

LA SEGURIDAD VIAL EN EL ORDENAMIENTO PENAL: JUSTIFICACIÓN Y CRÍTICA

ROAD SAFETY AND THE LAW: RIGHTS AND CRITICS.

JOSÉ ANTONIO MINGORANCE SÁNCHEZ

Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Resumen: La seguridad vial es hoy día uno de los asuntos que mayor relevancia presenta desde el punto de vista político y social. Con la aparición del automóvil y los nuevos riesgos a él aparejados, se inició paralelamente una preocupación creciente por parte de los poderes públicos, que, para reducir las consecuencias de la siniestralidad vial, recurrieron a la creación del bien jurídico colectivo seguridad vial y a tipos penales de peligro –abstracto y concreto–, iniciándose una lenta pero tenaz invasión del ámbito propio del Derecho administrativo sancionador, a costa incluso de relativizar muchos de los principios inspiradores del Derecho penal. El presente trabajo pretende justificar la intervención del Derecho ante el nuevo riesgo originado por el tráfico de vehículos de motor e identificar esas zonas de fricción entre ambas ramas del ordenamiento con la inclusión de nuevos ilícitos penales.

Abstract: Road safety is at present one of the main concerns from both political and social points of view. With the appearance of the automobile and the risks associated, came the growing concern of authorities, on how to reduce the consequences of road accidents, resolving in the creation of the legal road safety group, dealing with the different grades of criminal danger –abstract and concrete–, starting a slow but tenacious invasion of the criminal administration law area sanctions, at the expense of weakening many of the inspiring principles of the Criminal Law. The current project intends to justify

the assistance of the law due to the new risk originated by the traffic of motor vehicles and identify these friction areas between both branches of the regulation with the inclusion of new criminal illicit actions.

Palabras clave: Seguridad vial. Políticas. Sociedad. Delitos. Riesgo.

Keywords: Safety road. Policies. Society. Offences. Risk.

Recepción original: 24/05/2017

Aceptación original: 29/03/2017

Sumario: I. Introducción y toma de conciencia del problema. II. La tutela jurídica de la seguridad vial. III. El delito de peligro como técnica legislativa. IV La seguridad vial en la frontera jurídico penal. *IV.1 El exceso de velocidad punible (art. 379.1 CP). IV.2 La tasa objetiva de alcohol (art. 379.2 CP). IV.3. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (art. 383 CP). IV.4. La conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP). IV.4.a La pérdida de vigencia por pérdida total de puntos. IV.4.b La pérdida de vigencia por resolución judicial. IV.4.c La conducción careciendo de permiso o licencia.* V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN Y TOMA DE CONCIENCIA DEL PROBLEMA

El conjunto de actividades relacionadas con la seguridad vial tal vez sean en las que mayoritariamente se vean implicados todos los componentes de la sociedad, desde niños a ancianos, unos como conductores de los diferentes vehículos, otros como simplemente acompañantes o usuarios de los mismos y la mayoría como peatones que deben desenvolverse en un conjunto de espacios comunes compartidos entre máquinas y personas, no siendo indiferente por ello a nadie la relevancia social que hoy día presenta el tráfico y la seguridad vial en su conjunto.

La inseguridad vial es hoy un tema de preocupación cotidiana y máximo interés social, de lo que ya se encargan los diferentes medios de comunicación, en la que todos nos vemos implicados e incluso identificados con las personas que habitualmente se ven atrapadas en retenciones a las entradas a las grandes ciudades, incidencias provocadas por las inclemencias meteorológicas o incluso en accidentes de circulación, que va a suponer a su vez unos altos costes sociales, familiares y económicos.

La aparición del automóvil y su posterior desarrollo y expansión se enmarca en el nuevo modelo de sociedad surgida en la primera mitad del siglo xx y que BECK ha denominado «sociedad del riesgo»¹, que como consecuencia de la industrialización y la modernización va a originar la aparición de nuevos riesgos antes inexistentes que ahora superan la amenaza individual, con una clara tendencia globalizadora que no respeta fronteras y que incluso puede afectar a generaciones futuras, y es aquí donde se va a centrar la controversia en el discurso penal y su capacidad de responder a estos nuevos desafíos. Según BECK estos nuevos riesgos no equivalen a destrucción sino a una amenaza, comenzando el discurso del riesgo donde la confianza en nuestra seguridad termina, quedando enmarcado el concepto de riesgo en un estadio intermedio entre la seguridad y la destrucción y afirmando que «la sociedad del riesgo es una ciencia de potencialidades y valoraciones sobre probabilidades, siendo pues los riesgos una forma de *realidad virtual* (un haciéndose real)»².

En España la mayoría de los estudiosos consideran que el año cero en la gestión de la movilidad fue 1899, aunque sería el 17 de septiembre de 1900 cuando se aprobaría el «Reglamento para el servicio de Coches Automóviles por las carreteras del Estado» y se matricularía el primer vehículo³, no siendo hasta el 25 de septiembre de 1934, cuando se publicaría el primer «Código de Circulación», que marcaría toda la regulación en materia de tráfico, circulación de vehículos y seguridad vial⁴, comenzando paralelamente la trágica cifra de siniestros en carretera, que en el año 1960 –primer año en que se tienen cifras de las series históricas por parte de la Dirección General de Tráfico (DGT)– se situaba ya en 2.288 personas fallecidas⁵.

¹ BECK, U., *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, (vol. 78), Paidós, Barcelona, 1998, pág. 19.

² BECK, U., «Retorno a la teoría de la «sociedad del riesgo»», *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, n.º 30, 2000, págs. 10 a 15.

³ El primer vehículo matriculado sería un Clement, registrado oficialmente en Baleares el día 11 de octubre de 1900 con matrícula PM-1, y el segundo un Torneau, en Salamanca, el día 7 de diciembre del mismo año. Entre 1900 y 1950 se sucederían las matrículas en progresión geométrica, rebasando el millar en 1907 (1.171 vehículos), para alcanzar en 1950 casi el medio millón de vehículos (466.474 matriculaciones), de los que abría que deducir 271.524 bajas producidas en ese periodo y que supuso una reducción del 58,21% en esos primeros cincuenta años, una cifra moderada según criterios de la propia DGT.

⁴ Sitio web de la Dirección General de Tráfico. Recuperado de: <http://www.dgt.es/es/la-dgt/quienes-somos/historia/>.

⁵ Servicio de Estadística. Subdirección General de Análisis y Vigilancia Estadística, *Anuario estadístico de accidentes 2015*, Dirección General de Tráfico, Madrid, 2016, NIPO 128-15-072-3, pág. 6. Recuperado de: www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/.

Esta cifra continuaría su ascenso hasta mostrar su cara más negativa el año 1989 en que se alcanzó el techo con un total de fallecidos por accidentes de tráfico a nivel nacional de 9.344⁶, datos verdaderamente desproporcionados hoy día pero que se consideraban como normales y que eran incluso asumidos por la sociedad como el tributo que se debía pagar por la modernización y el uso del automóvil. Si comparamos este número de fallecidos con el volumen de un avión, por ejemplo el mayor avión comercial de pasajeros de esa época –Boeing 747– con capacidad para transportar 416 viajeros, estas cifras de siniestralidad supondrían el mismo resultado que si ese año se hubieran producido más de 22 catástrofes aéreas con ese modelo de avión donde hubieran fallecido todos sus ocupantes, situación a todas luces alarmante e inaceptable para la sociedad.

Para MONTORO GONZÁLEZ (citando a Castrodeza, 1993), los accidentes de tráfico se habían convertido en nuestro país en un verdadero mecanismo de control *malthusiano* de la población que era preciso atajar, siendo uno de los mayores problemas de salud pública de España, donde por años potenciales de vida perdidos (unos 200.000 en 1993), los accidentes de tráfico casi duplicaban (en el caso de los varones) a las enfermedades cardiovasculares o al cáncer, debido a que estas muertes en accidentes de tráfico afectaban principalmente a poblaciones de baja edad⁷. Considerando el periodo 1960-1992, los muertos en accidente de tráfico hubieran equivalido a la desaparición de una ciudad española media como Albacete, y si se sumaran los heridos de esos treinta años, una ciudad como Barcelona hubiera sido un gigantesco hospital en la que todos los ciudadanos hubieran estado afectados por algún siniestro de tráfico.

Coincide también BERRO ROVIRA, al afirmar que «los siniestros de tráfico representan el problema de salud pública que ha experimentado el incremento más elevado en tasas de mortalidad»⁸, siendo este igualmente el enfoque dado a la seguridad vial en el plano internacional, donde incluso la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha llegado a calificar de pandemia, no tratándose por lo tanto de una situación actual o nueva, sino que desde mediados del siglo XX ya se venía conociendo. Así fue reconocido por el maestro de la Medicina Legal, profesor Dr. Camille Léopold SIMONIN, cuando en 1955 afirma-

⁶ Ídem.

⁷ MONTORO GONZÁLEZ, L., BAÑULLS EGEDA, R. y TEJERO JIMENO, P., «Los accidentes de tráfico como problema de salud pública», *Cuadernos de la Guardia Civil: La Guardia Civil en defensa de la vida*, N.º 12, 1995, págs. 66 a 67.

⁸ BERRO ROVIRA, G., «Siniestros de tránsito, cumplimiento de las normas para más y mejor seguridad vial», *Biomedicina*, 8 (1), 2013, pág. 23.

ba que: «el automóvil ha reemplazado al microbio como agente principal de morbilidad y mortalidad».

En el marco de las políticas públicas española, tras la creación de la Comisión Nacional de Seguridad Vial⁹, como antecedente del actual Consejo Superior de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible¹⁰, se presentaría en 1979 un Programa Nacional de Seguridad Vial para el año 1980, que pasaría a convertirse, a partir del año 1989, en un Plan de carácter anual.

Desde 1989, este Plan Nacional de Seguridad Vial, constituiría un programa detallado de las actuaciones a realizar por los diferentes sectores u organismos con competencias en la materia así como una demostración de la conciencia existente por parte de los poderes públicos de la necesidad de afrontar la seguridad vial desde un planteamiento global con el objetivo general de reducir las tasas de accidentes y víctimas en carretera¹¹.

Pero fue necesario superar este planteamiento inicial acudiendo a la elaboración de nuevos planes alineados con la estrategia europea y que marcarían la apertura de una nueva etapa de planificación de la seguridad vial, comenzando con un Plan de Medidas Especiales para los años 2004-2005, a la vez que se pondrían en marcha un Plan de Acciones Estratégicas Clave de Seguridad Vial (2005-2008) con perspectiva de futuro. Hoy no cabe ninguna duda sobre el éxito que supusieron estos primeros Planes en la mejora de la seguridad vial y que incluyeron hitos tan importantes como: la aprobación de la Ley del Permiso de Conducir por Puntos, la presentación del Plan para la instalación de Radares Fijos en carretera, la creación de la figura del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial o la aprobación de la Ley Orgánica 15/2007, que vino a introducir importantes modificaciones en el Código Penal en materia de Seguridad Vial¹². Esta última modificación legislativa es considerada por parte de un amplio sector político y doctrinal como uno de los impulsos más relevantes y significativos en la mejora de la seguridad vial en España.

⁹ *Vid.* RD 1089/1976, de 23 de abril, por el que se crea la Comisión Nacional de Seguridad Vial (BOE núm. 120, de 19 de mayo).

¹⁰ *Vid.* Art. 8 del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

¹¹ NAVARRO OLOVELLA, P., *Plan de actuaciones 2006*, Dirección General de Tráfico, Madrid, NIPO 128-06-009-2, pág. 4.

¹² *Vid.* Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial.

II. LA TUTELA JURÍDICA DE LA SEGURIDAD VIAL

Es en el marco de estas políticas públicas donde va a cobrar especial importancia el derecho a la seguridad vial, como extensión también de la protección de derechos tan fundamentales como la vida o la integridad física. Pero este derecho a la seguridad vial no va a venir recogido como tal expresamente en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho subjetivo, aunque va a emerger con fuerza vinculado a las necesidades de movilidad de las sociedades contemporáneas, enmarcándolo algunos autores incluso en la tercera generación de derechos humanos que surgen para la defensa de las personas y la propia sociedad contra los efectos no deseados de los modelos productivos y contra los riesgos asociados a las pautas de movilidad imperantes¹³. Estos derechos de tercera generación van a suponer una mayor participación por parte de los gobiernos para lograr que efectivamente sean respetados, y donde el sujeto protegido no va a ser ya el individuo en sí mismo sino que se va a tener en cuenta al conjunto de las personas integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva. La seguridad vial se va a convertir en una política de *gestión del riesgo*.

La jurisprudencia del TC ha tratado el asunto en su Sentencia número 11/1981¹⁴, estableciendo que: «para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de contenido esencial de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos: El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

¹³ ERREJÓN VILLACIEROS, J. A. (Coord.), *et. al.*, *Evaluación del Plan Estratégico de Seguridad Vial 2005-2008*, Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL), Madrid, 2009, NIPO 012-10-007-0, pág. 13.

Recuperado de: www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E16-2009.pdf

¹⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8.º

Vuelve el TC en su sentencia 55/1996¹⁵ a aseverar que va a corresponder al legislador determinar los tipos penales que han de dar respuesta a las conductas antisociales más graves, reafirmando: «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de los límites establecidos por la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad».

Se pudiera plantear aquí un primer dilema sobre la legitimidad de los bienes tutelados por el ordenamiento jurídico una vez positivados, y entre ellos el de la propia seguridad vial en todas sus típicas manifestaciones, pues no deja de ser paradójico que sea el propio legislador el que dé carta de naturaleza a los intereses sociales dignos de tutela jurídica y que a la vez sean estos mismos bienes jurídicos los que deben servir de límite al *ius puniendi* del Estado a través del *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, de tal forma que el Derecho penal castigue únicamente los ataques a bienes jurídicos preexistentes.

Al margen de este apunte que sería objeto de un debate más amplio, lo que sí se puede observar es como el bien jurídico protegido seguridad vial ha venido cobrando relevancia desde 1950 en el ámbito penal¹⁶, no discutiéndose actualmente esta necesaria protección ya

¹⁵ STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6.º

¹⁶ La Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, denominada la «Ley del Automóvil», va a ser la primera norma penal especial donde se regularán con relativa amplitud y profundidad los delitos de riesgo derivados de la circulación de vehículos de motor separándolos así de los delitos imprudentes. En ella se incluirían conductas como: la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizar la conducción con seguridad; la velocidad excesiva o de otro modo peligroso para el público, dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo; o la conducción de vehículos sin estar legalmente

que se considera en muchos casos fundamental para el orden social, quedando fuera de toda duda la conveniencia de su protección frente a los ataques más graves realizados en la conducción de vehículos de motor. Cuestión distinta será la técnica empleada para incriminar algunas conductas relacionadas con el tráfico, siendo preciso delimitar qué supuestos deben constituir injustos penales y cuales una mera infracción administrativa¹⁷.

Actualmente estos delitos se encuentran ubicados en Título XVII del Código Penal (CP) bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad colectiva», que como cualquier Código desempeña una función sistemática, de ordenación y clasificación de las diversas figuras delictivas, y dentro de este título más concretamente en su Capítulo IV, que pretende delimitar su ámbito aplicativo y apuntar hacia cual puede ser su bien jurídico colectivo, que pasará a denominarse «De los delitos contra la Seguridad Vial», frente a la denominación tradicional «De los delitos contra la seguridad del tráfico», entendiendo la doctrina mayoritaria que este cambio obedece más a una unificación terminológica con la usada en el ámbito administrativo que a un cambio del objeto de protección¹⁸.

Sin querer entrar en la cuestión sobre el contenido del bien jurídico seguridad vial, que arrastra amplios debates doctrinales sobre si se trata de un bien jurídico colectivo autónomo, o si protege simultáneamente otros bienes individuales –vida e integridad física–, o bien resulta solo un medio para tutelar estos valores más importantes, lo que sí se presenta como relevante es que la importancia de estos delitos está fuera de toda duda, no sólo por la incidencia que tienen en la convivencia, sino por las graves consecuencias que pueden acarrear.

Tras el reconocimiento del bien jurídico protegido por el legislador, el siguiente paso sería la delimitación de los comportamientos que deberían ser englobados bajo esa tutela penal, qué modalidades de conductas más intolerables merecen una intervención penal por lesionar o poner en peligro ese bien jurídico, es decir, los comportamientos más peligrosos y repudiados por la sociedad.

habilitado para ello, recogiendo de esta manera una serie de hechos atentatorios a la seguridad de la circulación de vehículos que hasta ese momento sólo constituían transgresiones del Código de la Circulación de 1934.

¹⁷ GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, pág. 58.

¹⁸ El concepto de seguridad vial aparecerá por primera vez en el hoy derogado Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

III. EL DELITO DE PELIGRO COMO TÉCNICA LEGISLATIVA

Queda claro, por lo ya visto, la necesidad de adoptar nuevas políticas públicas orientadas a la reducción de la siniestralidad vial, constituyéndose de esa manera una serie de mecanismos informales y formales, que cristalizando en una serie de herramientas válidas de control social se destinen a condicionar las conductas de los miembros de la sociedad acorde con los valores y principios que la propia sociedad establece como irrenunciables. Será en el marco de estos componentes formales donde el Derecho penal se hará un hueco como el último recurso del Estado para garantizar la convivencia ante las conductas humanas generadoras de riesgo, y, en este caso, ante la preocupación de la sociedad por garantizar la protección de un nuevo ámbito que tradicionalmente se había mantenido ajeno a la esfera del Derecho penal, como lo es la seguridad vial.

Esta situación que ya se planteó en 1950 y más recientemente en 1995 con una mayor demanda de intervención penal, ha sido vista por parte de la doctrina como una expansión del Derecho penal¹⁹, como una «administrativación del Derecho penal»²⁰, que produjo su ensanchamiento a fin de controlar la sensación de inseguridad social a la vez que se enfrentaba a los nuevos riesgos, lo que algunos autores, como SILVA SÁNCHEZ, también han venido a denominar «populismo punitivo»²¹, y a lo que otros han atribuido una mera «función simbólica» con fines de pedagogía social²², en donde la nueva crimi-

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 20. El autor se refiere al término «expansión» para definir la tendencia a la creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, como característica innegable del Código Penal español de 1995, y que se justificaría ante la probabilidad de la conformación o generalización de nuevas realidades que antes no existían, o no con la misma incidencia, admitiendo de esta forma la existencia de un espacio de «expansión razonable» del Derecho penal de otra «expansión irrazonable».

²⁰ ALASTUEY DOBÓN, C. y ESCUCHURI AISA, E., «Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial», *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pág. 10, y también CORCOY BIDASOLO, M., «Expansión del Derecho Penal y Garantías Constitucionales», *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8, 2012, pág. 46.

²¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «El populismo punitivo», *Escritura pública*, n.º 55, 2009, pág. 15.

²² REBOLLO VARGAS, R., «Función real y función simbólica de los delitos societarios», *Estudios Penales y Criminológicos* (26), 2006, págs. 221 y 222. Función común a todas las leyes penales, pero que en ocasiones manifiesta una dudosa finalidad de tutela del bien jurídico protegido cuando el Derecho penal sólo es utilizado con fines de pedagogía social, es decir, con el objeto de sensibilizar a la población sobre la importancia de un determinado bien, o simplemente con la pretensión de tranquilizar

nalidad y la aparición de nuevos riesgos ha supuesto el impulso a los poderes públicos para una mayor intervención a fin de garantizar la seguridad general, ampliando el espacio propio de la legislación penal o incrementando las penas tradicionales ya existentes.

En este apartado podemos encontrar una parte de la doctrina que viene siendo crítica con este Derecho penal moderno, abogando por un Derecho penal mínimo, con una reducción a lo que se consideran bienes jurídico-penales clásicos, en torno a los derechos básicos del individuo, y un respeto a ultranza de las reglas de imputación y los principios político-criminales de garantía del Derecho penal clásico²³, cuyo máximo exponente lo representa la «Escuela de Frankfurt», y cuyo representante HASSEMER justifica que cuanto mayor sea la vinculación de una conminación penal con un bien jurídico tanto más intensiva podrá ser su tutela penal, admitiendo incluso el castigo de su puesta en peligro, pero circunscribiendo el Derecho penal sólo a un núcleo clásico y reducidísimo de bienes individuales.

Mientras que otro sector doctrinal considera al Derecho penal como un instrumento necesario y adecuado para afrontar los nuevos riesgos de la sociedad moderna, aceptando con ello incluso la posible flexibilización de los criterios de imputación así como de las garantías penales y procesales, postura contraria a la anterior y defendida por SCHÜNEMANN, para quien la «sociedad de riesgo» tiene como elemento característico la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos colectivos, admirando el autor la intuición que tuvo el legislador para desarrollar sin dilación alguna por parte de la ciencia del Derecho penal los delitos de peligro abstracto²⁴. Según este discurso de modernización, el enfoque clásico del Derecho penal debe ser necesariamente revisado ya que con su configuración tradicional no está en condiciones de reaccionar de forma adecuada a las nuevas necesidades de protección de la sociedad del riesgo.

las conciencias de políticos y electores. El problema no radica en la función simbólica en sí, ya que ésta es común a todas las leyes, sino en elevar lo simbólico a la categoría de función exclusiva.

²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del «big crunch» en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 7, 2003, págs. 954 a 955. Para el autor los bienes jurídicos supraindividuales únicamente merecerían ser objeto de protección en la medida que fueran concebidos como meros intereses mediatos o instrumentales al servicio del individuo.

Recuperado de: <http://dhl.handle.net/2183/2216>

²⁴ SCHÜNEMANN, B., «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49 (1), 1996, pág. 199.

En España es GRACIA MARTÍN el defensor de esta línea afirmando que «las profundas transformaciones de la sociedad moderna hacen que, al menos, algunos objetos y enunciados político-criminales y policiales de la Ilustración ya no puedan ser tomados como modelo de referencia ni como medida de lo accesible a la intervención penal legítima»²⁵, para este autor la modernización del Derecho penal es una exigencia ético-política y de justicia material de la realidad social, cuyo concepto de delito debe alcanzar a la dañosidad social de agresiones y lesiones de bienes jurídicos colectivos que hoy deben percibirse como elementales, y algunos incluso como de rango superior a otros individuales.

Como bien afirma CORCOY BIDASOLO²⁶, la cuestión se va a circunscribir en la legitimación del control de riesgos por medio del Derecho penal entre dos posturas antagónicas, una que pretende reducir la intervención penal al Derecho penal tradicional o clásico y otras que aceptan la legitimación del Derecho penal en estos nuevos ámbitos de actividad social en sectores supraindividuales, admitiendo que actualmente sea un hecho que el Derecho penal haya ido avanzando hacia la protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales haciendo uso de la técnica legislativa denominada delito de peligro, en atención a que los bienes jurídico-penales individuales se ponen en peligro pero no se lesionan, tratándose de un «adelantamiento de las barreras de protección». La discusión, dentro de la doctrina penal, ahora se va a concretar en la legitimidad o ilegitimidad de su protección acorde con los principios informadores que debieran limitar el Derecho penal.

Coincide también ARAQUE MORENO en que el Derecho penal moderno se va a caracterizar por una ampliación en materia legislativa penal dirigida a enfrentarse a los nuevos desafíos surgidos del nuevo tipo de sociedad, haciendo uso para ello de nuevas técnicas acudiendo a los llamados delitos de peligro abstracto; tutelando nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva; adelantando las barreras de protección penal; o criminalizando comportamientos antes reservados a otras ramas de derecho sancionador, dando origen a lo que se ha venido a denominar «administrativación del Derecho penal»²⁷.

²⁵ GRACIA MARTÍN, L., «La modernización del derecho penal como exigencia de la realización del postulado del estado de derecho (social y democrático)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3) 27, 2010, pág. 30.

²⁶ CORCOY BIDASOLO, M., «La legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales», *Revista Cenipec*, (30), 2011, págs. 93 a 95.

²⁷ ARAQUE MORENO, D., «¿Derecho penal del riesgo o Derecho penal liberal?», *Revista Cenipec*, (31), 2012, pág. 17.

Así, «puede decirse que la mayoría de los tipos delictivos creados recientemente por el legislador penal responden a la figura de los delitos de peligro abstracto que protegen bienes jurídicos colectivos», que, en contraposición a los bienes jurídicos protegidos individuales, van a servir a los intereses de muchas personas –de la generalidad–, no existiendo exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, y siendo conceptual, real y jurídicamente imposible dividirlo en partes para asignarle una porción a cada individuo²⁸.

En esta línea, el legislador se decantó en el Código Penal de 1995 por recurrir a la técnica de los delitos de peligro para proteger el bien jurídico seguridad vial, así como a la creación de nuevas figuras delictivas que reforzaran la protección ya existente, continuando con el camino ya iniciado en 1950 de adelantar las barreras de tutela penal, en oposición a la protección penal basada exclusivamente en la lesión efectiva de los bienes jurídicos clásicos, que proporcionaban una reacción retrasada limitada a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos lesivos del pasado.

Y esta catalogación de delitos de peligro en contraposición a los delitos de resultado se van a diferenciar en atención a la intensidad del ataque al bien jurídico, es decir, en relación a si la agresión al mismo consiste en una lesión en sentido estricto o se limita sólo a un peligro o riesgo de lesión, clasificándose a su vez en *delitos de peligro abstracto* y *delitos de peligro concreto*, dependiendo de si el tipo penal sólo describe un comportamiento que de manera genérica representa en sí mismo un peligro para el bien jurídico, o si existe una posibilidad real y efectiva de lesión.

En el caso de los delitos de peligro abstracto se va a incorporar un elemento de aptitud o valoración sobre su potencialidad lesiva, tipificándose comportamientos que se van a considerar idóneos para la producción de un peligro para el bien jurídico protegido, donde esa idoneidad va a representar un elemento normativo del tipo objetivo. De esta forma se van a tipificar una serie de delitos ante la necesidad de superar las dificultades probatorias de los tipos de peligro concreto con el objeto de tutelar bienes jurídicos colectivos, introduciendo para ello este nuevo elemento normativo en el tipo objetivo.

Esta nueva categoría de delitos surgida de la sociedad del riesgo va a impulsar la intervención penal en ámbitos hasta entonces ajenos a los tradicionales, comenzando a adquirir una gran importancia la

²⁸ HEFENDEHL, R., «¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (4), 2002, pág. 2 a 5.

nueva tipología de delitos de peligro para la tipificación de comportamientos arriesgados o peligrosos, incluyéndose entre ellos el de la conducción de vehículos de motor.

IV. LA SEGURIDAD VIAL EN LA FRONTERA JURÍDICO PENAL

Actualmente está fuera de toda duda que la conducción de vehículos genera riesgos pero a la vez una gran utilidad social que viene a confirmar la licitud de dicha actividad, siendo calificada por ello como una conducta socialmente adecuada y al margen del ámbito penal, lo que no implica que cuando se vean amenazados bienes jurídicos de una manera específica no se incurra en responsabilidad.

El Tribunal Supremo ha venido a señalar que «la circulación de vehículos de motor constituye siempre un riesgo para la vida y la salud de las personas, pero tal riesgo se encuentra permitido si esta actividad se desarrolla con observancia de las debidas precauciones, reglamentarias y extrarreglamentarias. Sólo cabe hablar de infracción penal en la medida en que esas normas de precaución han sido violadas»²⁹.

Pero bajo el lema de la concienciación social, la prevención de riesgos y la reducción de la siniestralidad, algunos autores opinan que se va a producir un extraordinario adelantamiento de las barreras de intervención penal y la objetivización de algunos de sus tipos, lo que pone de manifiesto la aproximación del Derecho penal a la lógica del Derecho administrativo sancionador así como la problemática que puede derivarse de la coexistencia de infracciones y delitos similares y la posible vulneración del principio *non bis in idem*³⁰.

De todas las conductas contempladas actualmente en el Capítulo IV del Título XVII del Código Penal, algunas fueron introducidas o modificadas por la reforma de la LO 15/2007. Nuevas incriminaciones fueron: el exceso de velocidad punible (art. 379.1 CP) y la conducción con pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de puntos, privado por decisión judicial o sin haberlos obtenido nunca (art. 384 CP), a la vez se produjo la ampliación o remodelación de otros tipos

²⁹ TS (Sala de lo penal), sentencia núm. 1550/2000, de 10 de octubre de 2000, RJ 2000/8764, FJ 2.º

³⁰ MONTANER FERNÁNDEZ, R., Reseña de: El nuevo derecho penal de la seguridad vial. Recensión a María Gutiérrez Rodríguez, Victoria García del Blanco, María Martín Lorenzo, Marina Sanz-Díez de Ulzurrun Lluch: «Protección penal de la seguridad vial», Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 2, 2009, pág. 217.

penales ya existentes como: la incorporación de una tasa objetivada en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379.2 CP) y la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de bebidas alcohólicas o drogas (art. 383 CP).

Infracciones penales de peligro que el ordenamiento jurídico contempla junto a sus correlativas infracciones administrativas recogidas en el art. 77 de Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LSV) en sus apartados: a) referido a los límites de velocidad reglamentariamente establecidos; b) conducir careciendo del permiso o licencia correspondiente; c) conducir con tasas de alcohol superiores a las reglamentariamente establecidas o con presencia de drogas en el organismo, y d) negarse a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de alcohol o presencia de drogas.

Es precisamente en esta última reforma penal donde han vuelto a surgir las críticas que en otras ocasiones ya planteara la doctrina acerca de la legitimación de la inclusión en el ordenamiento penal de determinadas conductas, al entender que algunas de ellas no merecían traspasar el límite del Derecho administrativo sancionador. En todas estas conductas incluidas en el Código Penal existe una situación de riesgo que viene siendo aceptada incluso por la propia normativa al considerar que la existencia de la circulación en sí conlleva ya un riesgo, por lo que la distinción entre la sanción penal y la administrativa debería ser más patente en el aspecto cuantitativo que en el cualitativo de la conducta.

Es en esta franja fronteriza entre el ilícito administrativo y penal donde se encuentran ahora los tipos recogidos en los artículos 379, 383 y 384 CP, que observan serias dificultades de adecuación a los principios inspiradores del Derecho penal como límites al *ius puniendi* del Estado, y que pasaré a analizar en los siguientes apartados.

IV.1 El exceso de velocidad punible (art. 379.1 CP)

Resulta ser uno de los artículos más criticados de la reforma penal, convirtiéndose en un tipo delictivo de simple actividad en el que la consumación del delito se produce al «conducir un vehículo de motor o 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», tratándose de un delito de

peligro abstracto que para la mayoría de los autores constituye el ejemplo de una clara administrativación del Derecho penal.

Para la Fiscalía General del Estado, este tipo delictivo ha venido a colmar la laguna de tipicidad suprimiendo la exigencia de peligro concreto del anterior artículo 381 –ahora 380– cuando los excesos de velocidad alcanzaban determinada intensidad, y pone como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Burgos de 12 de marzo de 2007, referida a un conductor que circulaba a 260 km/h en autovía, adelantando a otros vehículos, y que la Audiencia absolvió al no quedar acreditada ninguna maniobra de puesta en peligro de los demás usuarios de la vía³¹.

Igualmente, GARCÍA DEL BLANCO³² opina que la opción del legislador al incriminar este tipo de conducta ha sido acertada, aunque discrepa respecto a la técnica legislativa utilizada que se limita a establecer unos límites numéricos precisos para configurar un delito de peligro abstracto, considerando una conducta *per se* peligrosa sin necesidad de que se genere un riesgo concreto, y aun reconociendo la ventaja de proporcionar certeza y seguridad jurídica al permitir distinguir claramente los límites penales y administrativos, opina que la aplicación de la norma pueda resultar arbitraria en determinadas situaciones.

La crítica de la doctrina en general le viene en parte precisamente por la técnica utilizada por el legislador, recurriendo a una norma penal en blanco que deja en manos de otras normas de rango reglamentario la determinación del tipo penal, debiendo tener en cuenta que son varias las Administraciones Públicas que van a poder delimitar la velocidad permitida en las vías de su titularidad, por lo que van a ser finalmente estos reglamentos aprobados por las distintas autoridades los que irán conformando la conducta típica, algo que para otra parte de la doctrina se interpreta también como inseguridad jurídica. Se trata de criminalizar una conducta como presunta/estadísticamente generadora de un riesgo que supone un planteamiento formal en el que el plus de velocidad es el único elemento que diferencia el delito de la infracción administrativa.

³¹ Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado (FGE), «Sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial», pág. 8.

³² GARCÍA DEL BLANCO, V., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., MARTÍN LORENZO, M. y SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Delitos contra la seguridad vial», Ponencia durante la Jornada sobre la responsabilidad penal en el ámbito de la seguridad vial, organizada por la Asociación Española de Fabricantes de Sistemas Metálicos de Protección Vial (SIMEPROVI), Madrid, 2013. Recuperado de: www.simeprovi.com/jornadas.php.

DE VICENTE MARTÍNEZ³³, coincide en que se trata de un tipo penal de difícil justificación que consiste en un adelantamiento de la intervención penal en el que sólo basta la exigencia del peligro en abstracto para la seguridad vial, convirtiéndose en delito lo que antes quedaba como infracción administrativa de tráfico y donde el legislador debería haber introducido en el tipo alguna expresión en el sentido de que la conducción excesiva debiera suponer un riesgo para la circulación, no presumiéndolo por el solo hecho de superar las cifras tasadas, pues pudiera ocurrir que, aún superando esa velocidad, no existiera riesgo alguno para la seguridad vial.

Resulta evidente que la sola superación de un límite de velocidad vinculado al tipo de vía –urbana o interurbana– no puede producir siempre un riesgo para la seguridad vial, pues existen otras circunstancias que también influyen como son las características del propio vehículo, el estado de la vía, las condiciones climatológicas o la intensidad del tráfico.

IV.2 La tasa objetiva de alcohol (art. 379.2 CP)

Tras la reforma penal de 2007, en este artículo se pueden distinguir dos tipos penales distintos, coincidiendo el primero de ellos con el que constituía la única conducta penalmente relevante antes de la citada reforma –la conducción «bajo la influencia»– y añadiendo ahora un segundo inciso que introduce una tasa objetiva punible –conducir con tasa superior a 0,60 mg/l en aire espirado o 1,20 g/l en sangre.

La anterior conducta requería acreditar «la influencia» de la ingesta de alcohol, exigiendo tanto la doctrina como la jurisprudencia esta *prueba de la efectiva influencia* sobre las capacidades psicofísicas del conductor además de la constatación del consumo previo superando las tasas permitidas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su polémica sentencia 319/2006³⁴, afirmaba que «para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario com-

³³ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., «Seguridad vial y derecho penal: aplicación práctica de los nuevos delitos contra la seguridad vial», *II Foro nacional del derecho de la circulación*, Dirección General de Tráfico, Madrid, 2010, pág. 148.

³⁴ Sala Segunda. STC 319/2006, de 15 de noviembre, FJ 2.º

probar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías», otorgando finalmente amparo a un conductor que arrojó un resultado de 1,16 mg/l de alcohol en aire espirado en la primera prueba y 1,17 mg/l en la segunda, y como esta, fueron varias las resoluciones judiciales que causaron cierto escándalo por la dificultad probatoria de acreditar la influencia en la conducción.

Para DE VICENTE MARTÍNEZ la ratio justificativa de la incorporación del inciso segundo es la de reducir el arbitrio judicial en la determinación de lo que debiera ser una conducción «bajo la influencia» del alcohol, objetivando por ello las tasas de alcoholemia con la intención de erradicar los pronunciamientos judiciales en los que incluso con elevadas tasas de alcohol, no se había podido probar en el plenario tal influencia y, por tanto, la lesión del bien jurídico seguridad vial³⁵, habiendo por ello decidido el legislador solventar dichos problemas mediante el recurso a magnitudes típicas numéricas que aporten una mayor seguridad jurídica.

En este sentido, la Fiscalía General ya venía apoyando esta iniciativa en su Instrucción FGE 3/2006, en que planteaba la necesidad de unificar criterios y donde indicaba a los Sres. Fiscales que ejercitaran la acción penal a partir de la tasa de 0,6 mg/l en aire espirado, salvo en los casos de infrecuente carencia de signos, mientras que entre 0,4 y 0,6 mg/l de aire espirado habría que atender a la existencia de estos signos para apreciar la conducta delictiva.

La novedad legislativa, con la inclusión del inciso segundo en el art. 379.2 CP, se va a limitar a la ingesta de bebidas alcohólicas excluyendo el consumo de cualquier otra sustancia típica, desapareciendo la necesidad de probar la influencia del alcohol sobre las capacidades necesarias en la conducción segura y que ahora va a venir sustituida por la determinación de una tasa de alcohol, siendo la razón de dicho cambio la expuesta en el preámbulo de la ley, en donde se pone de manifiesto la certeza de que con esas cantidades de alcohol en sangre la generalidad de las personas se encuentran bajo la influencia del alcohol. Esta figura otorga una nueva y definitiva importancia a las pruebas de detección alcohólica, ya que van a ser las únicas capaces de fundamentar una sentencia condenatoria, obligando por ello a los agentes a extremar el control de su realización³⁶, pues la infracción de los procedimientos regulados en los artículos 23 a 26 del todavía vi-

³⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 155.

³⁶ GÓMEZ PAVÓN, P., *op. cit.*, págs. 79 a 81.

gente Reglamento General de Circulación (RGCir)³⁷ podría provocar la pérdida del valor probatorio de esta pericia, recogida en el art. 796.1.7.^a LECrim, que puede ser introducida en el proceso como prueba preconstituida.

La reforma del 2007 pretende resolver los problemas de aplicación del tipo penal para tasas superiores a 0,6 mg/l en aire espirado, mientras que para tasas menores, pero superiores a las reglamentarias, se mantiene el tipo tradicional que precisa probar la influencia en la conducción. La crítica a esta modificación se encuentra en el recurso a las presunciones legales en materia penal, más cuando se trata de una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario, así como el trato desigual respecto a la influencia de otras drogas, que sigue pivotando sobre la diligencia de síntomas externos³⁸.

La constatación científica de la «influencia en la conducción» a partir de una tasa determinada de alcohol en el organismo viene dada por diversos estudios médicos realizados³⁹, habiendo sido suficientemente estudiada y aceptada la existencia de una concentración determinada que incrementa considerablemente la probabilidad de verse implicado en un accidente de circulación y con ello de lesionar bienes jurídicos tan importantes como la vida o la integridad física, por lo que el adelantamiento de la barrera de protección del bien jurídico seguridad vial y con ello la posible comisión del delito de peligro abstracto de conducción bajo la influencia del alcohol, parece haber encontrado justificación en el legislador a la hora de establecer una tasa objetiva que permita acreditar la influencia en la conducción sin necesidad de recurrir a otros medios probatorios, añadiendo con ello certeza y seguridad jurídica en la aplicación del tipo.

Este tipo penal se encuentra íntimamente relacionado con la bioquímica del alcohol y aun siendo cierto que sus efectos no son iguales en todas las personas, ya que va a depender de múltiples factores (sexo, peso, habitualidad, etc.), sí se puede afirmar que a partir de una

³⁷ Real Decreto 1428/2003, de 21 de 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo

³⁸ GARCÍA DEL BLANCO, *op. cit.*

³⁹ VILLANUEVA CAÑADAS, E., «Estudio toxicológico y médico legal del alcohol etílico», GISBERT CALABUIG, J. A., et. al., *Manual de Medicina Legal y Toxicología*, Masson S. A., Barcelona, 1998, pág. 881; también en el «Informe sobre alcohol» publicado por el Ministerio de Sanidad y Consumo (Plan Nacional sobre drogas) en febrero de 2007, pág. 56; o en el «Manual de Seguridad Vial para Decisores y Profesionales», elaborado por la Organización Panamericana de la Salud en 2010, basado en otra obra publicada en inglés por la Alianza Mundial para la Seguridad Vial en 2007, págs. 9 y 10.

tasa determinada se produce un menoscabo en las facultades del conductor que le afecta a su capacidad de discernimiento, tornando los reflejos más lentos y reduciendo su atención y agudeza visual, por lo que la simple superación de esas tasas, que corresponde a la ciencia determinar, ya justificaría la afectación de bien jurídico seguridad vial, sin necesidad de recurrir a la difícil y subjetiva prueba de la influencia.

IV.3 La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (art. 383 CP)

Hasta su introducción en el Código Penal de 1995 a través del art. 380, la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas únicamente habían recibido un tratamiento expreso en el ámbito administrativo, donde se introdujo por el RD 1467/1981, de 8 de mayo, siendo posteriormente catalogada como infracción grave por la Ley de Seguridad Vial de 1990⁴⁰ y pasando a ser muy grave por la Ley 5/1997⁴¹. La nueva redacción del art. 380 CP supuso un cambio radical al incorporar esta forma de desobediencia grave en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, lo que suscitó problemas de constitucionalidad que fueron zanjados por el Tribunal Constitucional en sentencias 234/1997 y 161/1997, siendo reforzado posteriormente por la LO 15/2007 que lo incardinaría ahora en el nuevo artículo 383 CP y que lo desvincularía del delito de desobediencia grave previsto en el art. 556 CP, al que se encontraba ligado en su anterior redacción.

Es preciso destacar igualmente la modificación introducida en el art. 796.1.7.º LECrim, por la LO 5/2010 de 22 de junio, que incluye las pruebas para la detección de la presencia de drogas a través del test indicario salival con una serie de requisitos, algo de lo que hasta ese momento adolecía el ordenamiento jurídico y que a partir de ahora se van a convertir en obligatorias también en relación con las drogas.

Para la Fiscalía⁴², la conducta típica del nuevo delito del art. 383 CP engloba a todos los supuestos del art. 21 RGCir –accidente de circula-

⁴⁰ Vid. Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (artículo 65.4).

⁴¹ Vid. Ley 5/1997, de 24 de marzo de reforma del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que incluye en el nuevo art. 65.5.2.b) «la negativa de todos los conductores de vehículos y de los demás usuarios de la vía implicados en un accidente de tráfico a someterse a las pruebas establecidas para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol o drogas».

⁴² FGE, Circular 10/2011, pág. 43.

ción, existencia de síntomas, infracción de tráfico y control preventivo⁴³-, en contra de la opinión de otros autores para los que el ilícito penal sigue siendo sólo aplicable en los dos primeros casos, mientras que la negativa en los supuestos de infracción de tráfico o control preventivo no deberían rebasar los límites de la sanción administrativa, salvo si se apreciaban síntomas evidentes⁴⁴, pues lo contrario haría muy difícil trazar la frontera entre los ilícitos penal y administrativo.

Atendiendo a la interpretación literal del actual art. 383 CP, éste obligaría sólo a los «conductores» que se nieguen a la comprobación de las tasas de alcoholemia así como a la presencia de drogas en el organismo, quedando fuera del tipo «los demás usuarios de la vía» implicados en un accidente de tráfico o que hayan cometido una infracción (art. 14.2 LSV), a los que únicamente les sería de aplicación la vía administrativa según lo dispuesto en el art. 77.d) LSV.

En opinión de la FGE en este artículo se puede identificar un doble objeto de tutela, por un lado la protección de la seguridad vial y por otro la del principio de autoridad, mientras que para GÓMEZ PAVÓN, nos encontraríamos ante un tipo penal que sólo de forma mediata pretendería proteger bienes como la vida o la salud de las personas, siendo su finalidad fundamental la de reforzamiento de una obligación administrativa, una desobediencia a la orden de la autoridad, y que por lo tanto no resultaría adecuado el empleo del Derecho penal⁴⁵, no pudiéndose mantener que la seguridad vial sea el bien jurídico protegido, ante la falta de peligro que la sola negativa del conductor representa para el tráfico⁴⁶.

IV.4 La conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP)

Este precepto constituye una de las novedades más significativas de la reforma introducida por la LO 15/2007, contemplando en su redacción tres supuestos distintos que se conjugan dentro de un delito unitario de quebrantamiento especial en el ámbito de la seguridad

⁴³ La doctrina establecida por la STS de 9 de diciembre de 1999 para la interpretación del antiguo art. 380 CP, consideraba que el tipo penal sólo era aplicable «cuando hubiera signos o datos en la conducción» que revelaran una influencia de sustancias en el conductor, en base a la expresión típica «para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior».

⁴⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 178.

⁴⁵ GÓMEZ PAVÓN, P., «La reforma de los delitos contra la seguridad vial», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (25), 2012, pág. 127.

⁴⁶ GÓMEZ PAVÓN, P., «*El delito de conducción...*», cit. pág. 268.

vial, para conductas incumplidoras tanto de mandatos legales, como administrativos o judiciales.

El legislador instituye una presunción *iuris et de iure*, según la cual siempre va a ser delito la conducción con ausencia de permiso o licencia aunque no se haya infringido ninguna norma de circulación, siendo el tipo del injusto el mismo en los tres casos. Las críticas de algunos autores a esta nueva regulación se centran en que se ha elevado a la categoría de delito conductas que, *per se*, constituyen sólo una infracción de un deber administrativo, constituyendo el tipo penal una mera desobediencia en cuya configuración no se ha tenido en cuenta la lesión de un bien jurídico-penalmente relevante, infringiéndose también otros principios del Derecho penal como el de proporcionalidad o el de culpabilidad por el hecho, pues el legislador ha concedido la misma relevancia normativa a conductas con un significado jurídico-penal radicalmente diverso⁴⁷.

IV.4.a La pérdida de vigencia por pérdida total de puntos

Como expone GARCÍA DEL BLANCO, la inclusión de esta conducta no se hace por ser considerada un factor relevante en la siniestralidad vial, sino a la confesa intención del legislador de reforzar la eficacia preventiva del denominado carné por puntos, extendiéndose a otras dos modalidades que se consideraron igualmente merecedoras de sanción penal.

La justificación reside en que el conductor que ha perdido todos sus puntos manifiesta una peligrosidad en la conducción que precisa prohibirle bajo la amenaza de la sanción penal de que vuelva a conducir hasta que obtenga de nuevo la validez de su permiso o licencia, pretendiéndose con ello sancionar penalmente al conductor reincidente en la vía administrativa, consolidándose con este precepto el paso del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal, lo que supone poner en conexión y coordinación ambas ramas del Derecho⁴⁸.

Para GÓMEZ PAVÓN, la opción legislativa escogida tampoco es la mejor, pues aunque se refuerce con ello el sistema del carnet por puntos, según la doctrina nos encontramos ante un mero reforzamiento

⁴⁷ POLAINO-ORTS, M., «Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española», en Campos Domínguez, F., Cienfuegos Salgado, D, Rodríguez Lozano, L y Zaragoza Huerta, J. (coords.), *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo*, UNAM, México, 2011, págs. 695 a 697.

⁴⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 179.

de la sanción administrativa, lo que nos lleva a que el empleo del ordenamiento penal no estaría debidamente justificado en este caso, teniendo en cuenta además que no es preciso acreditar que la conducción suponga una alteración de las condiciones del tráfico, ni que el conductor se encuentre incapacitado para hacerlo con seguridad⁴⁹.

IV.4.b La pérdida de vigencia por resolución judicial

El quebrantamiento de la privación judicial del permiso tenía su encaje penal antes de la reforma de 2007 en el artículo 468 CP, «habiéndose mostrado ineficaz esta función de prevención general negativa de la sanción penal ante la frecuencia de los correspondientes comportamientos punibles»⁵⁰, ya que la anterior pena de multa no tenía el efecto disuasorio sobre estas conductas que frenara los frecuentes quebrantamientos. Se justifica también en el propio preámbulo de la LO 15/2007 la necesidad de tipificar penalmente la conducción de vehículos tras haber sido privado judicialmente de este derecho, al no ser posible que todos los supuestos enumerados en el actual art. 384 CP pudieran subsumirse en el art. 556 CP (desobediencia), para los supuestos de incumplimientos de sanciones administrativas impuestas en la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el art. 468.1 CP (quebrantamiento de condena)⁵¹, lo que la colocan ahora como una cualificación agravatoria dado su carácter pluriofensivo.

Para GARCÍA DEL BLANCO, esta conducta sólo puede cometerse durante la ejecución de la condena penal, pues conducir tras haberla cumplido sin haber superado previamente el curso al que se refiere la Disposición Adicional 13.^a LSV sólo sería constitutivo de infracción administrativa⁵², hecho este que plantea dudas a la Fiscalía General del Estado que sin embargo considera la conducción, una vez cumplida la condena, como una conducta incurso en el tipo genérico de quebrantamiento de condena del art. 468 CP⁵³.

Está claro que la posesión o no del permiso o licencia no constituye indicio alguno de falta de capacidad para realizar una conducción segura, ni que en abstracto esa conducción pueda alterar la seguridad vial y representar un riesgo, consistiendo únicamente en un control de los poderes públicos de que las personas habilitadas han demostra-

⁴⁹ GÓMEZ PAVÓN, P., «La reforma...», cit., pág. 137.

⁵⁰ FGE, Circular 10/2011, pág. 58.

⁵¹ GÓMEZ PAVÓN, P., «La reforma...», cit. pág. 139.

⁵² GARCÍA DEL BLANCO, V., *op. cit.*

⁵³ FGE, Circular 10/2011, pág. 50.

do una serie de habilidades y conocimientos necesarios que hacen presumir que van a poder llevar a cabo la conducción de un vehículo con seguridad, lo que no implica que quien carezca de esta habilitación, por los motivos que sea, no las posea.

IV.4.c La conducción careciendo de permiso o licencia

Fue tipificada por primera vez en el art. 574 del Código Penal de 1928, recogándose luego por la Ley de 9 de mayo de 1950 que castigaba «la conducción de un vehículo sin estar legalmente habilitado para ello» en su artículo 3.º, que pasaría a la siguiente ley especial de 24 de diciembre de 1962 en su art. 6.º, integrándose finalmente en el artículo 340 bis c) del Código Penal, por la Ley 3/1967 de 8 de abril. Fuente de críticas doctrinales y jurisprudenciales que motivaron su despenalización de la mano de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal, atendiendo a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales que no pudieron apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo.

En un principio esta conducta no era contemplada en la reforma de 2007, que sólo se dirigía al que conducía tras haber incidido en graves infracciones administrativas que conllevaban la pérdida de vigencia por pérdida de puntos, contraponiéndose así este comportamiento al que cometía idénticas infracciones y por carecer de permiso no podía perder su vigencia, dando origen a una enmienda parlamentaria que denunciaba la incoherencia que ello suponía al considerar de mejor condición a quien conducía sin haber obtenido nunca el permiso –conducta atípica– que a quien lo hacía habiendo perdido su vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente –conducta típica⁵⁴.

El nuevo tipo penal castiga la conducta de «quién condujere un vehículo de motor o ciclomotor *sin haber obtenido nunca* el permiso o licencia de conducción», lo que deja fuera los casos de conducción con el permiso caducado, la conducción con un permiso de otra categoría o la del extranjero que conduce sin haber obtenido el canje del permiso en España, supuestos que solamente darían lugar a la infracción administrativa.

Según la propia FGE el bien jurídico tutelado es la protección penal de las potestades de la Administración en la expedición de permisos y licencias para la conducción, y a través de ellas la seguridad vial

⁵⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pág. 183, también FGE Circular 10/2011, pág. 62.

resulta ser mediatamente también objeto de tutela. Se puede afirmar que nos encontramos ante un tipo de delito de peligro abstracto (puro), donde el legislador parte de una presunción de la peligrosidad de la conducta pero sin que esa peligrosidad sea real, pues no todo el que conduce sin permiso supone un peligro para la seguridad vial, dando la impresión de que el legislador ha configurado un tipo penal meramente formal, por lo que la doctrina estima necesario recurrir a la vía interpretativa y restringir su aplicación⁵⁵.

Y como ejemplo de discrepancia judicial en la interpretación de este tipo delictivo encontramos la SAP de Toledo, de fecha 8 de febrero de 2013⁵⁶, que estima que en «el delito contra la seguridad en el tráfico del art. 384 del Código Penal, se ha de ponderar, en cada caso concreto, si se lesiona el bien jurídico protegido», y en este caso, al existir una doble previsión sancionadora –administrativa y penal–, la interpretación administrativa debe realizarse por reducción de la penal, en base al respeto de los principios de proporcionalidad o de intervención mínima, buscando como elemento diferenciador entre ambas ramas del ordenamiento que, por las circunstancias concretas de los hechos, el riesgo sea superior el que trata de proteger la norma administrativa para poder hablar de delito, desestimando de este modo el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra una sentencia previa absolutoria. El Ministerio Fiscal, en este caso, no comparte la interpretación dada por la Audiencia Provincial, al entender que el art. 384 CP no exige que se concrete ningún hecho que permita hacer tal distinción, considerando que se ha introducido con ello un nuevo elemento en el tipo que éste no contempla.

V. CONCLUSIONES

1. La seguridad vial representa uno de los problemas sociales que han adquirido gran relevancia en el último siglo, convirtiéndose así en una de las políticas públicas que todos los Gobiernos afrontan en sus programas electorales. Surgida de la sociedad

⁵⁵ MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Los nuevos delitos contra la seguridad vial: Una muestra de la administrativación del derecho penal», *Revista de Documentación Administrativa*, (284-285), 2009, pág. 313.

⁵⁶ AP Toledo (Sección 1.^a), sentencia núm. 10/2013 de 8 de febrero, JUR 2013/97452. A partir de esta primera sentencia se han venido dictando otras en igual sentido siendo la última la SAP Toledo (Sección 1.^a) núm. 141/2016, de 29 de septiembre, JUR 2016/236501. También ha servido de apoyo la doctrina que el Pleno de esta SAP de Toledo adoptó el 8 de febrero de 2013 para motivar sentencias en los casos de conducción tras haber perdido totalmente los puntos, como la núm. 150/2016, de 7 de octubre, JUR 2016/246921.

del riesgo, la seguridad vial se ha asentado como uno de los bienes necesitados de tutela por el ordenamiento jurídico para la defensa de las nuevas amenazas colectivas, habiendo sido afrontado el nuevo reto por el legislador mediante el recurso a los delitos de peligro –abstracto o concreto.

2. El nuevo Derecho penal ha debido adaptarse a la realidad social dando entrada con ello a los delitos contra la seguridad vial. Pero aun flexibilizando sus principios inspiradores para encajar las conductas antisociales más graves en su seno, siguen siendo preciso establecer unos mínimos que limiten el *ius puniendi* del Estado, pudiendo identificarse en este caso cuatro puntos de fricción en el seno del ordenamiento jurídico donde la doctrina e incluso la jurisprudencia no justifican el paso de la esfera administrativa a la penal.
3. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (art. 383 CP) y la conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP), difícilmente se pueden justificar desde el principio de la exclusiva protección del bien jurídico seguridad vial, como tampoco lo pueden ser desde los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, siendo por ello más propio que sea el derecho administrativo sancionador el que se ocupe de estas conductas, mientras que la recogida en el art. 379.1 sí parece estar ligada al bien jurídico seguridad vial, aunque la técnica legislativa utilizada, recurriendo sólo a una norma penal en blanco, no parece resultar la más adecuada.
4. La conducción superando la tasa objetiva prevista en el art. 379.2 CP sí encuentra plena justificación en el ordenamiento penal y todo ello porque los estudios médico-científicos concluyen que la influencia del alcohol a partir de esta tasa sí se hace evidente, aumentando con ello el riesgo de verse implicado en un siniestro vial, lo que indudablemente afecta al bien jurídico protegido. Incluso dentro del propio principio de fragmentariedad se justificaría su inclusión en el Derecho penal para salvaguardar los supuestos más intolerables y graves que lesionen el bien jurídico seguridad vial, dejando al derecho administrativo sancionador las conductas que requieran un menor reproche, mostrándose así respetuoso también con los principios de subsidiariedad y mínima intervención.

