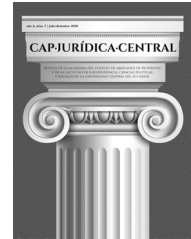


Delitos contra la seguridad vial: una visión crítica de la regulación española

Crimes against road safety: critical view of the Spanish regulation

MIGUEL POLAINO-ORTS
Universidad de Sevilla (España)



Recibido:
28/04/2020

Aceptado:
03/06/2020

Resumen

El derecho penal de la seguridad vial ha recibido una atención creciente por parte de la doctrina penalista en los últimos años, debido en gran medida a las profundas y sucesivas reformas legales a que ha sido sometido. En los últimos tres lustros, en la legislación penal española han operado una amplia modificación en estos delitos, introduciendo nuevas figuras y reformando substancialmente figuras antiguas, además de agravando el sistema de penas. La mayor parte de estos delitos sanciona una conducción anómala o incorrecta, que bien es realmente insegura (esto es: que genera una inseguridad en el tráfico vial), bien se presume que lo es. Junto a ellos, existen otras dos figuras heterogéneas relacionadas con el tráfico diario: por un lado, el delito de negativa por parte del conductor a someterse a un control de alcoholemia o drogadicción; por otro, la creación de un grave riesgo para la circulación mediante determinadas conductas, justamente el desarrollo de estas figuras constituirán el eje central del presente artículo. Cabe recalcar que, se contienen en esta sede unas disposiciones de carácter general.

Abstract

Criminal law on road safety has received growing attention from criminal law doctrine in recent years, largely due to the profound and successive legal reforms to which it has been subjected. In the last three decades, Spanish criminal legislation has undergone a wide modification in these crimes, introducing new figures and substantially reforming old figures, in addition to aggravating the criminal justice system. Most of these crimes punish an anomalous or incorrect driving, which is either really unsafe (that is, it creates insecurity in road traffic), or it is presumed that it is. Along with them, there are two other heterogeneous figures related to road traffic: on the one hand, the crime of refusal by the driver to submit to a breathalyzer or drug addiction control;

on the other, the creation of a serious risk to traffic through certain behaviors, precisely the development of these figures will constitute the central axis of this article. It should be noted that general provisions are contained in this headquarters.

Palabras clave

Derecho penal, seguridad vial, delito, conductor, espacio público.

Keywords

Criminal law, road safety, crime, driver, public space.

A nueva faz del derecho penal de la seguridad vial

El derecho penal de la seguridad vial ha recibido una atención creciente por parte de la doctrina penalista en los últimos años (Gómez Pavón, Gómez Rivero, Luzón Peña, Morillas Cueva, De Vicente Martínez, Requero Conde), debido en gran medida a las profundas y sucesivas reformas legales a que ha sido sometido. En los últimos tres lustros, en la legislación penal española hasta cuatro leyes (LO 15/2003, de 25 de noviembre; LO 15/2007, de 30 de noviembre, LO 5/2010, de 23 de junio, y —finalmente— la LO 2/2019, de 1 de marzo) han operado una amplia modificación en estos delitos, introduciendo nuevas figuras y reformando substancialmente figuras antiguas, además de agravando el sistema de penas. Tanto vaivén legislativo no es, desde luego, un aval de precisión legislativa ni, mucho menos, la garantía de una política criminal clara en materia de seguridad vial. Ya la doctrina (González Cussac, Mir Puig, Queralt, Vidales Rodríguez, Mera Redondo y otros) ha alarmado sobre el riesgo que corren algunos principios esenciales del derecho penal, como el principio de ofensividad, el principio de última ratio y el de intervención penal necesaria.

Los delitos de tráfico se regulan en los artículos 379 a 385, dentro del capítulo IV del título XVII del libro II del Código Penal, que desde la ley de 2007 lleva por rúbrica: *De los delitos contra la seguridad vial*, frente a la anterior denominación de delitos contra

la seguridad del tráfico, lo cual resulta más acorde a la terminología de las infracciones administrativas contenidas en la Ley de Seguridad Vial, con las que estos delitos presentan tantas similitudes (Gómez Rivero).

El capítulo incorpora, en su regulación actual, las siguientes figuras delictivas:

1. conducción a velocidad excesiva (art. 379.1);
2. conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicótropas o de bebidas alcohólicas (art. 379.2);
3. conducción con temeridad manifiesta (arts. 380 y 381), que engloban a su vez tres modalidades distintas;
4. abandono del lugar del accidente (art. 382 bis)
5. negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383);
6. conducción sin carné de conducir vigente (art. 384); y,
7. alteración de la seguridad vial mediante la creación de un grave riesgo para la circulación (art. 385).

La mayor parte de estos delitos sanciona una conducción anómala o incorrecta, que bien es realmente insegura (esto es, que genera una inseguridad en el tráfico vial), bien se presume que lo es. Junto a ellos, existen otras dos figuras heterogéneas relacionadas con el tráfico viario: por un lado, el delito de negativa por parte del conductor a someterse a un control de alcoholemia o drogadicción; por otro, la creación de un grave riesgo para la

circulación mediante determinadas conductas. Además, se contienen en esta sede unas disposiciones de carácter general:

1. regla concursal (art. 382);
2. disposiciones comunes (art. 385 bis y ter).

Elementos comunes a los tipos delictivos

Bien jurídico

El bien jurídico protegido en esta materia es la seguridad vial, según reza la rúbrica legal del capítulo en cuestión (*Delitos contra la seguridad vial*), que se inserta dentro del Título XVII, que —a su vez— lleva por título *Delitos contra la seguridad colectiva*. La sistemática legal nos da a entender que la seguridad vial es una parcela o un sector de la seguridad colectiva, un concepto más restringido que se engloba dentro de este último. En todo caso, se tratan de conceptos abstractos, no concretos sino supraindividuales, que hacen de esta materia un nuevo sector de intereses colectivos (Mir Puig).

Antes de la reforma de 2007 el legislador español empleaba, para referirse a los delitos de circulación, otra noción en la rúbrica legal: *Delitos contra la seguridad del tráfico*.

¿Significan lo mismo seguridad vial y seguridad del tráfico? El concepto anterior (seguridad del tráfico) es, a su vez, un concepto más restringido que el de seguridad vial: el primero alude a la seguridad existente en el seno de la circulación y la conducción, esto es, durante la actividad de la conducción; el segundo, en cambio, es un concepto más amplio, que no solo abarca la seguridad en la conducción, sino también la seguridad de las vías de tránsito. Ello hace que el nuevo concepto pueda englobar no solo los delitos cometidos por el conductor (conducción a alta velocidad, temeraria, bajo influjo de alcohol u otras sustancias, conducción sin carné válido) sino también por cualquier sujeto que origine un riesgo grave en la seguridad vial (realizar vertidos en la calzada, inutilización de señales de tráfico, etc.).

Sin embargo, el bien jurídico seguridad vial no es, desde luego, un concepto óptimo. Por una parte, al ser más amplio que el anterior es también un concepto más difuminado que lo mismo se puede aplicar a ataques substanciales a bienes jurídicos que a puras infracciones formales de normas reglamentarias. No en balde, no pocos de los nuevos delitos introducidos en esta materia por la reforma de 2007 son meras infracciones administrativas que el legislador ha querido elevar, un tanto artificialmente, a la categoría de delito; por otra parte, a pesar de la manifiesta amplitud y falta de precisión del concepto no logra abarcar todas las conductas descritas como delito en el capítulo en cuestión. Por ejemplo, el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o drogadicción es, propiamente, un delito de desacato o desobediencia a la autoridad administrativa, pero no un delito contra la seguridad vial (si el conductor condujere en estado de embriaguez o drogadicción cometería otro delito distinto, cuyo bien jurídico sí sería la protección de la seguridad vial; pero en el delito de desobediencia la alusión a la seguridad vial ni es clara, ni es evidente, ni es decisiva).

Por lo demás, no pocos de los delitos incriminados en esta sede son delitos mixtos o pluriofensivos, en los que junto al bien jurídico colectivo (esto es, la seguridad vial, en tanto bien abstracto o interés difuso, según la terminología de Filippo Sgubbi) que se tutela de manera inmediata, se protege también —de un modo mediato— un bien jurídico individual, como puede ser la vida, la integridad física o la salud de los ciudadanos, interés individual que da sentido al concepto general de seguridad (Gómez Rivero).

Finalmente, existen figuras concretas en el presente capítulo (como la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia o de drogas y el nuevo delito de abandono del lugar del siniestro) cuyo bien jurídico no es ni la seguridad vial ni el concreto bien jurídico individual, a pesar de que el legislador los haya incorporado en

esta sede. Lo veremos más detenidamente al analizar cada figura en particular.

Caracterización ratione personae: sujeto activo conductor

Elemento común a no pocos de los delitos del presente capítulo es la caracterización *ratione personae*, esto es, por razón de la persona protagonista de la conducta delictiva. Desde esta óptica, el sujeto activo es un sujeto especial, ya que no es sujeto indiferenciado sino, precisamente, el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor.

El Código Penal no ofrece una definición penal propia de conductor —ni tampoco de vehículo a motor o ciclomotor—, como sí lo ofrece, pongamos por caso, de las nociones de funcionario público o de autoridad. Para saber cómo se define la noción normativa de conductor, habremos de acudir a la legislación especializada —que no es vinculante, pero sí orientativa—: el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE n.º 261, de 31 de octubre de 2015, en vigor desde el 31 de enero de 2016). El artículo 3 de la citada Ley se remite, a efecto de la definición de los conceptos de vehículo, vía pública y usuarios al Anexo I de la misma.

El apartado 1 del mencionado Anexo nos ofrece la definición de conductor, repitiendo substancialmente la definición contenida en la legislación anterior (ap. 1.º RDL 339/1990). La ley maneja un concepto extensivo de conductor, que incluye a quien «maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo», pero también —en los vehículos que circulan en función de aprendizaje de la conducción— «la persona que está a cargo de los mandos adicionales» (ap. 1.º RDL 6/2015).

No son, en cambio, conductores los acompañantes, sin perjuicio de que pueda recaer sobre ellos responsabilidad penal en tanto partícipes: inductor, cooperador necesario

o cómplice (Olmedo), o incluso como autor mediato o autor en comisión por omisión, pero no por acompañante sino por titular de un deber institucional (por ejemplo: dueño de un vehículo que permite que otro sujeto, en estado de embriaguez, conduzca temerariamente, yendo él mismo como acompañante).

Asimismo, quedan excluidos del concepto normativo de conductor —entrando en el concepto de peatones— quienes «empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulan al paso en una silla de ruedas, con o sin motor» (ap. 4.º RDL 6/2015).

Objeto del delito: vehículo a motor o ciclomotor

Los delitos contra la seguridad vial comparten, en su mayoría, otro elemento común: el objeto material del delito, integrado por el vehículo a motor o ciclomotor, conceptos no definidos por el Código Penal, pero sí por la mencionada ley:

- Vehículo de motor es el «vehículo provisto de motor para su propulsión», excluyéndose de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida (ap. 12.º RDL 6/2015).

- Ciclomotor es el vehículo de dos, tres o cuatro ruedas que reúnan las condiciones mencionados en la ley:

(a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.

(b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o

igual a 4 kW para los motores eléctricos.
(c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos (ap. 9.º RDL 6/2015).

De acuerdo con la precisión legal y jurisprudencial, a los efectos de los delitos viales es indiferente que se trate un coche, camión o ciclomotor, quedando al margen del tipo, objetos como patines, sillas de rueda, etc.

Ámbito espacial y cinemático del delito viario: la vía pública

Los delitos viarios presuponen un ámbito en el que se despliega cinemáticamente la conducción y, por ello, donde tiene lugar la actividad delictiva: la vía pública. Tienen la consideración de tales:

[...] [L]as vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos,
[...] las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otras normas,
[...] las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios. (art. 2 RDL 6/2015)

La conducción únicamente adquirirá carácter delictivo cuando se circule por vía pública, con independencia de que sea idónea (calle, carretera, etc.) o no (acera, calle o plaza peatonal, jardines públicos, etc.) para la circulación —en la doctrina, Orts, Carmona, Olmedo—, incluyendo las vías de escasa o nula circulación, pero que sean, en todo caso, de dominio público —cauces secos de ríos, servidumbres, vías pecuarias para el ganado transhumante, que incluye: cañadas, cordeles, veredas, descansaderos, contaderos, etc.—. Solo en ellos, por ser espacios susceptibles de ser transitados en mayor o menor medida por

el público, podrá lesionarse un bien jurídico protegido por el derecho penal. En cambio, quedará al margen del tipo la circulación por vías privadas o no destinadas al uso público (patios, garajes, calles particulares, etc.).

Delito de conducción a velocidad excesiva (art. 379.1)

Regulación legal

La introducción *ex novo* de este tipo de delito fue una de las más llamativas aportaciones de la LO 15/2007. Apenas dos años y medio después, la LO 5/2010 (en vigor desde diciembre de 2010) mantuvo el precepto, pero modificó su redacción a efectos de penalidad. En la nueva versión el tipo queda redactado de la siguiente manera:

Art. 379.1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Contenido de injusto: defectos técnicos y motivos de ilegitimidad

El delito se integra cuando la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor supera objetivamente en una determinada cota (60 km/hora en vía urbana y 80 en vía interurbana) la velocidad permitida en el Reglamento de circulación. El legislador sitúa, pues, en el centro del injusto típico una presunción *iuris et de iure*, según la cual —cuando el sujeto sobrepase ese límite máximo— incurre automáticamente en conducción temeraria delictiva, sin necesidad de constatación ulterior de la puesta en peligro de un bien jurídico individual o colectivo, que se da por supuesto al alcanzarse dicha velocidad. Este nuevo

tipo constituye un precepto sin precedentes en nuestra legislación basado en un nuevo paradigma: el de la presunción *iuris et de iure* de lesividad de un bien jurídico colectivo (la *seguridad vial*) que no se constata, como sería lógico y aun exigible, con la referencia expresa a ese bien, sino por elevación a delito de una mera infracción administrativa (sobrepasar una cota de velocidad).

La incriminación de este delito se hace mediante empleo de la técnica denominada ley penal en blanco, pues la alusión a la velocidad «permitida reglamentariamente» constituye una remisión expresa a la normativa reglamentaria en esta materia, en concreto: a los artículos 53 a 58 del RD Legislativo 339/90, de 2 de marzo (texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial) y a los artículos 151 a 172 del Reglamento General de Circulación aprobado por RD 1428/2003, de 21 de noviembre.

La técnica legislativa empleada en el precepto adolece de varios problemas jurídico-penales, que comprometen seriamente la legitimidad de esta norma penal, al infringir principios básicos del derecho penal como son:

1. el principio de legalidad;
2. principio de igualdad;
3. principio de proporcionalidad; y,
4. principio de ofensividad.

Veamos más detenidamente estos reparos jurídicos.

(1) El delito de conducción, al remitirse a la normativa reglamentaria excesiva infringe el principio de legalidad. Conforme a este principio, la única fuente de delitos, penas y medidas de seguridad es la ley, y más concretamente: la ley orgánica (art. 81.1 CE), en tanto que los delitos, penas y medidas de seguridad desarrollan o afectan al desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas (esencialmente la libertad y el patrimonio, que quedan afectados por la pena privativa de libertad y por la pena de multa). El artí-

culo 379.1 remite, en su descripción típica, a la velocidad permitida reglamentariamente, esto es, a un texto normativo que no solo no tiene rango de Ley Orgánica sino que tiene un rango inferior a la de ley: un Real Decreto (el RD 1428/2003, de 21 de noviembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación), en relación con la Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y con el RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Ello significa que, al fin y al cabo, el delito se hace depender de la regulación contenida en el RD, que de esa manera es imprescindible para configurar el contenido de injusto. Así, el Reglamento de Circulación decidirá a qué velocidad debía circularse en un caso concreto (en función de si el conductor es novel o veterano y en función del vehículo que manejaba: coche, camión, ciclomotor, etc.) y sobre esa base habrá que estimar si se supera la cota permitida o no a efectos penales, esto es, si existe delito o no. En definitiva, el núcleo del delito de velocidad excesiva no lo fija el Código Penal (una Ley Orgánica) sino el Reglamento General de Circulación (un Real Decreto), lo que constituye una infracción clamorosa del principio de legalidad penal, desoyéndose con ello la doctrina del TC, según la cual ha de ser la ley penal y no la ley extrapenal la que fije el núcleo de la prohibición (STC 24/2004; así, también, Queralt)

(2) El artículo 379.1 cuestiona también el principio de igualdad, porque las reglas específicas de permisión de velocidad en función del tipo de conductor (novel, veterano, etc.) y en función del tipo de vehículo (camión, coche, ciclomotor, etc.) contenidas en el Reglamento General de Circulación podría tener justificación para el derecho administrativo de la circulación vial pero no para el derecho penal, que se limita a sancionar puestas en peligro o lesiones a bienes jurídicos y no supuestas omisiones de prudencia, precaución o

pericia sin contenido material. Por ello, la importación sin más al ámbito penal de las cotas administrativas de tolerancia (más estrictas para el conductor novel que para el veterano y más agravadas para camiones de carga que para turismo) resulta francamente intolerable y atentatorio contra el principio de igualdad, y —con él, también— contra el principio de culpabilidad, que es el único fundamento sobre el cual se puede imponer una pena.

Ejemplo: la presunción *iuris et de iure* de que un conductor joven que haya obtenido legítimamente el carné de conducir hace 10 meses genera más peligro si sobrepasa en 60 km la velocidad permitida, que quien lo obtuvo hace 13 es insostenible en derecho penal, pues no se basa en criterios de lesividad ni de culpabilidad, sino en un derecho penal del enemigo mal aplicado en el que se presupone la lesividad sin constatación alguna de su realidad. Sobre esto, trataremos más adelante en este artículo.

(3) El tipo quebranta también el principio de proporcionalidad, porque —con la referencia rígida al exceso de velocidad (60 u 80 km/hora según la vía por la que se circule)— se omite valorar las circunstancias que realmente pueden influir en la creación de un riesgo penalmente relevante.

Ejemplo: superar en 80 km/hora la velocidad con un potente BMW deportivo durante unos instantes, en una recta de una autopista desierta, sin vehículos ni personas en la calzada, con óptimas condiciones climáticas y en situación de perfecta visibilidad es a buen seguro mucho menos peligroso que superar 10 o 20 km, la velocidad permitida en zona urbana altamente poblada, por ejemplo, en la puerta de un colegio a la hora de salida del alumnado; sin embargo, la primera conducta sería delictiva y la segunda impune (crítico, por ello, también, Queralt).

Por ello, la referencia a la vía urbana e interurbana sin valorar el contexto social en que se desarrolla la conducta es, a todas luces, insuficiente e incorrecta dogmáticamente.

Ejemplo: un motorista que circula por una zona urbana peatonal, donde la velocidad autorizada es igual a 0: ya sobrepasar en 5 km/hora la velocidad permitida puede ser altamente peligroso para los viandantes (Queralt).

(4) Finalmente, la nueva incriminación de la velocidad excesiva atenta contra el principio de ofensividad porque, al igual que en otros tipos introducidos por la reforma legal de 2007, supone la creación de *ilegítimos delitos formales* (Queralt), carentes de contenido material de injusto; se trata de acciones que no solo no son susceptibles por sí mismas de lesionar un bien jurídico, sino ni tan siquiera de ponerlo en peligro, dándose éste por supuesto sin necesidad de constatación. Ello conlleva, además, la creación de un arbitrario derecho sancionador de oportunidad que deja en manos de la Administración, substrayéndose al administrado de toda posibilidad de seguridad jurídica (Queralt).

Penalidad

El delito de conducción a velocidad excesiva ha sufrido una modificación en cuanto a su penalidad: en la versión primera, configurada por la LO 15/2007, se preveía la pena de prisión (de 3 a 6 meses) o alternativamente pena de multa (de 6 a 12 meses) más la de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 90 días), a la que se sumará en todo caso la pena de privación del carné de conducir (por tiempo de 1 a 4 años). La LO 5/2010 ha eliminado la alternativa primera (prisión o multa + trabajos comunitarios) y considera esas tres penas ahora de manera alternativa. A ellas hay que añadir, necesariamente, la pena de retirada del carné de conducir (de 1 a 4 años).

La exposición de motivos de la LO 5/2010 considera que «de este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales». A ello se añade, por si fuera poco, la previsión del nuevo artículo 385 ter (introducido también por la LO 5/2010), según el cual podrá rebajarse la pena de prisión en un grado «en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho».

La previsión del legislador a efectos de penalidad no puede resultar más desacertada. Primero, porque el abanico de penas posibles es excesivo: prisión, multa, trabajos comunitarios y retirada del carné, de las cuales dos (una de las tres primeras y la cuarta) recaerán con seguridad en el autor, lo cual atenta contra el principio *ne bis in idem*; segundo, porque la falta de determinación de las mismas es más que evidente, lo cual pone en peligro el principio de taxatividad. Todo ello evidencia la falta de una política-criminal clara en esta materia y una imprecisión y una improvisación que resultan contraindicadas jurídicamente.

Delito de conducción habiendo consumido drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379.2)

Regulación legal

El apartado 2.º del artículo 379, justo después del delito de conducción a velocidad excesiva y con las mismas penas que éste, incrimina como delito la conducción habiendo consumido determinadas sustancias (bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas):

Art. 379.2: Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

Perfiles del contenido de injusto

La regulación de este delito es altamente deficiente. En su inciso primero da a entender que cualquier consumo de las mencionadas sustancias es delictivo. En el inciso segundo se menciona, empero, una tasa de alcohol (0,60 miligramos por litro en aire espirado o 1,2 gramos por litro en sangre), pero se omite cualquier mención al resto de sustancias no

alcohólicas. El artículo 379.2 menciona cuatro clases de sustancias:

(1) Alcohol, cuya constatación se determinará por un control de alcoholemia (aire espirado o en sangre), y cuya negativa dará lugar a otro delito diferente (art. 383).

(2) Droga tóxica: que alude a la sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.

(3) Estupefaciente: que es la sustancia narcótica (como la morfina o la cocaína) que hace perder la sensibilidad orgánica.

(4) Sustancia psicotrópica: que es aquella sustancia psicoactiva que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos de personalidad, afectando al sistema nervioso mediante la alteración de las funciones psíquicas.

El TS ha precisado la regulación legal exigiendo que es preciso que se conduzca *bajo la influencia* de alcohol o de las otras sustancias mencionadas en la ley, de manera que se exige la «indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción», de manera que el consumo de dichas sustancias ha de alterar perceptiblemente la capacidad de conducción: «el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa», con lo que se introduce el criterio ponderativo de la mayor o menor receptividad del sujeto a la sustancia ingerida. En este sentido, el TC tiene señalado que «se requiere no sólo la presencia de determinada concentración alcohólica, sino además que esta circunstancia influya en la conducción» (SSTC de 28 y 30.10.1985, 25.11.1991, etc.). La precisión no es baladí: no es infrecuente el caso de consumo de dichas sustancias sin que el conductor presente evidentes síntomas de alcoholismo o drogadicción que impidan la normal percepción y reacción.

En este sentido, la jurisprudencia del TS y del TC ha exigido la valoración de sig-

nos externos (maniobras antirreglamentarias o zigzagueantes, existencia de accidente, actitud agresiva del conductor, signos somáticos externos, como halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, pastosa o embrollada, memoria confusa, rostro congestionado y sudoroso, lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante y padecimiento de vómitos, etc.; caso omiso a las señales luminosas o acústicas de los agentes para la detención del vehículo, intento de dar la vuelta al divisar el control policial, etc.; al respecto, Olmedo), que denoten afectación del normal desempeño de la labor de conducción. En este sentido, la STC 319/2006, de 15 de noviembre, alude al derecho a la presunción de inocencia que se vería vulnerado por la mera acreditación objetiva mediante el resultado positivo en la analítica correspondiente, que —según esta jurisprudencia— no es suficiente para concretar el tipo. En definitiva, según el TC no basta el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que se debe comprobar el influjo perturbador que dicha sustancia causa en el conductor, lo que será ponderado por el juez o tribunal juzgador en una valoración de conjunto atendiendo a las circunstancias del caso y del grado de tolerancia del sujeto en relación a dichas sustancias.

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de Circulación dispone que los agentes de tráfico podrán someter a dichas pruebas: (1) a cualquier implicado como posible responsable en un accidente; (2) a quien conduzca con síntomas evidentes de hacerlo bajo la influencia de bebidas alcohólicas; (3) a los conductores denunciados por alguna infracción, y (4) los que sean requeridos en controles de alcoholemia.

De la doctrina jurisprudencial se infiere que la conducción con tasas inferiores de alcohol a las mencionadas en el tipo será constitutiva de infracción administrativa. Habrá de

valorarse, en todo caso, la clase de vehículo que se conduce. Si se trata de vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, servicio público, transporte escolar o mercancías peligrosas y transporte de urgencia el límite se halla en 0,15 miligramos por litro en aire espirado.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que el tipo de conducción bajo el influjo de estas sustancias constituye, habida cuenta de su configuración legal, un delito de peligro abstracto (por todos, Carmona, Olmedo; STS 1133/2001, de 11 de junio), que —salvo la conducción de un vehículo a motor bajo los efectos de las sustancias citadas— no exigiría ningún requisito adicional para la perfección del comportamiento descrito por la norma (Olmedo). Sin embargo, es complejo congeniar la constatación de la lesión a un bien jurídico colectivo o abstracto con la exigencia de que el consumo de las sustancias mencionadas realmente altere el desempeño normal de la conducción. En concreto, puede plantearse el interrogante de cuándo la conducción habiendo consumido dichas sustancias tras pasa el límite de la infracción administrativa convirtiéndose en un injusto penal. La STS 3/1999, de 9 de diciembre (ponente: Puerta Luis), exige que «para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.)». Ello significa que el TS, procurando salvar la insoportable imprecisión legal, ha concretado el grado de abstracción de la ley penal, exigiendo acertadamente un mínimo nivel de lesividad, tanto para bienes individuales (vida, integridad personal) como para el bien colectivo (seguridad vial).

Sujeto activo del delito puede ser cualquiera, con independencia de que tenga carné de conducir o no (si no tiene, además,

incurre en otro delito diferente: el del art. 384). Algunos autores consideran que el delito del artículo 379.2 constituye uno de propia mano, que exige el tracto sucesivo de la conducción personal por parte del sujeto activo. Esta postura es errónea. La adopción de esa postura impediría que pudiera cometerse por omisión el delito de conducción bajo el influjo de las mencionadas sustancias. Sin embargo, es perfectamente imaginable la responsabilidad del garante que no omite, pudiendo y debiendo hacerlo, que el conductor maneje en tales circunstancias (comisión por omisión *ex* art. 11). En ese supuesto, respondería el garante, sin ser él mismo fácticamente conductor, por el delito del artículo 379.2.

Mayores problemas prácticos presenta la ingestión de drogas, sustancias psicotrópicas o alucinógenos. En relación con las bebidas alcohólicas, el legislador fijó un parámetro mínimo, que se omite en lo referente a esas otras sustancias prohibidas. La jurisprudencia ha considerado suficiente para la concreción del tipo del 379.2 la circulación después del consumo de una dosis de pastillas, rayas de cocaína, heroína inyectada, metadona mezclada con heroína, incluso de alcohol mezclado con pastillas *speed*, cuya ingestión resulta constatada con la prueba analítica correspondiente que desvirtúan la presunción de inocencia del sujeto en cuestión. Sin embargo, se insiste en la necesaria afectación del correcto desempeño de la conducción como elemento habilitante para la sanción penal.

Delitos de conducción con temeridad manifiesta (arts. 380 y 381)

Los artículos 380 y 381 incriminan el tipo de conducción con temeridad manifiesta, del que se prevén tres figuras delictivas diferentes:

- Tipo básico (art. 380.1), consistente en la conducción temeraria poniendo en concreto peligro la vida o integridad física de los demás.

- Tipo agravado (art. 381.1), que sanciona la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, y un

- Tipo atenuado (art. 381.2), que incrimina la conducción temeraria sin poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas.

Tipo básico (art. 380.1)

El nuevo artículo 380 (heredero del anterior art. 381) incrimina, en dos apartados, el tipo básico de conducción con temeridad manifiesta:

Art. 380: 1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

En el apartado primero se describe el núcleo del injusto, que gira en torno a dos elementos:

(1) la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor con temeridad manifiesta, de tal modo que: (2) se ponga en concreto peligro la vida o integridad física de las personas. Por su parte, el apartado segundo contiene una presunción *iuris et de iure* de temeridad. Veamos estos elementos brevemente.

El término normativo de temeridad constituye un concepto jurídico indeterminado cuya determinación de su contenido ha de ser llevada por el juez o tribunal. La ley solo menciona, en el artículo 380.2, una pauta para esa interpretación, al mencionar un supuesto en el que, en todo caso, existe temeridad manifiesta. Pero fuera de ese supuesto, el juez habrá de valorar si la conducción en cuestión reúne la condición de manifiesta temeridad (Morillas, Suárez López). La jurisprudencia ha identificado en ocasiones la conducción temeraria con la infracción grave de las normas administrativas de cuidado contenidas en

el Reglamento de Circulación y en la Ley de Tráfico. El concepto normativo de temeridad manifiesta no es un concepto administrativo, sino un concepto penal; con él se alude al modo de conducción prescindiendo de las más básicas y elementales reglas de conducción, pero necesariamente se ha de vincular con la exigencia de creación de un concreto peligro para la vida o integridad física de las demás conductores o viandantes. Temeridad manifiesta significa, pues, incremento notorio del riesgo que conlleva una elevación evidente de la probabilidad de que se acontezca un riesgo lesivo inminente jurídico-penalmente desaprobado. Para ello, el juez habrá de valorar las circunstancias o factores presentes en el caso, tales como condiciones climatológicas (tormenta, lluvia, niebla, etc.), estado de visibilidad, mantenimiento de la calzada, existencia de otros elementos (objetos o personas), etc. (Tamarit).

Ejemplo: adelantar en un cambio de rasante o invadir la calzada contraria en una curva con escasa visibilidad cuando circulan vehículos en sentido contrario, etc.

El apartado 2.º vuelve a hacer uso de la técnica de la presunción *iuris et de iure*: conforme a ella, se presume que existe temeridad manifiesta (y, por tanto, peligro concreto para la vida o la integridad física de los demás) si en la conducción concurren las dos circunstancias mencionadas en el artículo 379, a saber: el exceso desproporcionado de velocidad y la presencia de una alta tasa de alcohol (superior a 0,60 mg por litro en aire espirado o a 1,2 gramos por litro en sangre). La redacción del precepto da a entender que, para que pueda aplicarse el tipo de conducción con temeridad manifiesta, se exige la presencia de los dos elementos mencionados (velocidad excesiva y conducción étlica), de manera que si solo se da uno, se aplicaría el artículo 379 y si se dieran los dos, el artículo 380. Esta conclusión es, empero, errónea. Las relaciones concursales entre los dos delitos no son tan claras (como veremos

en el apartado siguiente) y, en todo caso, la presunción *iuris et de iure* de temeridad no agota el contenido de la conducción con temeridad manifiesta. Si se dan los elementos a que se refiere la presunción (exceso de velocidad y alcoholemia) se aplica —no hay duda— el art. 380. Pero también puede existir temeridad manifiesta sin que concorra ninguno de los dos elementos; es decir, no hace falta el exceso de velocidad y el estado de embriaguez para poder conducir de manera manifiestamente temeraria.

Ejemplo: sobrepasar a un vehículo por la derecha en una maniobra arriesgada que pone en peligro la vida de un motorista constituye temeridad manifiesta, a pesar de que el conductor no supere el límite de velocidad ni dé positivo en el control de alcoholemia.

Además, cabe plantear el interrogante siguiente: ¿por qué si se conduce con exceso de velocidad y bajo influjo del alcohol se aplica el delito más grave (del art. 380) y si se conduce con exceso de velocidad y —por ejemplo— bajo el influjo de drogas corresponde aplicarse el delito más leve del art. 379? Esta limitación del tipo al exceso de velocidad y a la tasa de alcohol, dejando fuera el resto de sustancias mencionadas en el art. 379.2 (drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas) resulta injustificable desde el punto de vista dogmático.

La pena del presente tipo básico se eleva considerablemente con relación al delito del artículo 379. En todo caso, se impondrá la pena de prisión (de 6 meses a 2 años) y, además, la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (por un lapso de tiempo de un año mínimo, hasta un máximo de 6).

Tipo agravado (art. 381.1)

El artículo 381 (que proviene de una refundición de los anteriores artículos 384 y 385) incrimina un tipo agravado de conducción manifiestamente temeraria:

Art. 381.1: Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

Este tipo agravado comparte con el tipo básico el elemento de la temeridad manifiesta, pero a diferencia de él exige la presencia de manifiesto desprecio por la vida de los demás. La cuestión principal estriba, pues, en la delimitación entre concreto peligro y manifiesto desprecio por la vida de los demás. Ambas conductas suponen la concreción dolosa de un peligro para el bien individual, pero el manifiesto desprecio supone un plus de peligrosidad con relación al concreto peligro, de manera que la conducción supone un extraordinario peligro para el bien individual, esto es, una constituye una conducta altamente temeraria (Montaner). Por ello, el tipo agravado del artículo 381.1 se asimila a una tentativa de homicidio (con dolo eventual), razón por la cual la doctrina denomina a este tipo como conducción suicida o conducción homicida (Orts Berenguer, González Cussac).

Este tipo, introducido en los años ochenta del pasado siglo ante la proliferación de conductores suicidas en carreteras españolas, ha tenido escasa aplicación en la práctica, debido —sin duda— a las enormes dificultades de delimitación, de un lado, entre los elementos típicos concreto peligro y manifiesto desprecio por la vida, y —de otro— entre el manifiesto desprecio por la vida de los demás y la tentativa de homicidio con dolo eventual.

Aun así, en algunos supuestos de conductores suicidas se ha aplicado el tipo del 381.1. Por ejemplo, la STS de 11.4.2001 (ponente: Andrés Ibáñez) apreció manifiesto desprecio por la vida de los demás en el supuesto de un conductor que circuló, en sentido contrario, por una autovía transitada por vehículos durante un trayecto aproximado de dos km, haciendo caso omiso a las advertencias de los

vehículos que encontraba en su camino, incluso aumentando la velocidad ante las mismas. Asimismo, la STS de 25.10.1999 (ponente: Puerta Luis) constató la presencia de manifiesto desprecio por el bien individual en la conducta del motorista que circuló a elevada velocidad, con su esposa como acompañante, por una zona campestre plagada de montículos y gravilla en la calzada, de manera que incrementó notoriamente el riesgo para la vida de su esposa y aun de un guardaespaldas que le seguía.

La diferencia entre el concreto peligro y el manifiesto desprecio por la vida ha de establecerse, pues, en un parámetro objetivo de creación de un riesgo mayor para el bien individual.

Sin embargo, una parte de la jurisprudencia ha pretendido hallar una diferencia en el aspecto subjetivo. Así, la STS de 1.4.2002 (ponente: Jiménez Villarejo) consideró que la diferencia estribaba en el dolo eventual del sujeto en relación con el resultado lesivo de probable e inminente producción. De esa forma se configura el tipo como una especie de tentativa de homicidio doloso-eventual.

Este intento de explicación del tipo basado en criterios subjetivos es infructuoso, pues si el tipo constituyera, como defiende la STS citada, una incriminación específica de la tentativa de homicidio doloso-eventual entonces no puede explicarse por qué razón al supuesto general de tentativa de homicidio del artículo 138 se aplicaría una pena considerablemente mayor (prisión de 5 a 10 años) que la que se prevé para este delito del artículo 381.1 (prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del carné de conducción por tiempo de 6 a 10 años) siendo así que no solo se pone en peligro el bien individual (la vida) sino además otro bien jurídico colectivo (la seguridad vial).

Tipo atenuado (art. 381.2)

Por su parte, el artículo 381.2 incrimina un tipo atenuado de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás cuando no

concurriere peligro concreto para la vida o integridad de los demás:

Art. 381.2: Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

Este tipo supone, si se permite la expresión, rizar aún más el rizo en esta enmarañada configuración legislativa. Pareciera que el tipo del artículo 381.2 sería un tipo atenuado (conducción temeraria sin poner en peligro concreto el bien jurídico individual) en relación con el tipo del artículo 380.1 (temeridad manifiesta con peligro concreto para el bien individual). Sin embargo, esa interpretación no es posible porque la pena del primero (prisión de 1 a 2 años, multa de 6 a 12 meses y privación del carné de conducir de 6 a 10 años) es mayor que la del segundo (prisión de 6 meses a 2 años y privación del carné de 1 a 6 años), a pesar de que en aquel no concurre peligro concreto para el bien jurídico individual y en este sí. La única interpretación plausible pasa, pues, por concebir el tipo del artículo 381.2 como un tipo atenuado del artículo 381.1, esto es, como un delito de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás, aunque no se llega a poner en peligro concreto dicho bien jurídico individual.

De esta manera, la configuración típica del artículo es criticable, en tanto hace depender el injusto no de una constatación objetiva de un peligro concreto (que no existe) sino de un elemento subjetivo como es el manifiesto desprecio por la vida de los demás. Lo relevante sería, desde esa perspectiva, la actitud interna o personal de rebeldía o enemistad que muestre el conductor con relación a la vida de los demás, pero sin realizar una conducta que llegue a poner en peligro dicho bien. De esta forma, se configura un tipo penal de autor, cercano a un derecho penal de la voluntad o del ánimo, cuya legitimidad es francamente cuestionable a la luz del principio del hecho.

Problemas concursales

las difíciles relaciones concursales entre los artículos 379, 380 y 381 cp

Además de las dificultades intrínsecas a la interpretación individual de cada figura típica, los delitos descritos en los artículos 379, 380 y 381 CP plantean graves problemas concursales, por mor de la invasión y del solapamiento material de su correspondiente contenido. A priori, el tipo del artículo 379 parece describir un tipo básico, mientras los demás serían tipos agravados dependientes de él. Pero en una lectura más detenida esa supuesta diferencia se torna menos nítida y más confusa. Un intento de delimitar el ámbito propio de los delitos contenidos en los tres preceptos citados podría esquematizarse de la siguiente manera:

1. Artículo 379: describe un tipo de peligro abstracto de conducción temeraria, fundamentado bien en la velocidad excesiva o bien en la presencia de una determinada cota de alcohol (superar en 60 u 80 km/hora el máximo de velocidad), la tasa de alcohol (0,60 o 1,2 en aire o en sangre) u otra sustancia tóxica.

2. Artículo 380: tipo de peligro concreto basado en la temeridad manifiesta, la cual se da bien cuando concurren las dos circunstancias del artículo 379 (velocidad excesiva y tasa etílica) o bien sin ninguna de esas dos circunstancias cuando se constate una especial peligrosidad.

3. Artículo 381.1: tipo de peligro concreto que exige un manifiesto desprecio por la vida con peligro para la vida, pero que —a su vez— no llega a constituir propiamente tentativa de homicidio. Si llegara a ser tentativa de homicidio se sancionaría como tal, conforme a la regla concursal del artículo 382 (véase, a continuación).

4. Artículo 381.2: tipo de peligro mixto abstracto-concreto o —mejor aún— abstracto hipotético: es peligro abstracto en cuanto al elemento manifiesto desprecio por la vida, pero es peligro hipotético en tanto que ese desprecio,

siendo idóneo para poner en peligro un bien individual (sin peligro concreto), no llega a ponerlo, aunque el legislador valora dicha idoneidad y castiga hipotéticamente su producción.

Regla concursal y de penalidad (art. 382)

El artículo 382 contiene una doble regla concursal y de penalidad: la primera, correspondiente al primer párrafo del artículo 382, resulta aplicable a los artículos 379 a 381 en caso de resultado lesivo sobrevenido; y la segunda, contenida en el párrafo segundo del precepto, fue introducida por la LO 2/2019, de 1 de marzo (BOE de 2 marzo y vigente desde el 3 de marzo), y se refiere a la agravación de la pena cuando el resultado lesivo coincida con un delito agravado de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida del artículo 381:

Art. 382: Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Cuando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior.

En los supuestos a los que se refiere el párrafo primero, el legislador opta por un concurso de delitos de manera que, a efectos de determinación de la pena, se estará únicamente a la infracción más grave, cuya pena se impondrá en su mitad superior, además del resarcimiento civil a que hubiera lugar. Esta regla concursal puede resultar contraproducente, toda vez que algunos de los tipos penales descritos en esta sede ya incorporan en su contenido de injusto, junto a la lesión del bien colectivo seguridad vial, la referencia al peligro concreto de un bien individual.

Ejemplo: un sujeto supera en 60 km/hora la velocidad permitida en zona urbana (art. 379.1). Si añadimos un peligro a un bien individual, nos seguimos encontrando dentro del ámbito de los delitos contra la seguridad vial, ahora en sede del delito de conducción temeraria del artículo 380.1 o del tipo agravado del artículo 381.1 (temeridad manifiesta).

Para ello, no nos hace falta ninguna regla concursal, porque esos tipos penales ya incorporan una referencia a un bien individual. Pareciera, pues, que la regla concursal del artículo 382 tendría cabal sentido si todos los tipos penales contra la seguridad vial, fueran tipos abstractos o difusos, en los que se conducción temeraria—sobreviniera además un ulterior resultado lesivo (lesiones o muerte) que afectara un bien individual se apreciaría únicamente la infracción más grave (en principio, la afeción del bien individual: el delito de lesiones u homicidio imprudente). Pero mientras se mantengan los tipos mixtos (lesión de bien colectivo y afeción del bien individual) la regla concursal perderá parte de su capacidad de rendimiento, en tanto que *de facto* se imposibilita que a un tipo penal que ya incorpora una puesta en peligro de un bien individual se le añada una (ulterior) lesión de otro bien jurídico.

Por lo demás, con la distribución de la penalidad en los tipos delictivos el tipo colectivo es, muchas veces, el más grave, quedando por tanto impune la sobrevenida lesión de un bien individual.

Ejemplo: un sujeto conduce su vehículo a motor temerariamente con *manifiesto desprecio por la vida de los demás*, incurriendo en el delito del artículo 381.1 y siendo sancionado a una pena de prisión de 2 a 5 años, multa de 12 a 24 meses y privación del derecho a conducir por un tiempo de 6 a 10 años. Imagínese que con motivo de dicha conducción atropella temerariamente a un viandante causándole incluso la muerte.

Este resultado lesivo sobrevenido podría ser sancionable como delito doloso de homicidio (lo cual exigiría la prueba de un —muchas veces difícilmente demostrable— dolo concreto de matar en el agente, aunque sea como dolo eventual) o, si no se llegara a demostrar

tal dolo, como homicidio por imprudencia grave, incriminado en el artículo 142.1 y 2, y que sigue siendo el título de imputación mayoritario en la práctica judicial en materia de tráfico vial. Conforme a este tipo penal, «[e]l que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años» (art. 142.1) y además a «la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores» por tiempo de uno a 6 años (art. 142.2). De ahí se deriva que el resultado delictivo causado (la muerte del viandante) que, en principio, debiera integrar un delito más grave, es paradójicamente menos grave que el delito de conducción temeraria del 381.1. Eso significa que cuando sobreviene la muerte de un viandante al conductor se le impone, en su mitad superior, las penas del primer delito contra la seguridad vial (que ya incorpora la afección al bien jurídico colectivo y también al bien individual). O, lo que es lo mismo, que al conductor que maneja temerariamente su vehículo con manifiesto desprecio por la vida de los demás el hecho de atropellar y matar de manera imprudente a un viandante le sale gratis, porque en todo caso únicamente le van a imponer (en su mitad superior) las penas que ya le hubieran impuesto o le hubieran podido imponer si no hubiera producido dicho atropello y dicha muerte.

De estas consideraciones se derivan como conclusión: primero, que la regla concursal del 382 sirve para poco, y además origina más problemas que los que puede resolver. Y segundo, que los nuevos delitos contra la seguridad vial desconocen en absoluto la mínima proporción que debiera existir entre la penalidad de los tipos penales. El legislador ha agravado los delitos contra la seguridad vial, configurando delitos que atentan contra bienes de diversa entidad e imponiéndoles penas tan graves que incluso, sin producir muerte alguna, superan la penalidad del mismo delito de homicidio imprudente.

El nuevo delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis)

(Re) introducción de la figura en la legislación española

La reciente LO 2/2019, de 1 de marzo (BOE de 2 marzo y en vigor desde el 3 de marzo) introdujo *ex novo* en el Código Penal el artículo 382 bis que incrimina en los siguientes términos el delito de abandono del lugar del accidente, también llamado delito de fuga:

Art. 382 bis: 1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.

3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años.

La nueva figura plantea diversas cuestiones esenciales y problemáticas, que enunciaremos aquí de manera esquemática y desarrollaremos a continuación:

- *Ratio* de su introducción, antecedentes y derecho comparado: ¿por qué se introduce en nuestra legislación?, ¿se hace por primera vez?, ¿regulan otros códigos penales figuras similares?

- Bien jurídico: ¿se protege aquí la misma «seguridad vial» que anuncia la rúbrica?

- Contenido de injusto: ¿cuál es el contenido material de injusto y en qué elementos se fundamenta el mismo?

- Pertinencia político-criminal: ¿qué valoración merece la introducción de esta figura?

Ratio essendi de la figura, antecedentes y derecho comparado

1. El reformador penal de 2019 señala, en el preámbulo de la LO 2/2019, la razón de ser y los caracteres esenciales de la figura:

- Autonomía respecto de la conducta precedente: el legislador configura el delito de fuga como un tipo doloso, diferente, autónomo e independiente de la conducta imprudente o fortuita anterior, originadora del accidente.

- Maldad intrínseca del abandono, solidaridad con las víctimas y expectativa de recibir atención: según el legislador, triple es la razón de ser que justifica la inclusión de esta figura, pues:

[L]o que se quiere sancionar en este caso es la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico.

- Subsidiariedad respecto de la omisión de socorro: finalmente, el Preámbulo de la ley de reforma pretende delimitar el tipo de abandono del lugar del siniestro y la omisión del deber de socorro para evitar el concurso de normas, de manera que configura el tipo de fuga de manera subsidiaria y atenuada en relación a la omisión de socorro, pues en el tipo de fuga engloba «los casos de personas que sufran lesiones graves pero en las que no concurren los requisitos del peligro manifiesto y grave que exige la omisión del deber de socorro».

2. Frente a lo que insinúa el legislador, que presenta la figura como una novedad plena de su reciente reforma, la doctrina (Lanzarote Martínez, Vargas Cabrera) ha señalado algunos antecedentes del delito de fuga en nuestra legislación.

Así, se mencionan el artículo 537 del CP de 1928 (Código de Primo de Rivera) o el artículo 5 de la Ley del Automóvil de 1950 «el conductor [...] que no presta a su víctima el socorro debido y, dejándola abandonada, huye para eludir las consecuencias de su hecho [...]», aunque algún autor ha considerado que —más que precedentes del delito de fuga— esas dos figuras son antecedentes del delito de omisión del deber de socorro (así, Díaz y García-Conlledo, Benítez Ortúzar, Traperro Barreales).

Por su parte, De Vicente Martínez menciona otro significativo precedente, que no conformaba entonces un delito, sino una infracción administrativa: artículo 49.a) del Código de Circulación de 26 de septiembre de 1934, según el cual «todo conductor de un vehículo cualquiera que, sabiendo que ha causado u ocasionado un accidente, no se pare, escape o intente escapar para eludir la responsabilidad penal o civil en que pueda haber incurrido [...]».

3. El delito de fuga encuentra figuras equivalentes en el derecho comparado, en países como Alemania, Francia o Italia (al respecto, Benítez Ortúzar, Castro Moreno, De Vicente Martínez, Lanzarote Martínez), en los que no se castiga tanto la falta de solidaridad ni la desatención de deberes de socorro cuanto el acto de eludir hacer frente a las obligaciones de resarcimiento de las víctimas.

En Alemania, por ejemplo, dentro de los *delitos contra el orden público* (§§ 123 a 145d StGB) se incrimina el *alejamiento no permitido del lugar del hecho* (§ 142.1), que castiga con pena de prisión de hasta tres años de duración o con multa al «sujeto que, habiendo tomado parte en un accidente de tráfico, se aleje del lugar del hecho antes de que: 1. haya facilitado a los restantes intervinientes y damnificados la identificación de su persona, de su vehículo y la clase de intervención en el accidente, mediante su presencia y la declaración de haber intervenido en el accidente; o 2. haya aguardado, según las circuns-

tancias, un tiempo adecuado sin que nadie haya estado dispuesto a efectuar las identificaciones mencionadas». Asimismo, se castiga también a quien «se haya alejado del lugar del siniestro y no facilite con posterioridad de inmediato las identificaciones: 1. una vez que haya transcurrido el tiempo prudencial; o 2. lo haga excusándose o justificándose» (§ 142.2), aunque queda exonerado de delito si facilita, incluso con posterioridad, al beneficiario o a la policía tales datos, poniéndose a disposición (§ 142.3), así como podrá atenuarse o incluso eximirse de pena si facilita, dentro de las 24 horas posteriores al accidente, la identificación de manera voluntaria y se trate de un accidente que únicamente genera un daño material insignificante (§ 142.4).

Bien jurídico: ¿un ataque a la seguridad vial?

El nuevo delito se incorpora dentro de los *delitos contra la seguridad vial* (cap. IV del título XVII). Ello plantea la cuestión del bien jurídico protegido en esta figura.

- Parece claro que la seguridad vial no es el bien jurídico protegido en esta figura, como tampoco lo es la vida ni la integridad personal de las personas a quienes se abandona, en la medida en que el tipo admite que tales personas hayan fallecido, de suerte que no habría bien alguno que proteger.

- El legislador, en el Preámbulo de la LO 2/2019, al mencionar la esencia del delito (la «maldad intrínseca» que entraña abandonar a un lesionado o un fallecido) parece indicar, otros posibles bienes jurídicos: la solidaridad con las víctimas y las legítimas expectativas de ser atendido después de un accidente de tráfico:

- Empezando por éstas últimas, las «legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico», habría que decir que serían inexistentes en el supuesto, contemplado por el legislador, de que los accidentados estuvieran muertos, de manera que no puede ser un criterio decisivo y, en todo caso, si estuvie-

ran heridos y se les dejara desamparados, no se distinguiría la presente figura del tipo de omisión del deber de socorro tras accidente fortuito o imprudente (art. 195.3).

- La *falta de solidaridad con las víctimas*, en el sentido de atención altruista al prójimo, tampoco puede ser un criterio idóneo ni decisivo en esta materia, primero porque eso es lo que se combate en el tipo de omisión de socorro y, segundo, porque no tendría sentido que un delito contra la seguridad vial protegiera la solidaridad humana.

- Algún autor ha señalado que el tipo sanciona la obstaculización al correcto funcionamiento de la Administración Pública a través de la labor de identificación e investigación de la Fuerza Pública, de manera que, en puridad, el tipo se configuraría como un delito contra la Administración de Justicia (así, Castro Moreno). Ello supondría, en todo caso, el castigo del autoencubrimiento (Bustos Rubio) algo inaceptable en un Estado de derecho respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y con el derecho de defensa. En todo caso, se compromete la constitucionalidad de la figura (por todos, Castro Moreno).

- En realidad, no es extraña la dificultad de hallar un bien jurídico idóneo. El motivo de la dificultad estriba en que no nos encontramos ante una conducta inequívocamente penal sino, todo lo más, ante una conducta de relevancia administrativa o civil (lo que se pretende es que el sujeto no eluda el pago de las eventuales obligaciones resarcitorias que eventualmente se originen por su interacción en el accidente de tráfico) pero incluso también ante una conducta que no debiera merecer reproche penal alguno pues el sujeto que se ausenta del lugar del siniestro producido fortuitamente ni siquiera tiene responsabilidad alguna resarcitoria o civil respecto de los lesionados. Se trata, más bien, de un delito sin ofensa, de un tipo penal sin contenido de injusto, cuya tipificación es superflua porque si la víctima del accidente se halla en peligro,

se aplicará el artículo 195.3 (cuando no, claro está, un delito de lesiones o aun de homicidio imprudente o doloso), y si está muerta, no se lesiona solidaridad ni integridad física ni vida alguna con la huida del sujeto.

Análisis dogmático: inconvenientes

El núcleo del tipo se substancia con la conducta abandonar el lugar de los hechos tras causar un accidente. Varias consideraciones deben realizarse al respecto:

- El tipo exige, pues, una conexión causal entre la producción del accidente y el acto subsiguiente del abandono.

- La expresión *tras causar* exige que el sujeto activo sea el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor implicado en un accidente (delito especial), no bastando con que sea un mero peatón que observa la situación ni un usuario en silla de ruedas que cruza indebidamente y causa el accidente: no es conductor a efectos típicos, ni existe vehículo a motor ni ciclomotor a efectos penales.

- La locución *tras causar* pareciera exigir que el conductor que luego se marcha del lugar del accidente sea responsable del mismo. Pero no se exige ello, al menos en la modalidad de accidente fortuito (art. 382 bis.3): si el accidente es fortuito no es imputable a nadie.

- Dos son los tipos penales incriminados por el legislador:

(a) Que el abandono fuera subsiguiente a una conducta imprudente del propio fugado (art. 382 bis.2). En este primer supuesto la penalidad es desproporcionadamente elevada: pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años: en concreto, la misma pena de prisión que la omisión del deber de socorro tras un accidente imprudente, más la privación del carné de conductor, que no existe en la omisión de socorro. De esta manera, resulta paradójico que el delito de fuga, que el legislador intenta distinguir de los casos de omisión de socorro (*fuera de los casos*

contemplados en el artículo 195, dice el tipo), y que, en todo caso, debiera ser menos grave que aquél (en la medida en que la fuga se produce «sin que concurra riesgo propio o de terceros» y la omisión de socorro consiste en no socorrer a una persona que se halle desamparada y exige «peligro manifiesto y grave»), resulta que es castigado absurdamente con una pena mayor aunque el contenido de injusto es menor.

(b) Que el abandono siga a un accidente fortuito (art. 382 bis.3). También la pena aquí (de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años) es superior a la de la omisión de socorro tras un accidente fortuito (prisión de seis meses a 18 meses), con lo que el delito de menor gravedad es sancionado con una pena mayor que el delito de mayor gravedad.

- Por lo demás, en el accidente se exige que haya fallecidos (uno o varios) o al menos accidentados (con lesiones, dice el legislador, que constituye *un delito del artículo 152.2*, cuando en realidad quería decir lesiones subsumibles en los artículos 147.1, 149 y 150 CP; así, Trapero Barreales), con lo cual, el conductor, antes de fugarse, ha de cerciorarse de que realmente existe algún fallecido o algún herido por un delito de ese precepto. Pero sucede que si el accidente fue causado fortuitamente, no existe delito de lesiones, de manera que se haría, paradójicamente, impracticable el tipo penal.

- Finalmente, la huida ha de realizarse *voluntariamente* (¿se excluyen los casos en los que el conductor, al ver la sangre, huye asustado despavoridamente?) y no debe concurrir *riesgo propio o de terceros*, exigencia ésta absurda porque, para el conductor, si se va, incurre en el presente delito (con lo cual sí existe siempre riesgo propio) y el accidentado, si ha sobrevivido, también estaría en peligro, con lo cual, una vez más, no podrían darse las condiciones del tipo penal.

Pertinencia político-criminal

Con lo dicho, quedan claras varias cosas:

- El delito de fuga no constituye una novedad en nuestra legislación ni llena laguna alguna.

- Existen dudas (rayanas en la certeza) de inconstitucionalidad: carece de contenido de injusto, lesiona derechos fundamentales (como el de defensa, el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia) cuando no la libertad de movimiento de quien, habiéndose visto implicado contra su voluntad en un accidente fortuito, se ausenta del lugar de los hechos para acudir, por ejemplo, a su propia boda, a un partido de fútbol o a su lugar de trabajo.

- Su introducción es plenamente contraindicada, porque configurándose como un tipo de menor gravedad que la omisión de socorro que sigue a un accidente (fortuito o imprudente) es castigado absurdamente con mayor pena que él.

Delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción (art. 383)

Previsión legal

El artículo 383 incrimina un delito autónomo consistente en la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en el conductor:

Art. 383: El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Antes de la reforma de 2007, este delito se configuraba (en el antiguo art. 380) como un delito de desobediencia grave (art. 556), al cual se remitía a efectos de determinación del injusto y de la penalidad. La LO 15/2007 concedió autonomía a este delito, dándole carta

propia de naturaleza como delito contra la seguridad vial, con una particular descripción típica y con una penalidad propia, si bien la descripción típica permanece inalterada.

Concreción del injusto típico y legitimidad punitiva

No obstante, el cambio locativo del tipo y la autonomía del injusto, la esencia de este delito sigue siendo una desobediencia o desacato a la autoridad. Se trata, pues, de un delito eminentemente administrativo donde se afecta el bien jurídico tutelado de la incoercibilidad de la función pública, y no un bien jurídico colectivo (como podría ser la seguridad vial) ni tampoco un bien jurídico individual.

Las penas, en este caso, son también cumulativas: prisión de 6 meses a un año y privación de la licencia de conducir de uno a 4 años. Aunque la pena de prisión permanece idéntica a la prevista en la regulación anterior, llama la atención que el legislador haya incorporado también de manera conjunta la pena de privación del permiso de conducir. Esa privación de un derecho perteneciente a la esfera de personalidad del ciudadano (conductor) únicamente puede entenderse (lo cual no equivale a su justificación) en el marco político-criminal de agravación pertinaz de las sanciones contra conductores, a quienes se observa más como un foco de peligro capaz de originar riesgos socialmente desestabilizadores que como un ciudadano responsable, gestor eficaz de riesgos y titular de derechos y obligaciones (persona en derecho). En una palabra: esa privación adicional y obligatoria del carné de conducir únicamente puede explicarse dentro de la idea de combate del conductor como enemigo que ha inspirado la reforma penal de 2007 en esta materia. En el último apartado veremos que la indiscriminada tipificación realizada por el legislador no es, desde luego, la más acertada de todas las posibles.

El TC ha desechado la idea de que el presente delito pueda considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y

a no confesarse culpable, pues únicamente se exige al sujeto someterse a una prueba con su colaboración no equiparable en el ámbito de los derechos de los artículos 17.3 y 24.2 CE (SSTC 103/1985 y 161/1997). Por su parte, el TS ha rechazado la presencia de delito en las situaciones en que, incluso negándose el conductor a someterse al control en cuestión, no presente síntomas de hallarse *bajo la influencia del alcohol* u otras sustancias, situación ésta que —en todo caso— podría acarrear una sanción administrativa. Con ello, se reduce sensiblemente el ámbito de eficacia y aplicación del presente delito, que —para algunos autores— representaría un ejemplo de derecho penal simbólico, sin mayor trascendencia práctica ni real que el mero efecto intimidatorio de la conminación penal.

El TS ha establecido criterios orientativos a efectos de fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa. Negarse al control de alcoholemia o drogadicción será delito cuando: (1) el conductor esté implicado en un accidente, o (2) presente síntomas evidentes de hallarse bajo efectos del alcohol. Sin embargo, en casos de conductores denunciados por alguna infracción o que sean requeridos en un control preventivo, solo será delito cuando los agentes advierten síntomas evidentes de que el conductor se encuentra bajo efectos del alcohol o drogas, haciéndoselo saber al requerido. Sin embargo, cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa al control dará lugar únicamente a una sanción administrativa.

Delito de conducción sin carné de conducir vigente (art. 384)

regulación de la figura delictiva

La LO 15/2007 introdujo en el art. 384 el tipo delictivo de conducción sin licencia válida:

Art. 384: El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con

la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

La misma pena se impondrá al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

El presente delito constituye una figura hasta ahora inédita en el moderno panorama legislativo español. Previsto como delito en el CP de 1928 y en otros textos posteriores (por ejemplo, en la Ley 3/1967), fue destipificado definitivamente por obra de la LO 8/1983, que reputa esta conducta como un simple ilícito administrativo, sin contenido de injusto material relevante para el derecho penal. El reformado de 2007, sin embargo, rescató un cuarto de siglo después esta figura, y lo hizo de tal manera que sus perfiles normativos resultan francamente criticables.

Modalidades típicas y dificultades de legitimación

El núcleo de la acción típica consiste en conducir careciendo el conductor de carné o licencia válida y vigente habilitante para ello. En concreto, según la descripción típica, ello puede suceder en tres situaciones, que son las tres modalidades de conducta previstas en este delito:

1. Pérdida de todos los puntos del carné: a esta primera modalidad la podríamos llamar suspensión administrativa de la licencia o permiso de conducir y se rige por el sistema de puntos previsto por Ley 17/2005, de 19 de julio.

2. Privación cautelar o definitiva del carné por decisión de un juez o tribunal: que constituye una suspensión judicial en forma de medida cautelar o de condena penal, y finalmente.

3. Conducir sin haber obtenido en absoluto licencia para manejar.

Estas formas de conducta son modalidades fenotípicas: entre ellas no existe diferencia material alguna, esto es, el tipo de injusto es idéntico en los tres casos. Por ello, para que se integre el tipo penal es indiferente que se realice cualquiera de las tres modalidades, pues todas ellas de manera autónoma integran el injusto típico y todas ellas reciben la misma conminación penal.

Pues bien, este delito, de tan reciente partida de nacimiento en nuestro ordenamiento, constituye también un ejemplo de elevación de una infracción administrativa a categoría de delito. Anteriormente, la conducción sin carné de conducir vigente constituía un ilícito administrativo. Ahora se le ha creado a esa conducta carta de naturaleza entre las conductas delictivas y se halla tipificada como tal en el CP. La creación de este nuevo tipo penal no puede, sin embargo, merecer aplauso, debido principalmente a dos argumentos: (1) la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico *seguridad vial* se presupone mediante una presunción *iuris et de iure*, pero no es propiamente real o —al menos— constatado; y (2) la equiparación legal de las tres formas de conductas es más que cuestionable: se trata de conductas que en sí, hilando fino, son de muy diferente significación jurídica. Veamos un poco más detenidamente estos argumentos.

La incriminación como delito de la ausencia de carné de conducir se fundamenta en la presunción de un peligro. Por ello, este tipo constituye un delito de peligro —no concreto ni abstracto sino— hipotético, según la terminología acuñada por Torío López. El legislador presupone, con una presunción que no admite prueba en contrario (presunción *iuris et de iure*) que siempre que el conductor conduzca sin carné vigente atenta contra la seguridad vial. Pero este atentado no se somete a prueba, sino que se da por supuesto, lo cual quebranta gravemente el principio de ofensividad penal, y da lugar a que conductas que no crean inseguridad vial se sancionen como si realmente la crearan.

Ejemplo: un conductor experimentado, que carece de carné de conducir (esto es, que ha omitido el trámite administrativo de la realización de las pruebas y expedición del carné correspondiente) pero que se caracteriza por su especial pericia al volante y por una conducción exquisitamente respetuosa y prudente, incurre automáticamente en este delito pudiendo ser condenado a una pena de hasta ¡6 meses de prisión! Su injusto consiste en la omisión de un deber administrativo (obtener el carné) que es elevado artificialmente a delito y que se sanciona como si creara inseguridad vial, cuando consta fehacientemente que no solo no la crea, sino todo lo contrario.

Por ello, el delito del artículo 384 carece de un contenido material de suficiente entidad como para ser castigado como delito, y ello porque el tipo penal es un delito de mera desobediencia administrativa para el que no se tiene en cuenta la verdadera peligrosidad penal del sujeto ni la creación real de inseguridad vial. Pero, además, el nuevo tipo infringe también otros principios esenciales del derecho penal, como son el principio de proporcionalidad y el principio de culpabilidad por el hecho. Pues el legislador concede la misma relevancia normativa a conductas que, en sí, tienen un significado jurídico-penal radicalmente diverso.

No es lo mismo, aunque para el legislador penal sí lo sea, conducir cuando ya se han perdido los puntos del carné por conducción incorrecta o cuando judicialmente se ha privado a un conductor de su licencia igualmente por infracciones anteriores que el caso de un conductor experimentado y especialmente cuidadoso que conduce sin carné de conducir. En los dos primeros casos el conductor ya ha demostrado su incompetencia en el tráfico vial, esto es, ya ha manifestado inidoneidad como gestor de riesgos en la conducción; en el último supuesto el sujeto ha olvidado obtener o actualizar el carné, pero no ha demostrado peligro alguno para la seguridad vial. En otras palabras, la presunción legal de que conducir sin carné válido genera inseguridad en el tráfico, o sea, violencia vial, tiene en los dos primeros supuestos una constatación fáctica (el conductor ya de-

mostró impericia al volante); en el segundo, es una mera suposición del legislador sin asidero de ninguna clase, con lo que —frente a la garantía usual del principio de culpabilidad— se termina por imputar no una lesión ni una puesta en peligro sino algo mucho más etéreo: una sospecha de peligro. Con ello, no se respeta el principio del hecho, sino que finalmente al sujeto se le sanciona no por su conducta lesionada de bienes jurídicos, sino por una supuesta actitud de enemistad frente a ellos, actitud que ni siquiera es constatada por el legislador, sino supuesta por él sin la más mínima comprobación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penalmente relevantes. A pesar de ello, defienden la regulación legal, francamente indefendible, algunos autores como Carbonell o Prieto González.

Los evidentes defectos del tipo no se salvan, lógicamente, por el hecho de que la reforma de 2010 haya previsto las penas como alternativas (prisión de 3 a 6 meses o multa de 12 a 24 meses, unidas —en todo caso— a la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días): tal como está configurado el tipo bordea y, en mi opinión, se inmiscuye ampliamente en el ámbito de la ilegitimidad.

delito de creación de grave riesgo para la seguridad vial (art. 385)

Previsión legal

Finalmente, el artículo 385 (heredero del anterior art. 382), incrimina el delito consistente en originar un grave riesgo para la circulación mediante alguna conducta perturbadora de la seguridad vial:

Art. 385: Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1. Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2. No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

Modalidades típicas y contenido de injusto

El tipo menciona, en dos apartados, diferentes modalidades posibles de conducta:

1. colocar en la vía obstáculos imprevisibles;
3. mutar, sustraer o anular la señalización;
4. no restablecer la seguridad de la vía existiendo obligación de hacerlo; y,
5. además, el artículo 385.1 in fine añade: *por cualquier otro medio*.

Las modalidades mencionadas son formas fenomenológicas de la conducta genérica consistente en originar un grave riesgo para la circulación. El legislador enumera esas conductas *ad exemplum* para añadir finalmente la fórmula jurídica indeterminada que da cabida teórica a cualquier otra modalidad posible: *por cualquier otro medio*. La alteración del curso normal del tránsito puede consistir, pues, en una acción (*v. gr.* verter un bote de aceite deslizante en la carretera) o en una omisión (p. ej.: no retirar un vehículo averiado o mal aparcado a la salida de una curva), e —incluso— pueden consistir en el bloqueo de la vía con personas, vehículos inmóviles o en marcha, etc. Lo importante no es, pues, cómo se haga —todas las modalidades mencionadas son posibilidades fenomenológicas de las conductas—, sino que se cree un grave riesgo para la circulación. Ahí reside la clave de injusto del delito.

No basta, por ello, causar un simple retardo o molestia en la circulación, sino que es preciso originar un peligro elevado alterando la normal seguridad vial.

Ejemplo: conducir a reducida velocidad, de manera que se origina una larga fila de vehículos, no es *per se* una conducta subsumible en este tipo de delito.

En la modalidad de inutilización de señales de tráfico (que materialmente consiste en un

delito de daños), no es suficiente cualquier mutación, sustracción o anulación de la señalización, sino que igualmente ha de generarse un grave peligro para la circulación.

Ejemplo: no entra dentro del ámbito del tipo describir una *d* a la palabra Madrid en una señal de tráfico; sí es delictiva, en cambio, derribar una señal de *stop* en un cruce, de manera que se propicien accidentes de tráfico.

La penalidad para este delito es la de prisión de 6 meses a 2 años o, alternativamente, la de multa de 12 a 24 meses a la que además se añade (y aquí reside la novedad de 2007) la de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días.

Las modalidades de conductas incluíbles en el delito del artículo 385 pueden generar conflictos concursales con otras figuras de delito.

Ejemplos: Vaciar una lata de aceite sobre la calzada cuando nos sigue un motorista a escasos metros o tirar un objeto contundente (*v. gr.*: una piedra) desde un puente en un momento en que pasa un vehículo por la carretera son acciones perfectamente subsumibles en el tipo de homicidio o de asesinato; o —como se ha dicho— la destrucción de una señal podría ser considerada un delito de daño en propiedad ajena consistente en un bien de dominio o uso público o comunal (art. 264.4).

No deja de ser llamativo, sin embargo, que algunas de las conductas subsumibles en otras figuras de delito (*v. gr.*: el mencionado delito de daños) sean sancionadas con mayor pena que la prevista en el presente delito, donde además del daño se crea un grave riesgo para la circulación. Ello es indicativo de la muy deficiente configuración de esta figura de delito.

Ejemplo: el delito de daño en un bien de dominio o uso público o comunal (art. 264.4) lleva aparejada una doble pena de prisión de uno a 3 años más multa de 12 a 24 meses, sensiblemente mayor que la que se prevé en el artículo 385 (prisión de 6 meses a 2 años o, alternativamente, la de multa de 12 a 24 meses, además de la de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días). Ello es completamente disparatado y da lugar a un tratamiento injusto: si se borra la *a* final de la palabra *Sevilla* en una señal de tráfico el autor será condenado a cárcel y a multa por un delito

de daños; en cambio, si derriba la señal de stop, creando con ello un grave riesgo para la circulación es posible que solo sea sancionado a multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Disposiciones comunes (art. 385 bis y ter)

El artículo 385 bis y ter, refundidos y reformulados por la LO 5/2010, contiene dos disposiciones comunes:

- Conforme a la primera, «el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128» (art. 385 bis).

- De acuerdo con la segunda, «en los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho» (art. 385 ter). Esta segunda disposición evidencia que el mismo legislador es consciente que las penas impuestas en cada figura de delito pueden resultar excesivas o desproporcionadas al no crear un riesgo de suficiente entidad, pues de lo contrario no tendría sentido esta disposición disminuidora de la pena. La solución no es, empero, satisfactoria. Si, con carácter general, se prevén para ciertos delitos unas penas que, en función de su injusto, pueden resultar excesivas la solución no pasa por arbitrar un sistema, como el presente, de rebaja y saldo final, sino en derogar de raíz los preceptos que puedan ocasionar dicha injusticia.

El moderno derecho penal de la seguridad vial: valoración político-criminal de conjunto

Al exponer cada figura de delito hemos podido comprobar que la nueva regulación de los delitos contra la seguridad vial es altamente deficitaria, y se halla plagada de errores y de incoherencias. En una valoración de conjunto podemos concluir que: (1) la nueva regulación responde al patrón del llamado derecho penal del enemigo; (2)

se trata, en todo caso, de un derecho penal del enemigo incorrectamente aplicado.

Un nuevo capítulo de derecho penal del enemigo: el conductor como enemigo y el vehículo como arma

El derecho penal del enemigo es un derecho de especial peligrosidad que combate a sujetos más asegurativamente en tanto constituyen focos de especial peligro. Al sujeto no se le trata, respetando toda su personalidad (todos sus derechos) como persona en derecho, sino como enemigo: heteroadministrando parte de sus derechos ante su incapacidad para gestionarlos correctamente. El nuevo derecho penal de la seguridad vial responde a ese patrón. Conforme a ello, el conductor no es visto como alguien que origina confianza de respeto a los derechos de los demás (ante todo, de respeto a la seguridad vial, así como de respeto a la vida e integridad física de los demás) sino lo contrario: como alguien que inspira desconfianza o recelo. La interacción entre conductor y vehículo a motor o ciclomotor (esto es, entre gestor del riesgo y objeto peligroso) es vista por el legislador como un foco de peligro que hay que combatir normativamente con especiales medidas de aseguramiento: ello hace que el conductor sea visto como enemigo y el vehículo como arma que desestabiliza las bases de la sociedad e impide que los demás ciudadanos puedan confiar normalmente en esa interacción sujeto-objeto peligroso.

En circunstancias normales el ciudadano es considerado un gestor privado de riesgos colectivos. Una vez que demuestra habilidad o aptitud para gestionar un riesgo (*v. gr.* al obtener el carné de conducir), el ordenamiento jurídico le permite que gestione personalmente el riesgo público en cuestión. Pero en el ámbito de la conducción, si el conductor defrauda sus expectativas sociales (esto es, traiciona la confianza que la sociedad depositó en él al considerarle apto para gestionar el riesgo de la conducción), entonces se desencadena un mecanismo de especial asegura-

miento (derecho penal del enemigo), mediante el cual se le heteroadministra ese derecho (se le retira el carné de conducir) y se le combate de manera proporcional al riesgo que ha creado en la conducción. En definitiva, el conductor, o mejor: binomio conductor/vehículo no es visto como un alguien que cumple naturalmente un mínimo deber de civilidad sino como un foco de peligro (*es un peligro al volante: enemigo*) para la seguridad vial que hay que tratar con especial escrupulosidad jurídica: concretamente, mediante la heteroadministración de (algunos de) los bienes o derechos del sujeto, entre ellos:

a. Libertad, en tanto se prevén contundentes penas de prisión (¡en algún tipo penal más elevadas incluso que la pena del homicidio imprudente!).

b. Salud o integridad física, en tanto se prevén penas de trabajos en beneficio de la comunidad.

c. Otras manifestaciones de la libertad: privación del carné o licencia de conducir, que puede durar largos años o incluso llegar a ser definitiva.

d. Patrimonio, mediante la imposición de substanciosas penas de multa o incluso mediante el comiso del vehículo a motor que es tratado como arma peligrosa o como instrumento del delito.

En resumen, se produce una invasión contundente en la personalidad del sujeto, que determina una heteroadministración coactiva de determinados bienes de la personalidad del conductor, afectándose algunos de sus bienes más preciados. La clave de esta heteroadministración reside —según el propio reformador de 2007— en la creación de «violencia vial e inseguridad normativa» por parte del conductor: en el Preámbulo de la LO 15/2007 se afirma que el «contenido básico de la ley persigue incrementar el control sobre el riesgo tolerable», estimándose la conducción a velocidad excesiva, la conducción temeraria o la ingesta de alcohol como «fuentes de pe-

ligro», a efectos de evitar que: «determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes».

De esa manera, el conocido lema publicitario *si bebes, no conduzcas* (o *si te drogas, no conduzcas*) es elevado aquí a categoría de norma cuya infracción da lugar a la responsabilidad más contundente que existe en el Estado: la responsabilidad por delito. Y el motivo de dicha punición (contundente, por demás) es claro: si se mantuvieran impunes estas conductas de violencia vial se perturbaría de tal modo el normal desarrollo de la vida por parte de los demás ciudadanos (resto de conductores, viandantes) que prácticamente se les imposibilitaría ejercer con un mínimo de normalidad su vida social, paralizándose el desarrollo del mundo. Precisamente para evitar esa paralización, se combaten a los causantes de esa violencia vial de manera especialmente contundente (como enemigos), para asegurar la mínima seguridad que requieren los ciudadanos para poder desarrollar su vida social.

Todo se ello se hace mediante la técnica de la elevación de la desobediencia de normas administrativas a rango de delito, como se ve muy claramente en el delito de conducción sin licencia válida (art. 384) o en el delito de conducción a velocidad excesiva (art. 379). Con ello, tiene lugar una invasión del derecho penal por el derecho administrativo, rellenando los tipos penales de conductas sin entidad suficiente, donde no se valora la peligrosidad originada y constatada sino la ausencia de una licencia administrativa habilitadora para la conducción.

Crítica: un derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado

El derecho penal del enemigo se ha de aplicar de manera muy excepcional, frente a aquellos sujetos (terroristas, agresor familiar, delincuente sexual) que realmente representen un alarmante foco de peligro. En esos (pocos) casos, la única posibilidad para mantener el Estado de derecho y proteger los derechos

fundamentales de los ciudadanos es aplicar mensuradamente el derecho penal del enemigo a los focos de peligro (enemigo) que se enfrentan al Estado de derecho. Sin embargo, el legislador penal ha configurado, en esta materia, un derecho penal del enemigo indiscriminado y mal aplicado, que trata el conductor como enemigo solo por el hecho de ir al volante, pero sin comprobar muchas veces la realidad del peligro supuestamente creado por él.

Ejemplos: ello se ve muy claramente en el artículo 384, donde se trata del mismo modo al sujeto que conduce después de demostrar incompetencia, temeridad y peligro al volante (razón por la cual le quitaron todos los puntos del carné o le imposibilitaron judicialmente ejercer el derecho de conducción del vehículo a motor) que al que lo hace de manera impecablemente respetuosa de las reglas del tráfico, solo que omitió el deber administrativo de obtener la licencia que le habilita para conducir. La inobservancia del deber administrativo no solo se eleva a delito, sino que se recorta contundentemente al sujeto de algunos de sus derechos fundamentales, anticipando una actuación penal y suponiendo un peligro no real, sino meramente hipotético (supuesto), que se imputa contra el sujeto.

Otro ejemplo es el delito de negativa a someterse al control de alcoholemia o drogadicción: quien conduce en perfectas condiciones, sin haber ingerido alcohol ni sustancia prohibida, y —por las razones que sea— se niega a someterse al control correspondiente, desde luego su negativa no crea un peligro real para la seguridad vial, sino que ese peligro es ficticio e inexistente, aunque el legislador lo da por supuesto, castigando al conductor como si lo hubiera realmente creado (esto es, como foco de peligro: enemigo).

Con ello, se trata como enemigos a sujetos que no lo merecen (esto es, se crean legislativamente más enemigos de los que realmente hay), y se hace pasar por violencia vial una conducta que, en verdad, no genera ninguna violencia real (¿qué peligro real origina, para la seguridad vial, quien conduce prudentemente aunque carezca de carné de conducir?, ¿por qué razón se le retira el carné de conducir y el vehículo (comiso) como si fueran un enemigo en la conducción y un arma

de una agresión vial si el sujeto cumplió, durante la conducción, todas las normas del tráfico?, ¿por qué al conductor prudente que se niega a someterse a pruebas de alcoholemia ha de privársele del carné de conducir, como si fuera un peligro al volante?). Si se aplicara correctamente el derecho penal del enemigo en sentido funcionalista (Jakobs; al respecto, con referencias: Polaino-Orts) se evitaría esa regulación indiscriminada y antigarantista, pues —como requisito habilitante

para poder aplicar una medida contundente de derecho penal del enemigo— se exigiría necesariamente la comprobación previa de la realidad del peligro, con lo que se impediría definitivamente la aplicación de estas normas a sujetos que no crean violencia vial. En otras palabras, el correcto derecho penal del enemigo exige que se pruebe el grave peligro y no, como hace el legislador, que se dé por supuesto, haciendo pasar peligro ficticio por peligro real.

Consideraciones para autores