

## LA CONFIGURACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DELITO DE CONDUCCIÓN SIN LICENCIA: ANÁLISIS CRÍTICO

(A propósito de la Sentencia del Pleno de la  
Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de  
abril de 2017)

David I. Carpio Briz<sup>1</sup>

**Resumen:** El artículo aborda críticamente la aproximación formalista al delito de conducción sin haber tenido nunca licencia efectuada por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su STS 2012/2017. Se constata el exceso de deferencia para con el legislador, lo que le hace renunciar a proyectar una interpretación de conformidad con el sistema y la jurisprudencia constitucional obviando algunos de los déficits que en tal orden presenta el injusto de este delito contenido en el párrafo segundo del art. 384 CP. Desde la metodología literalista, el TS llega a una conclusión radicada en la mera subsunción, propia a la patología del proceso de administrativización del Derecho penal, sino de penalización del derecho administrativo. Con ello el TS ahonda en el déficit de garantismo en el ejercicio de aplicación del ius puniendi, pues es incapaz de operar con el haz de valores, principios y reglas constitucionales que deben informar el ejercicio del ius puniendi.

---

<sup>1</sup> Profesor Lector de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universitat de Barcelona (DPPCUB) Ref. 2009SGR755. Investigador Principal: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Santiago Mir Puig. Catedrático de Derecho Penal.

**Palabras Clave:** Administrativización, proporcionalidad, seguridad vial, conducción sin licencia, interpretación conforme, interpretación formal, delito de peligro, presunciones jurídicas, ley penal en blanco, injusto penal.

## 1. Introducción

Resulta de especial interés la reciente STS 2012/2017, de 26 de abril de 2017 (Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar), en tanto constituye un ejemplo de exégesis formalista en la interpretación judicial del Derecho penal, en concreto del delito de conducción sin licencia ex., art. 384 Párr. 2.º CP y que puede llegar a producir consecuencias insatisfactorias desde la perspectiva del merecimiento de pena en orden a la debida aproximación constitucional al *ius puniendi*<sup>2</sup>. Especialmente, en lo referente a aquellos supuestos fácticos en los que el sujeto activo maneje un vehículo a motor o ciclomotor sin haber obtenido *nunca* el preceptivo permiso o licencia para la conducción pero, sin que de la propia conducta, se desprenda riesgo alguno derivado de su falta de capacitación. Precisamente, en la resolución señalada, el Pleno de la Sala II del TS considera que supuestos como éstos, no son una infracción administrativa sino, siempre y en todo caso, un delito que no requiere de la puesta en peligro concreto de la seguridad vial, pues la norma ya ha presumido el peligro que resta desvalorado por el legislador en función de sus legítimas y democráticas competencias. En consecuencia, el Alto Tribunal casa la SAP Toledo (Sección 2.ª) 99/2016, de 28 septiembre, y proyecta una guía de interpretación jurisprudencial sobre la que concurren una multiplicidad de cuestiones problemáticas irresueltas en los planos político-criminales, dogmáticos y constitucionales. Más debe ser aún mayor el interés de esta sentencia pues trata de un delito que, en atención a las altas cifras, es de una gran aplicación<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 9 CE en relación al art. 5 LOPJ 1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos. En la misma línea, STC 51/2005, de 14 de marzo

<sup>3</sup> Según datos del Instituto Nacional de Estadística en 2016, en España fueron condenados penalmente 271.526 adultos y el 23,8 % (86.879) lo fueron por delitos contra la Seguridad Vial. Asimismo, la Dirección General de Tráfico en su recogido de datos para 2016, sostiene que aproximadamente un tercio de las sentencias condenatorias de los jueces y tribunales penales tratan sobre delitos contra la seguridad vial (80.831) y entre éstas, el art. 384 *in fine* CP, representa el segundo más aplicado en condenas e imputaciones. Más allá de cierta incoherencia entre ambos resultados, lo que sí resulta cierto es que el delito que nos ocupa es aplicado habitualmente.

## 2. Antecedentes

Básicamente, los hechos probados que guardan relación con los elementos de discusión que se acaban de plantear, se precipitaron en la madrugada del día 10 de febrero de 2016, cuando el condenado conducía un vehículo a motor por una carretera del término municipal de Torrijos, sin cometer maniobra antirreglamentaria en su conducción, pero siendo plenamente consciente de la imposibilidad que le afectaba por no haber obtenido nunca licencia administrativa alguna que le habilitara para ello.

Por tal comportamiento, el ciudadano que dirigía el utilitario fue condenado ex., art. 384 Párr. 2.º CP, por Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo, de 29 febrero de 2016, a la pena de multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros. No obstante, la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Toledo estimó el recurso de apelación interpuesto por el condenado, mediante SAP Toledo 99/2016 de 28 septiembre de 2016, y revoca la decisión del *a quo*. En esencia, la Audiencia consideró que se daba un solapamiento total entre el delito de conducción sin haber obtenido nunca licencia y la infracción administrativa, tanto por el sentido literal de ambos preceptos —en la normativa de circulación se considera una infracción muy grave «Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente»<sup>4</sup>—, como por la identidad común del bien jurídico protegido compartido por ambos ilícitos. Frente a esta situación, bajo el principio de conservación de la norma y de seguridad jurídica, la Audiencia de Toledo procede a destilar la norma, de acuerdo con los principios constitucionales que informan al *ius puniendi*, con el fin de hallar un ámbito propio de injusto penal que desligue el delito de la infracción administrativa. Tal línea argumental se inspira en la doctrina emanada de la jurisprudencia constitucional, significativamente de la STC 24/2004 donde el máximo garante de la Constitución procuró hallar a través del principio de proporcionalidad o de intervención mínima un ámbito de injusto propio que deshiciera la identidad concurrente entre el delito de tenencia ilícita de armas y la infracción administrativa<sup>5</sup>. En opinión de la Audiencia, en

---

<sup>4</sup> 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. Art. 65. 5 k) Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las siguientes conductas: Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente.

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

Art. 77 k) Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente.

<sup>5</sup> Se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada sobre el delito de tenencia ilícita de armas ex., art. 536 CP. En aquella ocasión el TC trató de delimitar, mediante una interpretación conforme del precepto, el ámbito propio del delito de tenencia de armas respecto de la infracción administrativa, que también castigaba el supuesto de

el caso que nos ocupa, no quedó demostrado que el recurrente cometiera ninguna conducta de peligro añadida a la de la mera conducción sin haber obtenida ninguna la licencia y de la cual se dimanara un «*riesgo superior al que trata de proteger la norma administrativa*»; procediendo, en consecuencia, a anular la condena del Juzgado de lo Penal. Sin embargo, finalmente, el Pleno del TS casó la sentencia de la Audiencia Provincial en sentido favorable a la pretensión punitiva del Ministerio Público, y vuelve a dictar un nuevo fallo condenatorio de idéntico tenor al pronunciado por el Juzgado de lo Penal.

El razonamiento del TS, como el mismo expresa, se inspira en el plano axiológico por la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y el principio de igualdad, a partir de lo cual pretende asentar y uniformizar la aplicación del art. 384 CP a los supuestos de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia, todo ello de conformidad con la función nomofiláctica que le es propia<sup>6</sup>. El TS parte de una interpretación esencialmente literalista apoyada en la Exposición de Motivos de la LO 2007

---

hecho de poseer armas prohibidas, compartiendo ambas infracciones una redacción prácticamente idéntica. La ponente de la sentencia, Elisa PÉREZ VERA, se sirve de los principios constitucionales propios del *ius puniendi* del Estado social y democrático de Derecho para tratar de conservar el material normativo promulgado por el legislador democrático. A tal punto llega a establecer la única forma admisible de aplicar el delito ante situaciones fácticas que proyecten un peligro real para el bien jurídico de la vida o la integridad derivado del objeto y del contexto en el que se porta el arma prohibida. De no mediar esta posible exégesis, dentro del tenor literal del precepto, la norma hubiera tenido que ser declarada inconstitucional por infringir el principio de *ultima ratio*. Esta sentencia debe celebrarse al reconocer la operatividad constitucional de aquellos principios que la Política Criminal, desde la Ilustración, había ido configurando, prescribiéndolos, entonces, como un canto al legislador para que *de lege ferenda* los observara. La sentencia es, por consiguiente, muy loable toda vez que promueve el sistema de justicia constitucional en el Derecho penal sustantivo. Sin embargo, la solución plantea ciertas dudas en la medida que, la expulsión del ordenamiento del precepto penal y su reelaboración legislativa en los términos constitucionales planteados por la ponente, hubieran conformado una solución igualmente respetuosa con dichos principios y con las exigencias de seguridad jurídica del Estado de Derecho, además de con el principio democrático. Parcialmente estos argumentos latén en los dos votos discrepantes. Por otro lado, la expulsión del ordenamiento aportaría mayor seguridad jurídica al evitar situaciones donde el ciudadano condenado por una mala aplicación del art. 536 CP, pague el coste de recurrir su condena; así como los riesgos evidentes de una doble punición. El voto particular formulado por el Magistrado Guillermo Jiménez Sánchez, y suscrito por los Magistrados Pablo García Manzano y Vicente Conde Martín de Hijas, niega que estemos en presencia de una interpretación conforme (dentro de los sentidos posibles) sino que por el contrario se trata de una sentencia aditiva o manipulativa donde el TC se convierte en legislador positivo al añadir elementos típicos a los previstos por el legislador democrático. En otro voto particular, firmado por la Magistrada María Emilia Casas, se sostiene que el art. 563 CP, ni contiene el núcleo esencial de la prohibición, ni la norma penal resultante de la interpretación conforme efectuada por el Pleno satisface las exigencias de certeza. Sin embargo, en la misma línea que la mayoría, STC 51/2005, de 14 de marzo.

<sup>6</sup> Una síntesis de esta sentencia en, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Dos sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han unificado el escenario de los delitos contra la seguridad vial*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 47/2017, 2017, pp. 85-112.

que lo alumbró y de la Circular 10/2011 de la FGE. Los argumentos del Alto Tribunal inciden sobre tres cuestiones: a) la primera y previa, parte de la consideración del bien jurídico protegido y la *ratio legis* de la infracción penal; b) la segunda, versa sobre la tipología como delito de peligro en atención al redactado del precepto; y desde esta misma perspectiva se plantea c) por último, si existe identidad entre el enunciado del tipo y el de la infracción administrativa.

a) Por lo que respecta a la primera consideración, el TS sostiene que el bien jurídico protegido por este delito es la «*Seguridad Vial*», sin mayor definición, pues según su parecer «*no existe mucha discusión al respecto*» y si la hubiera «*ya ha sido objeto de pronunciamientos por esta Sala Casacional (SSTS 91/2011, de 13 de febrero, 1032/2013, de 30 de diciembre, y 335/2016, de 21 de abril, entre otras)*». Además, por si se albergara aún alguna incertidumbre «*También se ha referido a tal bien... la Fiscalía General del Estado, en su Circular 10/2011, de 17 de noviembre*». Del hilo de la Circular extrae la *ratio legis* correspondiente al segundo párrafo del delito, introducido por una postrera enmienda, debido a que

*«Como dice la FGE, “contraponía este comportamiento al del que comete idénticas infracciones y por carecer de permiso no puede perder su vigencia. La incoherencia es que estando dotada su conducta de mayor gravedad de injusto quedaba extra-muros del Código Penal” (FJ 4).*

b) Tampoco existe controversia alguna para el TS en la configuración del ilícito penal de continua referencia como delito de peligro abstracto, pues de la mera lectura del precepto «*no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor*» (FJ 5). Al parecer del Tribunal «*No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas...que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial*» (FJ 5). Por todo ello el delito se consume con la mera conducción sin licencia y sin que sea necesario un plus de injusto, como el que derivaría de la identificación de un riesgo añadido por el manejo del vehículo cometiendo otro tipo de infracciones. De este modo, el TS censura las exigencias adicionales al tipo por parte de la Audiencia Provincial de Toledo, lo que vendría a suponer una actuación como legislador positivo que le es impropia a todo juzgador. Para el Supremo la *voluntas legislatoris* y el enunciado normativo, tan sólo precisan la conducta típica de conducir sin que el autor haya obtenido jamás licencia alguna. Y por ello, el TS concluye en la exclusión del radio de acción del tipo penal a quien posea permiso extranjero.

c) Por último, el Supremo también discrepa con la AP Toledo en la identidad entre el ilícito penal y el administrativo, lo que sería evidente a

partir del análisis literal del enunciado típico y de la infracción administrativa. Así, mientras que el art. 384. Párr. 2 CP castiga, a quien «conducir un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción», el art. 77 letra k) —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— considera como sanción muy grave «Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa *correspondiente*» (subrayado nuestro). De lo que deduce que el ilícito administrativo se aplica a supuestos en los que el sujeto tiene una autorización o licencia pero ésta no resulta adecuada. Es decir, no es la «*correspondiente*» al tipo de vehículo que maneja, mientras que el delito se aplica a quien simplemente no tiene ninguna habilitación administrativa.

### 3. Cuestiones político-criminales y dogmáticas en torno al delito de conducción sin licencia

Antes de proceder a valorar los tres puntos fundamentales en que hemos dividido el argumentario del Tribunal Supremo, procede realizar algunas consideraciones preliminares sobre la deconstrucción, en nuestra Nación, del modelo constitucional de Derecho penal, de lo que da buena cuenta, tanto el delito que comentamos, como la aplicación que del mismo pretende el TS. La adopción por parte de la ciudadanía española del modelo constitucional del Estado social y democrático de Derecho tuvo como consecuencia, en sus albores, el alumbramiento de una suerte de reforma incompleta del derecho punitivo que cristalizó con la derogación de diversos delitos que, en algunos casos, suponían la incriminación de manifestaciones meramente morales y, en otros, un exceso de *punitivismo* incompatible también con los valores, principios y reglas constitucionales contenidos en la recién estrenada norma fundamental. Sin embargo, poco tiempo transcurrió desde el amanecer de la construcción del nuevo modelo punitivo constitucionalizado, al inicio de su ocaso bajo el designio del nuevo logos penal punitivista y securitario ya presente en el CP de 1995<sup>7</sup>. El *securitarismo*, también en el ámbito vial<sup>8</sup>, pone en evidencia este vaivén pendular de la política criminal<sup>9</sup>, en el que

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, me remito a D.I. CARPIO BRIZ, *La reforma constitucional del Derecho penal*, en J.M.SILVA SÁNCHEZ/J.J.QUERALT JIMÉNEZ/M.CORCOY BIDASOLO/M.T.CASTIÑEIRA PALOU (Coords.) *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago MIR PUIG*, en Bdef, Buenos Aires, 2017.

<sup>8</sup> En general, R. GARCÍA ALBERO, *La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de Reforma del Código Penal*, en RECPC, n.º 09-11, 2007, p. 8 y ss; y F. MIRÓ LLINARES, *El «moderno» Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso*, en *InDret*, n.º 3, 2009, pp. 14 y ss.

<sup>9</sup> Sobre la evolución de los delitos contra la seguridad vial, *Vid.*, P. GÓMEZ PAVÓN, *La reforma de los delitos contra la seguridad vial*, en *RJUAM*, n.º 25, 2012-I, pp. 119-148.

se ha pasado de la propulsión despenalizadora, a la re-incriminación de conductas. Todo ello a través de un suceder de reformas legislativas que en poco tiempo castigaron unas veces penal y otras administrativamente el mismo comportamiento; tal y como ha sucedido con la reincriminación de la conducción sin licencia<sup>10</sup>. Penalización que ya se empieza a reclamar, por parte algunos lobistas, para con la actual infracción administrativa relativa al deber de suscribir una póliza de seguro para la conducción de vehículos<sup>11</sup>.

La reintroducción del delito de conducción sin carné se produjo por la reforma legislativa operada por LO 15/2007, de 30 de noviembre<sup>12</sup> que vino a revivir y, si acaso, a ampliar, al antiguo precepto previsto en el art. 340 bis, c) CP 1973<sup>13</sup>, precisamente derogado por la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983 bajo los argumentos de que

*«El delito de conducción sin permiso, descrito en el artículo 340 bis, c), que en esta Reforma se suprime, atendiendo así a un **sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales**, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo.»* (Negrita nuestra)<sup>14</sup>.

Ante a este *ritornello* la doctrina, aún impulsada por esos sentimientos generalizados, se muestra crítica por su intolerable formalidad<sup>15</sup>, por las dificultades para concretar el bien jurídico que pretende protegerse, así como por los problemas de proporcionalidad que

<sup>10</sup> R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la seguridad vial*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 770-775.

<sup>11</sup> Según un estudio de la fundación de la aseguradora Línea Directa, un 43% de los españoles encuestados (muestra de 1.700) reclaman introducir un nuevo delito de conducción sin seguro obligatorio. *Vid. Delitos y criminalidad vial en España. Evolución de la delincuencia contra la Seguridad Vial (2012-2015)* de la Fundación Línea Directa.

<sup>12</sup> Ampliamente sobre las razones para su introducción, M. TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 315-321; y sobre los debates en el proceso legislativo en torno a la reforma, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la seguridad vial*, pp. 770-779. Al respecto también y sobre modelos comparados, H. M. PRIETO GONZÁLEZ, *El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial*, en S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO (Dirs.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 251-282, en concreto 256 y ss.

<sup>13</sup> Art. 340 bis C). Será castigado con pena de multa de 5.000 a 20.000 pesetas el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso.

<sup>14</sup> Exposición de motivos Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

<sup>15</sup> J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, en Tirant lo Blanch, 7ªed, Valencia, 2015, pp. 1041-1042. En cierta medida a favor de su incriminación, J.C. CARBONELL MATEU., *La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*, en L. MORILLAS CUEVA (Coord.) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: (aspectos penales, civiles y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 385-406; H. M. PRIETO GONZÁLEZ, *El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial. cit.*, pp. 251-282, en concreto 253 y ss.

presenta en relación a las diversas conductas recogidas en el art. 384 *in fine*, pues se equipara bajo la misma penalidad situaciones que presentan diversos niveles de riesgos<sup>16</sup>. Así, se reputa el mismo marco punitivo tanto para la conducción tras la pérdida del carné, como para las de conducción sin licencia. Siendo evidente, que no estamos ante el mismo grado de peligro en uno y otro caso. En el primero, el autor del delito ya ha dado buena muestra de su peligro para la seguridad vial, motivo por el cual se le ha retirado la licencia, mientras que en el segundo, pueden darse situaciones de conducción sin riesgo material para la seguridad vial<sup>17</sup>.

Más allá de estas cuestiones, que posteriormente serán retomadas, corresponde ahora valorar los elementos fundamentales de la STS 2012/2017 relativos al delito de conducción sin haber obtenido nunca licencia en orden a los tres puntos ya señalados: a) bien jurídico protegido; b) delito de peligro; c) identidad con la infracción administrativa.

a) Ante la falta de referencias en el tipo relativas a la puesta en peligro de la seguridad vial, la doctrina ha puesto de manifiesto las dificultades para identificar el bien jurídico penal que se pretende proteger<sup>18</sup>. Lo que conlleva a su vez problemas en orden a su configuración como delito de desobediencia<sup>19</sup>, o de peligro abstracto o concreto. Debido a la alusión reiterada a las exigencias administrativas necesarias para la conducción, como elementos medular en todas las conductas típicas y muy especialmente en el delito que nos ocupa, algunos autores sugieren que la protección dispensada por éste se circunscribe al interés del Estado en asegurar las aptitudes de los ciudadanos para la conducción<sup>20</sup>. Sin embargo, las exigencias de una interpretación sistemática deben vincular esta finalidad al bien jurídico protegido en el Capítulo donde este delito

<sup>16</sup> B. FERNÁNDEZ LAGO, *Delito de conducción sin haber obtenido nunca el permiso o licencia. Formas de participación en los delitos contra la seguridad vial*, en *Diario La Ley*, n.º 8567, 2015; P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *Algunas cuestiones discutidas en el delito de conducción punible del art. 384 del Código Penal*, en A. DEL MORAL GARCÍA (Dir.), *La dogmática penal sobre el asfalto: un enfoque práctico de los delitos contra la seguridad vial*, Comares, Granada, 2012, pp. 188-200 y 212-217.

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión y su consiguiente afectación al principio de proporcionalidad, M. TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿Una reforma de ida y vuelta?*, *cit.*, pp. 352-380 ss. También, *Vid.*, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC/C. VIDALES RODRÍGUEZ., *Los nuevos delitos contra la seguridad vial*, en C. VIDALES RODRÍGUEZ/ A. MERA REDONDO (Coord.), *Seguridad vial: (especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 193-226.

<sup>18</sup> GARCÍA BLANCO, *El artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines*, en M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.), *Protección penal de la seguridad vial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 449-460; M. TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial*, *cit.*, 327 y ss.

<sup>19</sup> A partir de la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 2007, M. TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial*, *cit.*, p. 342 y ss.

<sup>20</sup> S. CARDENAL MONTRAVETA, *Comentario al art. 384*, en S. MIR PUIG/M. CORCOY BIDASOLO (Dir.), *Comentarios al Código Penal en Tirant lo Blanch*, Valencia, 2015, pp. 1316-1320.



se inserta, la seguridad vial. En sentido tal, que este concepto desde su función dogmática debe guiar la interpretación teleológica del delito de referencia pudiendo excluirse del tipo aquellas conductas que no lesionen ni pongan en peligro dicho bien jurídico<sup>21</sup>.

Por estas razones, y para evitar disertaciones innecesarias debido a la brevedad que aquí se exige, podríamos asumir la configuración del bien jurídico protegido establecida por la sentencia de referencia, no sin antes poner de manifiesto que el propio concepto y contenido de la seguridad vial plantean contraposiciones no menores —inmanentes a todo bien colectivo o supraindividual<sup>22</sup>— que afectan, precisamente, a los elementos de referencia sobre la interpretación teleológica del delito<sup>23</sup> y sobre los que la sentencia pasa por alto<sup>24</sup>. En cualquier modo, dando por cierta esta premisa, podemos pensar en un número no menor de hipótesis en los que la conducción sin carné no representa el peligro potencial para el bien jurídico seguridad vial. Casos, todos ellos, en los que el sujeto tiene pericia demostrada en el manejo de vehículos y conocimiento de las reglas normativas de la conducción. A partir de lo cual cabe un buen número de variables, como aquel en el que el individuo es hijo de un propietario de autoescuela y conoce el reglamento al dedillo por haber asistido a las clases de su padre desde pequeño e, incluso, bajo la tutela de su progenitor ha realizado un sinnúmero de prácticas pero carece del carné, por no tener más que 17 años, momento en el que es detectado conduciendo por un operativo rutinario de la policía. Otro supuesto, imaginable, es aquél en el que el sujeto conduce sin licencia pero ha superado las pruebas prácticas y teóricas para manejar el vehículo pero no posee aún el carné, por ejemplo porque no ha pagado las tasas para su obtención. Un caso más habitual, sobre todo en zonas rurales donde el manejo del vehículo resulta indispensable, es el de persona de cierta edad, de bajo nivel cultural, incluso con problema de comprensión lectora, pero que han conducido toda su vida y con conocimiento de las reglas esenciales de la seguridad vial.

En todos estos supuestos, con las salvaguardas que a continuación se expondrán, resulta plausible considerar que tales conductas no han su-

---

<sup>21</sup> Por todos, S. MIR PUIG., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 174-175.

<sup>22</sup> Es habitual la discusión en orden a su consideración como delitos de anticipación, delitos con sustantividad o autonomía propia, etc., *Vid.*, M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.250 y ss; la misma, en *Derecho penal mínimo y protección penal de bienes jurídicos colectivos*, en S. MIR PUIG (Dir.), *Derecho penal del s. XXI*, CGPJ, Madrid, 2008, pág. 363-400.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión en relación al delito de conducción sin licencia, *Vid.*, R. MONTANER FERNÁNDEZ, *El nuevo delito de conducción sin permiso: ¿delito de peligro o mera desobediencia?*, en *Diario La Ley*, n° 7170, 2009, pp. 8 y ss.

<sup>24</sup> Sstss bien jurídico

puesto el peligro para la seguridad vial que el reproche penal merece. Y, a sensu contrario, podemos imaginar situaciones en las que el ciudadano obtiene la licencia de conducción pero nunca maneja un sólo vehículo hasta pasado veinte años por una necesidad puntual. Acaso ¿No supone esta situación mayor riesgo que las anteriores, como también sucede en los casos en que personas de avanzada edad provistas de licencia conducen cuando es evidente que padecen una afectación a sus capacidades que muchas de las pruebas rutinarias para la renovación del permiso no detectan?

Desde luego, los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, no presentan evidencias tan detalladas como las anteriores relativas a la ausencia del peligro potencial que el tipo debiera prevenir, sino tan sólo refiere una conducción sin cometer maniobra antirreglamentaria alguna, por lo que el *ad quem* considera que no se pone en peligro la seguridad vial. Esta cuestión, nos conduce directamente al siguiente apartado en el que debemos analizar la configuración del tipo de peligro que exige la consumación del delito, así como la carga sobre los medios de prueba que deben acreditarlo. Uno y otro aspecto son abordados por el Tribunal Supremo desde concepciones tendencialmente formalistas<sup>25</sup>, dicho esto en sentido neutro sin consideración peyorativa alguna, pues existen razones sistemáticas que deben permitir conservar en la interpretación jurídica aspectos fundamentales del formalismo jurídico<sup>26</sup>.

b) Efectivamente, el segundo elemento de discusión es el relativo a la configuración, en escueta interpretación, que efectúa el Tribunal Supremo en orden a la configuración de la conducta típica de conducción sin carné como delito de peligro. Tal proceder comporta en el plano normativo la modificación de la estructura y contenido del tipo penal como delito de peligro abstracto, al derivarlo en realidad hacia un tipo puro de peligro presunto, más propio de un modelo de gestión y de ordenación de riesgos, al admitir la posibilidad de reprochar penalmente meros incumplimientos formales, como los antes señalados, que de por sí pueden no alcanzar a poner en peligro real ni abstracta ni potencialmente el bien tutelado<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre el concepto de *positivismo* y su confusión con el formalismo jurídico o con el positivismo formalista, I. ORTIZ DE URBINA GIMENO., *La excusa del positivismo. La presunta superación del positivismo y el formalismo de la dogmática penal y contemporánea*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 31 y ss.

<sup>26</sup> M. ATIENZA., *Como desenmascarar a un formalista*, en *Isonomía*, n.º 34, 2011, pp. 199-201; el mismo, en general sobre la interpretación y el sentido del Derecho, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 19-52.

<sup>27</sup> En concreto, sobre la voluntad del legislador de introducir un modelo de intervención a partir de nuevas articulaciones delictivas que se reputaran delito, con independencia del peligro real y concreto que pudieran producir a través de la reforma operada por LO 15/2007, de modificación del CP en materia de seguridad vial, *Vid.*, R. GARCÍA ALBERO, *La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del Proyecto de Reforma del Código Penal*, *cit.*, p. 8 y ss.

Ciertamente, la conceptualización de los delitos de peligro<sup>28</sup> y, en concreto, su distinción entre los delitos de peligro concreto, de peligro abstracto<sup>29</sup> o de peligro abstracto-concreto no resulta pacífica entre la doctrina<sup>30</sup>. De las contraposiciones académicas con respecto a la configuración de tales tipos, es lógico que se proyecten severos dubios en la jurisprudencia o incluso entre los académicos en su abordaje de los tipos de la parte especial, como sucede aquí con respecto al delito que nos ocupa<sup>31</sup>. Desde nuestra consideración, en los tipos de peligro abstracto se castiga ciertamente una conducta «típicamente peligrosa»<sup>32</sup> que el legislador mediante aparentes buenas razones ha decidido desvalorar penalmente por su virtualidad contingente de que con su realización pueda llegar a suceder algún mal. Para el modelo constitucional del derecho penal, la potencialidad para afectar en abstracto al bien jurídico debe acreditarse a través de indicios empíricamente comprobables<sup>33</sup> que conecten la experiencia general o estadística de la conducción sin permiso, como potencialmente peligrosa y que el legislador ha asumido, al caso concreto que el juzgador debe dirimir. Dichos en otras palabras, el indicio de peligro de la conducta de conducción sin licencia debe acreditarse como potencialidad real en el caso concreto<sup>34</sup>. En consecuencia, no se puede, como pretende el Pleno del Supremo, aplicar un tipo de peligro abstracto ante evidencias sustanciales de ausencia de toda posibilidad peligrosa en términos de racionalidad, so pena de incurrir en lesión del principio de culpabilidad y, en su caso, del de proporcionalidad, más aún cuando la conducta típica en el plano penal se encuentra muy próxima a otras de naturaleza administrativo-sancionadora. Por lo tanto, podemos asumir también como hipótesis la consideración del delito de conducción sin licencia según el sentido de la categoría doctrinal de los tipos de

<sup>28</sup> En general sobre la cuestión de los delitos de peligro, *Vid.*, S. MIR PUIG., *Derecho Penal. Parte General*, pp. 238-239; M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. cit.*, pp. 44 y ss. *Vid.* M. ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 17 y ss.

<sup>29</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid / Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 238; B. MENDOZA BUERGO., *La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto*, en *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 9, 2002, pp. 39-82.

<sup>30</sup> B. FEIJOO SÁNCHEZ., *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 307-342, en concreto, sobre esta categoría, pp. 312-314.

<sup>31</sup> *Vid.*, ampliamente, R. MONTANER FERNÁNDEZ, *El nuevo delito de conducción sin permiso: ¿delito de peligro o mera desobediencia?*, pp. 17-22; M.V. GARCÍA BLANCO, *El artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines, cit.*, pp. 449-460;

<sup>32</sup> T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS., *Delitos de peligro dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 14-15

<sup>33</sup> Bien es cierto que, nuevamente, el legislador penal en la reforma de 2007 no justificó las razones de peligrosidad estadística que implica la conducción sin carné para la afectación del bien jurídico que derivarían en todo caso de la falta de carné.

<sup>34</sup> M. TRAPERRO BARREALES, *op. cit.*, p. 337; GARCÍA BLANCO, *op. cit.*, p. 416.

peligro abstracto, en atención a la configuración legal del mismo —aspecto formal o positivo al que el modelo constitucional de *ius puidendi* no puede renunciar— e igualmente podemos convenir con las razones subyacentes e internas a la norma efectuadas por el Alto Tribunal y al propósito perseguido de garantizar los valores de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley. Sin embargo, discrepamos en la falta de sistematización interpretativa de la dicción jurisdiccional en orden a su omisión en torno a su fundamentación axiológica —valores igualmente constitucionales como la justicia o la libertad son silenciados— y al necesario respeto a otros principios que informan la tarea aplicativa del Derecho penal<sup>35</sup> y, entre ellos, significativamente el de proporcionalidad, tal y como tiene reconocido la jurisprudencia constitucional con mayor atención cuando el tipo penal puede llegar a acarrear como consecuencia la pena privativa de libertad<sup>36</sup>.

La consecuencia de todo ello es que a pesar de los parcos esfuerzos del TS por considerar al delito de conducción sin licencia como un tipo de peligro abstracto que protege la seguridad vial, en realidad lo está convirtiendo en un tipo de exclusiva presunción. En este sentido, la interpretación dada en la STS 2012/2017, huye de la comprobación de las debidas exigencias de lesividad material determinadas por la ausencia de las condiciones y habilidades necesarias para una conducción segura que son la *ratio legis* que justificarían la intervención penal sobre la protección del bien jurídico<sup>37</sup>. Por lo tanto, el TS asume la presunción del legislador que justificaría en el plano constitucional dicha intervención en aras a la prevención de conductas ciertamente graves. Sin embargo, el Tribunal Supremo transforma en el plano aplicativo esta desvaloración potencial de un peligro, que ciertamente es plausible que derive de la aparente conducción sin licencia, en una presunción *iuris et de iure*<sup>38</sup> que

<sup>35</sup> Como pone de manifiesto LASCURAÍN a partir del repertorio jurisprudencial del TC «La actuación judicial ha de ser además razonable, valorativa y metodológicamente razonable: «habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro Texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica». Dicho a la inversa, «no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ., *¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, en *InDret*, 3/2012, p. 17.

<sup>36</sup> Por todos y en general, S. MIR PUIG., *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Instel, Madrid, 2010.

<sup>37</sup> Sobre esta cuestión, *Vid.* M. TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, p. 329.

<sup>38</sup> Así consideran que estamos ante una presunción de este tipo, J. L. GONZÁLEZ CUSSAC/A. MATALÍN EVANGELIO/ E. ORTS BERENGUER/ M. ROIG TORRES, *Esquemas de Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 266.

impide al acusado aportar los medios de prueba necesarios para acreditar el manejo del vehículo correspondiente de un modo seguro, como por otro lado sería lo adecuado a un delito de peligro abstracto<sup>39</sup>. Debe recordarse a este respecto que, con esta forma de interpretación, el TS vuelve a reproducir su antaño concepción del art. 340 bis c) CP de 1973, objeto de la censura doctrinal y que motivó su derogación en 1983 por su formalidad conceptual y aplicativa<sup>40</sup>.

Sin duda esta cuestión abre además el enorme, confuso y poco tratado problema de las presunciones en Derecho penal sustantivo y sus derivaciones procesales y constitucionales que no puede ser desarrollado aquí. Sin embargo, el TS debe ser a todas luces consciente de este problema de orden constitucional en torno al derecho a la prueba y su relación con la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad<sup>41</sup>. A este respecto, debe recordarse la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, como por ejemplo en la STC 185/2014, de 6 de noviembre<sup>42</sup>, donde se nos recuerda como «La eficacia garantista de la presunción de inocencia no se despliega sólo ante el juez, sino también como derecho frente al legislador, como destacó ya la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1, donde se reconoce que el derecho a ser presumido inocente es un derecho subjetivo público con una «obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes». En esta línea, el Tribunal ha incluido en la configura-

---

<sup>39</sup> En el sentido de F. MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la seguridad vial*, en *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1596; TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, p. 338 y ss. *Vid.*, también la opinión de E. LARRAURI PIJOAN., *Igualdad y Violencia de Género*, en *InDret*, 1/2009, p. 14, respecto a la carga de la prueba en relación a la presunción contenida en el art. 153.1 CP «El hecho de que el legislador establezca una presunción no impide que el Tribunal deba valorar si el fundamento agravatorio que motiva la norma concurre en este caso» y continúa «Ahora bien, al admitir que los motivos por los cuales se eleva la pena pueden no concurrir siempre, parecería que con ello el artículo 153.1 establece una ‘presunción iuris tantum’, que funcionaría como una presunción ‘contra reo’ en el sentido de que es el agresor quien debería probar su menor culpabilidad. Ello implica una inversión de la carga de la prueba contra la persona juzgada que deberá mostrar que no concurre en su caso el fundamento de la agravación». También, *Vid.*, sobre este particular, V. GÓMEZ MARTÍN., *¿Comparaciones odiosas? Acción positiva y violencia de género ocasional*, en S. MIR PUIG/J. QUERALT (Dirs.) *Constitución y principios del Derecho penal: Algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 251-299.

<sup>40</sup> Siguiendo la opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, *Ibid.*, pp. 1596. Sobre la interpretación dada por el TS al precepto recogido en el Código Penal de 193, *Vid.*, R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la seguridad vial*, *cit.*, pp. 792-794.

<sup>41</sup> *Vid.*, J.M. ASENSIO GALLEGÓ., *Presunción de inocencia y presunciones iuris tantum en el proceso penal*, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 36, 2015.

<sup>42</sup> Cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el ya derogado art. 623.1, párrafo segundo, del Código penal, por posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y de los principios de culpabilidad, en su vertiente de responsabilidad por el hecho, de legalidad penal (art. 25.1 CE) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Dicha cuestión concluyo con fallo de interpretativo de conformidad con la CE en aras a preservar una norma viciada formalmente al contener elementos de presunción.

ción constitucional de este derecho la interdicción de las presunciones de los elementos constitutivos del delito (SSTC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 9; 267/2005, de 24 de octubre, FJ 4; y 92/2006, de 27 de marzo, FJ 2). Con independencia de la modalidad delictiva de que se trate, no es tolerable que alguno de los elementos típicos se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum*, que supone una traslación o inversión de la carga de la prueba irreconciliable con el art. 24.2 CE (ya en STC 105/1988, de 8 de junio, FJ 3), sea con una presunción *iuris et de iure*, ilícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional por cuanto prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos vulneradores de la presunción de inocencia de descargar de la prueba a quien acusa y de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende».

En relación a lo anterior y respecto a los aspectos prototípicos del formalismo jurídico que presenta la resolución objeto de este comentario, debe señalarse la falta de toma en consideración de las consecuencias de una determinada decisión, así como la reducción del Derecho al texto de la ley. Respecto de lo primero, ya se ha expuesto algunas de las consecuencias de la guía de interpretación que pretende el Tribunal Supremo, por lo que quizá éste haya atendido más a las dificultades operativas del día a día de nuestros juzgados, y a las demandas *prácticas* del Ministerio público, que a la salvaguarda de los derechos fundamentales exigibles en todo proceso penal para aplicar un delito. Debe recordarse que en torno a un 90 % de estos casos se resuelven mediante conformidades<sup>43</sup>, por lo que de haberse propiciado una línea jurisprudencial que exigiera a la Policía judicial proveerse de indicios materiales de una conducción desasistida del conocimiento normativo y de pericia en el manejo<sup>44</sup>, más allá de la mera constatación de circular sin haber obtenido nunca carné, supondría añadir dificultades a la práctica forense de muchos juzgados. El TS parece no haber querido abrir la venta de oportunidad al ejercicio operativo y real de las garantías constitucionales a través de la carga probatoria que debería desarrollar el Ministerio Público para enervar la presunción de inocencia a través de la argumentación en orden a

---

<sup>43</sup> Según datos recogidos por la propia Dirección General de Tráfico relativos a 2016, donde se refleja que un 90 % de las sentencias condenatorias de los jueces y tribunales penales sobre delitos contra la seguridad vial (80.831) se dictan en conformidad, significativamente en delitos de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y drogas, así como respecto a las diferentes conductas relativas al art. 384 CP.

<sup>44</sup> Sin pretensión de exhaustividad: maniobras de estacionamiento con evidentes dificultades —por ejemplo rozando otros vehículos—, conducción a velocidad anormalmente reducida, aceleraciones incontroladas, sobrepasar líneas continuas con invasión de carriles de bus; o en el caso del manejo de una motocicleta, el conductor presenta evidentes dificultades para mantener el equilibrio o tomar las curvas. A estas situaciones, debe reservarse el reproche penal, es decir para aquellos casos en que se maneje un vehículo sin la licencia adecuada y que además se evidencie elementos fácticos como los anteriores que deben quedar recogidos oportunamente en el acta policial

los indicios policiales recogidos en el atestado y que los agentes actuantes deberían ratificar en el juicio oral, con el añadido de la posibilidad de que el acusado vertiera argumentos de descarga en orden a probar su capacidad y conocimiento para el manejo del vehículo.

Por otro lado, en términos de realismo jurídico, se puede entrever una cierta voluntad de unificación de la jurisprudencia impulsada por un ejercicio de potestad sobre las audiencias provinciales que no hace sino que disipar la desconfianza del legislador sobre la interpretación garantista realizada por cierto sector de la judicatura; motivo por el que la LO 15/2007 apostó por limitar la discreción judicial aligerando los requerimientos de prueba para la imposición de la sanción<sup>45</sup>. Con ello el TS se muestra deferente con el proyecto político-criminal en materia de seguridad vial del legislador y reduce su interpretación a la ley penal, sin tener en cuenta todo el armazón constitucional que debe guiar la aplicación del Derecho penal, más aún en casos difíciles como éste en el que la norma adolece de aparentes dudas de constitucionalidad y por lo tanto predispone a una colisión entre norma legal y normas constitucionales.

Precisamente para hacer frente a estas hipótesis la Audiencia Provincial de Toledo se encamina en orden a los planteamientos de un sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que han propuesto una exégesis de *interpretación conforme* y/o apegadas a los fundamentos principales del Derecho penal (bajo los principios de proporcionalidad e intervención mínima), con el fin de salvar la merecida censura constitucional que exigiría el supuesto de castigar, incluso con pena de prisión, mediante un delito aparentemente huero de injusto penal y más propio de la concepción de las infracciones administrativas con la que éste precepto presenta profundas semejanzas<sup>46</sup>. Por ello, el caso que tratamos es un claro ejemplo del proceso de endurecimiento y ampliación que conlleva para el Derecho Penal la proyección instrumental de justificaciones y técnicas normativas más propias del Derecho administrativo-sancionador<sup>47</sup>. Esta cuestión nos conduce, precisamente al tercer y último apartado en que hemos dividido los argumentos de la STS 2012/2017, de 26 de abril.

c) Como ha señalado buena parte de la doctrina el Derecho penal está empleándose por parte del legislador como medio de ordenación o gestión para hacer frente a diversos niveles de riesgos en determinados

---

<sup>45</sup> R. GARCÍA ALBERO, *La nueva política criminal de la seguridad vial*, cit., p. 8 y ss. En el mismo sentido. En el mismo sentido, F. MIRÓ LLINARES, *op. cit.*, pp. 16 y ss; M.A TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, p. 338.

<sup>46</sup> Sobre la improcedencia de trasladar al Derecho penal planteamientos administrativistas en orden al delito de conducción sin licencia, *Vid.* M. TRAPERO BARREALES, *op. cit.*, pp. 329.

<sup>47</sup> M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 132 y ss.

ámbitos de interés social, como el de la seguridad vial<sup>48</sup>. Ello responde a un proceso de aproximación del Derecho Penal a las técnicas normativas del Derecho administrativo, con la consiguiente exposición ejemplificativa de tipos penales que coinciden ampliamente en su fundamento y modos de protección con otros ilícitos no penales<sup>49</sup>. Produciéndose una suerte de *administrativización* del Derecho penal sino de penalización del Derecho administrativo<sup>50</sup>. Ciertamente a ello contribuyen, las técnicas legislativas de remisión, que es un factor determinante de esta aproximación, pues su empleo, ya generalizado, está transformado las relaciones del Derecho penal y, en concreto, del Derecho penal de la seguridad vial, con las infracciones administrativas de referencia, como nuevamente se puede fácilmente contemplar en la resolución que tratamos. Aquí el delito de conducción sin licencia se asemeja, sino coincide, con la infracción administrativa de «Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente»<sup>51</sup>. Y a ello contribuye la técnica de ley penal en blanco. Cuestión previa que el TS obvia, y que sí abordó la sentencia casada. Y ciertamente siguiendo a ésta, el núcleo del injusto penal viene determinado por la infracción de la regulación administrativa y, en consecuencia, se desplaza la competencia penal del legislador orgánico al poder normativo de la Administración, quien a través de un cambio de su regulación puede determinar el injusto penal, pues el tipo carece de otros elementos expresamente reservados en la norma penal que permitan caracterizarlo. En otras palabras, la norma penal no contiene el núcleo penal de la prohibición, sino que éste se desplaza a la norma administrativa<sup>52</sup>.

Por este motivo, un tipo penal así conformado, *de lege lata* no presenta diferencias esenciales con las infracciones administrativas, por lo que puede quedar seriamente comprometido el modelo constitucional de *ius puniendi*, al someterse a cierto quebranto al principio constitucional de legalidad penal, pudiendo llegar a cercenar, incluso, la proporcionalidad del reproche afflictivo por la aproximación de sanciones e infracciones

---

<sup>48</sup> Por todos, J.M. SILVA SÁNCHEZ., *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed Civitas, Madrid, 2001, pp. 121 y ss.

<sup>49</sup> J.A. MINGORANCE SÁNCHEZ., *La seguridad vial en el ordenamiento penal: justificación y crítica*, en *Revista de Derecho UNED*, n.º 20, 2017, pp. 425-449, especialmente, pp. 444-445. También, sobre el solapamiento y su difícil delimitación con el ilícito administrativo, F. MIRÓ LLINARES, *op., cit.*, pp. 14-16. En general, sobre este problema, P. RANDO CASARMERIO., *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, en Tirant lo Blanch, Valencia, 2010

<sup>50</sup> En general, M. GÓMEZ TOMILLO, M/I. SANZ RUBIALES., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*, 2ªed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, especialmente, p. 44 y ss.

<sup>51</sup> Art. 77 k) del RDL 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.

<sup>52</sup> La exigencia de que el núcleo de la prohibición penal quede reservado en la norma penal es doctrina común del Tribunal Constitucional, entre otras SSTC 122/1987, 127/1990, 24/2004, 101/2012.



punitivas que en no pocas ocasiones, parten de una misma concepción de injusto<sup>53</sup>. Bien es cierto que el Tribunal Supremo pretende resolver desde el literalismo la diferencia entre la infracción penal y la administrativa, aferrándose al adjetivo «correspondiente» que sólo está presente en ésta última. Por lo que llega a la conclusión de que el tipo penal se aplica a quien nunca tuvo licencia, mientras que la sanción administrativa se reserva para la conducción de quien teniendo alguna licencia no posee sin embargo la adecuada a las características del vehículo que maneja o bien, es titular de un carné extranjero no homologado. Pues bien, dejando de lado que el adjetivo «correspondiente» puede aquí interpretarse de manera diversa, lo cierto es que la solución del TS no se muestra acorde con la *ratio legis* de la norma ni coherente con el bien jurídico protegido pero, sin embargo, tiene razón en que la literaridad del tipo no permite castigarlas<sup>54</sup>. Se trata de situaciones reales que potencialmente son de mayor peligro que la de la conducción sin carné a las que ya se ha hecho referencia. Por lo que en coherencia con su planteamiento debería haber activado la cláusula del art. 4.2 CP para instar al Gobierno en su persecución penal. Así, imaginemos supuestos en los que un sujeto conduce un autobús escolar y tan sólo es titular de una licencia de ciclomotor o casos, como el de un ciudadano de México antes de viajar a España por turismo compra la licencia de circulación en su país (hasta hace poco era posible) para conducir un vehículo en el nuestro que le dejará un compatriota afincado en territorio español<sup>55</sup>.

No obstante, la configuración por el TS de un ámbito propio del delito, distinto al de la infracción administrativa gracias a su interpretación literal, no resuelve la cuestión definitiva en orden a la *administrativización* del injusto derivado de la remisión normativa. De haber advertido este problema, sólo le hubiera podido corresponder arbitrar elementos de interpretación constitucional *conforme*, tal y como hizo la Audiencia de Toledo siguiendo el sentido de la STC 24/2004. No obstante, si el TS hubiera considerado que con tal actuación rebasaría su competencia, convirtiéndose en legislador positivo, entonces debería haber elevado cuestión de constitucionalidad<sup>56</sup>. Sin embargo, esta solución se encontraría alejada de la política jurisdiccional de deferencia para con el le-

---

<sup>53</sup> Sobre esta cuestión y los problemas que puede llegar a suscitar en torno a la garantía *non bis in idem*, *Vid.*, mi trabajo de tesis doctoral (inédito), si bien una parte del cual se encuentra en D.I. CARPIO BRIZ, *Europeización y reconstitución del non bis in idem*, en *Revista general del Derecho Penal*, núm. 14, 2010. Más recientemente, *Non bis in idem*, en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (Coord.) *Memento Práctico Penal Económico y Empresa 2016*, Francis Lefevre, Madrid, 2016, pp. 319-330

<sup>54</sup> Sobre lo absurdo de la situación, F. MIRÓ LLINARES, *op.*, *cit.*, pp. 44 y ss.

<sup>55</sup> H. M. PRIETO GONZÁLEZ, *El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial. cit.*, p. 276 y ss.

<sup>56</sup> *Vid.*, F. MIRÓ LLINARES, *op.*, *cit.*, pp. 46-48, considera inadecuado un tipo tal de interpretación sanadora de los vicios del tipo y se muestra partidario como única solución el plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

gislador que parece seguir<sup>57</sup> y de control sobre la jurisprudencia a partir de su función nomofiláctica. De tal modo que la solución a la que arriba, por las razones que se han puesto de manifiesto a lo largo de este breve comentario, no ofrece el razonamiento jurídico-dogmático y la interpretación constitucional debida que exprese las oportunas razones jurídico-constitucionales que permitan compartirla

#### 4. Conclusión

Toda interpretación parte de una concepción del Derecho y, en este caso, el TS parece inclinarse por la del formalismo jurídico. Existen buenas razones, para que el Derecho y el Derecho penal, más que ninguna otra disciplina jurídica, conserve elementos formales en la aplicación de las normas en aras a garantizar la certeza del sistema y su reducción del mismo a estrictos elementos jurídicos con el fin de lograr asentar el garantismo y evitar interferencias partidistas, arbitrariedades o el decisionismo judicial que podrían llegar al colapso del Estado de Derecho. Sin embargo, la necesidad de preservar estos elementos debe conjugarse con las exigencias que le son propias a todo juez en el Estado constitucional de Derecho respecto al control y aplicación de las normas de conformidad con la concurrencia de toda una serie de principios y reglas constitucionales. En la Sentencia de referencia el TS, más allá del sentido de la decisión, no parece haber conseguido este objetivo al no abordar las cuestiones constitucionales que el supuesto plantea y que quedan desplazadas por la visión túnel que guía su acercamiento al asunto. Lo que deriva en su escueta motivación, en una propensión al literalismo en su interpretación basado, en esencia, en la lógica del silogismo subsuntivo y la atención exclusiva a la justificación interna de la norma. Esta forma de proceder, en términos de coherencia lógica con la concepción del Derecho que éste órgano judicial parece haber adoptado, reduce las más que evidentes dificultades de la aplicación del delito de conducción sin licencia, a conductas que no representan un peligro real para la seguridad vial, a un *caso fácil*.

Sin embargo, como se ha ido desgranando a lo largo del análisis de esta sentencia, el supuesto que nos ocupa más bien responde a los obstáculos que en la teoría del Derecho presentan los *casos difíciles*, pues se trata de aplicar un tipo penal administrativizado que *ope legis* plantea profundos problemas en la identificación de la razón subyacente objeto de tutela, en la configuración de un injusto penal propio y más aún, si como pretende el Supremo órgano de la jurisdicción ordinaria, este deli-

---

<sup>57</sup> A este respecto debería reflexionarse, tras casi 40 años de sistema de justicia constitucional, cuántas veces el TS ha acudido ante el TC mediante una cuestión de inconstitucionalidad.

to se debe aplicar a través de la mera subsunción sin atender a evidencias de la potencialidad peligrosa de la conducta de conducción sin licencia ni, en su caso, sin que el acusado pueda probar su capacidad para manejar el vehículo de forma segura. En consecuencia, el delito de conducción sin carné, debe interpretarse de conformidad constitucional o, en su caso debería merecer la oportuna evaluación de constitucionalidad por el TC ya sea de manera directa, a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, o mediante la derivación de este examen a partir de un recurso de amparo.