

DOS DÉCADAS DE REFORMAS PENALES

COORDINADORA: NIEVES SANZ MULAS

20

CONGRESO
UNIVERSITARIO DE ALUMNOS
DE DERECHO PENAL

BIBLIOTECA COMARES DE CIENCIA JURÍDICA

Director de publicaciones:
MIGUEL ÁNGEL DEL ARCO TORRES

© Los autores
Editorial Comares, S.L.
Polígono Juncaril, parcela 208
Tlf. 958 46 53 82 • Fax 958 46 53 83
18220 Albolote (Granada)

<http://www.comares.com>

ISBN: 978-84-9836-374-6 • Depósito Legal: GR. 950/2008

Fotocomposición, impresión y encuadernación: ED. COMARES, S.L.

LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD EN EL TRÁFICO.
EL INMUTABLE ALEJAMIENTO
DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD PENAL

NIEVES SANZ MULAS

*Profesora de Derecho Penal
Universidad de Salamanca*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA. II. LA CONDUCCIÓN A GRAN VELOCIDAD, BAJO LOS EFECTOS DEL ALCOHOL O LAS DROGAS O SUPERANDO DETERMINADAS TASAS DE ALCOHOL (*antiguo art. 379 vs nuevo art. 379*): 1. Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El bien jurídico protegido. 2. Los elementos del tipo del art. 379. 3. La conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas (art. 379.2, *primer párrafo*): A) *Conducción bajo los efectos del alcohol. La necesaria concentración alcohólica.* B) *La prueba de alcoholemia.* C) *Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos.* 4. La reforma: la objetivación de la conducta mediante la introducción de niveles tasados de velocidad y alcohol (art. 379.1 y 2, *párrafo segundo*). III. CONDUCCIÓN CON TEMERIDAD MANIFIESTA (*antiguo art. 381 vs art. 380 reforma*): 1. Elementos del tipo. 2. Supuesto agravado de conducción con exceso de velocidad y altas tasas de alcohol (art. 380.1). IV. CONDUCCIÓN POR «CONDUCTORES SUICIDAS U HOMICIDAS» O CONDUCCIÓN HIPERTEMERARIA (*antiguo art. 384 vs art. 381 reforma*): 1. Tipo básico. El cambio de «consciente» a «manifiesto» desprecio por la vida de los demás (art. 381.1). 2. Tipo atenuado (art. 381.2). V. EL COMISO DEL VEHÍCULO (*antiguo art. 385 vs art. 381.3 reforma*). VI. NUEVAS REGLAS CONCURSALES ANTE LOS RESULTADOS LESIVOS PRODUCIDOS (*antiguo art. 383 vs art. 382 reforma*). VII. NEGATIVA AL SOMETIMIENTO DEL TEST DE ALCOHOLEMIA (*antiguo art. 380 vs art. 383 reforma*): 1. El cambio de ubicación. La aplicación del precepto a otros delitos contra la seguridad del tráfico. 2. Las dudas sobre su constitucionalidad. 3. Elementos del tipo. VIII. CONDUCCIÓN SIN LOS PERMISOS OPORTUNOS (*art. 384 reforma*). IX. OTRAS CONDUCTAS QUE IMPLIQUEN GRAVE RIESGO PARA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO (*antiguo art. 382 vs art. 385 reforma*). X. CONCLUSIONES VALORATIVAS.

La libertad es el derecho a hacer lo que no perjudique a los demás.

Jean B. H. LACORDAIRE^{*}

*Los mayores enemigos de la libertad no son los que la oprimen,
sino los que la deshonran.*

Vincenzo GIOBERTI^{**}

I. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA

Sin duda los números que, casi a diario, se nos muestran en los medios de comunicación, sobre las personas que resultan muertas y heridas en nuestras carreteras, han convertido el tráfico rodado en un tema de absoluto interés general. No hay vacaciones, fines de semana o puentes festivos, sin cifras siempre escalofriantes por el coste vital de personas que los millones de desplazamientos se cobran. Y ciertamente los datos son estremecedores: al año el número de víctimas de tráfico en nuestro país alcanza las 140.000 personas.

Según datos de la Dirección General de Tráfico en el año 2006, se produjeron 99.797 accidentes, que tuvieron como resultado 147.554 víctimas: 4.104 muertos¹, 21.382 heridos graves y 122.068 heridos leves. Los meses más «duros», como viene siendo tradicional, fueron los de julio y agosto, con 12.534 (380 muertos) y 11.797 (331 muertos) víctimas respectivamente². Y apenas cerrado el año 2007 tampoco es que estemos mucho mejor, porque si bien las estadísticas hablan con optimismo de menos de 3.000 personas fallecidas (a 2 de enero de 2008 se habla de 2.741 víctimas, lo que supondría un 9'1% menos que el año en 2006 y la mejor cifra desde 1968)³, muchas de las víctimas de los accidentes han quedado gravemente heridas, con lo que es demasiado pronto para «echar las campanas al vuelo». Esto es, y así nos lo recuerda COSTAS, «desde la entrada en vigor del permiso por puntos, el cómputo de «muertos en accidentes de tráfico» no es el mismo. ¿Los 2.741 muertos de 2007 son «al cambio» los mismos que con los criterios antiguos? No, los fallecidos han sido contabilizados en las 24

^{*} Jean Baptiste Henri Lacordaire (1802-1861); orador francés.

^{**} Vincenzo Gioberti (1801-1852); filósofo y político italiano.

¹ Estas cifras incluyen las víctimas mortales de los accidentes de tráfico ocurridos tanto en las vías interurbanas como en las urbanas, y los fallecidos en los treinta días posteriores a los siniestros, a consecuencia de las heridas sufridas en ellos. Vid., en http://www.ponseditorial.com/seguridad_vial/noticias

² <http://www.dgt.es/estadisticas/documentos/anuarioaccidente2006.pdf>

³ http://www.elpais.com/articulo/espana/numero/muertos/carreteras/desciende/32/ultimos/anos/elpepupor/20080102elpepunac_13/Tes

horas siguientes al accidente (y sólo en carretera), no en los 30 días siguientes como se hacía antes»⁴.

Cerca de la mitad de esas víctimas (sobre el 43%) son menores de 30 años⁵, lo que aumenta, aún más si cabe, lo tremendo de los datos. Y es que la carretera, como nos recuerda MATELLANES RODRÍGUEZ, se ha convertido en la primera causa de mortalidad y minusvalía entre los jóvenes menores de esa edad, y si bien no deja de ser también cierto que gran parte de la culpa la tiene el comportamiento imprudente de los conductores, no es menos verdad el que a ello hay que unirle las enormes deficiencias de nuestra red viaria, plagada de defectos e incapaz de «absorber» con eficacia los millones de desplazamientos que diariamente se llevan a cabo⁶.

Un ejemplo claramente revelador al respecto es, sin duda, el de los «quitamiedos»; esto es, los miles de kilométricas barreras de protección que, sin embargo, y paradójicamente, están actuando como auténticas «guadañas» sobre los cuerpos de los motoristas. Según las asociaciones de motoristas, más del 15% de los pilotos que resultaron heridos o fallecieron en accidentes de moto, fueron víctimas de los guardarraíles. A 2 de noviembre del 2007, ya habían fallecido 429 motoristas, y estaban graves otros 57. La explicación del binomio *muertes (heridas)-quitamiedos*, es trágicamente sencilla: al producirse la caída el conductor de la moto sale despedido deslizándose por el asfalto hasta llegar al «quitamiedos». Si el cuerpo choca contra los postes verticales sobre los que éstos se apoyan, el impacto violento contra su base hace que el perfil en forma de «H» actúe como una guillotina o cuchilla contra su cuerpo, y por mucho que vaya equipado con guantes, rodilleras, coderas y casco. Las zonas comúnmente afectadas por este tipo de impactos son las extremidades (brazos, manos, pies y piernas), la cabeza y la columna vertebral, sufriendo traumatismos o politraumatismos que van desde roturas de huesos, hasta amputación de miembros, invalidez total o parcial, parálisis cerebral e incluso la muerte. Según los estudios

⁴ <http://www.motorpasion.com/2008/01/14-en-2007-hubo-menos-de-3000-muertos-en-accidentes-de-trafico>.

⁵ El ciclomotor es el mayor peligro para los adolescentes. Vehículo inestable, actitud impulsiva, exhibicionismo y escasa educación vial forman un cóctel explosivo que deja cada año 9.500 víctimas entre muertos y heridos, esto significa una media de ocho fallecidos por cada 100.000 habitantes. Los jóvenes entre 18 y 30 años (el 20% de la población española) asumen riesgos añadidos. En 2004, 53.500 menores de 30 años se vieron implicados en un siniestro vial, el 42% del total de los accidentados. El tramo de edad más letal es el de 26 a 30 años, que aporta el 36% de los fallecidos. Vid., en <http://www.consumer.es/web/es/motor/2006/12/13>

⁶ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Reflexiones sobre la reforma en los delitos contra la seguridad en el tráfico», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE – SANZ MULAS (Coord.), *Derecho penal de la Democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pág. 66.

realizados por las mencionadas asociaciones de motoristas, una velocidad de 30 km/h es suficiente para arrancar de cuajo un miembro o partir la columna vertebral⁷. Finalmente, un informe publicado el día 18 de diciembre de 2007 por el Consejo Europeo de Seguridad en el Transporte (CEST), nos revela que España fue el tercer país de la Unión Europea con más motoristas muertos en accidentes a lo largo del año 2006, sólo superado por Francia y Alemania⁸.

Buscando de algún modo atajar este terrible asunto, y que agradecemos no sea también penalmente, el pasado 25 de enero (BOE 26 de enero de 2008) se aprobó el *RD 64/2005, por el que se modifica el Reglamento General de Conductores (RD 772/1996, de 30 de mayo)*. Con esta reforma se quiere «endurecer» los requisitos y pruebas de aptitud para obtener el permiso de conducción de motocicletas tanto de alta como de baja potencia. Con este objetivo, para acceder a la conducción de las motocicletas de gran cilindrada, se requiere una experiencia previa en la conducción de motocicletas de categorías inferiores y la superación de pruebas de control de aptitudes y comportamientos, sin exenciones de ningún tipo. De su parte, para poder conducir ciclomotores, la edad mínima se retrasa a los 15 años, y es necesario superar una prueba de control de aptitudes y comportamientos en circuito cerrado. El transporte de viajeros no será posible hasta cumplidos los 18 años. Finalmente, se elimina el plazo máximo de cuatro años previsto para solicitar la prórroga de la vigencia de los permisos oportunos sin necesidad de volver a superar las pruebas correspondientes. Esto es, en estos casos, para prorrogar los permisos oportunos será necesario pasar nuevamente las pruebas estipuladas para obtenerlo por primera vez.

El panorama no puede ser más desolador, y si a ello le unimos la proliferación de noticias sobre conductores que conducen bajo los efectos del alcohol o las drogas, ocasionando graves accidentes, o «kamikazes»⁹ que conducen en dirección contraria¹⁰, la alarma social está garantizada, y como consecuencia al

⁷ <http://www.larazon.es/noticias>

⁸ A 19 de diciembre de 2006 se contaban 724 los fallecidos, frente a los 861 de Alemania y los 1.024 de Francia. El 40% de las muertes fueron en motos de pequeña cilindrada. A pesar de ello, España se encuentra en una posición intermedia en relación con el número de motoristas muertos en función de la distancia recorrida por las motocicletas en el país. *Vid.*, en <http://www.mtuamotorista.com>

⁹ La moda kamikaze se inició en Madrid en la década de los 80. Se trataba, y aún se trata, de apostar dinero para comprobar cuánto tiempo se era capaz de sortear la muerte circulando «a contravía» una vez que salían de las discotecas bastante borrachos y drogados.

¹⁰ La Dirección General de Tráfico los denomina «Conductores en Circulación Contraria» (CCC). En 2006 fueron 158 los accidentes provocados por personas que conducían en dirección contraria. Analizados los distintos hechos por la Dirección General de Tráfico, se des-

Derecho penal le «cae» otra nueva responsabilidad. Esto es, los *mass media*, al trasladar estas tragedias a la opinión pública, acrecientan la sensación de inseguridad y peligro con la consiguiente demanda de protección por parte de las instancias públicas, y en concreto, de las penales. El resultado de todo ello, el de siempre: la exigencia de que el Derecho penal haga algo, como si estuviera en posición de poder hacerlo, como si realmente fuera capaz de lograr algo.

Un vez más, el sistema penal se enfrenta a otra de esas «nuevas» fuentes de riesgo, tan propias de nuestra Era. Ante la más que demostrada insuficiencia de los delitos de lesión, cuando la afección recae sobre un número indeterminable de potenciales víctimas, se ve llamado a prevenir estas conductas acudiendo a la tutela anticipada de bienes jurídicos mediante la técnica de los delitos de peligro (especialmente el peligro abstracto). Una persecución de la idea de «seguridad» a cualquier precio, castigando las formas más arriesgadas de conducción con el fin de mantener las condiciones de seguridad en el tráfico rodado, previniendo cualquier alteración del mismo¹¹. En definitiva, un adelantamiento de la barrera de intervención del Derecho penal, basada en la filosofía del «por si acaso», que conlleva no pocos problemas. Y más en estos momentos, puesto que desde el pasado 2 de diciembre está en vigor una importante reforma del CP, tramitada por vía de urgencia, en relación con estos delitos¹². Nos referimos a la *LO 15/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del CP en materia de seguridad vial* (BOE 1 de diciembre). En ella, y tal y como veremos a continuación, el adelantamiento de la barrera de intervención penal se lleva casi hasta la exasperación.

prende que no se trata de automovilistas «kamikazes» o «suicidas», sino que en esta clase de accidentes confluyen distintos factores como la noche, la fluidez del tránsito y el consumo de alcohol. Del total de 29 de los conductores que circulaban en sentido contrario lo hacía con niveles de alcohol en aire espirado por encima de los niveles permitidos (el límite está situado en 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado), lo que representa casi un 20 por ciento. En definitiva, se puede aseverar que hay más despistes que kamikazes. *Vid.*, en <http://motor.terra.es/motor/articulo/html/mot39103.htm>

¹¹ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Reflexiones sobre la reforma en los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 67.

¹² De toda la reforma del CP prevista, se produjo una unanimidad en el grueso de los grupos parlamentarios en el sentido de una «tramitación exprés» de estos delitos.

II. LA CONDUCCIÓN A GRAN VELOCIDAD, BAJO LOS EFECTOS DEL ALCOHOL O LAS DROGAS O SUPERANDO DETERMINADAS TASAS DE ALCOHOL (ANTIGUO ART. 379 VS NUEVO ART. 379)

1. Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El bien jurídico protegido

Estos delitos se regulan en el Capítulo IV del título XVII «*De los delitos contra la seguridad colectiva*» (arts. 379 a 385). Todos ellos son delitos de peligro, lo que, como acabamos de adelantar, responde a una opción político-criminal en favor del adelantamiento de las barreras de protección, y que da lugar a la configuración de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, como es el caso de la seguridad en el tráfico.

Sea como fuere, en estos delitos lo que realmente se tutela de un modo mediato no es la seguridad del tráfico, sino la vida o la salud de las personas vinculadas en el tráfico vial¹³. Pero, como nos situamos ante delitos de peligro, no es necesario que se cause un resultado lesivo, que si finalmente se produce nos llevaría ante el correspondiente delito de homicidio, asesinato o lesiones. Por último, quepa advertir que en este sector se ha producido un importante desarrollo del Derecho administrativo sancionador, lo que ha originado multitud de situaciones conflictivas, dado el solapamiento de algunas infracciones administrativas con los tipos penales¹⁴.

2. Los elementos del tipo del art. 379

Nuevo art. 379:

«1. El que condujere un vehículo a 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

¹³ El concepto de vía pública, o vía privada asimilada a la pública, nos lo da el *art. 1.2.c) del Reglamento General de circulación*: vías abiertas al uso público o vías de uso común públicas o privadas. Por ello, se excluye hablar de estos delitos en los casos de «caminos, terrenos, garajes, cocheras u otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes». O lo que es lo mismo, es necesario que sea un lugar en el que se pueda concretar peligro objetivo *ex ante* para la seguridad colectiva, luego se excluye el peligro individualizado (SSAP Vizcaya 24-01-02; Madrid 3-07-00).

¹⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 1953.

la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo a motor o un 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 mg por litro de sangre o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro».*

Como elementos del tipo, y en términos generales, *sujeto activo* es quien directa y personalmente realiza la conducción. Es un delito de propia mano que no admite la autoría mediata; ahora bien, sí cabe hablar de inductores y cooperadores necesarios por parte de quienes acompañan al conductor y le incitan a realizar maniobras peligrosas. El delito se *consume* con la realización del acto de la conducción, aunque sea mínima y, al tratarse de un delito permanente, la conducta dura en tanto se mantenga la conducción con el exceso de velocidad señalado, bajo la influencia de las mencionadas sustancias, o presentando las tasas de alcohol estipuladas. De ahí la dificultad para apreciar la tentativa, aunque teóricamente sea admisible para aquellos casos en que la ejecución no se lleva a cabo por razones ajenas a la voluntad del conductor. De su parte, en lo que al *tipo subjetivo* se refiere, sólo cabe la comisión dolosa, que debe abarcar tanto el conocimiento por parte del autor del hecho de conducir con esos niveles de velocidad o alcohol, o tras haber ingerido alcohol o drogas que influyen sobre la conducción, como la voluntad de actuar en esas condiciones. No cabe apreciar error de tipo por no existir la versión imprudente.

En cuanto a las penas a imponer, con la reforma se ha acabado, de una vez, con la polémica sobre si la expresión «en su caso», a la hora de poner la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, le daba facultad al juez de elegir, o si por el contrario se trataba de una pena que debía considerar necesariamente, pero cuya aplicabilidad efectiva se veía, lógicamente, limitada por la necesidad del previo consentimiento del condenado. Según la nueva redacción, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se impondrá siempre junto con la de multa, si es ésta la decisión adoptada por el juez que seguirá pudiendo elegir entre ambas y la prisión.

Podría interpretarse que la pena de trabajo en beneficio de la comunidad se impone de forma cumulativa junto a la prisión o a la multa, pero nos inclinamos por estimar que tan sólo acompaña a la multa, cuando el juez opta por ésta en detrimento de la prisión, y ello por la expresión y «en cualquier caso» respecto a la privación del permiso de conducir. Esto es, si el legislador hubiera querido

imponer siempre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, con independencia de si acompaña a la prisión o a la multa, lo lógico es que hubiera previsto «... será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y, *en cualquier caso, trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años*».

Una pena de trabajos en beneficio de la comunidad, en definitiva, prevista para los accidentes sin víctimas, como alternativa a la pena de prisión, y que puede consistir, por ejemplo, en la ayuda de estos conductores a los servicios de emergencia los fines de semana para que se conciencien de lo que es un accidente de tráfico o en la ayuda a personas parapléjicas o tetrapléjicas a causa de uno de estos accidentes ¹⁵.

3. La conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas (art. 379.2, primer párrafo)

Ciertamente, el alcohol y las sustancias estupefacientes se encuentran detrás de la gran mayoría de los accidentes que se suceden a diario. Quien se dispone a conducir un coche, un camión, un autobús, una moto, etc., debe tener sus facultades psicofísicas normales ¹⁶. Es por ello que en este artículo una de las conductas que se castigan es conducir un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas (incluidos medicamentos) y/o bebidas alcohólicas (art. 379.2, primer párrafo). Una conducción-traslado que debe tener una cierta duración temporal e implicar un real desplazamiento en el espacio, logrado por el propio impulso del vehículo.

El lugar en que se lleve a cabo esta conducta es indiferente, siempre que pueda existir un *peligro abstracto* para las personas o bienes en contacto con la vía, camino o superficie por donde se circula. Esto es, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, sino que basta con un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (SSTS 1/02, 22 de marzo y 636/01, 15 de abril). O lo que es lo mismo, al ser la seguridad el bien jurídico protegido debe

¹⁵ <http://www.consumer.es/web/es/motor/2007/06/25/164102.php>

¹⁶ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, Acciones Penales, Bosch, 2001, pág. 7.

existir un peligro colectivo, de tal forma que la conducción, por ejemplo, en una zona completamente deshabitada no debería implicar nunca la realización de esta conducta delictiva¹⁷, y por muchos niveles de alcohol o drogas que presente el conductor del vehículo. Un delito de peligro abstracto, sea como fuere, ampliamente criticado por la doctrina pues, como nos recuerda TAMARIT SUMALLA, «ésta se opone a todo mecanismo basado en la idea de una mera presunción «iuris et de iure» de peligro, que lleve a afirmar la relevancia típica de supuestos desprovistos de una mínima peligrosidad potencial, como la conducción por una zona absolutamente desierta o la realización de una sencilla maniobra de aparcamiento»¹⁸.

El problema, en todo caso, y obviamente, radica en demostrar cuando la ingesta de bebidas y drogas tóxicas influye en la conducción. En este sentido, diversas sentencias tanto del TC (SSTC 148/85, 22/88, 5/89 y 24/92) como del TS (SSTS 7 julio 1989, 22 febrero 1991, 23 enero 1993, 9 diciembre 1999, 15b abril 2002 y 5 marzo 2003), sostienen que el delito requiere la constatación del dato objetivo de la concentración alcohólica y, además, que tal grado de ingestión desate una influencia sobre la conducción. Esto es, no basta con que se dé positivo en la prueba de alcoholemia, sino que además se debe acreditar que el alcohol influía en la conducción¹⁹. De no ser así, estaríamos ante una simple infracción administrativa, que tiene carácter formal y se aplica de forma automática, pues «basta con acreditar, mediante la prueba de alcoholemia, que la ingestión de alcohol supera la tasa fijada reglamentariamente, no exigiéndose la acreditación de que dicha ingestión haya tenido alguna influencia en la capacidad psico-física del conductor ni, derivada de ello, en su forma de conducción o en la seguridad del tráfico vial» (STC 2/03, 16 de enero).

En cualquier caso, la administración debe paralizar el correspondiente procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal (art. 7.2 del *R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se regula el Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración*). Si al enjuiciar el delito ya se ha producido una sanción administrativa por el mismo hecho delictivo, la jurisdicción penal ha de dictar sentencia condenatoria, aunque las sanciones administrativas podrán ser tenidas en cuenta para descontarlas de las penas impuestas y así evitar la vulneración del principio *ne bis in idem* (STC 2/03, 26 de enero).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1955.

¹⁹ LAMARCA PÉREZ, C., (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 3.ª edic., Colex, Madrid, 2005, pág. 520.

A. *Conducción bajo los efectos del alcohol. La necesaria concentración alcohólica*

En cuanto al requisito de la concentración alcohólica, los tribunales atienden a los índices de alcoholemia establecidos por el *Real Decreto 1428/2003, de 21 noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial*. Unos índices que varían según se trate de una prueba de sangre o de aire espirado. Este R.D., en su art. 20, literalmente establece:

Art. 20: «No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro. Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro.

Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir. A estos efectos, sólo se computará la antigüedad de la licencia de conducción cuando se trate de la conducción de vehículos para los que sea suficiente dicha licencia».

Esto es, se sanciona al conductor de vehículos o bicicletas que circule con tasas superiores a 0,5 grs/l. de sangre, o de alcohol en aire espirado de 0,25 mg/l. No obstante, las tasas de alcohol permitidas bajan, situándose en alcohol en sangre de 0,3 grs/l o de alcohol en aire espirado de 0,15 mg/l, cuando se trate de vehículos destinados a: transporte de mercancías con un peso máximo de 3.500 kgs.; transporte de viajeros de más de 9 plazas o de servicio público; transporte escolar o de menores; transporte de mercancías peligrosas; servicio de urgencias; o transportes especiales. Finalmente, y sea cual sea el tipo de vehículo, los conductores no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 grs./l ni de alcohol en aire espirado de 0,15 mg/l, durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.

B. *La prueba de alcoholemia*

En cuanto a la siempre conflictiva prueba de alcoholemia, tanto el TC como el TS proclaman los siguientes datos:

—Su validez se supedita a la observancia de las garantías previstas en los arts. 20 de la Ley de Tráfico y 20 a 26 del Reglamento General de Circulación. Entre ellas se encuentra la necesidad de homologación y calibración del material utilizado para llevar a cabo la correspondiente prueba.

De hecho, en repetidas sentencias el TC considera infringido el derecho a la defensa del interesado desde el momento en que no es informado de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece, de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre (SSTC 100/85, 3 de octubre; 145/85, 28 de octubre; 148/85, 30 de octubre y 59/88, 9 de mayo).

—No basta la simple lectura del atestado que incorpora dicha prueba, sino que es precisa su ratificación por los agentes actuantes mediante su testimonio en el juicio oral.

Según reiterada doctrina del TC, el atestado policial no tiene otro valor que el de una mera denuncia, siendo necesaria la aportación de prueba de cargo, sujeta a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, sobre el hecho constitutivo de la infracción penal; esto es, sobre la influencia del alcohol o demás sustancias en la conducción (SSTC 222/1991, 188/2002). Ello ha propiciado que el mero dato alcoholfímico, suficiente para colmar las exigencias de las normas administrativas sancionadoras, haya sido complementado con otras circunstancias relativas al comportamiento del conductor que sirvan para que el juez llegue a la convicción de que no sólo está probada la presencia de alcohol en el organismo del sujeto, sino la influencia del mismo en la conducción con el correspondiente peligro para la seguridad en el tráfico. O lo que es lo mismo, el que la concentración alcohólica influya en la conducción debe valorarse ponderando todos los medios de prueba y, en particular, cabe mencionarse los siguientes:

- a) *Signos somáticos externos*: halitosis alcohólica, ojos brillantes, enrojecidos o lacrimosos, dilatación de pupilas, habla titubeante, repetitiva, pastosa o embrollada, memoria confusa, rostro congestionado o sudoroso, lenta coordinación de movimientos, desorientación, problemas de equilibrio o deambular vacilante y padecimiento de vómitos. A veces también el comportamiento eufórico, rudo, ofensivo, despectivo, impertinente o arrogante con los agentes que practiquen las diligencias.
- b) *Características de la conducción*: en muchísimos supuestos es evidente una circulación zigzagueante; velocidad inadecuada (excesiva o muy lenta); invasión del carril contrario; circulación en sentido contrario; conducción por el arcén; elusión de señales de tráfico verticales como ceda el paso, semáforos,

- etc.; colisión con objetos móviles (vehículos, ciclomotores o peatones) o fijos (muros, señales de tráfico, vehículos estacionados) que le involucren en un accidente; conducción sin una iluminación adecuada; giros o maniobras bruscas; 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.
- c) Constituye un indicio de gran valor para los órganos judiciales el *reconocimiento ante la autoridad policial por parte del sospechoso de haber ingerido bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancias* que influyan en su conducción.

En definitiva, la prueba de la alcoholemia no es ni la única prueba ni tampoco la fundamental, para acreditar la concentración alcohólica, siendo válidas otras pruebas tales como el análisis de sangre, la declaración del perjudicado, las propias circunstancias de la conducción, la declaración del acusado, etc., siempre que todas conduzcan al juez a la total convicción sobre la susodicha alcoholemia.

De igual forma que no es preciso que se superen los índices administrativos de alcoholemia para hablar de delito (STC 22/1988), superados éstos puede existir únicamente una infracción administrativa, porque la influencia de la misma cantidad de alcohol en dos personas puede ser diversa: grado de tolerancia, habituación, peso, sexo, etc. Luego, necesariamente debe atenderse a las circunstancias del caso concreto y singularmente a las condiciones físicas del sujeto activo (STC 148/1995).

Finalmente, la presunta inconstitucionalidad de la obligatoriedad del test de alcoholemia ha sido negada reiteradamente por el TC, tal y como veremos al tratar el delito de negativa al sometimiento del test de alcoholemia (antiguo art. 380 vs actual art. 383).

C. *Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos*

Quepa extender hasta aquí lo dicho respecto al alcohol. Ahora bien, en cuanto a la prueba se aplicará el *art. 28 del Reglamento General de circulación*:

Artículo 28: «1. Las pruebas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como las personas obligadas a su realización, se ajustarán a lo dispuesto en los párrafos siguientes:

- a) Las pruebas consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquélla, estimen más adecuados. A petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se podrán repetir las pruebas a efectos de con-

traste, que podrán consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos (artículo 12.2, párrafo segundo, in fine, del texto articulado).

b) Toda persona que se encuentre en una situación análoga a cualquiera de las enumeradas en el artículo 21, respecto a la investigación de la alcoholemia, queda obligada a someterse a las pruebas señaladas en el párrafo anterior. En los casos de negativa a efectuar dichas pruebas, el agente podrá proceder a la inmediata inmovilización del vehículo en la forma prevista en el artículo 25.

c) El agente de la autoridad encargado de la vigilancia del tráfico que advierta síntomas evidentes o manifestaciones que razonablemente denoten la presencia de cualquiera de las sustancias aludidas en el organismo de las personas a que se refiere el artículo anterior se ajustará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a cuanto ordene, en su caso, la autoridad judicial, y deberá ajustar su actuación, en cuanto sea posible, a lo dispuesto en este reglamento para las pruebas para la detección alcohólica.

d) La autoridad competente determinará los programas para llevar a efecto los controles preventivos para la comprobación de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas en el organismo de cualquier conductor.

2. Las infracciones a este precepto relativas a la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, así como la infracción de la obligación de someterse a las pruebas para su detección, tendrán la consideración de infracciones muy graves, conforme se prevé en el artículo 65.5.a) y b) del texto articulado».

La hipótesis de conducción bajo los efectos de drogas tóxicas y sustancias estupefacientes o psicotrópicas, aunque es menos frecuente, también se da en la práctica, por lo que se ha considerado que incurre en responsabilidad criminal quien conduce después de haber tomado una pastilla de «rohipnol» y una raya de cocaína (SAP Girona, 15-5-98), bajo los efectos de una dosis de heroína inyectada (SAP Zaragoza 26-5-99), de metadona y heroína (SAP Asturias 22-1-98), de cocaína y benzodiacepinas (SAP Zaragoza 24-3-99) o mezcla de alcohol y «speed» (SAP Vizcaya 5-10-98). En todos estos casos es fundamental la prueba analítica, así como la concurrencia de indicios adicionales que evidencien el que la circulación se desarrolla bajo los efectos de tales sustancias. Porque, y al igual que sucedía con el alcohol, la declaración de los agentes actuantes únicamente tiene el valor de prueba testifical, no pericial, luego no puede enervar por sí misma la presunción de inocencia²⁰. Es por ello que la

²⁰ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, op. cit., pág. 9.

dotación de Guardia civil o policía municipal que detenga al autor, deberá llevarle a un centro asistencial para que sea observado por un facultativo o médico forense, al objeto de que certifique el consumo de sustancias estupefacientes.

Una prueba médica que, aún así, no basta, pues habrá que demostrar que la ingestión de esas sustancias disminuye o altera significativamente las facultades psíquicas del conductor en cuestión, y por tanto de ello se derive una efectiva lesión de la seguridad del tráfico, poniendo en concreto peligro otros bienes jurídicos que pudieran verse afectados por esa conducción irregular (SSTC 28-10-85, 18-2-1988, 23-2-89, 19-9-94).

3. La reforma: la objetivación de la conducta mediante la introducción de niveles tasados de velocidad y alcohol (art. 379.1 y 2, párrafo segundo)

Tal y como declara expresamente en su Preámbulo la *LO 15/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del CP en materia de seguridad vial*, lo que con ella se persigue es «incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración». Esto es, con la reforma se castiga como delito la conducción con exceso de velocidad (superior a 200 km/h en autovía, más de 180 en carretera y de 110 en vía urbana) y con determinados niveles de alcohol (más de 0,6 mg/litro en aire espirado o de 1,2 gramos de alcohol en sangre), con lo que se evitan todos los problemas de prueba respecto a la concreta influencia del alcohol o las drogas sobre la conducción.

De hecho, y en este sentido, el portavoz socialista en la comisión de Seguridad Vial, Victorino Mayoral, declara que la pretensión de la reforma es «acabar con conceptos jurídicos indeterminados que han dado lugar a muchos problemas interpretativos a la hora de aplicar el código en los tribunales como consecuencia de la inconcreción de determinados delitos viales»²¹.

Sea como fuere, en la versión final del art. 379 no triunfó la propuesta del Dictamen emitido por la Comisión de Justicia encargada de estudiar la proposición de Ley. En su dictamen, y en lo que al exceso de velocidad se refiere, trató de configurarlo como un delito de resultado, a través de la técnica del peligro concreto, al exigir que la conducción se realizase «poniendo en peligro

²¹ <http://www.psoe.es/ambito/saladeprensa/news>

la seguridad en el tráfico en consideración a su desproporción con el límite superior establecido para dicho tramo y a las circunstancias concurrentes en el momento de la infracción»²². Una opción nada desdeñable, y que ojalá se hubiera materializado en la redacción final del art. 379.1, pues nadie permanece ajeno al hecho, por ejemplo, de que no es lo mismo conducir a 190 km/h, por una solitaria carretera a las 5:00 a.m., que hacerlo por una carretera nacional a una hora en la que es muy probable coincidir con otros conductores.

III. CONDUCCIÓN CON TEMERIDAD MANIFIESTA (*antiguo art. 381 vs art. 380 reforma*)

Art. 380 reforma:

«1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera 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.

2. 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*».

1. Elementos del tipo

Aquí se castiga la conducción con temeridad manifiesta de un vehículo a motor o ciclomotor, poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas. Se trata, en definitiva, de un *delito de peligro concreto*. Una acción que según la STS 2 junio de 1999 está integrada por tres elementos: la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor; que esa conducción se efectúe con temeridad manifiesta; y que con ello se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas.

El concepto de temeridad ha sido interpretado normalmente de acuerdo con el sentido del mismo en la imprudencia. El hecho de que el nuevo CP no hable ya de imprudencia temeraria sino grave, no impide seguir sosteniendo que la temeridad supone una desatención de las normas más elementales de cuidado exigibles en el tráfico automovilístico. Para ello, obviamente, habrá que tener en cuenta

²² Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2007.

el comportamiento del autor en relación con el conjunto de factores externos, tales como el clima (lluvia, niebla, viento, etc.), con los consiguientes efectos sobre la visibilidad o el estado de la vía, la presencia de otros vehículos o de peatones, etc. Ahora bien, el que comparta elementos con la imprudencia no debe llevar a confusión en cuanto a cual es la parte subjetiva del tipo: dolo de peligro en cuanto a los dos elementos del tipo, y que son la forma de conducción y el resultado de peligro.

La temeridad manifiesta existe cuando se omite la diligencia más elemental que cabría exigir a un conductor medio en la observancia de las normas de tráfico. La conducción puede ser *temeraria*, bien por el modo de llevarse a cabo (ej., en dirección prohibida, velocidad excesiva con adelantamientos indebidos), bien por la velocidad a la que se practica (ej., circular a gran velocidad por una vía peatonal), bien por el estado de inseguridad del propio vehículo (por la noche, por la izquierda y sin luces). Una conducta que, en todo caso, ha de poner en peligro la vida e integridad de las personas que se encuentren en la zona por donde se produzca la conducción, bien como conductores de otros vehículos que como peatones. La temeridad, como veíamos, ha de ser manifiesta; esto es, notoria, palpable y evidente para cualquiera.

Y es que la conducción temeraria es, en principio, un ilícito administrativo que el art. 65.5.2.c) de la Ley de Tráfico tipifica como infracción muy grave. No obstante, cuando la temeridad es manifiesta, es decir, patente, clara, y con ella se pone en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, el ilícito se convierte en penal y da lugar al delito previsto en el art. 381, actual art. 380 (STS 561/02, 1 de abril). En definitiva, la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otro está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y, además, crea un peligro efectivo, constatable, para la vida o la integridad física de personas identificadas o concretas, distintas del conductor temerario (STS 561/02, 1 de abril).

Pero como estamos ante un delito de peligro concreto, es necesario además un resultado: la puesta en peligro de la vida o integridad física de las personas. Luego el riesgo debe ser real e incidir sobre tales bienes jurídicos, no siendo imprescindible su concreción en una persona determinada, pues basta el peligro generado sobre la vida e integridad física de conductores y peatones. Por ello, si se conduce con temeridad manifiesta pero se desconoce la existencia de personas que pudieran ver afectadas su vida o integridad, no se lleva a cabo el ilícito penal. Obviamente, para la condena no es necesaria la identificación de las personas que vieron comprometida su integridad, basta con que se pruebe que existieron. En definitiva, el delito se considera *consumado* cuan-

do por conducir temerariamente se pone en concreto peligro la vida o integridad física de las personas. *No cabe la tentativa*, puesto que la conducción temeraria que no lleve aparejado el peligro mencionado es tan sólo constitutiva de una infracción administrativa.

En cuanto a los acompañantes del vehículo, difícilmente puede entenderse como terceras personas que ven comprometida su integridad cuando éstos asumen el riesgo derivado de la forma de conducción del autor. En el caso de que pida/n bajarse y el conductor no se lo permita, cabría hablar de detención ilegal²³.

Sujeto activo sólo puede ser el conductor del vehículo, dado que estamos ante un delito de propia mano. No cabe, en consecuencia, la participación, aunque para algunos sí cabría hablar de la inducción por un pasajero²⁴. En cuanto al *tipo subjetivo*, sólo cabe su comisión dolosa, de modo que el conductor ha de saber lo arriesgado de su modo de conducir y querer hacerlo de esa manera. De su parte, en lo que se refiere a la posibilidad de apreciar un autoencubrimiento impune en estos casos (ej., huida de la policía tras la comisión de un hecho delictivo), el TS lo admite como manifestación del principio de inexigibilidad de una conducta diferente, pero constriñéndolo a los casos de mera huida (delitos de desobediencia) con exclusión de las conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (STS 29-09-00). Si se crea peligro para los propios policías en la huída, cabrá apreciar, además, delito de atentado (STS 29-05-01). Finalmente, la pena sigue siendo la de prisión de 6 meses a 2 años y privación del permiso de conducir de uno a 6 años.

2. Supuesto agravado de conducción con exceso de velocidad y altas tasas de alcohol (art. 380.1)

A raíz de la reforma llevada a cabo por la *LO 15/2007*, siempre se considera que existe temeridad manifiesta en la conducción a más de 110 km/h en vía urbana, 180 km/h en carretera y 200 km/h en autovía y ello acompañado por unas tasas de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg/litro o de alcohol en sangre superior a 1,2 gr/litro. Esto es, se presume «*iuris et de iure*» la temeridad manifiesta en estos supuestos. Luego nos encontramos ante un tipo cua-

²³ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, op. cit., pág. 36.

²⁴ *Ibidem*.

lificado del delito del art. 379 cuando se den, al mismo tiempo, dos de las circunstancias en él recogidas: el exceso de velocidad por encima de los límites fijados y las tasas de alcohol superiores a las también señaladas.

Antes de esta reforma, operada como decíamos el pasado mes de noviembre, siempre se estimaba la existencia de temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas cuando se conducía bajo los efectos de bebidas alcohólicas con tasas altas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos. El problema radicaba en que, al utilizarse conceptos tan indeterminados, la imposición de la pena prevista, en lugar de la más benigna contenida en el art. 379, dependía exclusivamente de la valoración que el juez hacía sobre ambos elementos: lo alta que era la tasa de alcohol presentada por el conductor y lo desproporcionada o no que consideraba la velocidad a la que conducía. Una clara inseguridad jurídica, siempre rechazada desde la doctrina.

Luego lo que el legislador ha buscado con la reforma es objetivar, también, el concepto de temeridad manifiesta, de modo que para apreciarla no es necesario demostrar la influencia del alcohol sobre la conducción, pues basta corroborar la existencia objetiva de un exceso de velocidad (más de 110 km/h en vía urbana, 180 km/h en carretera y 200 km/h en autovía) y de determinados niveles de alcohol en la sangre (superior a 0,60 mg/l cuando se trata de aire espirado y 1,2 gr/l si es alcohol en sangre). Eso sí, siempre que ello implique la puesta en concreto peligro para la vida o la salud de las personas, que es precisamente donde se fundamenta la agravación respecto del art. 379. Porque a diferencia del antiguo art. 381, que siempre presumía la existencia de peligro concreto cuando se daba el binomio: altas tasas de alcohol + exceso desproporcionado de velocidad, el actual art. 380 no lo hace. Luego, aunque sí parte de la existencia de temeridad manifiesta en estos supuestos, siempre habrá que demostrar, además, el peligro concreto para la vida o la salud, pues de no ser así sólo cabría aplicar el delito del art. 379.

Con ello se acaban las críticas respecto a que el antiguo art. 381 no constituía sino una presunción «iuris et de iure» de peligro concreto a partir de una conducta que era meramente de peligro abstracto. Porque el legislador, con la pretensión de aportar concisión y facilidades para la constatación judicial del hecho delictivo, y así ganar seguridad jurídica en la práctica, ante las serias dificultades que siempre conlleva constatar la concurrencia real del peligro²⁵, se presumía «iuris et de iure» que el peligro concreto para la vida o la integridad de las personas se producía

²⁵ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Reflexiones sobre la reforma en los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 73.

siempre que se daban esas formas temerarias de conducción, y sin necesidad de demostrar que nadie hubiera estado en peligro. Una ficción que, en consecuencia, desnaturalizaba la figura típica del peligro concreto, y que de acuerdo con ALCÁCER GUIRAO²⁶ presentaba una «más que dudosa constitucionalidad», por presumirse «*iuris et de iure*», y con infracción del derecho a la presunción de inocencia, uno de los elementos constitutivos en contra del acusado.

Sea como fuere, tanto en la actual redacción como en la anterior, llama la atención el hecho de que sólo se agrave la conducta ante la presencia de altas cuotas de alcohol y no ante la presencia de otras drogas, con lo que quedan fuera todos los supuestos de conducción por encima de la velocidad señalada pero bajo los efectos de otras sustancias diferentes al alcohol. Finalmente, y como es lógico, este delito absorberá al de peligro abstracto contenido en el art. 379. En cuanto a la relación con el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del nuevo art. 383, de acuerdo con MATELLANES RODRÍGUEZ, se presupone que el sujeto no comete ese delito, ya que exige que el sujeto supere las tasas de alcohol estipuladas, y si se conocen tales tasas es porque el sujeto no se ha negado a someterse a las pruebas legalmente establecidas para su comprobación²⁷.

IV. CONDUCCIÓN POR «CONDUCTORES SUICIDAS U HOMICIDAS» O CONDUCCIÓN HIPERTEMERARIA (*antiguo art. 384 vs art. 381.1 y 2 reforma*)

Art. 381.1 y 2 reforma:

«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.

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».

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, R., «Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad en el tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria», en *La Ley Penal*, núm. 10, 2004, pág. 8.

²⁷ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Reflexiones sobre la reforma en los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 72.

Este delito se introdujo por primera vez con la reforma de 21 de junio de 1989. Reforma fruto de la alarma social generada por los accidentes de tráfico producidos en algunas autopistas por quienes apostaban dinero por circular en sentido contrario, y a gran velocidad, esquivando a aquellos coches que venían de frente²⁸. A este hecho también cabe unírsele la renuncia de los Tribunales a apreciar dolo, siquiera eventual, en las conductas más graves ocurridas en el tráfico rodado, sobre todo por la dificultad en su prueba. De otro lado, su calificación como homicidas resultaba difícil, y más en aquellos supuestos en los que no se producía resultado alguno, y que habría obligado a admitir la tentativa con dolo eventual, construcción que aunque es ampliamente aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, pocas veces se aplica en estos supuestos²⁹. Todos ellos fueron los motivos que movieron al legislador a introducir un nuevo tipo delictivo, que en la propia exposición de motivos de la Ley se describía como «un tipo intermedio entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio»³⁰.

1. Tipo básico. El cambio de «consciente» a «manifiesto» desprecio por la vida de los demás (art. 381.1)

Mientras que en el artículo 380 el bien jurídico es la seguridad individual, en éste lo es la seguridad colectiva (STS 1518/99, 25 de octubre). Ahora bien, al igual que aquél, también es un *delito de peligro concreto*, pues se castigan las conductas del art. 380 (conducción con una velocidad superior a los límites establecidos en el art. 379 y con tasas de alcohol también superiores a las allí señaladas) cuando se realizan con manifiesto desprecio para la vida de los demás. Esto es, se trata de una modalidad agravada del art. 380 al que se añade un elemento subjetivo del injusto: «el manifiesto desprecio por la vida de los demás». Y es aquí, precisamente, donde se ha producido la modificación más llamativa con la reforma de la LO 15/2007, pues ha cambiado la anterior expresión «consciente desprecio», por la actual de «manifiesto desprecio». Con ello, una vez más, se

²⁸ Una «moda» que, desgraciadamente, no ha pasado, pues de tanto en tanto se conocen hechos similares, como el ocurrido en la noche del pasado día 12 de enero en una céntrica calle de Vigo (Pontevedra), donde una pareja murió como consecuencia del choque contra uno de los vehículos que disputaba una carrera ilegal con otro y que invadió el carril por el que circulaba el matrimonio en su vehículo.

²⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1968.

³⁰ De igual modo para la Jurisprudencia «se trata de un tipo autónomo de tentativa de lesiones u homicidio en dolo eventual, que permite el castigo ante la dificultad dogmática de aceptar el castigo de la tentativa de homicidio con dolo eventual» (STS 11-04-01).

busca prescindir de conceptos jurídicos indeterminados con sus ineludibles problemas prácticos. Nuevamente se ha tratado de objetivar la conducta, de modo que se abandona un elemento más subjetivo, y en consecuencia más difícil de probar, como es «consciente»³¹, por otro más objetivo y fácil de mostrar «manifiesto»; porque mientras la consciencia pertenece a la esfera interna del individuo, un campo que siempre será ajeno para el resto de los humanos, el que algo sea manifiesto equivale a que sea visible, evidente, para cualquiera.

Luego la esencia del delito, y que justifica la elevación de las penas, es la existencia de ese elemento subjetivo «manifiesto desprecio para la vida de los demás». Una singularidad que ha llevado a un sector doctrinal a sostener que no nos encontramos ya ante un delito de peligro sino ante la «tipificación de una tentativa de homicidio con dolo eventual». De ser así, habría un delito por cada una de las personas cuya vida haya sido puesta en peligro. Si a esto le añadimos la admisión con carácter general de la tentativa con el dolo eventual, la consideración del art. 381 como delito de peligro debería hacer compatible su aplicación en concurso con tantas tentativas de homicidio como personas que viajaban en los coches que venían de frente circulando en sentido contrario. Para quienes no admiten la tentativa con dolo eventual, como es el caso de TAMARIT SUMALLA³², sí cabría el concurso de delitos en caso de que el conductor obre con dolo directo de matar a alguien que se encuentra rodeado de otras personas cuya vida es puesta en peligro con manifiesto desprecio para tal bien jurídico, tanto si el homicidio pretendido se queda en grado de tentativa como si alcanza la consumación. Ahora bien, si falta el dolo directo, los hechos sólo concursarán en el caso de que se produzca un resultado lesivo. Si no se produce tal resultado, únicamente concurrirá un delito del art. 380 con independencia del número de personas a quienes alcance el peligro.

La *conducta*, según la Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado, consiste en la conducción con infracción de las más elementales normas de seguridad en el tráfico, con conciencia de que ésta puede llegar a crear un peligro para la vida de terceros, si bien confiando en eludir tal resultado, aunque éste llegue a producirse por concurrir con otros sujetos en la vía (ej., conducir en sentido contrario). *No cabe la tentativa. Sujeto activo* es el conductor del vehículo y por tratarse también de un delito de propia mano no cabe la participación.

³¹ En la práctica, y dado lo complicado de demostrar ese «consciente» desprecio, el delito siempre se objetivaba estimándose su existencia siempre que la conducta era extremadamente peligrosa (STS 11-04-01).

³² TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1970.

Sea como fuere, la exigencia de ese «*manifiesto* desprecio por la vida de los demás» ubica la conducta en el marco del dolo eventual, puesto que el autor, al ejecutar la acción y mantenerla inalterable, acepta el resultado que pudiera producirse —y a diferencia de los demás delitos en que sólo existe la conciencia y voluntad de infringir una norma de cuidado pero no la conciencia y voluntariedad del resultado que eventualmente pudiera ocasionarse—. Luego la conducta será atípica, por faltar este elemento subjetivo, cuando el individuo, tras haberse representado el resultado, no lo acepta, confiando en su capacidad de evitarlo por su pericia. Obviamente, si el conductor tiene el dolo directo de matar a una persona no estaríamos ante este supuesto, sino ante un homicidio (doloso o al menos en tentativa).

La pena también ha sufrido un aumento con la reforma operada por *LO 15/2007*, pasando a ser de 2 a 5 años de prisión (frente a la pena de 1 a 4 años anterior) y multa de 12 a 24 meses (frente a la multa de 6 a 12 meses anterior). La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años permanece inalterada. Finalmente, la relación de este delito con el resto de los delitos contra la seguridad en el tráfico es de consunción, por lo que será este el precepto aplicable. Ciertamente, a pesar de que este delito se produce con frecuencia para zafarse de la persecución policial, la jurisprudencia ha rechazado, y con razón, el que pueda ser considerado como acto de autoencubrimiento impune cuando sucede a la comisión de otro delito (SSTS 27 septiembre 2000 y 29 noviembre 2001).

3. Tipo atenuado (art. 381.2)

La disminución de pena se justifica por la no concurrencia del peligro concreto sobre la vida o integridad de las personas, configurándose, en consecuencia, como un *delito de peligro abstracto* (ej. quien circula en sentido contrario a alta velocidad y con elevados niveles de alcohol pero con ausencia de otros conductores o peatones). Todos los demás elementos son iguales que los del tipo básico salvo, obviamente, la pena.

V. EL COMISO DEL VEHÍCULO (*antiguo art. 385 vs art. 381.3 reforma*)

Art. 381.3 reforma:

«El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este Código»³³.

Tanto en su versión anterior (recogida en el antiguo art. 385) como en la actual (art. 381.3), se refiere únicamente a la conducción por conductores «suicidas u homicidas» o conducción hipertemeraria (art. 381.1 y 2), con lo que se deja huérfana la posibilidad de aplicar esta medida al resto de los delitos contra la seguridad en el tráfico. Con tal previsión, en cualquier caso, se permite decomisar un valor equivalente al del vehículo en caso de que «por cualquier circunstancia» el comiso de los instrumentos directamente empleados «no fuera posible». El caso más frecuente se produce ante la existencia de un tercero no responsable penalmente y que es el titular del vehículo con el que se ha cometido el delito. En tales supuestos, al responsable penal se le decomisarán bienes por un valor equivalente para hacer frente a las responsabilidades civiles.

VI. NUEVAS REGLAS CONCURSALES ANTE LOS RESULTADOS LESIVOS PRODUCIDOS (*antiguo art. 383 vs art. 382 reforma*)

Art. 382 reforma:

«Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, 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».

³³ Art. 127: «1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

En su versión anterior (antiguo art. 383) este precepto acogía un concurso de leyes, sancionando, exclusivamente, la conducta castigada más gravemente. Esto es, cuando el delito de peligro iba seguido de otro con resultado de igual o mayor rango penal, quedaba subsumido en éste, salvo que el riesgo estuviera más gravemente penado que el delito culposo a que hubiese dado lugar. De igual forma, y en lo que a las circunstancias modificativas de la responsabilidad se refería, el antiguo art. 383 derogaba las reglas genéricas del art. 66, dejando la determinación de la pena al arbitrio del correspondiente Tribunal, quizás debido a la mala conciencia del legislador por el hecho de impedir la aplicación de la agravación del 77.1 en el concurso ideal de delitos. Una prueba clara, de acuerdo con TAMARIT SUMALLA, del débil fundamento sobre el que descansaba dicha cláusula concursal³⁴.

Con la reforma operada por *LO 15/2007*, en el actual art. 382 se prevé la aplicación de la pena de la infracción más grave *en su mitad superior*, luego ya no se trata de un concurso de leyes, sino de un concurso ideal de delitos entre el delito de peligro correspondiente (abstracto o concreto) y el resultado lesivo. Un concurso ideal que, sin embargo, al no remitirse a las reglas correspondientes del art. 77, tampoco se ve beneficiado por sus límites (la pena final nunca debe ser superior a la que represente la suma por separado de las que entran en concurso, de ser así se sancionarán por separado, art. 77.2 y 3).

Con lo que nos encontraríamos con la ironía de que, en algunos supuestos, la aplicación de este art. 382 resultaría más onerosa que la apreciación de un concurso real entre los correspondientes delitos. Pensemos, por ejemplo, en un homicidio imprudente (art. 142) provocado por un conductor que conduce a 181 km/h por una carretera (art. 379). En aplicación del art. 382 la pena a imponer sería la del homicidio imprudente en su mitad superior (pena de 2'5 a 4 años de prisión). Y ello tiene dos importantes consecuencias: de una parte, no cabe la suspensión condicional de la condena, con todo lo que esto implica y, de otra parte, la pena final es mayor que si se hubiese apreciado un concurso real de delitos, que se supone siempre es mucho más grave. Porque de aplicarse el concurso real, en primer lugar el juez podría haber optado por la pena de multa y los trabajos en beneficio de la comunidad, en lugar de la prisión, para sancionar el delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 y, en todo caso, de optar por la prisión, la pena final sería de 1 año y 3 meses a 4 años y 6 meses, con lo que, en principio, cabría hablar de suspensión condicional de la condena (art. 80 y ss.).

³⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1968.

En definitiva, en el art. 382 nos encontramos ante una excepción a la regla general válida para los delitos de peligro, y según la cual en caso de producción del resultado lesivo el correspondiente tipo de resultado material absorberá el desvalor de peligro; eso sí, sólo en la medida en que el riesgo se haya agotado realizándose plenamente en el resultado. Un resultado que puede ser constitutivo de homicidio, lesiones o daños, ya sean delito o falta, y tanto en su modalidad dolosa como imprudente, tal y como se afirma con la alusión a «cualquiera que sea su gravedad».

Porque con las nuevas reglas concursales, más duras que las propias del concurso ideal de delitos del art. 77, ya no tienen cabida las cautelas de quienes, como SÁNCHEZ MORENO³⁵, opinaban (respecto a su redacción anterior en el art. 383) que este precepto sólo es de aplicación cuando el resultado lesivo se cause por imprudencia, no cuando sea de forma intencionada. Pues en el supuesto de que concurra dolo de matar o de lesionar, se penará conforme a dichos tipos delictivos, en concurso con el correspondiente delito contra la seguridad del tráfico. De igual modo, ya no tiene sentido el aseverar que esta regla concursal no alcanza también a los daños patrimoniales³⁶.

Una regla concursal que, en todo caso, no se ve alterada cuando se produzcan diversos resultados lesivos, pues la absorción se producirá siempre en la infracción más gravemente penada. No cabría aplicar esta cláusula, sin embargo, en supuestos de tentativa (muy escasos porque la mayoría de los supuestos son imprudentes) dado que el art. 382 se refiere a «resultado lesivo».

La alusión a que, en todo caso, se condenará al resarcimiento de la responsabilidad civil originada, debe entenderse para cuando, habiéndose formulado acusación por el peligro y por el resultado, la pena que resulte aplicada sea por el primero que, habitualmente, no aparece acompañada de aquella responsabilidad. Finalmente, en cuanto a la «conflictiva» excepción a las reglas del art. 66 para la determinación de la pena ante la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad prevista en la versión anterior de este delito, ésta desaparece con la reforma, por lo que se presupone que dichas reglas son de aplicación normal también en los delitos contra la seguridad en el tráfico. Lo cual, si bien puede permitir la aplicación de atenuantes, cuando estas concurren, también permite la aplicación de agravantes, aumentando aún más la represión ya de por sí prevista.

³⁵ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, op. cit., pág. 40.

³⁶ AA. VV., *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid, 2007, pág. 839.

VII. NEGATIVA AL SOMETIMIENTO DEL TEST DE ALCOHOLEMIA (*antiguo art. 380 vs art. 383 reforma*)

Art. 383 reforma:

«El conductor que, requerido por el 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 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*».

1. El cambio de ubicación. La aplicación del precepto a otros delitos contra la seguridad del tráfico

En primer lugar, es inexcusable comenzar por hacer referencia al cambio de emplazamiento de este precepto, pasando del antiguo art. 380 (detrás del delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas) al actual art. 383 (detrás del mismo delito, pero también del delito de conducción temeraria y del de conducción suicida o hipertemeraria). Un «traslado» que no es mera casualidad, pues según la redacción anterior sólo cabría hablar de delito ante la negativa de someterse a las pruebas correspondientes para comprobar la comisión del delito de peligro abstracto del art. 379 (conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas), mientras ahora también es delictiva la negativa a someterse a las pruebas correspondientes para la comprobación de los delitos de peligro concreto de los arts. 380 y 381 (conducción temeraria y conducción suicida o hipertemeraria, respectivamente).

2. Las dudas sobre su constitucionalidad

Respecto de este precepto se ha mantenido, y se mantiene, un intenso debate. Por una parte, se habla de su inadecuada ubicación entre los delitos contra la seguridad del tráfico, al no ser éste el bien jurídico protegido puesto que se agota en un mero acto de desobediencia. De otra parte, se ha cuestionado la oportunidad de criminalizar lo que no deja de ser un acto de autoencubrimiento impune, que pugna con el derecho a no declarar contra uno mismo y la presunción de inocencia. Y, para terminar, como colofón, se destaca el absurdo de que se castigue más gravemente este acto de desobediencia que el propio delito cuya realización es lo que trata de prevenir la prueba de alcoholemia, crítica que, tras la reforma, sólo tiene validez respecto a la conducción bajo los efec-

tos del alcohol o las drogas, o con velocidad o tasas de alcohol por encima de los límites previstos, del art. 379, con la correspondiente quiebra del principio de proporcionalidad. La respuesta, sea como fuere, siempre ha sido la misma: su constitucionalidad, por cuanto se trata de una pericia de resultado incierto que no equivale a una autoinculpación. O lo que es lo mismo, no constituye en rigor una declaración o testimonio, por lo que no puede suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable; esto es, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía establecidas para garantizar la seguridad del tráfico rodado (SSTC 161/1997, 2 de octubre y 234/1997, 18 de diciembre)³⁷.

Pero incluso dentro del TC no todo el mundo estaba de acuerdo. Hacemos mención aquí a dos votos particulares. En el caso de RUIZ VADILLO, este magistrado estima que «en definitiva, el art. 380 CP (actual art. 383) supone obligar a una persona, presunta autora de un delito, a colaborar con las autoridades y sus agentes en el descubrimiento de la infracción, puesto que la negativa a hacerlo se tipifica como un delito castigado con pena privativa de libertad. De esta forma, además de vulnerar el principio de proporcionalidad y, en algunos casos, incluso el derecho a la intimidad, se priva al favorecido por la presunción de inocencia de la pasividad inherente a la misma, menoscabando, por tanto, su derecho de defensa y de libertad en la forma de ejercicio». De su parte, GARCÍA MANZANO razona que «no existe correspondencia entre la estructura jurídico-penal en la que se ha alojado este nuevo delito y la conducta real objeto de reproche: no responde ésta al dolo específico de quebrantar o socavar el principio de autoridad, en la abstracción que debe recoger la norma, sino al eludir la indagación y comprobación del delito tipificado en el anterior art. 379 del mismo CP. Tropieza así el precepto con el principio de proporcionalidad...»³⁸.

Con la reforma, sea como fuere, y quizás «buscando salvaguardar una poco las apariencias y limar asperezas»³⁹, se acaba con el calificativo de delito de desobediencia, y la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o impregnación tóxica se castiga autónomamente; esto es, sin remitirse al delito del art. 556 como sí hacía el

³⁷ *Ibidem*, pág. 834.

³⁸ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, *op. cit.*, pág. 13.

³⁹ El entrecomillado es nuestro.

anterior art. 380, si bien la pena es la misma que la señalada en el delito contra el orden público. De este modo, al menos, se acaba con la crítica sobre si este no es el lugar adecuado para castigar esta conducta en atención al bien jurídico lesionado: el principio de autoridad (delito contra el orden público). Ahora bien, con lo que no acaba, ni mucho menos, y a pesar de la mutación, es con la crítica sobre si se trata de un autoencubrimiento que, en consecuencia, debería ser impune.

3. Elementos del tipo

Con este artículo, en cualquier caso, y lo mencione o no, se sigue dando acogida a una forma concreta de la desobediencia grave del art. 556 CP, castigando al conductor que, requerido por el 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 drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que hacen referencia los arts. 379, 380 y 381). Nos encontramos, por tanto, ante un delito de mera omisión, que no necesita resultado alguno pero en el que sí deben concurrir tres requisitos:

1. *Persona que conduce un vehículo a motor o ciclomotor por un espacio público.*
2. *Requerimiento expreso hecho por Agente de la Autoridad para que se someta a la prueba legalmente establecida.*

Por agente debe entenderse todo aquel que ostenta tal condición (Guardia civil, Policía Nacional, Policía Local y Policía Autónoma) y tenga encomendada la vigilancia del tráfico, de suerte que resulte facultado para someter a los conductores a tales pruebas. El requerimiento no precisa finalidad alguna, basta con que se realice de forma que el conductor no tenga ningún tipo de duda sobre su contenido.

3. *Negativa del conductor a someterse a las pruebas.* Mientras para algunos basta la simple negativa para la comisión del delito, siendo indiferente, a los meros efectos consumativos, que el conductor esté o no afectado por un previo consumo de las mencionadas sustancias; para otros, sin embargo, se requiere además un elemento subjetivo consistente en que el incumplimiento del mandato sea de manera voluntaria o intencional, pues no sería extraño que la intoxicación etílica del conductor le impida comprender y entender lo que los agentes le están manifestando, y que en tales circunstancias tenga la voluntad y el ánimo de desobedecer la orden. Sea como fuere, la negativa del conductor se debe dar con posterioridad al requerimiento por parte del agente para que se

someta a la prueba, advirtiéndole clara y expresamente de las consecuencias penales que se pueden derivar de la negativa a la prueba.

Si bien a la negativa le debe preceder el cumplimiento por el agente de las garantías legalmente previstas, tal y como nos recuerda TAMARIT SUMALLA, entre éstas no se encuentra el deber de informar al conductor de las consecuencias penales del rechazo a someterse a la prueba, pese a que la lógica aconseja que por parte de la Autoridad administrativa se dicten las instrucciones pertinentes para que se facilite tal información con carácter previo a la realización de la denuncia, y sin perjuicio de la posibilidad de considerar al autor incurso en un error de prohibición si desconoce el carácter ilícito de la negativa⁴⁰. Para otros, sin embargo, la ausencia de esa previa información sobre las consecuencias llevaría a la absolución del acusado, pues se trataría de un error de prohibición invencible⁴¹.

También se comete este delito con la mera negativa a someterse a una segunda medición, pues no entenderlo así, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto —dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo— podría cuestionarse el resultado obtenido con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal (SSTS 1/02, 22 de marzo; 22-03-02). Ahora bien, tampoco faltan sentencias en las que el tribunal se decanta por entender que en este caso no hay delito de desobediencia ya que el tipo exige la omisión plural, no parcial de las pruebas (SAP Barcelona, 18-2-99).

En cuanto a la pregunta de si para poder hablar de la desobediencia del art. 383 es necesario que el sujeto evidencie síntomas de conducir bajo las sustancias aludidas en los arts. 379, 380 y 301, nos remitimos a lo que al respecto opinaba la jurisprudencia del antiguo art. 380: sólo cabía apreciar el delito si previamente se comprobaba el riesgo que para la seguridad del tráfico se desprendería de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas. Esto es, se señalaba la dependencia del art. 380 respecto del 379 para delimitar la sanción penal de la correspondiente sanción administrativa.

En cualquier caso, el *Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del TS de junio de 2002* acabó con las dudas al considerar que sólo procedía calificar los hechos conforme al art. 380 CP en aquellos casos en que la prueba rechazada por el

⁴⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1960.

⁴¹ SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*, *op. cit.*, pág. 19.

acusado se hubiera requerido por el funcionario como consecuencia de haber ocasionado aquél un accidente o de haber dado muestras de una conducción anómala, no siendo posible tal calificación jurídico penal en los denominados controles meramente preventivos. Esto es, «no es precisa una acreditación plena de hallarse bajo el influjo de bebidas alcohólicas, lo que es solo exigible para un sentencia condenatoria, sino que basta la concurrencia de algunas manifestaciones que permitan presumir esa posibilidad» (STS 2173/02, 19 de diciembre).

Ahora bien, la nueva redacción del art. 379, que no sólo sanciona la conducción bajo la influencia de las drogas o del alcohol, sino también el conducir a determinadas velocidades o presentar unos niveles concretos de alcohol en sangre (1,2 gr/litro) o en aire espirado (0,6 mgr/litro) nos plantea nuevas cuestiones ¿Es necesario siempre que el conductor muestre determinados signos de encontrarse bajo los efectos del alcohol o las drogas, o basta con que supere los niveles de velocidad para poder pedir la prueba? Dado que la presentación de determinadas tasas de alcohol siempre es delito, ¿se podría pedir la prueba en controles preventivos? Desde luego, habrá que esperar a la práctica jurisprudencial para ver hacia donde se dirigen los pasos en este asunto, si bien quepa ya advertir que la ampliación de conductas en el art. 379 obliga a replantarse cuándo y de qué manera se debe realizar la prueba, para que la negativa a la misma pueda constituir delito de este art. 383.

En lo que a las penas se refiere, tal y como ya hemos adelantado, la pena de prisión sigue siendo la misma pese a la reforma, puesto que aunque ya no se remita al delito de desobediencia del art. 556, la pena prevista en éste es también la de prisión de 6 meses a 1 año, con lo que no es muy atemorizado concluir que el legislador se ha limitado a «disfrazar» este delito para evitar las críticas sobre si es ésta su correcta ubicación. Lo que sí se introduce, y que antes no existía, es la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Una nueva pena para una conducta de mero autoencubrimiento; o lo que es lo mismo, se está privando del permiso de conducción a quien simplemente se niega a declarar contra sí mismo y sin necesidad de demostrar que esa negativa esconde realmente la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico, lo que sí explicaría tal privación.

En cuanto a si hay concurso de normas o de delitos entre este art. 383 y los delitos de los arts. 379, 380 y 381, al no tratarse ya como delito de desobediencia (y por tanto del bien jurídico principio de autoridad), lo lógico es apreciar un concurso de normas, optando por los arts. 380 y 381 en caso de concurrir con ellos, y por el art. 383, en caso de concurrir con el art. 379, pues prevé una pena más grave. Además, no cabe la condena simultánea, pues el rechazo al sometimiento de las pruebas (art. 383) tendría un fundamento constitucional

al estar precisamente destinado a no suministrar indicios autoinculpatorios del delito ya cometido (art. 379, 380 o 381).

Finalmente, *¿cabe la atenuante de alcoholemia o de estar bajo los efectos de las drogas en el delito del art. 383?* Eso es lo normal, pues recordemos que uno de los elementos de este delito es el subjetivo, el cual requiere el ánimo, la voluntad, de quebrantar la orden de la autoridad; en definitiva, dolo que se ve atenuado por la ingestión de alcohol o drogas precedente.

VIII. CONDUCCIÓN SIN LOS PERMISOS OPORTUNOS (art. 384 reforma)

Art. 384 reforma:

«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 y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a 90 días.

Las mismas penas se impondrán 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 a motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción».

Según el Preámbulo de la *LO 15/2007*, se criticaba la ausencia de penalización de la «conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente es, que algunos de estos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se considera más ágil y preciso reunir todas estas situaciones posibles en un solo precepto sancionador.» El resultado final es la previsión como delito de una conducta que no pasa de ser una mera infracción administrativa, donde la lesividad necesaria para legitimar la intervención del derecho penal, a nuestro juicio, no existe. Ahora bien, la situación podría haber sido incluso peor, pues en el Dictamen de la Comisión de Justicia encargada de analizar la proposición de Ley, el párrafo segundo del art. 384 decía literalmente:

«Las mismas penas se impondrán al que realizar 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 disponer de permiso o licencia de conducción vigente y válida para conducir en España.»

Luego es al menos de agradecer que en su redacción final se limite a decir «sin haber obtenido nunca permiso o licencia de circulación», con lo que no cabe ser aplicado a casos diversos como, por ejemplo, el de los extranjeros que circulen por nuestro país sin la validación oportuna de sus permisos de conducir, o a los casos de conductores (es indiferente si españoles o extranjeros) con el permiso de conducir caducado, etc. Supuestos que no son más que simples infracciones administrativas, pero que con la «paranoia» criminalizadora que estamos viviendo no sería de extrañar que también hubieran acabado convertidas en delitos...

Finalmente, quepa señalar que este artículo, en concreto, y según la Disposición final tercera de la *LO 15/2007* tiene una *vacatio legis* superior, y no entrará en vigor hasta el 1 de mayo de 2008. Ahora bien, la pregunta que a continuación, y de forma indefectible, se presenta es la de: ¿cabría aplicar mientras tanto el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP? Y la respuesta sin duda debe ser afirmativa para aquellos casos en que el incumplimiento sea de una condena, medida de seguridad o medida cautelar adoptada judicialmente.

IX. OTRAS CONDUCTAS QUE IMPLICAN GRAVE RIESGO PARA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO (*antiguo art. 382 vs art. 385 reforma*)

Art. 385 reforma:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de 12 a 24 meses y *trabajos en beneficio de la comunidad* de 10 a 40 días, el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

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

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

Aparte de la inclusión de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días, cabe tan sólo hacer alusión a que los problemas interpretativos presentados por el anterior art. 382, no se ven ni mucho menos solventados con este nuevo art. 385 pues, para comenzar, en el párrafo 1.º ni siquiera exige una alteración de la seguridad del tráfico mediante las conductas descritas, como sí hacía el antiguo art. 382 y que suponía una garantía añadida de la que ahora carecemos. Además, no sólo no quita la expresión «por cualquier otro medio», sino que junto a las ya previstas incluye también como medios comisivos la

anulación y sustracción de la señalización. En definitiva, en este precepto se castiga la creación de un grave riesgo para la circulación mediante alguna de las conductas establecidas:

1. *Alteración de la seguridad del tráfico por cualquier medio idóneo*, sean o no los citados en el artículo (colocación de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes, alteración o daño de la señalización o por cualquier otro medio, como arrojar piedras sobre la vía pública, hacerlo al paso de los automóviles, etc.). Ahora bien, a pesar de que la relación de posibles medios comisivos quede abierta, únicamente deberán considerarse incluidos en el tipo aquellos medios que tengan una analogía con los expresamente previstos tanto en lo que respecta a su dinámica comisiva como a su potencialidad lesiva⁴².
2. *No restableciendo la seguridad en la vía cuando exista obligación de hacerlo* (ej., no retirar de la calzada las piedras que han servido para calzar un vehículo averiado).

Se trata, por tanto, de un delito de comisión por omisión, cuyo castigo se basa en el deber jurídico de restablecer la seguridad del tráfico cuando ésta se ha alterado. Esto es, lo decisivo no es quién ha causado la inseguridad del tráfico, sino quien, teniendo obligación de hacerlo, no la ha restablecido. Una obligación clara, por ejemplo, de los agentes de tráfico o personal de mantenimiento de carreteras, pero que genera muchos problemas en cuanto al resto de las personas, pues configurar su responsabilidad en la figura de la ingerencia, a través del art. 11 CP, es difícil dado que este se refiere a delitos de resultado y aquí nos encontramos ante delitos de peligro⁴³. Para algunos, la obligación ha de resultar de la norma establecida en el *art. 10.3 de la Ley de Tráfico de 2 de marzo de 1990* que dice: «quienes hubieran creado sobre la vía algún obstáculo o peligro, deberán hacerlo desaparecer lo antes posible, adoptando entre tanto las medidas necesarias para que pueda ser advertido por los demás usuarios y para que no se dificulte la circulación». Para otros viene impuesto en el *art. 51 de la Ley de Seguridad Vial* que textualmente dice: «1. Los usuarios de las vías que se vean implicados en un accidente de tráfico, lo presencien o tengan conocimiento de él, estarán obligados a auxiliar o solicitar auxilio para atender a las víctimas, si las hubiere, prestar su colaboración para evitar mayores peligros o daños, restablecer, en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación y esclarecer los

⁴² TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1965.

⁴³ AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pág. 838.

hechos. 2. Si por causa de accidente o avería del vehículo o su carga obstaculizaren la calzada, los conductores, tras señalizar convenientemente el vehículo o el obstáculo creado, adoptarán las medidas necesarias para que sea retirado en el menor tiempo posible, debiendo sacarlo de la calzada y situarlo cumpliendo las normas de estacionamiento siempre que sea factible». Fuera de estos casos la omisión sería atípica, lo que no obsta a que el responsable responda por el correspondiente delito imprudente de producirse un resultado lesivo.

En ambos casos la exigencia de creación de un grave riesgo para la circulación se refiere a un delito de peligro concreto⁴⁴ (con independencia de que el primero sea un delito activo y el segundo uno omisivo); esto es, se requiere una situación de trascendencia importante y general. O lo que es lo mismo, buscando la coherencia con los demás preceptos de este capítulo, sólo debería afirmarse la tipicidad de las conductas descritas en este artículo cuando tengan la entidad suficiente para suponer un peligro potencial para la vida o integridad de personas concretas. Ciertamente, el tipo no requiere su concreta puesta en peligro, pero la negación de toda potencialidad lesiva *relevante* (según se deriva de la exigencia explícita de la gravedad del riesgo) conllevará la atipicidad de la conducta⁴⁵. Sea como fuere, ambas conductas son alternativas, de modo que la apreciación de una excluye la otra y *sujeto activo* puede ser cualquiera, sin necesidad de que sea el conductor de un vehículo o un ciclomotor. Finalmente, cabe tanto la tentativa como las formas de participación y la única modalidad punible es la dolosa.

X. CONCLUSIONES VALORATIVAS

Con esta reforma, y son perfectamente extrapolables las palabras de TAMARIT SUMALLA respecto a la producida también sobre estos delitos con la LO 15/2003, lo que realmente se constata es que «ha llegado a este sector del Derecho penal la tendencia a la intensificación punitiva como huida cómoda frente a problemas sociales de gran complejidad, que, considerados con seriedad, llevarían a cuestionar los usos sociales, el modelo de consumo imperante y otras cuestiones aje-

⁴⁴ Ahora bien, y a diferencia de lo que sucede con el art. 380, el grave riesgo no se refiere a bienes jurídicos de las personas sino a la circulación, esto es, se refiere a un bien configurado en términos abstractos, lo que nos obliga a concluir que en realidad nos encontramos ante un delito de peligro hipotético. *Vid.*, en TAMARIT SUMALLA, J.M., «De los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 1964.

⁴⁵ *Ibidem.*

nas a lo penal. En todo caso, y sin movernos del ámbito estrictamente sancionador, deberíamos una vez más recordar al legislador presente o futuro con tentaciones intervencionistas en este terreno, el tan proclamado pero desoído principio de economía punitiva que aconseja perseguir la eficacia preventiva de las sanciones más que en la dureza de las mismas en la certeza de su imposición»⁴⁶.

En cuanto a la técnica utilizada, se verifica una vez más la tendencia a la funcionalización del Derecho penal, en tanto que éste es empleado como instrumento formal de control de las fuentes de peligro, que por otra parte son la esencia misma del sistema social actual. Esto es, se diluye, hasta casi desaparecer, el contenido limitador/garantista del bien jurídico convirtiéndose en un patrón meramente formal, por lo que cabe aseverar que en el Derecho penal del riesgo pierde su peso específico como fundamento del injusto, a favor del propio desvalor de acción. O lo que es lo mismo, y ahora en términos político-criminales, con el ánimo de lograr más cotas de seguridad, más que de evitar la producción de resultados, se abusa de la técnica de peligro con las consiguientes dosis de inseguridad que de la misma surgen⁴⁷.

Y todo ello, por no hablar de la infinidad de problemas prácticos de llevarse a cabo con rigor. La Asociación de Automovilistas Europeos (AEA) calcula que cerca de 50.000 personas tendrían que entrar cada año en las cárceles españolas con las nuevas medidas, lo que supondría duplicar la dotación presupuestaria para la creación de nuevos centros penitenciarios. Esto es, no se ha tenido en cuenta el impacto que esta reforma penal tendrá sobre la Administración de Justicia.

En el año 2004 la DGT formuló 2.568.428 denuncias⁴⁸, de las cuales el 25% eran por exceso de velocidad (7.705 personas); un 3% por sobrepasar los límites de alcohol (19.263 personas), y un 8% por infracciones relativas al permiso de conducir (23.021). En el año 2005, fueron 2.534.965 y en el año 2006 fueron 2.588.890 (114,19 por cada 100.000 habitantes), y siempre con unos porcentajes similares⁴⁹.

En todo caso, y quizás nos sirva como referencia, la reforma de 1987, que modificó el CP para que se sancionara penalmente a los conductores que no tuvieran permiso, fue un auténtico desastre, pues en pocos meses se colapsaron

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 1962.

⁴⁷ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., «Reflexiones sobre la reforma en los delitos contra la seguridad en el tráfico», *op. cit.*, pág. 73.

⁴⁸ No se incluyen las formuladas en el País Vasco ni en Cataluña que tienen competencias propias en esta materia.

⁴⁹ <http://www.dgt.es/estadisticas/documentos/anuariogeneral2006.pdf>

los juzgados y hubo que dar marcha atrás a todo el proceso de reforma. Aquí, de acuerdo con el Director de Seguridad Vial del Real Automóvil Club de España (RACE) seguramente sucederá algo similar, pues una reforma hecha «a toda prisa, sin agilizar el proceso sancionador, sin más agentes, sin reformar los juzgados, sin dotación económica. Va a pasar como con el carnet por puntos, que al no sancionarse se ha acabado convirtiendo en una medida «light», no efectiva».

De todos modos, qué mejor que remitirse a las estadísticas: desde el 2 de diciembre (día en que entró en vigor la reforma) hasta el final del mes de febrero de 2008, 4.621 conductores han sido puestos a disposición judicial por delitos contra la seguridad en el tráfico: 4.341 (el 94%) por superar las tasas de alcohol (0,6 mgr/litro en aire expirado o 1,2 gr/l de sangre), 96 (el 2%) por exceso de velocidad (velocidad superior a 60 km/h en vía urbana (travesía) o por conducir a velocidad superior en 80 km/h en carreteras), y 184 (el 4%) por negarse a someterse a las pruebas para detectar sustancias prohibidas. Y es que de la posible comisión de este delito no se ve nadie libre, sino que se lo digan tanto al Sr. Gallardón (Alcalde de Madrid) como al Sr. Pere Navarro (Director de la DGT), a quienes el programa de Antena 3 «Testigo Directo» «cazó» cometiendo sendas infracciones de tráfico. El primero, que conducía su propio vehículo, pasó a 140 km/h por un túnel limitado a 70 km/h en la entrada y a 50 km/h en la salida (lo que equivaldría, de entrada, a la retirada de 16 puntos); el conductor del segundo, de su parte, trasladaba al Sr. Pere en su coche oficial a 30 km/h por encima de lo permitido...