Yllera, *Comentarios...*, cit., p. 468, autor que aquí si reserva a suspensión para as penas privativas de liberdade.

cipio de consunción -nin ningún outro do art. 8 CP²⁹- para dilucidar as relacións entre os arts. 379 e 380. Coidamos, polo contrario, que a *voluntas legis* non pode ir por ese camiño: dificilmente se pode admitir a afirmación de que o art. 380 capte o total contido de inxusto do art. 379 (e neste entendemento se aplica por parte da tese do concurso de leis dito art. 380) cando conduce a consecuencias tan contraditorias como as mencionadas. Parece, en efecto, pouco verosímil que se a vontade legal fora a de resolver a relación de concurso entre os arts. 379 e 380 mediante o concurso de leis, non previse neste último como pena principal a privación do dereito a conducir, cando, precisamente, o art. 380 foi obxecto de especial atención polo lexislador no debate parlamentario. Inclinámonos, en definitiva, a pesar da coherencia interna que se pode atopar na exposición de Varona e outros autores³⁰, pola solución do concurso de delitos (real) na converxencia dos dous delitos previstos nos arts. 379 e 380. De modo que, na nosa opinión, o art. 380 non presupón o art. 379, por non captar integramente tódolos aspectos relevantes do suposto sometido a xuízo. E de non ser así, de non conter o precepto que se pretende preferente a completa valoración do suposto analizado -como no na contén no presente caso-, este non pode aplicarse en solitario, senón ademais do outro non abarcado enteiramente por el. Non aparece, pois, en tal hipótese, quebranto algún do principio *non bis in idem*.

A mesma dicción do art. 380 parece dar a entender o correcto de tal solución en tanto reclama que o requirimento polo axente da autoridade o sexa aos efectos da comprobación dos feitos descritos no artigo anterior, comprobación, a través dos medios legalmente establecidos, que pode ser ou non confirmatoria da condución baixo a influencia das sustancias de referencia³¹. E parece innegable a este respecto que, pola súa obxectividade, resulta especialmente idónea a proba de determinación alcohólica para un pronunciamento, formulado coa precisión debida, sobre a concorrencia do art. 379. Nesta liña, Barquín Sanz e de Dios Luna Castillo, seguindo a Sullivan e outros, poñen de manifesto que *non existe unha correlación significativa entre os signos aparentes de intoxicación etílica, incluso apreciados por persoal clínico especializado, e a taxa efectiva de impregnación alcohólica*. Isto reforza, certamente, a importancia da medición como indicio fundamental de condución baixo a influencia do alcohol, tendo en conta que o mesmo prognóstico ou apreciación por técnicos dos signos externos resulta sumamente inseguro³². Tal consideración non debe fa-

²⁹ A consunción é o principio que se manexa pola práctica totalidade dos autores que defenden o concurso de leis e o mesmo sucede na xurisprudencia partidaria de tal clase de concurso, entendendo que a lei absorbente é o art. 380. Non obstante, apártase desta opinión Molina Fernández, para quen a *lex consumens* é o art. 379. Así e todo, este autor conclúe, por razóns de xustiza punitiva, e como solución de compromiso, recorrendo ao principio de *alternatividade*, aplicando, en consecuencia, o art. 380 (pode verse en detalle a súa posición en *Comentarios...*, cit., pp. 740 ss.). Na praxe xudicial alúdese en ocasións, ademais de ao criterio da consunción, ao da *alternatividade*, p. e., nas sentencias da sección 16ª da AP de Madrid (*vid. infra*, a nota 52).

³⁰ Como xa tivemos ocasión de anotar: REXURGA, nº 29, marxinal 283.

³¹ Así, entre as SS das AAPP galegas, inscríbese nesta dirección a da AP de Pontevedra do 23/6/97 (relator: Picatoste Bobillo), ao considerar que o termo "comprobación" comporta que a realización da proba que ordenan os axentes o sexa para constatar a realidade da presenza do alcohol. De pretender o lexislador o contrario -indica a Sala- tería utilizado un vocábulo distinto que implicase a avaliación do xa verificado. Conseqüentemente, para que o tipo do art. 380 poida ser aplicado non é preciso que se demostre que o suxeito estaba influenciado polo alcohol na súa condución.

³² Cfr. Barquín Sanz, J.- de Dios Luna Castillo, J, *Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilómetro*, en RECPC (www.ugr.es), nº 7-15 (2005), pp. 8 s.

cernos esquecer, así e todo, que dita proba de medición ética non é *en xeral* proba suficiente para ter por cometido o art. 379, senón que normalmente é necesario que concorran outras como as declaratorias ou testificais, resultando posible, polo demais, obviamente, como acontece continuamente na praxe, a condena sobre a base de certos signos externos ausente a realización das probas legalmente establecidas, ben pola negativa do condutor de someterse a elas ou ben por outra causa³³.

Así pois, a literalidade do precepto adáptase mellor, ao noso xuízo, a esta comprensión que a de interpretar que *comprobar* equivale a verificar algo xa previamente dado, que non pode deixar de preexistir³⁴. Unha cousa é condución influenciada e outra condución con indicios de estar *influenciada*, indicios que serán confirmados ou non. E isto último parece suficiente, segundo o ditado típico do art. 380, para que, caso de producirse unha negativa á medición, dito precepto sexa aplicado.

Conforme á tese que rexeitamos, de non confirmarse polo xulgador a influencia típica que faga emerxer a figura do art. 379, a negativa ao sometemento á realización das probas nunca daría lugar, no suposto estudado, á estimación do art. 380, aínda que o requirimento dos axentes o fose porque o condutor presentaba indicios de conducir afectado polo alcohol ou drogas, e pese a que se demostrara incluso que este inxeriu, p. e., certas doses de alcohol³⁵, se isto non se considera suficiente para afirmar que estamos en presenza da influencia típica. Neste caso, non podéndose aplicar o art. 379 tampouco sería factible, xa que logo -segundo tal concepción-, apreciar o art. 380, conclusión, como dicimos, que non parece poder deducirse en realidade da estrutura e literalidade do precepto.

En suma, que o art. 380 teña relación coa seguridade do tráfico, no sentido de que pretenda facer eficaz a proba de alcoholemia, non significa de modo ineludible que dita se-

³³ Cfr. Miró Llinares, *Negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia...*, cit., 3, p. 6.

³⁴ A explicación de que fose minoritario considerar a opción de que a seguridade do tráfico era un dos obxectos protexidos polo art. 380 debíase, segundo Miró (*Negativa al sometimiento a la prueba de alcoholemia...*, cit., 2, p. 4) a que acaso resultaba complexo deducir dunha interpretación gramatical deste precepto que a única condución que podía dar lugar á negativa típica fose a previa condución *influenciada*. Aínda que é verdade que a STS do 9/12/99 deu lugar a que se incrementasen as resolucións xudiciais considerando o delito do art. 380 como *pluriofensivo* (atentatorio ao principio de autoridade e á seguridade do tráfico), e absorbente do 379, é o certo que tal opción do concurso de leis segue a ser minoritaria na xurisprudencia, sen que a admisión do expresado carácter *pluriofensivo* do art. 380 condicione, en tódolos casos, como xa quedou exposto, ás AAPP á hora de pronunciarse pola clase de concurso que rexe entre os arts. 379 e 380 (se real ou de leis). En rigor, a STS mencionada non predetermina o problema do concurso que estamos a analizar, senón que, a propósito dun control preventivo de alcoholemia, trata sobre o deslinde entre infracción penal e infracción administrativa (neste sentido, Miró, 3, p. 2). E máis, afirma o TS nesta resolución que o implicado nun accidente de circulación que se negue ás probas de detección alcohólica comete o delito do art. 380 *calquera que sexa a causa do accidente*, sen que resulte esixible, por conseguinte -en argumentación *sensu contrario*-, que esteamos ante un accidente derivado dunha previa condución *influenciada*. Que o TS non parte da base de que o art. 380 presupón ao art. 379 é claro na súa S. 22/3/02, na que absolve a un aforado do delito do 379 (dado que non entende probada a acción típica do 379, pese a que os axentes observaran halitoses e lixeira falta de equilibrio na súa deambulación), pero condénao polo art. 380 por negarse a unha segunda medición: o resultado da primeira, feita como proba dunha mostraxe cun *etilómetro* manual, foi dun miligrama de alcohol por litro de aire expirado. (Polo demais, pese a que o TS entende realizado o delito do 380 cando o suxeito se nega á segunda proba de precisión, as AAPP non sempre seguen esta liña).

³⁵ Que poderían mesmo ter superado os límites establecidos regulamentariamente, cousa que pola súa negativa non se puido corroborar.

guridade forme parte do inxusto típico, pois acaso puidera considerarse que esta constitúe *a ratio legis* do precepto, que non se identifica necesariamente co ben xurídico tutelado³⁶, sen que xurda entón, de aplicarse o concurso real de delitos, a conculcación do *non bis in idem* (vulneración que tampouco se daría, por apreciar o referido concurso, de estimarse que a citada seguridade está amparada por dous ou máis normas atendendo a diversas perspectivas, fragmentarias e non coincidentes entre si³⁷, de sorte que unha das normas en xogo non captara exhaustivamente, de modo acabado, íntegro, tódolos aspectos do suceso³⁸). E tal é o que acontece, ao noso modo de ver, e polas razóns expresadas, na relación entre os arts. 379 e 380. Hai, por conseguinte, que fuxir de forzar a construción de concursos de leis en detrimento de reducir o campo do concurso de delitos -tendencia que, non obstante, pode observarse en sectores da doutrina española-, e hai que desbotar a idea de que o principio de íntegra valoración (que ás veces conduce a rexeitar o concurso de leis en favor do de delitos) e o *non bis in idem* sexan incompatibles, porque se o contido dunha norma non pode ser abarcado totalmente por outra concorrente, resulta impensable que a apreciación das dúas infrinxa o *non bis in idem*³⁹.

Como xa tivemos oportunidade de destacar, se un dos fundamentos da aplicación do concurso de leis estriba, precisamente, como de maneira xenérica manifesta a doutrina, en que o lexislador xa tivo en conta na fixación do marco punitivo do tipo que consume a realización do outro (o feito acompañante)⁴⁰, tal non ocorre entre os arts. 379 e 380, dado que, se a vontade obxectiva da lei fora esta, tería introducido, sen dúbida, no art. 380 a pena de privación do dereito a conducir. Ante o cal, ao non se dar desvalorización plural dunha mesma realidade, non se produce solapamento entre os citados artigos. Hai que concluír, pois, que o feito anterior da condución influenciada non é un acto *copenado* dentro da (inexistente) absorción.

Con todo, non pode deixar de recoñecerse a dureza da solución propugnada, derivada da rigorosa sanción prevista no art. 380⁴¹, agravada ademais pola reforma de 15/2003

³⁶ Na opinión de Orts Berenguer (*Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 710), a seguridade do tráfico cumpre no art. 380 a función de mero pano de fondo, pasando a un primeiro plano o principio de autoridade.

³⁷ Segundo a SAP de Zaragoza do 27/7/05, non se protexe nos arts. 379 e 380 idéntico ben xurídico "en coincidencia exacta". Non obstante, para Molina Fernández (*Compendio...*, cit., pp. 740 s.), de partirse de que o art. 380 é *multiofensivo* (por afectar ao principio de autoridade e á seguridade do tráfico), a aplicación do concurso real suporía un *bis in idem* na parte correspondente á seguridade do tráfico, pois habería dous delitos distintos cunha zona común que se sancionaría dous veces. Na mesma liña, Olmedo Cardenete, *Aspectos básicos de los delitos contra la seguridad del tráfico...*, cit., p. 22.

³⁸ Con carácter xeral, afirma Escuchuri Aisa que a admisión do concurso de leis cando o ben xurídico é común, e do concurso de delitos cando os preceptos tutelan bens xurídicos distintos, constitúe unha regra que non sempre pode coonestarse co concurso de leis (*Teoría del concurso de leyes y de delitos...*, cit., p. 194).

³⁹ Tales consideracións xerais poden encontrarse no prólogo de Gracia Martín á obra de Escuchuri Aisa: *Teoría del concurso de leyes...*, op. cit., p. XIX.

⁴⁰ Cfr. Escuchuri Aisa, *Teoría del concurso de leyes...*, cit., p. 182.

⁴¹ Que a citada STC 234/1997 declarou, non obstante, proporcionada, se ben con varios votos particulares en contra. Certos sectores doutrinais móstranse tamén críticos co contido desta S., como xa se deixou constancia na nota 2 deste traballo.

que introduce a pena de prisión como castigo da conduta incriminada no art. 379⁴², co cal, mediante o concurso real que eventualmente chegara a formarse, poderíanse⁴³ acumular dúas penas de prisión: as previstas no 379 e no art. 380. Pero a interpretación á que conduce o Dereito positivo non deixa outra saída, polo que a necesaria restrición do alcance do art. 380 debe discorrer por outros camiños. Neste sentido, a súa pena pode temperarse apelando ao principio de proporcionalidade e de culpabilidade (que deben ser tomados en consideración polo xulgador) e, dende logo, reclamándose os mesmos requisitos e esixencias que vén mantendo a xurisprudencia para a apreciación do art. 556. Non obstante, aínda que tales condicións (p. e., a de esixir que exista unha seria e consciente actitude de rebeldía ou menosprezo á autoridade⁴⁴), sexan frecuentemente requiridas para a aplicación do delito de desobediencia do art. 556, non parecen estar presentes, dende logo, na citada STS 22/3/2002⁴⁵. Algunha sentenza, no seu afán por limitar o alcance do art. 380, chega inclu-

⁴² Vid ao respecto, Fernández Carballo-Calero, *Reflexiones sobre el artículo 379...*, cit., pp. 1 ss.

⁴³ A prisión figura no art. 379 como pena alternativa.

⁴⁴ Por máis que, en realidade, resulte moi dubidoso que se trate dun requisito derivado do tipo, ao igual que sucede co relativo á advertencia sobre a infracción penal que se deriva da desobediencia (que a xurisprudencia, de modo constante, reclama para afirmar a presenza do delito). Destaca Tamarit Sumalla que a esixencia dun tal elemento responde a unha actitude prudente fronte aos riscos de expansión dun tipo das características do art. 380 (*Comentarios...*, cit., pp. 1692 s.).

⁴⁵ O suxeito condenado nesta S. polo art. 380 mostrouse en todo momento, segundo o TS, *correcto e colaborador* coa forza actuante. E non asemella acertado, certamente -volvendo á idea expresada no texto-, que requisitos que de modo tradicional se reclaman cando se trata dun caso directamente abranguido polo art. 556, non se requiran cando se acude ao citado precepto por mor do reenvío que a el fai o art. 380 (con independencia de se algún deles forman ou non parte realmente do tipo de desobediencia, cuestión que con anterioridade quedou apuntada, pero na que aquí non podemos afondar). En concreto, e como xa exemplificamos no texto, resulta incomprensible que para a aplicación directa do art. 556 se veña reclamando en xeral que o comportamento supoña unha desvalorización respecto do principio de autoridade (incluínte dun menosprezo a esta), e tal característica non sexa de aplicación para o caso de remisión ao art. 556 polo art. 380. Sobre este particular, destacan López Garrido e García Arán (*El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador...*, cit., p. 168) que o reenvío aludido, considerando a negativa como desobediencia grave, non elimina a necesidade de constatar as circunstancias para a apreciación da desobediencia.

Conviría, por outra parte, igualmente, reflexionar sobre se a esixencia dun tal *animus* especial que, con frecuencia, como dicimos, se defende pola xurisprudencia para entender concorrente o art. 556, resulta enteiraamente compatible coa aplicación que na praxe xudicial se fai da atenuación da pena do art. 380 pola inxestión de alcohol, a través da apreciación da cª 6ª do art. 21 e, incluso, da cª 1ª do art. 21, en conexión co art. 20. 2ª CP, cando o condutor *influenciado* (que comete, pois, o art. 379) se nega a realizar as probas de determinación etílica. A cuestión de se tal influxo do alcohol orixina a imposibilidade de ter por realizado o tipo do art. 380 (por reputar entón que faltaría o elemento anímico de menosprezo ou ofensa ao principio de autoridade), resolvéase en xeral polas diferentes AAPP estimando que a apreciación das circunstancias 1ª ou 6ª do art. 21, non cerra o paso á aplicación do art. 380. Así (entendendo implicitamente presentes, deste modo, tanto os requisitos típicos obxectivos como os subxectivos), a SAP de Pontevedra do 12/7/99 (relator: Varela Castro) conclúe desbotando a incompatibilidade entre o art. 380 e a cª 1ª do art. 21 no caso dun condutor (ao que, pola súa ebriedade, se lle aprecia a eximente incompleta coa rebaixa en dous graos da pena) que non comprendeu con *total claridade*, dado o seu estado, a orde de someterse ás probas previstas no delito de desobediencia específico do art. 380, o cal comportaba que, ao menos, posuía unha certa capacidade de comprensión. Tal significativa rebaixa da pena do art. 380, ao abeiro do art. 68, determinou que a pena de prisión resultante lle fora substituída conforme ao disposto no art. 88 CP (esta S. pode consultarse na REXURGA, nº 24, marxinal 196). A SAP de Badajoz tamén considera compatible o art. 380 coa atenuación por ebriedade, destacando incluso que de aplicarse o art. 379 devén obrigado considerar probada a concorrencia da atenuación no segundo delito. Así pois, aplicado o art. 380, pode ser tida en conta a atenuación ou a exención incompleta conectada a ebriedade, unha vez afirmada xudicialmente por outros medios distintos da medición alcohólica (á que o suxeito se negou) a súa entidade (e que nun momento determinado só era iniciaria da conducción influenciada). A SAP de Sevilla do 8/6/00, pola súa parte,

so ao extremo de non aprecialo por entender que o condutor refugou realizar a determinación ética só coa finalidade de evitar que se obtivera unha proba de incriminación na súa contra (finalidade -engadimos pola nosa parte- que é a que guía normalmente o comportamento da negativa á medición alcohólica), criterio asumido pola SAP de Granada do 25/1/99⁴⁶ e fortemente criticado pola SAP de Sevilla do 14/12/99.

Nesta liña de acoutar o ámbito do precepto, a SAP de Pontevedra do 31/7/98 (relator: Picatoste Bobillo), concluíu, no caso xulgado, que non se daba concorrencia do tipo do art. 380, por non chegar a producirse o requirimento dos axentes, dada a fuxida do condutor (que non obedeceu a orde de parar ao darse conta do servizo de alcoholemia montado), desestimando incluso a apreciación da falta do art. 634 (pola que fora condenado na SXP), e isto sobre a base de resaltar que o incumprimento da orde de "alto" foi guiado polo obxectivo de eludir as consecuencias gravosas (penais ou administrativas), meta que se sobrepción ao "animus" de menosprezo do principio de autoridade⁴⁷. Polo contrario, a SAP de Ourense do 28/1/99 (relator: Cristín Pérez), ante un suposto semellante (o condutor finalmente condenado polo art. 379 incumpriu a orde de deterse, pero despois de interceptado accedeu á proba de detección ética), confirmou a SXP, que condenara ao suxeito polo art. 379 e pola falta do 634⁴⁸.

sinala a posibilidade de non aplicación do 380, de darse unha embriaguez de tal calibre que eliminase o dolo necesario para a aparición do delito, que é o suposto resolto en tal sentido, entre outras, polas SSAAPP de Madrid do 30/3/00, Biscaia do 26/10/00 e Barcelona do 2/4/05. Decántanse, pois, estas tres resolucións pola incompatibilidade aludida ao principio deste parágrafo entre o elemento subxectivo do art. 380 e a embriaguez, a condición de que esta imposibilite, por ser unha intoxicación ética extrema, a aparición da vertente subxectiva desta modalidade delituosa.

De modo contrario, -aínda que movéndose nun tipo de cuestións alleas ás que estamos tratando-, a SAP de Las Palmas do 15/2/02 non aplicou a eximente incompleta invocada tanto respecto do 379, por ser a el inherente, como en relación co art. 380, tamén por estimar inherente a este precepto a citada embriaguez, entendendo a este propósito que como o TS esixe (na súa coñecida S. do 9/12/99) que haxa indicios de ebriedade para que poida darse o art. 380 (e non se trate, p. e., dun mero control preventivo, no que non teñen por que darse signos externos da presenza do alcohol, caso no que cabería unicamente a infracción administrativa), conclúe que aplicado o art. 380 non podería procederse a atenuar a pena: se ten que haber indicios de ebriedade para que xurda o art. 380, tal ebriedade -argumenta esta S.- non podería ter ao mesmo tempo a función de atenuar. Tal criterio non podemos compartilo, porque cremos que incorre nunha logomaquia, nunha especie de xogo de palabras, que da lugar a confusión conceptual: que o suxeito, en efecto, deba ter certos síntomas de ebriedade para que poida concorrer o art. 380 -por iso este precepto parte da necesidade de "comprobar" se determinan unha condución influenciada-, non comporta que tales signos externos leven aparelada inexorablemente a confirmación desa efectiva influencia do alcohol na condución, ou que ditos indicios, de modo obrigado, teñan que posuír idéntica entidade á propia da atenuación por ebriedade, porque esa consecuencia non pode deducirse da STS citada. Por conseguinte, estimar o art. 380 coa atenuación sinalada non conculca o *principio de inherencia*.

(Muñoz Conde, se ben en relación a un delito como o art. 384, que contén expresamente -este si-un inequívoco elemento subxectivo do inxusto -condución temeraria *con consciente desprezo pola vida dos demais*-, apunta unha cuestión similar á que nos referimos ao comezo do segundo parágrafo desta nota: a compatibilidade da embriaguez do suxeito co especial "animus" que reclama o mencionado art. 384 no caso de quen conduce nesa situación de ebriedade e o fai con temeridade manifesta xurdida, precisamente, do estado no que se atopa, sen incorrer pois no ámbito da *actio libera in causa*. Cfr. o seu *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 698 s.).

⁴⁶ Dito criterio cualifícase de interesante por Olmedo Cardenete, *Aspectos básicos de los delitos contra la seguridad del tráfico...*, cit., p. 21.

⁴⁷ Pode consultarse esta S. na REXURGA, nº 20, marxinal 205.

⁴⁸ Cfr. o nº 22 da REXURGA, marxinal 45.

A tese pola que nos inclinamos (a do concurso real de delitos) goza, polo demais, de recoñecemento na doutrina⁴⁹ e constitúe tamén a solución (dominante) na xurisprudencia⁵⁰, pero tamén encontra unha significativa acollida tanto na literatura penal⁵¹ como na praxe xudicial a posición que defende o concurso de leis, aplicándose aquí, en xeral, o principio de consunción (art. 8. 3ª), pese a que á veces invócase tamén o principio de *alternatividade* (art. 8. 4ª), como sucede en numerosas sentencias da sección 16ª da AP de Madrid, algunhas das cales citamos nesta nota⁵².

- V -

Queremos finalizar este traballo sinalando que non é excepcional, ante as primeiras dificultades interpretativas que poida orixinar o ditado típico dunha figura delituosa ou unha determinada materia penal (e que, de modo máis ou menos acusado, sempre se presentan na hermenéutica de calquera das modalidades previstas na nosa lexislación), que a doutrina suxira ou propugne directamente a intervención e matización lexislativas, o cal non parece de recibo, por precipitado, en moitos dos casos en que isto sucede. No suposto tratado, as cousas, por todo o ata de agora exposto, deben recibir unha consideración distinta, porque ademais non pode esquecerse nesta materia o permanente problema, a modo de constante pano de fondo, sobre a adaptación á Constitución do art. 380 (que, pese a estar dende unha perspectiva normativa resolto, segue a ser obxecto de discusión doutrinal⁵³), así como o debate sobre a súa conveniencia político criminal e sobre a súa propia configuración técnica. A apelación ao lexislador, en consecuencia, está xustificada, tanto polo irconciliable das posicións que se manteñen na doutrina e na práctica de xuíces e tribunais sobre cuestións fundamentais do ámbito do referido precepto, canto, igualmente, pola frecuencia con que tales aspectos chegan á xurisdición penal. Por conseguinte, en defecto da desexable desaparición da área punitiva do específico delito de desobediencia tipificado no art. 380⁵⁴, deberían clarificarse polo lexislador as relacións aquí analizadas entre os arts.

⁴⁹ Os autores que negan a coincidencia entre os obxectos xurídicos dos arts. 379 e 380, sentan as bases para a afirmar que as relación que rexen entre ambos son as de concurso real de delitos. *Cfr.*, entre outros, Escobar Jiménez, R., en *Código Penal de 1995 (Comentarios y Jurisprudencia)*, coord. I. Serrano Butragueño, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 1559; Gómez Pavón, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1998, pp. 301 e 311; Piñol Rodríguez, J. R., en *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial* (coord. C. Suárez-Mira Rodríguez), Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 467 e 469, e Tamarit Sumalla, *Comentarios...*, *cit.*, p. 1691.

⁵⁰ Entre outras, poden citarse as sentencias das AAPP de Ourense do 31/7/04, Valencia do 3/1/05 (cun voto particular favorable ao concurso de leis), Sevilla do 7/3/05, Cantabria do 8/4/05, Guipúscoa do 16/4/05, Madrid do 17/6/05 e de Zaragoza do 29/7/05.

⁵¹ *Cfr.* Magaldí Paternostro, *Comentarios al Código Penal...*, *cit.*, p. 1715; Molina Fernández Compendio..., *cit.*, pp. 740 ss.; Olmedo Cardenete, *Aspectos básicos de los delitos contra la seguridad del tráfico...*, *cit.*, p. 22 ss., e Varona Gómez, *El delito de negativa...*, *cit.*, pp. 5 s.

⁵² Así, entre outras, seguen a postura do concurso de leis, castigando só polo art. 380, as sentencias das AAPP de Madrid do 24/9/03, 1/7/05, 29/7/05, e 18/11/05, e de Valencia do 19/9/02, 23/12/02 e 12/3/03.

⁵³ *Cfr.* a nota 2 deste traballo.

⁵⁴ Cuxa propia literalidade impide que xurda neste campo a falta de desobediencia do art. 634, o que daría lugar, en certos supostos, a unha sanción menos rigorosa. Esta foi, segundo algún autor, unha das finalidades do precepto (evitar a aplicación da falta). Para outros, do que se trataba era de facer patente, a modo de chamada ou recordatorio ao xulgador, que estes comportamentos, que xa se reconducían ao delito xenérico de desobediencia ou á correspondente falta, deberían ser efectivamente castigados con-

379 e 380, así como outros relevantes extremos do ámbito da norma. Tal acontece, p. e. -e por aludir, finalmente, tan só a un dos varios supostos problemáticos que se suscitan neste eido-, na cuestión relativa a se, ante a existencia doutros posibles medios probatorios da condución *influenciada*, a negativa a someterse á comprobación etílica segue a constituír a infracción penal que o art. 380 quere castigar, porque mentres algunhas sentencias estiman que, en dita hipótese, o delito non xurdiría, restrinxíndose así considerablemente o seu campo de aplicación, outras inclínanse pola solución contraria. Así, no primeiro sentido, p. e, a SAP de Ourense do 25/5/05 (relator Arcos Álvarez), seguindo a do 29/1/05, tamén desta AP, e ámbalas dúas absolutorias con relación ao delito de desobediencia, destaca que *se o propio acusado, independentemente dos signos externos que presente, reveladores do seu estado de intoxicación etílica, recoñece voluntariamente que inxeriu bebidas desta natureza e que está ebrio, pouco hai que comprobar xa que está admitindo os feitos*⁵⁵. Na segunda dirección, p. e., condenando pola indicada figura do art. 380, a SAP de Barcelona do 26/4/05 asevera que non pode prosperar a alegación do impugnante (que cualifica, así e todo, de suxerinte) para que o recoñecemento espontáneo e aberto dan súa ebriedade lle sirva para a non aplicación da pena do 556 (á que remite o art. 380)⁵⁶. Na literatura penal sobre esta concreta cuestión que, a modo de exemplo, acabamos de apuntar, unicamente coñecemos opinións favorables ao primeiro criterio⁵⁷. En definitiva, unha defectuosa técnica

forme á lei penal, cousa que non adoitaba a suceder na praxe (pode consultarse ao respecto: Gómez Pavón, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...*, cit., p. 295; Orts Berenguer, E., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, coord. T. S. Vives Antón, Tirant lo Blanch, 1996, p. 1717; Tamarit Sumalla, en *Comentarios...*, cit., p. 1691). Pero, en todo caso, como o que se acaba provocando é a imposibilidade do recurso á falta (de certos comportamentos de negativa ao sometemento ás probas de alcoholemia, carentes da gravidade suficiente que debe caracterizar aos delitos, e que teñen que ser, non obstante, considerados de *lege lata* como tal delito), o que de novo se esquece é o principio de intervención mínima, que nunca debería deixar de ser respectado polo lexislador.

⁵⁵ De igual modo, as SSAAPP de Santa Cruz de Tenerife do 3/12/99, Córdoba do 17/3/99, Salamanca do 16/7/01 e Zaragoza do 29/7/05. Gómez Pavón, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1998, p. 295

⁵⁶ Pese a alegar o recorrente, nunha interpretación teleolóxico-finalista do precepto, que a confesión franca da súa previa inxestión de bebidas alcohólicas non facía xa necesario acreditar ou comprobar que conducira baixo o influxo do alcohol, a súa negativa a someterse á detección alcohólica, segundo o relator desta S. (Benlloch Petit), xustifica a aplicación do art. 380: *as probas de alcoholemia legal e regulamentariamente establecidas constitúen unha dilixencia probatoria básica no enteiro sistema de prevención e represión, tanto penal como no administrativo sancionador, das graves condutas de condución baixo a influencia do alcohol e outras sustancias psicoativas, cuxa fundamental importancia levou ao lexislador a reforzar penalmente o deber de someterse ás mesmas*. Tal resolución da AP de Barcelona engade o seguinte: *salta á vista, en efecto, que, dada a gran obxectividade e eficacia probatoria destas medicións alcoholimétricas, tales probas non poden ser equiparadas nin substituídas con plena equivalencia por outros medios de proba como o recoñecemento da previa inxestión alcohólica por parte do condutor, entre outras cousas porque este recoñecemento non da noticia do alcance e volume de tal consumo alcohólico, nin da persistencia dos seus efectos; polo que a negativa a someterse a tales probas non pode considerarse cumpridamente compensada nin substituída polo recoñecemento aberto do precedente consumo alcohólico*. E conclúe esta S. sinalando que *neste sentido bastará aquí poñer de relevo que, no presente caso, o recoñecemento por parte do acusado da realidade do seu previo consumo alcohólico non bastou para condenalo polo delito de condución baixo a influencia de bebidas alcohólicas do artigo 379 CP polo que tamén fora acusado, en ausencia de probas obxectivas que acreditaran tal influxo alcohólico e habilidades condutoras deste recorrente*. Confírmase, así, integramente a SXP, que condenara o acusado por quebrantamento de condena e polo delito de desobediencia, absolvéndoo do previsto no art. 379 CP.

⁵⁷ Así, consideran que falta a tipicidade no suposto mencionado no texto, entre outros, Magaldi Paternostro, *Comentarios al Có-*

lexislativa por non subministrar, entre outras deficiencias, suficientes datos orientadores da labor xulgadora, propicia inevitablemente solucións interpretativas diverxentes⁵⁸.

digo Penal..., cit., p. 381 (recoñecer ante testigos que se conduce en estado de intoxicación etílica) ou Serrano Gómez, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 727 (recoñecer que se conducía baixo os efectos do alcohol, drogas tóxicas, etc.).

⁵⁸ Ao respecto, recordemos aquí que só a modificación legal puido resolver as discrepancias que, p. e., se producían á propósito das lesións, dada a pésima factura técnica que tiñan os preceptos en xogo, introducidos no CP pola reforma do 21 de xuño de 1989 (que, non obstante, mellorou substancialmente a regulación xeral das lesións), preceptos conforme aos que xuíces e tribunais cualificaban dun modo ben distinto a provocación dun *resultado propio de falta* cando se empregaban determinados medios perigosos: lesións na súa modalidade básica, lesións agravadas polos medios empregados ou falta de lesións. E as mesmas tres diversas solucións podían observarse na doutrina. A situación legal descrita -que tivo que ser arranxada, como dicimos, a través da correspondente modificación lexislativa (pola entrada en vigor do CP de 1995)- demostra de xeito paradigmático que unha mala técnica lexislativa conduce, case que ineludiblemente, a solucións interpretativas sempre diferentes. E máis recentemente, a xa citada LO 15/2003, dando nova redacción ao art. 379, acabou coa incerteza en torno á se a privación do dereito a conducir abranguía á vehículos de motor e ciclomotores ou só, segundo o que se conducira, á un deles. E logrouno suprimindo o perturbador adverbio "respectivamente" (*vid.* as dúas interpretacións que se producían na práctica, con cita de SS de AAPP, en Fernández Carballo-Calero, *Reflexiones sobre el artículo 379...*, cit., nota 45).