

TESIS DOCTORAL

AÑO 2019

EL DERECHO A LA SEGURIDAD VIAL COMO NECESIDAD Y DEMANDA SOCIAL.

La conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas.

JOSÉ ANTONIO MINGORANCE SÁNCHEZ

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Directores

Fernando Moure Colón

Fanny Castro-Rial Garrone

A la UNED, que me ha permitido realizar mis estudios de Derecho a lo largo de la geografía española, a mi Director de Tesis, sin el cual no habría podido finalizar este desafío, y a mi familia, por todos esos días que no les he podido dedicar.

ÍNDICE.....	I
TABLA DE ILUSTRACIONES.....	VII
ABREVIATURAS.....	IX
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

POLÍTICAS DE SEGURIDAD VIAL: ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN.....	9
1. LA SEGURIDAD VIAL DESDE LA PERSPECTIVA GLOBAL	9
1.1. Interés social y concepto	10
1.1.1. Las cifras y la sociedad ante el problema	10
1.1.2. El marco conceptual de las políticas viales	16
1.2. La seguridad vial en el plano internacional	20
1.2.1. Las Naciones Unidas y la seguridad vial.....	20
1.2.2. La Unión Europea ante la seguridad vial.....	25
1.3. Evolución de las Políticas de Seguridad Vial en España	29
1.3.1. La planificación estratégica de la seguridad vial	32
2. LA INSEGURIDAD VIAL EN EL PUNTO DE MIRA.....	37
2.1. El problema y su tratamiento.....	37
2.1.1. El siniestro vial como objeto de estudio	39
A) El factor humano	45
B) El factor vía	47
C) El factor vehículo	48
2.2. El coste social y económico	50
3. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICAS VIALES.....	51
3.1. El elemento normativo en la política de seguridad vial	51
3.2. La política criminal en el marco de las políticas públicas	53
3.2.1. La política criminal española en seguridad vial	55

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN JURIDICO-PENAL DE LOS NUEVOS RIESGOS 61

1. INTRODUCCIÓN AL CONTROL SOCIAL	62
2. POSTURAS DOCTRINALES FRENTE A LA “SOCIEDAD DEL RIESGO”.....	66
2.1. Teorías de resistencia a la modernización del Derecho penal	70
2.2. Teorías de modernización del Derecho penal	79
3. EL DERECHO PENAL DEL RIESGO	84
3.1. Teorías sobre el concepto de peligro.....	85
3.1.1. El juicio de peligro.....	91
3.2. Los delitos de peligro en la sociedad del riesgo	93
3.2.1. La doctrina y la jurisprudencia	98
3.2.2. Los delitos de peligro concreto	101
3.2.3. Los delitos de peligro abstracto.....	102
A) Terminologías referidas al peligro abstracto	103
B) El fundamento de los delitos de peligro abstracto.....	106
C) Las críticas a los delitos de peligro abstracto.....	114
3.2.4. Referencia al tipo subjetivo en los delitos de peligro	117
4. LOS LÍMITES AL <i>IUS PUNIENDI</i> DEL ESTADO	120
4.1. Principio de legalidad	123
4.2. Principio de ofensividad o lesividad.....	124
4.3. Principio de intervención mínima.....	124
4.3.1. Principio de subsidiariedad	126
4.3.2. Principio de fragmentariedad	127
4.4. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	129
4.5. Principio de culpabilidad.....	130
4.6. Principio de proporcionalidad	132

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO “SEGURIDAD VIAL” 135

1. REFERENCIA AL DERECHO SUBJETIVO A LA SEGURIDAD VIAL.....	136
---	-----

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	141
2.1. Introducción.....	141
2.2. Concepto y contenido de bien jurídico.....	144
2.2.1. El concepto.....	144
2.2.2. El contenido.....	148
A) Las teorías sociológico-funcionalistas.....	149
B) Las teorías constitucionales.....	149
C) Postura intermedia	150
2.3. Funciones del bien jurídico-penal	153
3. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.....	157
3.1. Concepto de bien jurídico colectivo	157
3.2. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos.....	160
3.3. Posición respecto de los bienes individuales.....	162
4. EL OBJETO DE TUTELA EN LA SEGURIDAD VIAL.....	165
4.1. Naturaleza del bien jurídico seguridad vial	167
4.1.1. La seguridad vial: bien jurídico colectivo sin referente individual.....	169
4.1.2. La seguridad vial: bien jurídico contraído a la vida e integridad	171
4.1.3. La seguridad vial: bien jurídico con carácter instrumental	173

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SEGURIDAD VIAL EN ESPAÑA..... 179

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA.....	180
2. LA SEGURIDAD VIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL	184
2.1. Antecedentes históricos	184
2.2. El Reglamento de Circulación de 17 de septiembre de 1900	186
2.3. El Reglamento de Circulación de 23 de julio de 1918.....	187
2.4. El Reglamento de Circulación de 16 de junio de 1926	189
2.5. El Reglamento de Circulación urbana e interurbana de 1928.....	192
2.6. El Código de Circulación de 1934	193
2.6.1. El Decreto 1890/1973, de 26 de julio	194

2.6.2. El Real Decreto 1467/1981, de 8 de mayo.....	197
2.7. La Ley 18/1989, de 25 de julio.....	200
2.8. Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de mayo.....	202
2.8.1. Real Decreto 13/1992, de 17 de enero.	205
2.8.2. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.	207
2.9. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.	210
3. LA SEGURIDAD VIAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	211
3.1. Ley de 9 de mayo de 1950: “Ley del Automóvil”.....	212
3.2. Ley 122/1962, de 24 de diciembre.	215
3.3. Ley 3/1967, de 8 de abril. El abandono de la legislación especial	217
3.4. El Código Penal de 1973.....	219
3.5. Modificaciones penales tras la CE de 1978	220
3.6. El Código Penal de 1995.....	223
3.7. La Ley Orgánica 15/2007, de reforma del Código Penal	224
3.8. La Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal	228
3.9. La Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal	229
4. LA SEGURIDAD VIAL Y LA NECESARIA TUTELA PENAL	231

CAPÍTULO V

EL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD VIAL 239

1. LA NUEVA REGULACIÓN PENAL.....	240
1.1 Elementos comunes a los delitos contra la seguridad vial	241
1.1.1. El accidente de tráfico.....	242
1.1.2. El Conductor y el peatón.....	243
1.1.3. La conducción.....	244
1.1.4. El vehículo de motor y ciclomotor	246
1.1.5. El elemento espacial: la vía pública	250
1.2. El principio “ <i>non bis in idem</i> ”	253
1.2.1. Antecedentes.....	254
1.2.2. La doctrina impuesta por la STC 2/2003	259

2.- LA REFORMA PENAL DE LA LO 15/2007	266
2.1. Exceso de velocidad y conducción bajo la influencia (art. 379 CP)	268
2.1.1. El delito de exceso de velocidad punible (art. 379.1 CP).....	268
2.1.2. Conducción bajo la influencia de alcohol o drogas (art. 379.2 CP)...	274
2.2. Delito de conducción temeraria (art. 380 CP)	275
2.3. Manifiesto desprecio a la vida de los demás (art. 381 CP)	280
2.4. La regla concursal del artículo 382 CP	284
2.5. El delito de negativa a someterse a las pruebas (art. 383 CP)	289
2.6. Delito de conducción sin permiso de conducir (art. 384 CP).....	299
2.6.1. La pérdida de vigencia por pérdida total de puntos	300
2.6.2. La pérdida de vigencia por resolución judicial	301
2.6.3. La conducción careciendo de permiso o licencia	304
2.7. Delito de creación de grave riesgo (art. 385 CP)	308
2.8. El comiso en los delitos viales (art. 385 bis CP)	311
2.9. La reducción de la pena (art. 385 ter CP).....	313
3. ESPECIALIDAD PROCESAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL	314
3.1. El enjuiciamiento rápido de los delitos contra la seguridad vial.....	314
3.2. El atestado policial como presupuesto básico	316
3.3. La prueba preconstituida en el atestado policial	318

CAPÍTULO VI

LA CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL O LAS DROGAS

1.- EL ALCOHOL Y LAS DROGAS EN LA CONDUCCIÓN	324
1.1. Introducción al problema	324
1.2. La ingestión de sustancias que afectan a la conducción	329
1.2.1. El alcohol	329
A) Los efectos en el organismo	332
B) La ingesta desde el punto de vista penal	336
1.2.2. Las drogas y los medicamentos.....	341

1.3. La Unión Europea ante el problema	344
1.4. Posturas adoptadas por países del entorno	346
2. TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	350
2.1. Regulación en el sector administrativo	350
2.1.1. La intoxicación alcohólica	351
2.1.2. La presencia de drogas en general.....	353
2.2. Regulación en el sector penal	355
2.2.1. La influencia en la conducción como elemento del tipo.....	358
2.2.2. La tasa objetiva punible	363
A) Jurisprudencia previa a la LO 15/2007.....	365
B) La jurisprudencia posterior a la LO 15/2007	368
3. LAS PRUEBAS DE ALCOHOL Y DROGAS	371
3.1. Alcoholemias.....	372
3.1.1. Legitimidad constitucional de las pruebas.....	372
3.1.2. Tasa de alcohol y curva de alcoholemia	376
3.1.3. La determinación de la tasa y su error máximo permitido	384
3.2. La prueba de detección de drogas	387
3.3. La toma de muestras y la cadena de custodia.....	392
<u>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS</u>	397
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	405
AUTORES	405
INSTITUCIONES / ORGANIZACIONES	431
<u>JURISPRUDENCIA CITADA.....</u>	439

TABLA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1: Matriz de Haddon.....	22
Ilustración 2: Medidas políticas de seguridad vial en España.....	32
Ilustración 3: Indicadores estrategia seguridad vial 2011-2020.....	36
Ilustración 4: Evolución diligencias penales. Memoria FGE 2018.....	58
Ilustración 5: Evolución del riesgo.....	333
Ilustración 6: Signos y síntomas de alcoholemia.....	334
Ilustración 7: Influencia según la intoxicación alcohólica.....	335
Ilustración 8: Curva absorción-eliminación etanol en sangre.....	378

ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AATC	Autos del Tribunal Constitucional
AJFV	Asociación Judicial Francisco Vitoria
Art(s).	Artículo(s)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATGC	Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil
BAC	Blood Alcohol Concentration
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAS	Concentración de alcohol en sangre
CE	Constitución Española
CEDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
CEJ	Centro de Estudios Jurídicos
CEMT	Conferencia Europea de Ministros de Transportes
Genipecc	Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas
CIIDPE	Centro de Investigación Interdisciplinaria de Derecho Penal y Económico
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CRC	Centro de Reconocimiento de Conductores
DGPNsD	Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas
DGT	Dirección General de Tráfico
DRUID	Driving Under Influence of alcohol and Drugs
Dtor., dir.	Director
DUI	Driving Under Influence
DWI	Driving While intoxicated
ej.	Ejemplo
EMP	Error Máximo Permitido
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento jurídico
FO	Fluido Oral
g/l	Gramos por litro, referido a alcohol en sangre
g, gr	Gramos
INE	Instituto Nacional de Estadística
INTCF	Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LSV	Ley de Seguridad Vial
MF	Ministerio Fiscal
mg/l	Miligramos por litro, referido a alcohol en aire espirado
Núm, nº	Número
OMS	Organización Mundial de la Salud

PAESV	Programa de Acción Europeo de Seguridad Vial
pág, p.	Página
PCT	Política común de transportes
PESV	Plan Estratégico de Seguridad Vial
pp.	Páginas
RACE	Real Automóvil Club de España
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RDUNED	Revista de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
RGCir	Reglamento General de Circulación
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIMEPROVI	Asociación Española de Fabricantes de Sistemas Metálicos de Protección Vial
SIRAT	Simposio Reconstrucción de Accidentes de Tráfico
SNC	Sistema Nervioso Central
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
Trad.	Traducción
TS	Tribunal Supremo
UBE	Unidad de Bebida Estándar
UCJC	Universidad Camilo José Cela
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El desafío de este trabajo es afrontar una investigación rigurosa y disciplinada desde un pensamiento crítico, alejado de la mera intuición y la posible inflexibilidad ideológica producto muchas veces de nuestra propia educación, entorno cultural o profesional, aproximándonos para ello al método científico basado en la lógica y la evidencia a través de distintas publicaciones significativas y resultados estadísticamente relevantes.

Desde la crítica, como base del método científico, analizaremos las diferentes opciones adoptadas en el campo de las políticas de seguridad vial tratando de apartarnos de puntos de vista meramente conservadores o que en apariencia sintonizan con el sentir público, siempre desde una postura escéptica enfrentada al negacionismo conflictivo que se opone a toda evidencia influenciado por posibles intereses profesionales, políticos o personales que llegan a predisponer la propia objetividad.

Así, pues, sobre la base de los fundamentos epistemológicos del Derecho se pretende analizar, desde un enfoque mixto cuantitativo-cualitativo, la realidad social que ha supuesto la aparición del automóvil y la consiguiente necesidad de regularizar su uso para salvaguardar la convivencia social, y todo ello por la necesidad de hacer compatible el uso de las vías de comunicación, como una manifestación del derecho a la libertad, con otros derechos como son la vida o la integridad física.

En este estudio del derecho a la seguridad vial partiremos de conceptos amplios y generalmente aceptados, del consenso tanto en el plano nacional como internacional sobre esta materia, así como de ese sentimiento social de inseguridad que obliga a los Estados a intervenir con modelos políticos eficaces, para ir centrando el debate, a lo largo de los diferentes capítulos, en la evolución de los tipos y su justificación jurídico-penal bajo el prisma del análisis dogmático cimentado en los principios irrenunciables del Derecho penal, como marco limitador de la intervención estatal.

De este modo, siendo manifiesta la existencia de un problema social, como el que representa la magnitud de las cifras de víctimas que la circulación de vehículos deja diariamente en nuestras carreteras, y la toma de conciencia del

mismo, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, procede efectuar un análisis del uso del ordenamiento penal como posible solución en este campo de la seguridad vial.

No cabe duda que del conjunto de actividades surgidas en el seno de la sociedad, las relacionadas con la seguridad vial tal vez sean en las que mayoritariamente se vean implicados todos los componentes de la misma, desde niños a ancianos, unos como conductores de los diferentes vehículos, otros como simplemente acompañantes o usuarios de los mismos y la gran mayoría como peatones que se desenvuelven en un conjunto de espacios compartidos entre máquinas y personas. Es por ello que la inseguridad vial es hoy día un tema y preocupación cotidiana, en la que todos nos vemos implicados y en algunas ocasiones incluso identificados con las personas que, a través de los diferentes medios de comunicación, vemos en situaciones cada vez más habituales, como: retenciones a las entradas de las grandes ciudades, incidencias ante situaciones climatológicas adversas o accidentes de circulación que suponen a su vez altos costes sociales, familiares y económicos.

En el desarrollo de este trabajo el lector podrá apreciar dos partes diferenciadas, una primera parte general que comprende los tres primeros capítulos, en los que se expondrá la problemática social que representa la seguridad vial así como el recurso a las figuras de los delitos de peligro y los bienes jurídicos colectivos para dar cabida a nuevos comportamientos merecedores de reproche, seguida de una segunda parte más especial en la que se profundizará sobre el tratamiento que la seguridad vial ha experimentado en el ordenamiento jurídico, siempre desde una perspectiva crítica que pretende alcanzar el razonamiento jurídico-penal de determinadas conductas relacionadas con la conducción de vehículos de motor.

Comenzamos así con un primer capítulo exponiendo las cifras que representan la siniestralidad vial y su repercusión social con un claro enfoque cuantitativo, pero a la vez con un examen del fenómeno propio de las investigaciones cualitativas basadas en la lógica y el proceso inductivo, tratando de reconstruir una realidad observada por todos los actores del sistema social desde una perspectiva holística. Según esto veremos cómo el problema de la seguridad vial ha centrado el interés tanto en el plano

internacional como nacional, orientando el desarrollo de políticas públicas en diferentes campos capaces de frenar estas alarmantes cifras de siniestralidad.

La realidad social que representa el incremento del tráfico por carretera así como el incesante goteo de vidas humanas que se desvanecen por el simple hecho de desplazarnos en un vehículo nos muestra el problema, un problema al que la sociedad se ha visto obligada a dar respuesta desde el compromiso de todos los sectores involucrados en este escenario, correspondiendo a los poderes públicos abordarlo desde diversas perspectivas, encontrándose entre ellas el recurso al propio Derecho. Y estas políticas públicas han venido materializándose en el caso de España en los correspondientes Planes Estratégicos, como una de las herramientas que permite impulsar, facilitar y coordinar las iniciativas de los diferentes agentes políticos, económicos y sociales a nivel nacional, Planes que a su vez ha servido también de impulso a medidas legislativas en determinados ámbitos.

Otro aspecto que se abordará en este capítulo introductorio es el hecho de que la política criminal haya tomado cartas en el asunto implantándose poco a poco en un ámbito hasta no hace mucho dominado por el Derecho administrativo sancionador, y aunque en este aspecto no parece que exista discrepancia alguna sí que podemos encontrar disenso en el modo en que se ha venido haciendo uso de esta política criminal.

Tras esta realidad social descrita en el primer capítulo los dos siguientes abordarán la dificultad que la dogmática ha encontrado para justificar la intervención penal en determinadas actividades surgidas de la nueva *sociedad del riesgo*, ante una demanda social de mayor seguridad frente a comportamientos antisociales que ahora no llegan a lesionar de manera efectiva los bienes jurídicos sino que los colocan bajo el radio de acción de la amenaza de lesión, dando origen de este modo a lo que la doctrina ha denominado el *Derecho penal del riesgo*.

El capítulo II nos introduce en la polémica generada por la modernización de un Derecho penal capaz de adaptarse a esta nueva sociedad, surgiendo las clásicas posturas contrapuestas de resistencia, representada por la Escuela de Frankfurt, y de expansión de un Derecho penal adaptado a los nuevos fenómenos y conflictos surgidos de la imparable evolución social. Y estas nuevas realidades sociales, generadoras de un mayor incremento de

inseguridad social y de impunidad, son las que han impulsado la intervención penal con una función preventiva, pretendiendo de este modo anticipar la tutela hacia los bienes jurídicos tradicionales.

Se abordará también el recurso a la técnica legislativa de los *delitos de peligro*, partiendo de las diferentes teorías sobre el concepto mismo de peligro y probabilidad, haciendo uso para ello de la lógica inductiva para alcanzar un concepto de probabilidad que resulte válido para el Derecho penal y que nos permita atribuir la cualidad de peligroso a un determinado comportamiento, para continuar después con el análisis del *juicio de peligro*, como un juicio de previsibilidad sobre la peligrosidad de una conducta, que representa una valoración de la acción que como tal debe siempre efectuarse desde una perspectiva *ex ante*.

Finalmente nos adentraremos en el intenso debate sobre los *delitos de peligro* y su tradicional clasificación entre *delitos de peligro concreto* y *abstracto*, en especial respecto a estos últimos que son objeto de múltiples críticas por parte de la doctrina, presentando al lector todo el abanico de posibilidades respecto a sus propuestas terminológicas y de fundamentación.

Se incluye además en este segundo capítulo una referencia a los principios inspiradores del Derecho penal que han servido de límites al *ius puniendi* del Estado y que configuran el estándar en el que deberán encajar los tipos penales analizados en la segunda parte de este trabajo, pretendiendo con ello que cualquier persona lega en derecho pueda también adentrarse en este debate.

Pero no podíamos afrontar una investigación sobre el derecho a la seguridad vial sin dedicar un apartado al objeto de tutela, a la base sobre la que se construye toda la estructura que pretende dar protección a las relaciones sociales, y es por ello que el capítulo III se dedica a profundizar sobre el *bien jurídico protegido*, sobre las teorías que pretenden dotar de contenido material al concepto así como la determinación de qué se debe entender por *bien jurídico-penal*, produciéndose el salto cualitativo cuando se quiere aplicar este modelo de tutela de origen individual a los nuevos riesgos colectivos, obligando al legislador a moldear la política criminal a las nuevas relaciones sociales y a apartarse del Derecho penal clásico.

Surgen aquí las diferentes teorías que tratan de identificar la posición de los *bienes jurídicos colectivos* en relación con los individuales, tratando de dotarlos de una autonomía propia independiente de cualquier bien jurídico individual o identificándolos directamente con estos últimos, pasando por quienes los consideran unos bienes intermedios (instrumentales), negándole toda autonomía o protección directa de bienes individuales. Y es en este apartado final donde se adoptará una postura personal respecto al *bien jurídico seguridad vial*, permitiéndonos alcanzar un razonamiento que justifique el adelantamiento de las barreras de protección de los *bienes jurídicos individuales* mediante el recurso a la técnica legislativa de los *delitos de peligro*.

Tras estos primeros capítulos, que nos han servido para reconstruir el fenómeno y dotarnos de los recursos teóricos necesarios para abordar el problema, continuamos este trabajo con una metodología de carácter deductivo, comenzando esta segunda parte con un capítulo IV en el que se mostrará una evolución histórica del tratamiento dado a la seguridad vial en el ordenamiento jurídico español. Así quien tenga la oportunidad de leer estas páginas podrá comprobar que prácticamente desde que la sociedad es consciente del problema el fenómeno social que representa la circulación de vehículos de motor ha encontrado respuesta legal, primero en la rama del *Derecho administrativo sancionador* y más tarde en el *Derecho penal*.

Desde el principio ya fueron identificadas algunas conductas como lesivas para el resto de los ciudadanos, en especial las relacionadas con la velocidad y el consumo de sustancias que podían alterar las capacidades del conductor, pasando del mero ilícito administrativo al penal en atención a su gravedad, y pudiendo observar en esta evolución un marcado *carácter objetivador* en el caso de la conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas. Otras conductas sin embargo han encontrado acomodo en ambos sectores del ordenamiento jurídico dependiendo del momento político y social, pero con razonamientos jurídicos no muy claros. Y por último encontramos conductas novedosas que irrumpen en el ordenamiento penal como refuerzo de otras que sólo sancionan infracciones administrativas.

Como se puede observar el panorama no es muy claro respecto a los razonamientos jurídicos que justifican la inclusión de tipos penales, máxime cuando los mismos o similares hechos también encuentran reproche en el

Derecho administrativo sancionador, lo que obliga a preguntarse sobre la legitimidad de algunos de estos delitos desde la perspectiva limitadora del *ius puniendi* del Estado, por lo que el lector podrá ir ya adelantando sus propias conclusiones.

En el quinto capítulo entraremos de lleno en el estudio de los tipos penales recogidos en el actual Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal, tratando de pasarlos por el tamiz legitimador del ordenamiento penal, pudiendo comprobar de partida como el legislador ha querido dotar a estos delitos de un carácter *light*, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal.

La reforma penal operada por la LO 15/2007 introducirá importantes cambios en los delitos contra la seguridad vial, impulsada por la presión social y la falta de criterio jurisprudencial, pretendiendo el legislador de este modo cubrir lagunas legales y ganar en seguridad y certeza jurídica. Pero esta actualización penal no está exenta de crítica por parte de la doctrina que no ve en ella otra cosa que el recurso a un *Derecho penal simbólico* y la vuelta en algunos casos al ya desterrado *Derecho penal de autor*. Es por ello que en este capítulo nos adentraremos, aunque no en profundidad, en el estudio y sistematización de estos tipos penales, con la intención de delimitar y justificar su inclusión en el Código Penal, haciendo uso para ello de una metodología deductiva en la que los principios limitadores del *ius puniendi* cobrarán todo su protagonismo.

Siendo precisamente la conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas así como la determinación de una tasa objetiva de alcohol algunas de las conductas que mayores críticas han suscitado, en el último capítulo, el sexto, se analizará en profundidad el artículo 379.2 CP, como objeto central de esta tesis, sobre la base de un problema social reconocido tempranamente y la necesidad de abordarlo desde el plano político-criminal.

Actualmente el estudio sobre la bioquímica del alcohol y sus efectos en el organismo permiten alcanzar conclusiones que vinculan la concentración de alcohol en sangre con la influencia en las facultades psicofísicas del conductor, algo que la ciencia médica se ha encargado de evidenciar y que el legislador ha tomado como referente a la hora de determinar el riesgo socialmente permitido. Y en estos estudios los avances resultan tan significativos que incluso permiten conocer una determinada concentración alcohólica en un

momento previo a la toma de la muestra, algo que sin embargo la ciencia aún no permite respecto al resto de drogas.

En este sentido no plantea duda alguna la criminalización de la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas, siendo ésta a su vez respetuosa con los principios de lesividad, fragmentariedad, subsidiariedad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, aunque esta criminalización opera siempre bajo la subjetividad en su apreciación por parte del agente de la autoridad y del propio Juez, lo que en no pocas ocasiones se ha visto plasmado en sentencias no fácilmente comprensibles. Y ha sido precisamente esta subjetividad y falta de criterio lo que ha movido al legislador a buscar el respaldo científico en la determinación objetiva del ilícito.

Se analiza también en este capítulo las diferencias que existen entre las conductas descritas en el ámbito penal y administrativo, así como el recurso a la técnica de la *norma penal en blanco* para hacer referencia el procedimiento en la detección de las sustancias que afectan a la conducción, dejando constancia de la legitimidad constitucional de unas evidencias que se han erigido como la prueba de cargo fundamental y que por ello se deben de rodear de las ineludibles garantías que excluyan la indefensión.

Esta investigación finaliza con unas conclusiones y unas propuestas de *lege ferenda* que el lector habrá podido vislumbrar en las diferentes posturas personales adoptadas en los capítulos precedentes, posturas que han servido para concatenar ideas sobre la realidad social que ha supuesto la aparición del automóvil en la vida social y la necesidad final de adoptar medidas legales en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico. Pero este recurso al control social formal y en especial al Derecho penal debe ser legítimo, es decir, debe cumplir con los estándares de un Estado de Derecho regido por unos principios garantistas limitadores de cualquier intervención estatal.

CAPÍTULO I

POLÍTICAS DE SEGURIDAD VIAL: ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN

Este primer capítulo pretende servir de exposición general, a modo de introducción, sobre el grave problema social que representa la siniestralidad vial a todos los niveles, donde incluso ha llegado a calificarse como un problema de salud pública, analizando las diversas medidas políticas adoptadas tanto dentro como fuera de nuestras fronteras.

La seguridad vial es hoy día un tema de actualidad, basta ver el tratamiento que le dan todos los medios de comunicación cada vez que se produce un siniestro grave, situaciones de emergencia ante nevadas o simplemente en las ya tradicionales operaciones salida y retorno. Y esta preocupación social obliga a todos los gobiernos a adoptar medidas en los diferentes campos, lo que provoca no pocos debates y enfrentamientos sociales, políticos e incluso judiciales.

A lo largo de las siguientes páginas se presentará un análisis de la cuestión y una exposición de las medidas adoptadas, así como su evolución y tratamiento.

1. LA SEGURIDAD VIAL DESDE LA PERSPECTIVA GLOBAL

El problema que la seguridad vial ha representado y representa a nivel mundial, regional y nacional ha forzado a todos los gobiernos a la adopción de iniciativas desde las diferentes políticas públicas, teniendo todas estas políticas de seguridad vial como único objetivo la reducción de la siniestralidad vial abordándola desde perspectivas diversas que contemplan incluso la adopción de respuestas legislativas. Pero esta lícita respuesta no deber ser tomada como la primera ni la única medida política ante un problema que la sociedad concibe como grave y del que demanda respuestas reales y efectivas.

1.1. Interés social y concepto

1.1.1. Las cifras y la sociedad ante el problema

Comenzaremos este trabajo aportando una serie de cifras que nos hagan comprender la magnitud de la cuestión, la importancia que la circulación de vehículos ha venido adquiriendo desde mediados del siglo pasado, así como la evolución que paralelamente ha experimentado la seguridad vial y que ha obligado a los diferentes gobiernos a implicarse en la adopción de medidas para su ordenación.

Tras la tímida aparición del automóvil a mediados del siglo XX, entre los años 1963 y 1992 el parque de vehículos español experimentaría una extraordinaria evolución pasando de 1.708.046 a 17.347.000, sin dejar de crecer constantemente, aunque todavía esta cifra indicaba una baja motorización en comparación con la media europea y sobretodo muy inferior a la de los países más industrializados, incremento que no se vio acompañado por un aumento ni mejora de la red viaria española. Pero es que además este parque de vehículos, según datos de 1993, era viejo y casi el 40% tenía más de diez años, dato especialmente grave si se tiene en cuenta que a partir de diez años, incluso con un mantenimiento adecuado, los fallos mecánicos aumentan considerablemente. Los accidentes de tráfico en esta época 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 las muertes por estos accidentes afectaban principalmente a poblaciones de baja edad¹.

En estos comienzos del auge automovilístico, que empezaría a invadir las carreteras españolas, las cifras de accidentalidad también iniciarían su trágica y creciente evolución, alcanzándose el techo a nivel nacional el año 1989 con un total de 9.344 fallecidos por accidentes de tráfico², datos verdaderamente

¹ En relación con todo lo expuesto, véase LUIS MONTORO GONZÁLEZ, ROSA BAÑULLS EGEDA, Y PILAR TEJERO JIMENO, "Los accidentes de tráfico como problema de salud pública", *Cuadernos de la Guardia Civil: La Guardia Civil en defensa de la vida*, nº 12 (1995): 66-67.

² "Anuario estadístico de accidentes 2016", DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/>

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 hacernos una idea, si consideramos 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 todos los heridos de esos treinta años, una ciudad como Barcelona hubiera sido un gigantesco hospital, en la que todos sus ciudadanos hubieran estado afectados por algún siniestro vial³.

A fin de valorar acertadamente estas cifras hay que destacar que con el fin de unificar el sistema estadístico español con el resto de los países europeos, en los datos de fallecidos en accidentes de tráfico se hacía preciso incluir los producidos en los 30 días siguientes al siniestro vial. Es por ello que desde 1993 hasta 2010 el procedimiento de estimación del número de fallecidos en 30 días en España pasaría a efectuarse mediante un ajuste estadístico⁴, siendo a partir de 2011 cuando este número pasara a determinarse mediante el enlace

³ Véase MONTORO GONZÁLEZ, BAÑULLS EGEDA, Y TEJERO JIMENO, “Los accidentes de tráfico...”, 67.

⁴ La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas propuso como concepto de muerto en accidente de tráfico (AT) el fallecimiento en el acto en el lugar del accidente o en los 30 días siguientes. España adoptó esta definición oficial por Orden Ministerial de 18 de febrero de 1993. Hasta 1993 el cómputo de fallecidos a 30 días se realizaba mediante la aplicación de un factor de corrección recomendado por la Conferencia Europea de Ministros de Transportes (CEMT) sobre la cifra de fallecidos, desde este año hasta 2010 el cómputo se obtenía como resultado de la aplicación de los factores correctores deducidos del seguimiento real de una muestra representativa de heridos hospitalizados, siendo a partir de 2011 cuando el cómputo de fallecidos comenzará a efectuarse siguiendo una nueva metodología consistente en realizar en una primera fase la unión de los registros de accidentes de tráfico de la Dirección General de Tráfico (DGT) con el Registro de Defunciones del Instituto Nacional de Estadística (INE), pasando a una segunda fase que calcula el factor de corrección a aplicar a los heridos hospitalizados que no tenían suficiente identificativa para realizar la búsqueda en el registro anterior, no habiéndose llegado a aplicar en 2015 ningún factor de corrección dado que la cobertura identificativa de los heridos hospitalizados ha mejorado sustancialmente. Todo ello siguiendo los criterios marcados por la Orden de Interior INT/2223/2014, de 27 de octubre, por la que se regula la comunicación de la información al Registro de Víctimas de Accidentes de Tráfico.

con otros registros nacionales, lo que indudablemente aportará datos más exactos obligando a la vez a valorar la crítica situación real existente en las décadas finales del pasado siglo, donde las cifras eran referidas a fallecidos a 24 horas.

Las cifras de fallecidos en carretera se mantendrían más o menos estables entre 1993 y 2000, que comenzarían un descenso paulatino hasta el año 2013 en que parece haberse estabilizado esta tendencia⁵, lo que implica, a priori, que los avances en esta materia han podido ser debidos a una acertada política de seguridad vial.

En lo que afecta a la incidencia del tráfico en las carreteras españolas también se puede observar un significativo aumento, constatando que entre 1990 y 2014 el número de vehículos-kilómetros se vio incrementado en más del 75% en la red de carreteras de titularidad nacional, que es la que viene a soportar el 50% del tráfico nacional interurbano. Y en la misma línea se observa igualmente un incremento en el número de autopistas y autovías construidas, que pasaron de 4.693 kilómetros en 1990 a 15.048 en 2014 (en este punto es preciso aclarar que se estima que el riesgo de fallecimiento por unidad de exposición en este tipo de vías es alrededor del 25% del correspondiente al de las carreteras convencionales, algo que viene a influir muy directamente en la siniestralidad vial)⁶.

Todos estos datos reflejan la importancia que ha venido adquiriendo la seguridad vial desde el punto de vista social y político, donde el gran incremento de vehículos en carretera acompañado de la ampliación del número de kilómetros de vías construidas se ha visto irremediamente afectado por un progresivo aumento de los fallecidos en siniestros viales.

La política de seguridad vial en España había sido tradicionalmente errática no habiendo sido apreciado en un principio por la sociedad como un problema, a lo que habría que unir que las leyes y sus instrumentos de aplicación se presentaban como insuficientes y mal diseñados, siendo a partir de 2004 cuando se produciría un salto cualitativo en este campo con la entrada de

⁵ “Series Históricas Accidentes 30 días – 2016”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/accidentes-30dias/>

⁶ Datos obtenidos de ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) / INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM (ITF), *Road Safety Annual Report 2016*, (Paris: OECD, 2016), 469-470, <http://dx.doi.org/10.1787/irtad-2016-en>

importantes reformas legislativas impulsadas principalmente por diversas iniciativas de ámbito internacional⁷. Pero las reformas legislativas no suelen ser suficientes si no van acompañadas de una aplicación efectiva y de este modo en lo que se refiere a la velocidad en el año 2004 España era el Estado de la Unión Europea (UE-15) con menos controles en carretera así como con menos sanciones impuestas, y en cuanto al alcohol España se encontraba entre los 6 Estados de la UE-15 que menos controles realizaba. Y es que como opinan algunos autores, “la ley sería inútil si no existe una mínima certeza de que el incumplimiento puede ser descubierto y sancionado”⁸.

En la actualidad tampoco escapan a la curiosidad y al interés social las noticias relacionadas con la automoción y la seguridad vial, así como las medidas adoptadas por la Dirección General de Tráfico, y de este modo lo demuestran múltiples publicaciones como la del diario ABC en un reportaje publicado por ABC Motor el 09 de diciembre de 2015, donde afirma que “en una encuesta de cara a las próximas elecciones, el tráfico y la seguridad vial son dos de las cuestiones que más nos preocupan”⁹, basado en un informe elaborado por el Observatorio Español de Conductores (DUCIT) creado por el Real Automóvil Club de España (RACE). Este mismo observatorio, en otra encuesta de cara a las elecciones celebradas el 26 de junio de 2016, volvió a obtener como primera conclusión que el tráfico y la seguridad vial se situaban entre las cinco primeras cuestiones que preocupaban a los españoles, y como segunda conclusión, que de todos los aspectos de la seguridad vial y el tráfico, el gobierno debería actuar de forma inmediata y urgente sobre el arreglo de las carreteras en general, colocándose también como sexto tema relevante los controles de alcohol/drogas, por encima de los controles de velocidad/radar que se colocaban en el puesto número once¹⁰.

⁷ Al respecto, véase JORDI TENA SÁNCHEZ, “Cambios en la política de seguridad vial en España entre 2004 y 2010: Un análisis centrado en el diseño institucional”, Estudios de Deusto 58, nº 2 (2010): 247.

⁸ *Ibid.*, 264.

⁹ “El tráfico y la Seguridad Vial entre lo que más nos preocupa”, ABC MOTOR, consultado el 28 de febrero de 2018, http://www.abc.es/motor/reportajes/abci-traffic-seguridad-vial-traffic-y-seguridad-vial-entre-mas-preocupa-201512091906_noticia.html

¹⁰ “Los políticos debaten sobre tráfico y Seguridad ante las elecciones del 26-J”, RACE, consultado el 28 de febrero de 2018, <http://www.race.es/notas-de-prensa/politicos-debaten-sobre-traffic-y-seguridad>

La experiencia viene a demostrar la existencia de una clara relación directa entre el incremento de las cifras de víctimas en carretera y la preocupación social ante la inseguridad vial, planteándose precisamente el problema de la siniestralidad en épocas vacacionales, cuando los medios de difusión van a aprovechar para arremeter contra las Administraciones atribuyéndoles el mayor porcentaje de culpabilidad del fenómeno acusándolas de falta o deficiencia en la señalización o de no mantener los firmes adecuadamente. También los partidos políticos en la oposición van a utilizar estas coyunturas para atacar al partido en el gobierno, aun cuando la situación no hubiera experimentado modificación tras la alternancia en la relación gobierno/oposición producida respecto a otras legislaturas. El objetivo buscado es rentabilizar de alguna forma el rechazo y la preocupación social sobre la riada de muertes que son perfectamente evitables, buscando un chivo expiatorio a quien atribuirlo (las Administraciones encargadas de la construcción y mantenimiento de las carreteras, la Dirección General de Tráfico, la Dirección General de Transportes, etc)¹¹.

El ser humano no va a aceptar su posible culpa si existe la posibilidad de imputar a los poderes públicos los males que cree padecer, negándose incluso a aceptar las normas que de algún modo puedan coartar su libertad aunque vayan dirigidas a procurar un bien común. En este sentido “afirma Waller (1986) que el dilema de la Administración se caracteriza por el hecho de que el interés del individuo en ocasiones se encuentra opuesto al interés del grupo, y en ello está la tragedia” (LÓPEZ LÓPEZ 1999,109), y este fenómeno viene a reflejar claramente la contradicción que se plantea en los usuarios de las vías entre solicitar la adopción de medidas que disminuyan el riesgo y, al mismo tiempo, la oposición a cualquier tipo de intervención que vaya en detrimento de su libertad individual en el uso y disfrute del automóvil.

La seguridad vial es hoy día un tema cotidiano y a la vez controvertido, el manejo de un vehículo es una de las actividades habituales de la vida diaria que puede resultar más altamente peligrosa, donde la mayor parte de la responsabilidad recae sobre los propios usuarios de las carreteras quienes con

¹¹ En relación con todo lo expuesto, véase JOSÉ ANTONIO LÓPEZ LÓPEZ, “Los accidentes de tráfico, un grave factor de inseguridad ciudadana”, *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº 21 (1999): 109.

sus decisiones introducen al final el auténtico nivel de riesgo. “La administración, los diseñadores de vías y vehículos y los legisladores se preocupan fundamentalmente de minimizar el riesgo objetivo, a través de medidas de carácter técnico encaminadas a favorecer la seguridad vial, aunque, lamentablemente, no siempre coinciden los objetivos de la administración con los del usuario de las vías, pudiendo ser muy diferentes los conceptos de riesgo de unos y otros”¹².

Pero en el marco de las políticas viales el legislador también debe tener en cuenta que cuando se enfrenta al tema de la siniestralidad vial junto al factor de la conducción intervienen igualmente otros factores, como son el estado de las carreteras o de los propios vehículos, por lo que es necesario, si se quiere mejorar la seguridad vial, no sólo hacer hincapié en la mejora de la conducción sino también en fomentar la mejora de las infraestructuras viarias, modificación de trazados, eliminación de puntos negros, instalación de un mayor número de radares, erradicación de pasos a nivel, utilización de los últimos avances tecnológicos en la fabricación de vehículos, mejor y suficiente señalización, mejor formación del conductor, mayor número de agentes de tráfico, cambio de los actuales sistemas de protección anti-salida, mejora de los medios de asistencia que intervienen tras la producción del siniestro, etc., siendo mejor prevenir que sancionar¹³.

Está claro que una actividad tan habitual como la conducción de vehículos a motor, que desarrollan diariamente millones de personas en todo el mundo, es un campo de conflictos interpersonales y a la vez una necesidad que se convierte incluso en estratégica cuando hablamos del transporte de mercancías, donde las rutas terrestres por carretera configuran un entramado vital para los núcleos de población a la vez que potencian el desarrollo económico de los diferentes Estados. El automóvil, que surge como un factor que coadyuva al progreso, ha terminado por convertirse en un grave problema para la sociedad, lo que motiva que por parte de estos Estados se implanten

¹² En este sentido MONTORO GONZÁLEZ, BAÑULLS EGEDA Y TEJERO JIMENO, “Los accidentes de tráfico...”, 62.

¹³ Al respecto, véase ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y derecho penal: aplicación práctica de los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en *II Foro nacional del derecho de la circulación*, (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2010), 139-140.

una serie de medidas y se lleven a cabo una serie de acciones orientadas a garantizar la seguridad vial.

Y estas acciones se van a materializar en políticas de seguridad vial, que van a pretender, actuando desde diferentes campos, educar, formar, concienciar, mejorar infraestructuras, legislar y finalmente vigilar y controlar el comportamiento de todos los usuarios de la vía.

Así viene siendo una demanda social la protección de la inmensa mayoría de los conductores que cumplen las normas, además de la alarma social que provocan hechos de los que se derivan consecuencias graves para la vida e integridad física de miles de personas, presentándose la contradicción tan frecuente entre el interés general de la sociedad y el deseo particular de los individuos. Libertad y seguridad en la carretera deben equilibrarse.

Pero el análisis de la Seguridad Vial en su conjunto requeriría un estudio multidisciplinar y multisectorial más amplio que excede del objeto de este trabajo, por razones prácticas, que se limita a profundizar en una parte normativa muy concreta, pues lo contrario supondría un proyecto demasiado ambicioso.

1.1.2. El marco conceptual de las políticas viales

Intentando concretar qué podemos entender en primer lugar por políticas de seguridad vial para luego proseguir con su estudio, acudiremos a interpretaciones dadas por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE)¹⁴ y buscando las acepciones que se identifiquen con el objeto de este trabajo:

Política: Orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado.

Seguridad: Calidad de seguro.

Seguro: Libre y exento de riesgo.

Vial: Perteneciente o relativo a la vía.

Vía: Calzada construida para la circulación rodada.

¹⁴ Versión electrónica de la vigesimotercera edición, publicada en octubre de 2014, del Diccionario de la Real Academia Española.

Podríamos hacer ya una primera interpretación de lo que comprenderían las políticas de seguridad vial definiéndola como: “las orientaciones o directrices que rigen la actuación de una entidad para garantizar el uso de las carreteras de forma libre y exenta de riesgo”, entendiendo que la entidad en este caso puede ser de ámbito nacional o supranacional.

Debemos concebir aquí el concepto de seguridad vial como una parte incluida en el conjunto de la seguridad pública, que incluye todas las actividades dirigidas a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad ciudadana (art. 2.3 de la Ley Orgánica 4/2015)¹⁵.

En relación al concepto de seguridad pública ex artículo 149.1.29 CE, el Tribunal Constitucional viene afirmando que su ámbito normativo puede ir más allá de la regulación de las intervenciones de la “policía de seguridad”, es decir, de las funciones propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad, señalando que “por relevantes que sean, esas actividades policiales, en sentido estricto, o esos servicios policiales, no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública... otros aspectos y otras funciones distintas a la de los cuerpos y fuerzas de seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas... componen sin duda aquel ámbito material (STC 104/1989, de 8 de junio, FJ 3)”¹⁶.

Pero igualmente pudiera surgir la duda sobre si el término “seguridad vial” es el más adecuado para referirse a esa situación de tranquilidad y ausencia de riesgo que debe imperar en el uso de las carreteras o bien habría que hacer referencia al “tráfico”, como denominación tradicional que rubricaba el anterior Capítulo del Código Penal dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva antes de su modificación en 2007, algo que será analizado más adelante, avanzando por ahora que para un sector doctrinal este cambio de rúbrica obedece más a una necesidad de unificar la terminología usada en otros sectores del ordenamiento jurídico que a una modificación en el objeto tutelado.

¹⁵ España. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

¹⁶ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 148/2000 de 1 de junio, fundamento jurídico 6.

El nuevo Real Decreto Legislativo 6/2015, por el que se aprueba la Ley de Seguridad Vial (LSV)¹⁷, tampoco ayuda mucho a la hora de aclarar cual debiera ser el término correcto, haciendo referencia a expresiones sinónimas como a la acción de circular así como al tránsito o movimiento de vehículos por las vías públicas, pero sin presentar ninguna diferencia o definición de cada una de ellas. Son sin embargo múltiples las referencias que hace a la seguridad vial tanto en el objeto de la Ley como en la asignación de las competencias atribuidas a la Administración General del Estado, pareciendo deducirse de la lectura de la propia LSV que el término “seguridad vial” tiene una significación más amplia a la del “tráfico”, ya que aquella parece referirse no sólo a la circulación de vehículos por la carretera sino que englobaría también a las normas sobre el control técnico y de fabricación, las actividades industriales, los transportes, autorizaciones, etc. (arts. 4 y 5 LSV).

Una visión a países de nuestro entorno nos muestra que también parecen decantarse por la denominación de “seguridad vial” a la hora de referirse al concepto de algo que está fuera de peligro, daño o riesgo y que en concreto concierne a la prevención de accidentes en carretera con el fin de proteger la vida de las personas (*sécurité routière* en Francia), o bien a las enseñanzas trasladadas a la población sobre los comportamientos de seguridad que deben ser observados cuando conducen o atraviesan la carretera (*road safety* en países anglófonos).

La seguridad vial se podría así definir como la “no producción de accidentes”, definición utópica por la multiplicidad de elementos que se ven implicados en el mismo, principalmente por el factor humano sobre el que recae la capacidad de decidir y con ella la de equivocarse, siendo por ello imposible la reducción a cero de los valores absolutos de la seguridad vial. Según esto se debe aspirar a una disminución de los accidentes y que las consecuencias de estos sean lo menos dañosas para la sociedad, como parte del derecho de los ciudadanos y del deber de todas las Administraciones públicas.

¹⁷ España. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

Para la Dirección General de Tráfico (DGT) la seguridad vial se puede definir como “la consecución de un conductor con conocimientos y habilidades suficientes que, en estado físico y psíquico adecuado, conduzca un vehículo diseñado y conservado correctamente por unos itinerarios debidamente planificados, mantenidos y señalizados en un entorno social concienciado del problema y colaborante a la hora de encontrar las soluciones más adecuadas”, de donde se van a deducir los factores generales intervinientes en todo siniestro vial: el ser humano, el vehículo y la vía¹⁸.

La seguridad vial va a comprender de este modo un conjunto de condiciones que abarcan múltiples factores (institucionales, legales, normativos, de infraestructuras, factor humano, vehículo y asistencia de servicios de emergencia y médicos), que permiten que el transporte viario se realice con el mínimo riesgo de sufrir un accidente y en el caso de que este se produzca lo haga con las menores consecuencias posibles, pudiéndose desglosar en cuatro tipos:

- 1.- Seguridad vial primaria: que pretende evitar que se produzca el siniestro vial, e implica, estrategias, intervenciones y medidas dirigidas hacia la prevención; socializando al conductor y demás usuarios de las vías.
- 2.- Seguridad vial secundaria: que tiene como objeto minimizar consecuencias en caso de que se produzca el siniestro, interviniendo en la estructura de la red viaria y en las medidas de seguridad de los vehículos.
- 3.- Seguridad vial terciaria: que está constituida por aquellas estrategias y/o intervenciones que se ponen en práctica una vez ocurrido el siniestro vial.
- 4.- Seguridad vial cuaternaria: que se encamina a la atención de las víctimas (ya sea primarias o secundarias) y a la reinserción de las mismas en la sociedad.

¹⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones de seguridad vial, conducción eficiente, medio ambiente y contaminación – Edición 2016* (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2016), 29, <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/formacion-vial/cursos-para-profesores-y-directores-de-autoescuelas/XIX-curso-de-profesores/Seguridad-Vial-Ed.-2016.pdf>.

Pero en esta clasificación, actualmente consolidada, no se contempla nada en lo relativo a la reeducación y reinserción del conductor, no teniendo cabida en ninguno de los cuatro puntos expuestos en la definición, por lo que los autores proponen un quinto punto a la clasificación mencionada:

5.- Seguridad vial quinaria: que estaría encaminada a la reinserción y reeducación del conductor antisocial y desviado¹⁹.

Una política nacional de seguridad vial sería pues un documento escrito que estableciera las bases para la acción que deben utilizar en forma conjunta el gobierno y sus asociados no gubernamentales²⁰, cuya formulación y ejecución integrarían un proceso continuo que, para facilitar la identificación de sus elementos claves, debería subdividirse en diversas fases o estadios.

Se podría concluir que el conjunto de elementos ya vistos como integrantes de la seguridad vial global nos lleva a un concepto amplio y genérico en el que se ven afectados múltiples factores (vía, vehículo y conductor), sobre los que actuar a través de los diferentes campos (educar, formar, mejorar infraestructuras, legislar o vigilar), englobando para ello a diversos sectores (públicos y privados), con el objetivo común de reducir las cifras de siniestralidad y de víctimas en carretera.

1.2. La seguridad vial en el plano internacional

1.2.1. Las Naciones Unidas y la seguridad vial

Todos los años, generalmente el 7 de abril, la Organización Mundial de la Salud (OMS) celebra el acontecimiento para conmemorar el aniversario de su fundación en 1946, dedicando cada año a un aspecto de la salud con el fin de sensibilizar a la población, fomentar su análisis y debate, e impulsar medidas que permitan abordar el problema mediante la prevención o el tratamiento, dedicando el Día Mundial de la Salud 2004 a los traumatismos por accidentes

¹⁹ Sobre el particular, véase JUAN ANTONIO CARRERAS ESPALLARDO Y JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ, "Nuevo enfoque multidisciplinar de la Seguridad Vial. Introducción a la Criminología Vial", *TEMAS Revista Digital de Criminología y Seguridad*, Año III, nº 22 (2014): 30-31, http://revista-temas.blogspot.com.es/p/blog-page_21.html

²⁰ En este sentido DINESH MOHAN, GEETAM TIWARI, MELECKIDZEDECK KHAYESI Y FREDERICK MUYIA NAFUKHO, *Prevención de lesiones causadas por el tránsito. Manual de capacitación*, (Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2008), 103-107.

de tráfico y las medidas para prevenirlos. El lema para ese día fue “La seguridad vial no es accidental”²¹.

Ese año 2004, por primera vez en la historia de la OMS, el Día Mundial de la Salud se centró en la seguridad vial²², abogando por un enfoque sistémico de la seguridad vial que tuviera en cuenta los aspectos decisivos del sistema: el usuario de la vía pública, el vehículo y la infraestructura. Las preocupantes cifras de siniestralidad que provocaban los accidentes de tráfico apuntaban a que era la segunda causa de defunciones más importantes entre las personas comprendidas entre los cinco y los 29 años y la tercera causa más importante para quienes tenían entre 30 y 44 años de edad²³.

En el Resumen del “Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito”, elaborado y publicado por la OMS y que sigue siendo el documento base usado como marco de las medidas en materia de seguridad vial así como de la aplicación de sus recomendaciones, se hace una mención especial a WILLIAM HADDON JR, quien había descrito 30 años antes el transporte por carretera como un sistema “hombre-máquina” mal concebido que debía ser objeto de un tratamiento sistémico integral, ideando lo que hoy se conoce como “matriz de Haddon” y que se puede ver en la ilustración 1.

“Este modelo refleja la interacción de los tres factores (ser humano, vehículo y entorno) durante las tres fases de un choque: la previa, la del choque mismo y la posterior. La matriz resultante simula un sistema dinámico en donde cada una de sus nueve celdas ofrece posibilidades de intervención para reducir las lesiones causadas por el tránsito, propiciando considerables avances en el conocimiento de los factores comportamentales y relacionados con la vía

²¹ Véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *La seguridad vial no es accidental. Folleto para el Día Mundial de la Salud, 7 de abril de 2004*, (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004), 2, <http://apps.who.int/iris/handle/10665/68504>.

²² Previamente la Asamblea General de la ONU había adoptado la Resolución 57/309 sobre la seguridad vial en el mundo y más tarde, el 5 de noviembre de 2003, las Naciones Unidas aprobarían una segunda resolución (A/RES/58/9) que tendría como objeto aumentar la conciencia sobre la magnitud del problema de los traumatismos causados por el tránsito.

²³ “Día Mundial de la Salud: ¡La seguridad vial no es accidental!”, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, consultado el 07 de marzo de 2018, <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr24/es/>

pública y el vehículo que van a influir finalmente en el número y la gravedad de las víctimas del tránsito”²⁴.

Matriz de Haddon

FASE		FACTORES		
		SER HUMANO	VEHÍCULOS Y EQUIPO	ENTORNO
Antes del choque	Prevención de choques	Información Actitudes Discapacidad Aplicación de la reglamentación por la policía	Buen estado técnico Luces Frenos Maniobrabilidad Control de la velocidad	Diseño y trazado de la vía pública Limitación de la velocidad Vías peatonales
Choque	Prevención de traumatismos durante el choque	Utilización de dispositivos de retención Discapacidad	Dispositivos de retención de los ocupantes Otros dispositivos de seguridad Diseño protector contra accidentes	Objetos protectores contra choques
Después del choque	Conservación de la vida	Primeros auxilios Acceso a atención médica	Facilidad de acceso Riesgo de incendio	Servicios de socorro Congestión

Ilustración 1. Matriz de Haddon. Organización Mundial de la Salud (2004).

La conclusión a la que llega la OMS es que los accidentes de tráfico no son del todo azarosos y por el contrario pueden ser evitables y predecibles, pudiendo someter los choques causados por el tránsito a un análisis racional y acciones correctoras²⁵. Es por ello que en la elaboración de una política de seguridad vial deben intervenir una amplia variedad de participantes en donde el Gobierno y sus Órganos Legislativos van a representar sólo uno de ellos en un ámbito concreto del transporte, la sanidad pública o la justicia.

Paralelamente la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 58/289²⁶, invitaba a la OMS a que, cooperando estrechamente con las comisiones regionales de las Naciones Unidas, coordinara las cuestiones de seguridad vial en el sistema de las Naciones Unidas. Ese mismo año la Asamblea Mundial de la Salud aprobó la resolución WHA 57.10²⁷, en la que aceptaba tal invitación de la Asamblea General instando también a los Estados Miembros a que dieran prioridad a la seguridad vial como una cuestión de

²⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito: Resumen*, (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004), 5.

²⁵ En este sentido, véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones de seguridad vial – Edición 2017* (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2017), 16-17, <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/formacion-vial/cursos-para-profesores-y-directores-de-autoescuelas/XX-Curso-de-Profesores/Cuestiones-de-Seguridad-Vial.pdf>.

²⁶ NACIONES UNIDAS (Asamblea General). Resolución 58/289 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 14 de abril de 2004, <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

²⁷ ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA57.10 Seguridad vial y salud, de 22 de mayo de 2004, <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

salud pública e hicieran lo necesario para aplicar medidas que hubieran demostrado su eficacia en la reducción de las lesiones causadas por accidentes de tráfico.

Más tarde, en 2008, la Asamblea General aprobaría la Resolución 62/244²⁸, la tercera resolución relevante sobre el asunto, en la que se reafirmó la importancia de ocuparse de las cuestiones relativas a la seguridad vial en el mundo y la necesidad de seguir fortaleciendo la cooperación internacional y el intercambio de conocimientos en materia de seguridad vial, acogiendo favorablemente también el ofrecimiento del Gobierno de la Federación de Rusia de actuar como anfitrión en 2009 de la primera conferencia mundial de alto nivel (ministerial) sobre seguridad vial.

La Declaración de Moscú, aprobada al término de la Primera Conferencia Ministerial Mundial sobre Seguridad Vial en noviembre de 2009²⁹, reconocería igualmente que las causas de las muertes y los traumatismos ocasionados por accidentes de tránsito, lo mismo que sus consecuencias, eran conocidas y podían prevenirse, encontrándose entre esas causas: los excesos de velocidad, la conducción de vehículos en estado de embriaguez, el uso inadecuado de los sistemas de retención, la utilización de medios de transporte obsoletos o en mal estado técnico, infraestructuras mal diseñadas o sin el debido mantenimiento, así como el incumplimiento o la aplicación inadecuada de las leyes vigentes en materia de tránsito, entre otras, finalizando con una invitación a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que declarase el decenio 2011-2020 “Decenio de la Seguridad Vial”, con miras a estabilizar y, luego, reducir el nivel previsto de muertes por accidentes de tránsito a nivel mundial para 2020.

Finalmente va a ser la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 64/255, de marzo de 2010³⁰, la que proclamaría el periodo 2011-2020 como el “Decenio de Acción para la Seguridad Vial”, con el objetivo general de estabilizar y, posteriormente, reducir las cifras previstas de víctimas

²⁸ NACIONES UNIDAS (Asamblea General). Resolución 62/244 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 31 de marzo de 2008, <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

²⁹ “Declaración de Moscú, aprobada al término de la Primera Conferencia Ministerial Mundial sobre Seguridad Vial”, de 20 de noviembre de 2009, NACIONES UNIDAS, <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

³⁰ NACIONES UNIDAS (Asamblea General). Resolución 64/55 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 2 de marzo de 2010, <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

mortales en accidentes de tránsito en todo el mundo aumentando las actividades en los planos nacional, regional y mundial. En esta resolución se solicita a la OMS y a las comisiones regionales de las Naciones Unidas que preparen un plan de acción del Decenio como documento orientativo que facilite la consecución de los objetivos, además de invitarle a que coordine el seguimiento periódico de los progresos mundiales en cumplimiento de los objetivos indicados en el plan de acción y que elaboren igualmente informes sobre la situación de la seguridad vial en el mundo y otros instrumentos de seguimiento apropiados. Este Decenio de Acción para la Seguridad Vial 2011-2020 daría comienzo el 11 de mayo de 2011.

En este marco, el “Plan Mundial para el Decenio de Acción para la Seguridad Vial”³¹, elaborado por el Grupo de colaboración de las Naciones Unidas para la seguridad vial y por interesados de todo el mundo, sirve actualmente de inspiración para formular planes relacionados con el Decenio en los planos nacional y local. En el tercer informe de su serie ofrece un resumen de la situación de la seguridad vial en el mundo en el año 2015, presentando una serie de estadísticas en las que parece que el número de muertes de tráfico se han venido a estabilizar a pesar de que el número de vehículos de motor en todo el mundo se ha visto incrementado rápidamente junto a la población, aunque reflejando la existencia de una protección desigual entre los usuarios de las vías de los 180 países que lo conforman³².

Es en este último informe donde la OMS vuelve a reconocer que la conducción bajo los efectos del alcohol representa un grave problema, animando a los países a establecer unos límites de concentración de alcohol en sangre (CAS) precisos para reducirlo. En este sentido, “sólo 34 países en todo el mundo (que representan 2.100 millones de personas) cuentan con leyes nacionales sobre conducción bajo los efectos del alcohol que establecen el límite de concentración de alcohol en sangre con un nivel igual o inferior a 0,05 g/dl, así como un límite más bajo, igual o inferior a 0,02 g/dl, en el caso de

³¹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Plan Mundial para el Decenio de Acción para la Seguridad Vial 2011-2020*, (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2011), 8-12, http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/es/.

³² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe sobre la situación mundial de la Seguridad Vial 2015*, (Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2015), 2, www.who.int/violence-injury-prevention/road-safety-status/2015/es.

conductores jóvenes o noveles, 21 de los cuales se encuentran en la Región Europea”³³.

1.2.2. La Unión Europea ante la seguridad vial

La preocupación europea por la seguridad vial dará comienzo con una Resolución del Parlamento Europeo de 1984³⁴, sobre la adopción de un programa de medidas comunitarias con vistas a promover la seguridad vial, no habiendo sido tomada ésta en consideración más que en la medida en que la falta de intervención podía significar un riesgo para las normas de competencia y libre circulación de bienes y de personas, considerando la seguridad vial como un subproducto de políticas comunes sectoriales. A esta Resolución le seguirá otra del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas reunidos en el seno del Consejo, de fecha 19 de diciembre de 1984, donde se acordaría declarar el año 1986 como “Año Europeo de la Seguridad Vial”³⁵, constituyéndose en una referencia y un punto de partida para establecer un programa de medidas destinadas a mejorar la seguridad vial en la Comunidad.

En el año 1989, en su Comunicación “Seguridad Vial, una prioridad para la Comunidad”, la Comisión expondría un resumen de lo realizado por la Comunidad desde 1986, presentando al Consejo un conjunto de iniciativas legislativas en donde se adoptaban la mayor parte de las medidas propuestas desde 1986, salvo las relativas a las limitaciones de velocidad y a la definición de un índice de alcoholemia. Es en este contexto donde la adopción más tarde de la Directiva 91/671/CEE³⁶, relativa al uso obligatorio del cinturón de seguridad así como de la utilización de sistemas de sujeción para los niños,

³³ *Ibid.*, 7.

³⁴ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 13 de marzo de 1984, sobre la adopción de un programa comunitario de medidas para promover la seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 104, de 16 de abril de 1984, p. 38, <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>

³⁵ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Resolución de 19 de diciembre de 1984, relativa en particular al año 1986 de la seguridad vial en la Comunidad. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 341/1, de 21 de diciembre de 1984, p. 1.

³⁶ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Directiva 91/671/CEE, de 16 de diciembre de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de 3,5 toneladas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº L 373, de 31 de diciembre de 1991, pp. 26-28.

puede considerarse como el punto de partida hacia una política comunitaria de seguridad vial.

En diciembre de 1989 la Comisión solicitaría a un comité de expertos independientes que efectuaran un balance de la seguridad vial en el territorio de los doce Estados miembros y presentara propuestas para mejorarla (informe Gérondeau-1990), pidiendo el Consejo a la Comisión, mediante la Resolución adoptada el 21 de junio de 1991³⁷, que elaborara y pusiera en aplicación un programa en materia de seguridad vial. Y con este objetivo se reuniría posteriormente un grupo de trabajo de alto nivel compuesto por representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, cuyas deliberaciones tomarían como referencia las sugerencias de todos los Estados, las acciones en curso o planificadas de la Comisión, así como el mencionado informe Gérondeau³⁸.

Más tarde, en marzo de 1993, el Parlamento Europeo adoptaría un programa de seguridad vial³⁹ que mostraba grandes similitudes con la Comunicación presentada por el grupo de expertos el año anterior, afirmando su voluntad política de conceder prioridad a la política de seguridad en todos los medios de transporte y, especialmente, a las actuaciones destinadas a disminuir de forma duradera y significativa el número de víctimas de los accidentes de carretera, pidiendo a los Estados miembros una mayor implicación en materia de velocidad y el consumo de alcohol o drogas en la conducción.

Paralelamente dará comienzo una legislación en materia de seguridad vial en el marco de la política común de transportes y de forma transversal también en otras políticas comunitarias, con un impacto directo o indirecto a favor de la seguridad vial, publicándose en 1992 el primer Libro Blanco de la Comisión sobre el futuro de la política común de transportes⁴⁰ e iniciándose así una

³⁷ CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Resolución 91/C 178/01, de 21 de junio de 1991, relativa a un programa de acción comunitaria en materia de seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 178/1, de 9 de julio de 1991, p 1.

³⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión al Consejo para un programa de acción en materia de seguridad vial, COM/93/0246 final, de 09 de junio de 1993, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:51993DC0246>

³⁹ PARLAMENTO EUROPEO. Resolución A3-0014/93, de 12 de marzo de 1993, sobre un programa de acción comunitario en materia de seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 115, de 26 de abril de 1993, p. 260.

⁴⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación COM (92) 494 final, de 2 de diciembre de 1992, sobre El curso futuro de la política común de transportes. Un enfoque

nueva etapa de la política común de transportes (PCT) de la Comunidad, continuada más tarde con el Libro Blanco del año 2001⁴¹. Este nuevo Libro Blanco recogería 60 propuestas concretas que deberían adoptarse a escala comunitaria en el marco de la política de transportes entre las que se encontraría el reforzamiento de la seguridad vial, concretando que debería ser el objetivo de la Unión, en esta materia, la reducción de las víctimas en un 50% en el periodo hasta el 2010.

Siguiendo esta evolución de la preocupación europea en el marco de la seguridad vial, en el año 2003 se adoptaría un Programa de acción europeo⁴², en el que se volvería a insistir en esa meta de reducir el número de víctimas mortales a la mitad antes de 2010, apuntándose ya como la principal causa de accidentes graves la inobservancia por parte de los usuarios de la normativa básica en materia de seguridad vial (alcohol al volante, uso del cinturón de seguridad o del casco y exceso de velocidad), por lo que con una intervención centrada en estos tres factores se podría alcanzar más de la mitad del objetivo de reducción global del 50% del número de muertes.

Con este Programa la Unión Europea contribuyó a que la seguridad vial pasase a un primer plano en las preocupaciones políticas de los Estados miembros, así como que varios de ellos, que hasta entonces no lo habían hecho, implantaran programas nacionales de seguridad vial que hacían suyo el objetivo común de reducir el número de víctimas a la mitad, apareciendo a su vez el concepto de “responsabilidad compartida” para aquellos agentes implicados en la seguridad vial (empresas, clubes de automovilistas, asociaciones, centros escolares, medios de comunicación, etc., además de las administraciones nacionales) que voluntariamente suscribieran compromisos de adopción de medidas concretas para contribuir al objetivo común.

Ejemplos de esta influencia europea en la seguridad vial son la Directiva 2003/20/CE sobre medidas para aumentar la seguridad de los niños en

global para la elaboración de un marco comunitario de movilidad sostenible, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51992DC0494>

⁴¹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación COM (2001) 370, de 12 de septiembre de 2001, sobre La política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52001DC0370>

⁴² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación COM (2003) 311 de 2 de junio de 2003, sobre el Programa de acción europeo de seguridad vial. Reducir a la mitad el número de víctimas de accidentes de tráfico en la Unión Europea de aquí a 2010: una responsabilidad compartida, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/?uri=celex:52003DC0311>

vehículos, camiones y autobuses; la elaboración de campañas dirigidas a los jóvenes para intentar paliar los accidentes que se producen en las noches de los fines de semana; la Directiva 2003/102/CE relativa a la protección de peatones y otros usuarios vulnerables en caso de colisión con un vehículo de motor; la adopción de medidas que faciliten el acceso de los usuarios discapacitados físicos a la conducción de su propio vehículo; la Recomendación 2004/345/CE referida a las buenas prácticas del control del cumplimiento de las normas relativas a la conducción bajo los efectos del alcohol, la velocidad y al uso del cinturón de seguridad; o los compromisos con los Estados miembros y la industria automovilística para la implantación de nuevas medidas que limiten las consecuencias de los accidentes de tráfico (seguridad pasiva) o incluso que lleguen a evitarlos (seguridad activa)⁴³.

Finalmente, y continuando en esta línea, la Comisión Europea ha hecho público en 2010 el actual programa de seguridad vial 2011-2020⁴⁴, cuyo ambicioso objetivo persigue reducir a la mitad las cifras de muertes en accidente de tráfico en Europa en la próxima década, aprobándose igualmente en el marco de la política de transportes un nuevo Libro Blanco en 2011⁴⁵, que incluye entre los diez objetivos para un sistema de transporte competitivo y sostenible el siguiente: “De aquí a 2050, aproximarse al objetivo de «cero muertes» en el transporte por carretera”.

No obstante, en el marco de este compromiso europeo de reducción de un 50% las muertes en carretera para 2020 los datos no resultan ser todo lo satisfactorios que se esperaban y así en 2015 las carreteras de la UE han experimentado un incremento de un 1% respecto a 2014, aunque si tomamos el periodo comprendido entre 2010-2015 las muertes en carreteras de la Unión Europea de los 28 (UE 28) sí habrían descendido un 17%. Merece destacar que en este periodo los datos referidos a España respecto al número de

⁴³ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación SEC (2006) 221, de 10 de febrero de 2006, sobre el Programa de acción europeo de seguridad vial. Balance intermedio, 5-9, http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-y-organizaciones-internacionales/union-europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.pdf

⁴⁴ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación COM (2010) 389 final, de fecha 20 de julio de 2010, “Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2011-2020”, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2010:0389:FIN>

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA. Comunicación COM (2011) 144 final, de 28 de marzo de 2011, LIBRO BLANCO. Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2011:0144:FIN>

fallecidos la colocan en el cuarto lugar en la Europa de los 28 con un descenso superior al 29%, pasando a un primer puesto si el periodo de referencia tomado fuera entre 2001-2015 con un descenso en el número de muertes en carretera del 70%⁴⁶.

1.3. Evolución de las Políticas de Seguridad Vial en España

Tras la creación de la Comisión Nacional de Seguridad Vial⁴⁷, precedente del actual Consejo Superior de Tráfico, Seguridad Vial y Movilidad Sostenible, se presentó en 1979 un “Programa Nacional de Seguridad Vial” para el año 1980 que sería aprobado por el Consejo de Ministros, convirtiéndose a partir de 1989 en un Plan de carácter anual. Si bien en un primer momento este documento presentaba las actuaciones de la Administración Central, será a partir de 1978 cuando recoja las propuestas y programas de las distintas Comunidades Autónomas, pasando más tarde a incorporar incluso las actuaciones en materia de Seguridad Vial de algunos Ayuntamientos⁴⁸.

En el marco de estas políticas de seguridad vial, desde 1989 el “Plan Nacional de Seguridad vial” constituirá un programa detallado de las actuaciones a realizar por los diferentes sectores u organismos con competencias en materia de seguridad vial, 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 nuestras vías públicas⁴⁹.

Pero fue necesario superar ese planteamiento inicial de carácter interno acudiendo a la elaboración de planes estratégicos alineados con la estrategia europea, en los que se definirían diferentes líneas de actuación así como una serie de medidas y objetivos cuantificados que permitieran posteriormente

⁴⁶ Sobre el particular DOVILE ADMINAITE, GRAZIELLA JOST, HENK STIPDONK Y HEATHER WARD, *Ranking EU progress on road safety. 10th Road Safety Performance Index Report* (Bruselas: European Transport Safety Council, 2016), 13-16, <http://etsc.eu/10th-annual-road-safety-performance-index-pin-report/>.

⁴⁷ España. Real Decreto 1089/1976, de 23 de abril, por el que se crea la Comisión Nacional de Seguridad Vial (BOE núm. 120, de 19 de mayo de 1976).

⁴⁸ Al respecto, véase VIOLETA MANSO PÉREZ, “La educación y la Seguridad Vial desde la Dirección General de Tráfico”, en *Educación y Seguridad Vial. La aportación de los agentes sociales en la movilidad segura*, coord. Violeta Manso Pérez y Manuel Castaño Pardo (España: ETRASA, 2008), 439.

⁴⁹ PERE NAVARRO OLIVELLA, presentación a *Plan de Actuaciones 2006*, (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2006), 4-5.

evaluar las actuaciones que se llevaran a cabo, y a esa necesidad responde la apertura de esta nueva etapa de planificación de la seguridad vial.

De esta manera tanto la Unión Europea, que ya había entrado con fuerza en la lucha contra la siniestralidad en el año 2001 con la aprobación del Libro Blanco y su ambicioso objetivo de reducir en un 50% el número de víctimas mortales en el horizonte 2010, como más tarde la Comisión, aprobando en 2003 el Programa de Acción Europeo de Seguridad Vial (PAESV) en donde se recomendaba la elaboración de planes estratégicos y se establecían las pautas que debían seguirse en su redacción, orientarían la nueva etapa de planificación estratégica de la seguridad vial en España, que comenzaría con un “Plan de Medidas Especiales para los años 2004-2005” en el que se definirían las ocho actuaciones básicas⁵⁰, que habrían de permitir consolidar el cambio de tendencia y abrir paso a nuevas políticas de seguridad vial para dar respuesta a la demanda social.

Paralelamente se pondría en marcha un “Plan de Actuaciones Claves 2005-2008” con perspectivas de futuro y se elaboraría también el “Plan Municipal de Seguridad Vial Tipo” que serviría de referente a los Ayuntamientos en sus políticas de mejora de la Seguridad Vial.

Pero fue en el año 2003 cuando saltaron todas las alarmas tras alcanzarse unas cifras de siniestralidad de 5.399 fallecidos en España, lo que impulsó a un primer plano el problema de la seguridad vial y lo que provocó que ya en las elecciones de 2004 los partidos políticos concurrieran a las mismas con propuestas en esta materia. Es en este escenario en el que se redactaría el Plan Estratégico de Seguridad Vial (PESV) bajo una clara conciencia ciudadana de la necesidad de hacer frente al problema mediante la implantación de prácticas ya testadas con éxito en otros países europeos, como fue el caso del permiso por puntos. El resultado fue la reducción de un

⁵⁰ Véase “Medidas Especiales de Seguridad Vial 2004-2005”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 30-31, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/politicas-viales/estrategico-seguridad-vial-2005-2008>, las ocho medidas inmediatas recogidas en el Plan son: la implantación del permiso por puntos, la creación del Observatorio Nacional de Seguridad Vial, la potenciación del Consejo Superior de Seguridad Vial, el aumento significativo de Agentes de Tráfico, la implantación de dispositivos tecnológicos de vigilancia, nuevas campañas de información por grupos de riesgo, un nuevo modelo de formación de conductores y Planes Municipales de Seguridad Vial.

42,6% del número de fallecidos en el periodo entre 2003-2008 alcanzándose al siguiente año 2009 el 52,5% respecto al año de referencia⁵¹.

Si tomamos como datos de partida el año 2004, por ser considerado el punto de inflexión en la estrategia española en materia de seguridad vial, se observa que en este año se produjeron en España 94.009 accidentes de circulación con víctimas, y en esos accidentes fallecieron 4.741 personas dentro de los 30 días siguientes al accidente.

No obstante, en el periodo 1995-2004, ya se venía observando un descenso en el número de fallecidos de un 18% así como de un 39% en el de heridos graves, a pesar de que el número de accidentes se había visto incrementado en un 12% y el de heridos leves en un 36%⁵². Sin embargo en ese año 2004 los accidentes de circulación ya representaban la primera causa de muerte de la población española de menos de 39 años, estando presente el alcohol en el 36% de los conductores fallecidos⁵³.

Destacar también que la situación en el ámbito de la Unión Europea (15 miembros) durante el año 2003 había sido preocupante, con más de 1.200.000 accidentes de tráfico en los que fallecieron más de 35.000 personas, representando los datos obtenidos en España el 8% de los accidentes y el 15% del total de las víctimas mortales europeas, con una tasa de fallecidos por millón de población española de 128 mientras que la media europea (25 miembros) se situaba en los 103. Pese a todo ello los resultados ya hacían presagiar una mejoría en la seguridad vial, pues España partía en el año 1991 de una tasa de 227 fallecidos por millón de población⁵⁴.

A modo de resumen se puede observar en la Ilustración 2 esta evolución de los primeros pasos de la política de seguridad vial en España hasta la elaboración del PESV 2005-2008⁵⁵.

⁵¹ MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios (AEVAL), *Evaluación del Plan Estratégico de Seguridad Vial 2005-2008*, coord. José Antonio Errejón Villacieros (Madrid: AEVAL, 2009), 9-10, <http://www.aeval.es/export/sites/aeval/comun/pdf/evaluaciones/E16-2009.pdf>.

⁵² En este periodo se habría pasado de un índice de gravedad (muertos por cada 100 accidentes con víctimas) de 6,8 para el año 1995 a 5,0 en 2004.

⁵³ Sobre el particular, véase "Las principales cifras de la Siniestralidad Vial. España 2004", DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 9, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/>

⁵⁴ *Ibid.*, 23.

⁵⁵ "Plan de Acciones Estratégicas Claves 2005-2008", DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 8, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/politicas-viales/estrategico-seguridad-vial-2005-2008>

AÑO	MEDIDA ADOPTADA
1976	Creación del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial
1979	Remodelación del Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial
1980	Primer Programa Nacional de Seguridad Vial
1981	Primer Programa Nacional de Seguridad Vial (81-83)
1984	Plan Trienal Nacional de Seguridad Vial (anual)
1985	Plan Cuatrienal Nacional de Seguridad Vial (85-88)
1987	Incorporación de los programas de Seguridad Vial de las distintas CCAA al Plan Nacional.
1989	Plan de Seguridad Vial Anual (hasta el año 2005)
1992	Plan estratégico de Seguridad Vial 1992-1999
1997	Creación de la Comisión Interministerial de Seguridad Vial
2001	La Comisión Europea marca como objetivo a 2010 reducir un 50% el número de víctimas. Los países miembros de la UE adoptan un modelo de planificación basado en objetivos cuantitativos
2004	Incorporación de los programas de Seguridad Vial de los distintos Ayuntamientos al Plan Nacional. Plan Estratégico de Seguridad Vial (2005-2008). Adopción de Medidas Especiales de Seguridad Vial (2004-2008)
2005	Plan de Acciones Estratégicas Clave de Seguridad Vial (2005-2008)

Ilustración 2. Medidas políticas de seguridad vial en España. DGT (2009).

1.3.1. La planificación estratégica de la seguridad vial

El PESV 2005-2008 marcaría un compromiso claro de la Administración en su lucha contra la accidentalidad de tráfico, pero a la vez buscaba la implicación de Ayuntamientos y Comunidades Autónomas, así como la de organizaciones profesionales, económicas y sociales vinculadas a la seguridad vial, pretendiendo con ello ser un documento abierto a una amplia participación.

También participaría en la elaboración de este Plan la sociedad civil, como elemento esencial, para que así pudieran quedar reflejadas sus inquietudes y puntos de vista a través del entonces Consejo Superior de Seguridad Vial, marcándose como objetivo general la reducción del 40% de la cifra de fallecidos en el periodo de su vigencia tomando como referencia los datos del año 2003. De esta forma el PESV 2005-2008 quedaba alineado con el objetivo europeo de reducir en un 50% las víctimas mortales para el año 2010.

Al inicio de este Plan Estratégico los datos sobre fallecimientos en accidentes de circulación por millón de habitantes, como elemento de comparación internacionalmente adoptado, situarían a España en una banda media de países con evolución similar, con 143 fallecidos por millón de habitantes en el año 2000 y con 128 fallecidos en 2003 cuando la media de la Unión Europea se situaba en 116 en el 2000 y en 103 en 2003, muy lejos de los países tradicionalmente líderes en materia de seguridad vial⁵⁶.

El Plan comienza con un análisis estadístico de la situación de la siniestralidad vial en los últimos 10 años, arrojando cifras realmente alarmantes aunque con notables descensos en el número de fallecidos y heridos graves, estableciendo un patrón de accidentalidad ordenado en torno a los tres ejes básicos sobre los que se apoya la seguridad vial (usuario, vehículo y vía) así como otros dos ejes complementarios (factor temporal y factores de accidentalidad/severidad)⁵⁷. El objetivo estratégico del Plan se basaba tanto en la continua disminución del número de accidentes como en la gravedad de los mismos, estableciendo una serie de áreas principales y líneas estratégicas de actuación.

Como afirma la DGT, hoy no cabe ninguna duda del éxito que representó este primer Plan Estratégico de Seguridad Vial en la mejora de la seguridad vial y que supuso un avance respecto a la dinámica de actuación de los distintos niveles competenciales implicados, centrándose principalmente en la mejora del cumplimiento de la norma y contemplando igualmente medidas que trataron

⁵⁶ *Ibid.*, 17.

⁵⁷ *Ibid.*, 25.

de coordinar las actuaciones desde distintos ministerios: Sanidad, Educación y Fomento entre otros⁵⁸.

Se puede aseverar que la mejora de la seguridad vial en España en el periodo 2003-2009 tendría su origen en el incremento del uso de sistemas de seguridad (la utilización del casco aumentó del 73% al 98,9% y el grado de utilización del cinturón de seguridad pasó del 70% al 90,6%). Y en cuanto a factores de riesgo hay que decir que la velocidad media se vio reducida en 2 km/h observándose también una tendencia a la baja en el consumo de bebidas alcohólicas⁵⁹.

Tomando de este modo como inicio y punto de inflexión en materia de Seguridad Vial el año 2004, que como ya se ha expuesto fue cuando los Gobiernos comenzaron a incluirla en su agenda política, podemos destacar como hitos más importantes en esta etapa: 1º.- la aprobación de la Ley del Permiso de Conducir por Puntos junto con la presentación del Plan para la Instalación de Radars Fijos en carretera en el año 2005; 2º.- la creación de la figura de Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial en febrero de 2007 y la aprobación ese mismo año de la Ley Orgánica 15/2007 que modificó el Código Penal⁶⁰; y, 3º.- la aprobación de la Ley 18/2009 que introdujo modificaciones en el Procedimiento Sancionador para Infracciones de Tráfico⁶¹.

Todos estos avances en materia de seguridad vial en España han promovido la nueva Estrategia de Seguridad Vial para el decenio 2011-2020 que pretende servir de marco de actuación e instrumento que impulse, facilite y coordine las iniciativas de los agentes políticos, económicos y sociales a nivel nacional. Y con el objetivo de reducir el impacto socio-económico que provocan los

⁵⁸ “Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020. Resumen Ejecutivo”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 9, http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/politicas-viales/estrategicos_2011-2020/

⁵⁹ Al respecto, véase “Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 10, http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/politicas-viales/estrategicos_2011-2020/

⁶⁰ España. 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 (*BOE* núm. 288, de 1 de diciembre de 2007).

⁶¹ España. Ley 18/2009, de 23 de noviembre, por la que se modifica el 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, en materia sancionadora (*BOE* núm. 283, de 24 de noviembre de 2009).

accidentes de tráfico este nuevo Plan va a fijar seis prioridades estratégicas para dar respuesta a los principales focos de accidentalidad⁶²:

1. Proteger a los usuarios vulnerables.
2. Potenciar una movilidad segura en la zona urbana.
3. Mejorar la seguridad de los motoristas.
4. Mejorar la seguridad en las carreteras convencionales.
5. Mejorar la seguridad en los desplazamientos relacionados con el trabajo.
6. Mejorar los comportamientos en relación a alcohol y velocidad en la conducción.

El objetivo final de este Plan, como el de todas las políticas de seguridad vial, será conseguir una movilidad segura en el marco de una movilidad sostenible, como derecho de todos los ciudadanos a moverse bajo unas condiciones de movilidad adecuadas y seguras con el mínimo impacto ambiental posible.

Pero un planeamiento estratégico de la seguridad vial debe contar necesariamente con un sistema de indicadores, que facilite el seguimiento de las acciones y que permita a su vez una gestión eficaz, ayudando a la toma de decisiones.

De este modo, la actual Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020 en España contempla los indicadores recogidos en la ilustración 3 que figura en la siguiente página⁶³.

⁶² DGT, "Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020", 134.

⁶³ *Ibid.*, 137-138.

INDICADOR	CIFRA BASAL	OBJETIVO
	2009	2020
Bajar la tasa de fallecidos a 37 por millón de habitantes.	59	37
Reducción del número de heridos graves en un 35%.	13.923	9.050
Cero niños (< 12 años) fallecidos sin sistema de retención infantil.	17	0
25% menos de conductores de 18 a 24 años fallecidos y heridos graves en fin de semana.	730	584
10% menos de conductores fallecidos mayores de 64 años.	203	182
30% reducción de fallecidos por atropello.	459	321
1 millón de ciclistas más sin que se incremente su tasa de mortalidad.	1,2	1,2
Cero fallecidos en turismo en zona urbana.	101	0
20% menos de fallecidos y heridos graves usuarios de motocicletas.	3.473	2.778
30% menos de fallecidos por salida de vía en carretera convencional.	520	364
30% menos de fallecidos <i>in itinere</i>	170	119
Bajar del 1% los positivos en aire espirado en los controles preventivos aleatorios (<i>DRUID 2009 > 0,15 mg/l aire</i>).	4,8%	1%
Reducir en 50% el % de vehículos ligeros que superan el límite de velocidad en más de 20 km/h.	12,3% (autopista)	6,2%
	6,9% (autovía)	3,5%
	15,8%	
	(convencional límite 90)	7,9%
	16,4%	
	(convencional límite 100)	8,2%

Ilustración 3. Indicadores Estrategia Seguridad Vial 2011-2020. Dirección General de Tráfico.

2. LA INSEGURIDAD VIAL EN EL PUNTO DE MIRA

2.1. El problema y su tratamiento

El origen del problema, si puede llamarse así, lo encontramos un 17 de agosto de 1896, cuando la señora Bridget Driscoll, de 44 años de edad, madre de dos hijos se convirtió en la primera víctima mortal de un accidente de tráfico. Ella y su hija adolescente iban camino a un espectáculo de baile en el Crystal Palace de Londres, cuando Bridget fue arrollada por un coche al atravesar los jardines de palacio. El coche iba “a gran velocidad”, según afirmó algún testigo, yendo posiblemente a 12,8 km/h cuando no debía ir a más de 6,4 km/h. El conductor era un joven que ofrecía paseos en coche para mostrar el nuevo invento, y, según testigos, estaba tratando de impresionar a una joven pasajera. En la investigación, el funcionario encargado afirmó: “esto no debe volver a ocurrir nunca jamás”⁶⁴.

En la problemática de la inseguridad vial se pueden identificar cinco teorías diferentes que a lo largo de la historia han venido a explicar la accidentalidad en general⁶⁵:

1^a.- La teoría de los accidentes como simples elementos aleatorios, sobre los cuales las personas no podían tener control, produciéndose de manera inevitable.

2^a.- La teoría estadística y de la predisposición al accidente, que tuvo su auge durante la primera guerra mundial y que afirmaba que mediante pruebas psicológicas se podría llegar a identificar personas más propensas a tener accidentes, cambiando el concepto aleatorio del accidente por el de la identificación de las personas más proclives a provocar accidentes.

3^a.- La teoría causal de los accidentes, que concluía que se debían fundamentalmente a eventos multi-causales y que los errores humanos eran los que contribuían a la mayoría de ellos.

⁶⁴ OMS, *La seguridad vial no es accidental...*, 2.

⁶⁵ Al respecto, véase HERNÁN OTONIEL FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, “La complejidad del problema de la inseguridad vial”, *Carreteras: Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, nº 196 (2014): 20-24; también del mismo autor en: “La complejidad del problema de la seguridad vial: Cómo explicarlo y cómo enfrentarlo”. *Revista Internacional de Desastres Naturales, Accidentes e Infraestructura Civil*, vol. 13, nº 1 (2013): 105-108.

4^a.- La teoría de sistemas y la teoría epidemiológica, que surgieron en los años 50, que concebían el accidente como el resultado del desajuste en la interacción entre componentes de un sistema complejo. La epidemiología interrelaciona sistemáticamente los tres elementos: el vehículo como agente transmisor de la enfermedad, el usuario de la vía como el huésped de la enfermedad y la vía como ambiente de la enfermedad.

5^a.- La teoría conductual del accidente, incluyendo la teoría de la homeostasis del riesgo, es la más reciente y se enfoca en el comportamiento individual de los usuarios como factor crítico en la ocurrencia de los accidentes. La teoría de la homeóstasis del riesgo sostiene que el único factor que puede conllevar a cambios significativos y duraderos en la reducción del número de accidentes es el interés colectivo de la población. Cada sociedad tiene el nivel de riesgo o seguridad que desea tener y así acepta un número de accidentes y de víctimas.

Esta última línea de pensamiento es la que parece guiar la “Visión Cero”, que se resume en que “Nadie debe resultar muerto o gravemente lesionado en un accidente de tráfico”⁶⁶.

El fundamento ético de la Visión Cero, concepto nacido en Suecia en el año 1995⁶⁷, significa que la concepción de la seguridad vial esté de acuerdo con los valores que se aplican en el resto de la sociedad. Conforme a la Visión Cero, el trabajo de seguridad vial parte de que hay que hacer todo lo posible para evitar que la gente muera o resulte gravemente herida por la simple comisión de errores en la conducción, un error humano no puede condenar a nadie a un resultado fatal. El enfoque del pensamiento de la “Visión Cero” en Suecia se puede resumir en una frase: ninguna pérdida de vida humana es aceptable, y este enfoque ha demostrado ser muy exitoso, basándose en el simple hecho de que somos seres humanos y cometemos errores, pero aun admitiendo que el sistema viario es necesario para mantenernos en movimiento, también debe

⁶⁶ “Conoce el principio ético sobre la visión cero”, RACE, consultado el 10 de marzo de 2018, <http://www.race.es/seguridadvial/formacion-race/vision-y-conduccion/vision-0>

⁶⁷ “Seguridad Vial - La Visión Cero en camino”, TRAFIKVERKET, SWEDISH TRANSPORT ADMINISTRATION, consultado el 10 de marzo de 2018, <http://trafikverket.ineko.se/en/tv17168>

estar diseñado para protegernos en todo momento. La comisión de errores humanos es parte de la ecuación y en todas las situaciones una persona puede cometerlos, pero la carretera no debería.

La *teoría de la homeostasis del riesgo* basa los resultados en la implicación social a la hora de demandar decisiones, así como en el compromiso e involucramiento coordinado de los responsables institucionales y otros actores relacionados con la seguridad vial para la búsqueda de soluciones efectivas. La “Visión Cero” persigue la idea de ausencia de fallecidos en carretera, algo que se sabe imposible de alcanzar, pero el objetivo real de esta nueva política de seguridad vial es implicar a todos en realizar esfuerzos en una misma dirección provocando las sinergias necesarias que posibiliten reducir al mínimo las consecuencias fatales que provocan los accidentes.

El foco central de atención es la reducción de personas fallecidas en accidentes de tráfico y en esta línea ya se posicionó en primer lugar la Unión Europea y más tarde Naciones Unidas con sus propuestas de reducción del número de fallecidos a nivel mundial en el periodo 2011-2020.

De lo ya expuesto se puede concluir que la inseguridad vial es un problema de salud pública, con cifras alarmantes de víctimas en carretera que precisan salir de esquemas reduccionistas y simplificadores tradicionales, siendo ahora el momento oportuno debido a las decisiones políticas tomadas por organismos mundiales que van a permitir consolidar una visión cero para entender, actuar y demostrar que las víctimas por siniestros viales son evitables. Es por ello que se deben implantar estrategias en todos los ámbitos capaces de reducir el número de víctimas fatales y heridos graves en el corto plazo, debiendo incluir entre ellas la concienciación gubernamental y social del problema⁶⁸.

2.1.1. El siniestro vial como objeto de estudio

La conducción de un vehículo implica ya por sí misma una actividad de riesgo, que puede verse incrementado por diversos condicionantes o causas y que pueden desembocar en la producción del accidente. Desde el principio del estudio del problema se ha considerado que los factores concurrentes en la producción de los siniestros viales eran tres: el hombre, la vía y el vehículo, a

⁶⁸ Véase FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, “La complejidad del problema...”, 117.

los que la doctrina ha venido más tarde a sumar otros dos: las circunstancias ambientales por un lado y la densidad de la presencia policial en el escenario de la circulación vial por otro⁶⁹. En esta línea, un reciente informe presentado por la Fundación MAPFRE sobre el impacto que tienen las medidas de acciones realizadas por la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil (ATGC) en las carreteras y su influencia en la reducción de los accidentes mortales, concluye que “el nivel de cumplimiento de la normativa de seguridad vial por parte de los conductores está indudablemente influenciado por la intensidad con que las autoridades del tráfico (ATGC), desempeñan sus actividades de supervisión y vigilancia”⁷⁰, afirmando que un aumento del 10% en el número de controles preventivos de alcoholemia puede reducir los accidentes mortales en un 1,4%, reduciendo el número de víctima mortales entre un 0,74 y 0,53 en tasa anual, por lo que se estima que un aumento del 10% en el número de efectivos o vehículos reduciría el número total de víctimas mortales en un 5,3% en tasa anual.

“Los gobiernos vienen controlando todos los factores del entorno que influyen en los accidentes y actuando sobre ellos intentan mejorar la seguridad

⁶⁹ En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, “Los accidentes de tráfico...”, 110-111, hace referencia al experimento llevado a cabo por el profesor MONTORO en la Autopista A-7, por encargo de la concesionaria AUMAR, S. A., llevando de forma indubitada a la conclusión de que el factor que con más intensidad despertaba la atención y que la mantienen durante más tiempo era, precisamente, la presencia de una patrulla de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil (ATGC) en la carretera; coincide en esta valoración MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8, (2012): 48, al afirmar que la razón por la que un delincuente comete un delito, conociendo incluso la pena a él aparejada, es porque piensan que “no les van a pillar”, concluyendo que se realiza la conducta típica no tanto por la gravedad de la pena, sino por la amplia posibilidad de quedar impunes. En este sentido resulta esencial que existan los medios para controlar las infracciones, existiendo el riesgo añadido de que en muchas ocasiones estos medios se utilicen más con fines recaudatorios que con fines preventivos, cuando no se persigue tanto controlar los hechos más graves sino aquellos que se sabe que van a producir muchas infracciones, aun cuando el peligro sea mínimo; a similar conclusión llega LUIGI FERRAJOLI, “Criminalidad y Globalización”, *Iter Criminis-Revista de Ciencias Penales*, nº 1 (2005): 82, al afirmar que los agravamientos punitivos no tienen ningún efecto disuasorio, pues en base a un principio teórico elemental, abonado por la experiencia, en el tema de la capacidad de prevención del Derecho penal, el efecto disuasorio de la penas y de su agravamiento es directamente proporcional al grado de exigibilidad de la observancia de la norma violada; también TENA SÁNCHEZ, “Cambios en la política...”, 264, al afirmar que “la ley sería inútil si no existe una mínima certeza de que el incumplimiento pueda ser descubierto y sancionado”; mismo parecer SANTIAGO MIR PUIG, en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 16.

⁷⁰ Véase JOSÉ IGNACIO CASTILLO MANZANO, MERCEDES CASTRO NUÑO, LOURDES LÓPEZ VALPUESTA Y DIEGO PEDREGAL TERCERO, *La contribución a la seguridad vial de la supervisión del cumplimiento de las normas de circulación* (Madrid: Fundación MAPFRE, 2017), 42, <https://www.fundacionmapfre.org/fundacion/es/es/publicaciones/destacadas/seguridad-vial.jsp>.

vial, pero al ser el gobierno de un país el reflejo de la sociedad que dirige también su actuación va a ser la deseada por la mayoría, y el hecho de que a pesar de los progresos realizados no se haya logrado aún un auténtico control de este problema puede explicarse, en parte, por el grado de tolerancia demostrado por la sociedad al aceptar la situación por encima de la del costo que supone la adopción de medidas que, aunque eficaces, resultarían a todas luces impopulares. Aun así los gobiernos controlan el factor humano actuando a través de las normas, la educación, la vigilancia en las carreteras, las sanciones y las penas en su caso, coartándole así al ciudadano su libre circulación por donde él quiera”⁷¹.

La RAE define el accidente como el “suceso eventual que altera el orden regular de las cosas” o la “acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas”, en las acepciones que nos interesan, de lo que se deriva que el accidente de tráfico o de circulación será aquel suceso que se produzca durante el tránsito o movimiento de vehículos por las vías públicas.

También hay quien lo define como “cualquier evento como resultado del cual el vehículo queda de manera anormal, dentro o fuera de la carretera, o produzca lesiones en las personas daños a terceros”⁷².

El accidente puede ser considerado de manera genérica como un suceso fortuito o eventual que altera el orden de las cosas, que involuntariamente origina daños en las personas u objetos, siendo la imprevisibilidad lo primero que nos viene a la mente cuando alguien nos cuenta que se ha producido un accidente, pensando en un resultado no querido ni buscado por su autor⁷³. Pero la experiencia también nos muestra que la “imprevisibilidad” o “falta de intencionalidad” del sujeto puede venir acompañada de otros elementos como son la falta de diligencia debida por parte del conductor o la infracción de un deber objetivo de cuidado⁷⁴. En estos casos, la producción de un resultado lesivo para las personas, difícilmente encuentra encaje en la definición de accidente, hasta el punto que la concurrencia de determinados factores de

⁷¹ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 22.

⁷² Definición dada por LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (2016) citado por DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 54.

⁷³ En este sentido, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 16.

⁷⁴ Sobre el particular, véase ELENA AGÜERO RAMÓN-LLIN, “¿Accidente de tráfico o violencia vial?”, en *La reconstrucción de accidentes de tráfico. SIRAT 2014*, edit. Juan F. Dols Ruiz (Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València, 2014), 20, <http://hdl.handle.net/10251/46088>.

riesgo en la dinámica comisiva (consumo de alcohol, velocidad, distracciones) ha propiciado que en los últimos años la sociedad empiece a hablar abiertamente de “violencia vial”⁷⁵.

El legislador también recurre a esta expresión de violencia vial para describir los hechos más graves que afectan a la seguridad de los usuarios de las vías públicas, lo que permite afirmar que el adelantamiento de las barreras de protección penal, mediante el castigo de determinadas conductas de peligro/riesgo, está justificada en la necesidad de evitar determinados siniestros viales.

Antes, el informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito, publicado por la Organización Mundial de la Salud en 2004, ya había afirmado que la seguridad vial no era accidental, a pesar de que históricamente venía entendiéndose que los “accidentes” de vehículos a motor eran azarosos y ocurrían como consecuencia del transporte, generando la creencia de que eran inevitables e impredecibles, es decir, un suceso imposible de controlar, afirmando por el contrario que los choques causados por el tránsito son sucesos que caben someter a análisis racional y acciones correctoras⁷⁶.

Es por eso que muchos autores evitan referirse a los “accidentes de tráfico” como si se tratara de algo imprevisible que se rige por las normas del azar, fruto de la casualidad y del destino, prefiriendo referirse a ellos como “siniestros” y utilizar el calificativo que jurídicamente corresponda para los que los causan.

Si bien se puede estar de acuerdo en la anterior afirmación, el léxico habitual sigue haciendo referencia a los “accidentes de tráfico” y en este sentido la OMS va a introducir una terminología estándar con definiciones de algunos términos comunes que han sido negociados internacionalmente, incluyendo los de:

⁷⁵ Término acuñado por la 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, y que el legislador utiliza en su Preámbulo a la hora de referirse a determinadas conductas relacionadas con la seguridad vial que exceden de lo que se considera un riesgo tolerable, en especial en materia de “excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta de alcohol que hayan de merecer la misma consideración”.

⁷⁶ OMS, *Informe mundial sobre prevención...*, 3.

“Accidente de tránsito: Colisión o incidente en el que participa al menos un vehículo de carretera en movimiento y se produce en una vía pública o una vía privada a la que la población tiene derecho de acceso.

Incluye: las colisiones entre vehículos, entre vehículos y peatones, entre vehículos y animales u obstáculos fijos, y de un solo vehículo. Incluye las colisiones entre vehículos de carretera y vehículos sobre raíles. Las colisiones entre varios vehículos se contabilizan como un solo accidente siempre y cuando las sucesivas colisiones se hayan producido en un tiempo muy breve.

Víctima mortal de accidente de tránsito: Persona que muere de inmediato o en los 30 días siguientes como consecuencia de un traumatismo causado por el tránsito, exceptuados los suicidios.

En los países en los que no se aplica este umbral de los 30 días se calculan coeficientes de conversión que posibilitan las comparaciones basadas en la definición del plazo de 30 días”⁷⁷.

Por su parte, en España el concepto normativo de “accidente de tráfico con víctimas” lo podemos encontrar en la Orden INT/2223/2014⁷⁸, definiéndolo en su anexo II cuando reúna las siguientes circunstancias:

- “a) Producirse, o tener su origen, en una de las vías o terrenos objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
- b) Resultar a consecuencia de los mismos una o varias personas fallecidas o heridas.
- c) Estar implicado, al menos, un vehículo en movimiento”.

Queda así definido el “accidente de tráfico sin víctimas” a *contrario sensu* como aquel en el que sólo se produjeran daños materiales, es decir, como el

⁷⁷ Sobre el particular, véase “Manual de seguridad vial para decisores y profesionales. Sistema de datos”, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 4, <http://www.msssi.gob.es/gl/profesionales/saludPublica/prevPromocion/Lesiones/ManualesSegVial.htm>

⁷⁸ España. Orden INT/2223/2014, de 27 de octubre, por la que se regula la comunicación de la información al Registro Nacional de Víctimas de Accidentes de Tráfico (BOE núm. 289, de 29 de noviembre de 2014).

accidente de tráfico que reuniera las circunstancias descritas en los apartados a) y c), pero no el b).

Podemos afirmar que los factores que van a intervenir en la accidentalidad de tráfico son muchos y complejos⁷⁹, en los que pueden influir un conjunto de ellos de naturaleza muy distinta asociados a los usuarios, a los vehículos y las infraestructuras así como a las condiciones ambientales (climatología, luminosidad, etc). Y en este sentido La Metodología Integrada de Investigación Científica de Accidentes de Tráfico (MIICA), desarrollada por el equipo de investigación científica de accidentes de tráfico del Instituto Universitario de Investigación del Automóvil (INSIA), de la Universidad Politécnica de Madrid, propone su agrupamiento en cinco bloques, debiendo incluir entre ellos la normativa legal en materia de seguridad vial.

De este modo, los accidentes no van a ser el resultado de un factor simple, sino más bien el producto de una conjunción de muchos factores con una importancia variable en el entramado multifactorial, pudiendo considerarse como el resultado final de un proceso en el que se encadenan diversos eventos, condiciones y conductas, surgiendo los factores que desembocan en el accidente, dentro de la compleja red de interacciones entre el conductor, el vehículo y la vía en unas determinadas condiciones ambientales⁸⁰.

El hombre va a ser el objetivo final de la seguridad vial que se trata de conseguir en la circulación y a su vez será el elemento principal, cuyo comportamiento resulta decisivo en el mayor porcentaje de los accidentes de tráfico y cuya contribución causal es la más importante, y si en la inmensa mayoría de los accidentes hay una actuación errónea, lo fundamental para iniciar su prevención debe ser el conocimiento de las causas que ocasionan dicha actuación errónea, o de manera más simple, las causas de los “fallos humanos”.

Como ya se ha expuesto, es opinión mayoritaria que los accidentes son evitables y si no es así al menos se pueden reducir actuando eficazmente sobre todos y cada uno de los factores que concurren en los mismos, pudiendo

⁷⁹ En este sentido FRANCISCO APARICIO IZQUIERDO, BLANCA ARENAS RAMÍREZ, JAVIER PÁEZ AYUSO Y ARTURO FURONES CRESPO, “Metodología integrada de investigación científica de accidentes de tráfico –MIICA–”, en *La reconstrucción de accidentes de tráfico. SIRAT 2014*, edit. Juan F. Dols Ruiz (Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València, 2014), 35-36, <http://hdl.handle.net/10251/46088>.

⁸⁰ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 28-29.

sistematizar las grandes líneas de acción a desarrollar según la fórmula de las 3E acuñada por los anglosajones: *Education* (educación de los usuarios), *Engineering* (soluciones de ingeniería aplicadas a las vías y vehículos) y *Enforcement* (control y supervisión del cumplimiento de la normativa de tráfico y circulación vial, y aplicación de sanciones). A estos tres bloques, algunos autores añaden una cuarta E, *Emergency* (Emergencia) que englobaría las medidas relacionadas con la prestación de asistencia y auxilio a los implicados en los accidentes⁸¹.

A) *El factor humano*

El hombre, en materia de seguridad vial, no sólo es el más importante de los factores que intervienen en la circulación vial sino que a la vez es el objeto final de esa seguridad⁸², pudiendo considerarse el accidente de tráfico como el fallo en el desempeño de las habilidades requeridas para conducir o como una alteración notable en las condiciones de la vía o el vehículo.

Pero ese error humano va a ser el resultado final de un proceso en el que se encadenan diversos eventos, condiciones y conductas, surgiendo todos esos factores que van a desembocar en el accidente dentro de una compleja red de interacciones entre el conductor, el vehículo y la vía, en unas determinadas condiciones ambientales.

“Los datos estadísticos ponen de manifiesto que entre el 70 y el 90 por ciento de los accidentes se deben directa o indirectamente a lo se podría denominar el factor humano, aunque cuando se habla del factor humano normalmente pensamos tan sólo en elementos como el alcohol, la fatiga o las distracciones, siendo esto un grave error que no refleja en absoluto la realidad pues el factor humano está presente de manera inseparable en los cuatro grandes componentes del tráfico y la seguridad vial, como son los vehículos, las infraestructuras, la supervisión policial y lógicamente se encuentra presente de manera especial en el sujeto que maneja la máquina”⁸³.

⁸¹ En este sentido véanse DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*, 81; CASTILLO MANZANO et al., *La contribución a la seguridad vial...*, 5.

⁸² DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*, 86.

⁸³ Véase LUIS MONTORO GONZÁLEZ, “La complejidad del factor humano como causa de los accidentes”, *Mapfre seguridad: Número Especial Monográfico sobre Seguridad Vial* (2004): 61-62, <http://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/consulta/busqueda.cmd>

De este modo el conjunto de factores de riesgo que pueden influir en un accidente de tráfico pueden agruparse según su relación con los principales elementos (el vehículo, la vía y su entorno y el factor humano), no teniendo todos la misma importancia, y así de cada 100 accidentes: entre 70 y 90 son debidos al factor humano, entre 10 y 35 son debidos al factor vía y al entorno y entre 4 y 13 son debidos al factor vehículo⁸⁴, habiéndose podido demostrar que es precisamente el factor humano el que permite evitar la mayor parte de los accidentes de tráfico.

Pero dentro de este alto porcentaje de implicación del factor humano en la accidentalidad de tráfico en los países desarrollados, es preciso destacar también que entre los principales desencadenantes de estos siniestros en España se encuentra la influencia del alcohol al volante. Y si bien la intervención gubernamental en los últimos años destinada a tratar de mejorar la conducta de los conductores ha sido realmente intensa, tanto en nivel estrictamente legislativo como en el de la aplicación de políticas públicas en general, las dos medidas más relevantes han sido precisamente legislativas: la implantación del denominado carné por puntos en julio de 2006 y la reforma del Código Penal en materia de tráfico y seguridad vial en diciembre de 2007.

En este sentido, los estudios realizados para tratar de evaluar el impacto de las políticas de tráfico y seguridad vial sobre la siniestralidad coinciden en que las medidas han tenido un fuerte impacto positivo sobre la misma. Más concretamente, el análisis de estos datos permite afirmar que en el momento de la entrada en vigor del carné por puntos y de la reforma del Código Penal se produjeron sendos descensos en la mortalidad que se situaron entre el 12% y el 15,53% el primero, y el 17,78% y el 20,7% el segundo⁸⁵.

También para la DGT la sanción de tráfico tiene un claro efecto preventivo en la siniestralidad, distinguiendo tanto una función preventiva general, encaminada a evitar la comisión de nuevas infracciones por parte de la generalidad de conductores, como una función preventiva específica, evitando

⁸⁴ LUIS MONTORO GONZÁLEZ, et al., *Programa de intervención, sensibilización y reeducación vial. Manual del Alumno. Volumen 1*, (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2017), 22, <http://sede.dgt.gob.es/es/tramites-y-multas/>; también DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 19.

⁸⁵ Al respecto, véase JORDI TENA SÁNCHEZ, "El impacto de las nuevas políticas de seguridad vial sobre la conducta de los conductores", *Aposta: revista de Ciencias Sociales*, nº 57 (2013): 2, <http://www.apostadigital.com/>

que el propio conductor infractor cometa nuevas infracciones. Esta medida represiva que representa la infracción de tráfico surte efectos preventivos en el comportamiento humano con una función primordial de tutela jurídica, protegiendo el derecho de todos a circular y usar las vías públicas de manera moderada y segura, “constituyendo así un sistema de protección de la inmensa mayoría de los conductores que normalmente respetan las normas frente a una minoría que las infringe y se comporta de manera contraria a la seguridad vial”⁸⁶.

B) El factor vía

La conducción del vehículo tiene lugar en un espacio determinado constituido por la vía y su entorno, en el que se pueden distinguir al menos dos tipos de elementos importantes para la seguridad vial: 1º.- unos elementos estables de la calzada (trazado, pavimentación, número de carriles, etc.) y el diseño de su entorno (señalización, barreras protectoras, etc.); y, 2º.- unos elementos cambiantes entre los que se incluyen factores como la climatología, las condiciones de visibilidad o las incidencias del tráfico, considerando que este conjunto de factores explican entre el 10% y el 35% de los accidentes de circulación⁸⁷.

La experiencia demuestra que la vía participa en un pequeño porcentaje en la accidentalidad de tráfico en relación con el factor humano siendo sin embargo más importante aún sus consecuencias, como lo demuestra que estadísticamente las vías convencionales soporten el mayor número de accidentes graves y fallecidos en comparación con las vías desdobladas, cuando son estas las que recogen las mayores intensidades de circulación, pudiéndose establecer una relación directa entre la accidentalidad y la categoría de la vía o el lugar concreto de la misma (puntos negros y tramos de concentración de accidentes)⁸⁸.

La vía es el escenario donde el tráfico se desarrolla siendo el ser humano el actor, tanto en su papel de peatón como de conductor del vehículo, tratándose de un escenario cambiante según las diversas circunstancias que se

⁸⁶ En este sentido DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 93.

⁸⁷ MONTORO GONZÁLEZ, *Programa de intervención...*, 27.

⁸⁸ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 22-23.

presenten. El conjunto conductor-vehículo se mueve de este modo en un ambiente (entorno) físico integrado por una serie de elementos que deben permitir al conductor seguir, sin especial esfuerzo, una trayectoria natural y evidente exenta de situaciones inesperadas⁸⁹.

En España, según un estudio centrado en el año 2016⁹⁰, el 13,2% del total de carreteras de titularidad estatal, unos 3.264 kilómetros, presenta un riesgo elevado o muy elevado de siniestralidad. Dicho estudio analiza un total de 24.805 kilómetros de carreteras, evaluando el riesgo teniendo en cuenta los siniestros de los tres últimos años, su gravedad y su relación con las características de la vía, estructurándose el resultado según un índice de riesgo que se define como el número de accidentes mortales y graves ocurridos en un tramo por cada 1.000 millones de vehículos/kilómetro. Según esto se puede observar como los tramos de riesgo reducido (bajo y medio-bajo) han aumentado desde el 69,7% del año 2015 hasta el 72,7% del 2016, reduciéndose el número de kilómetros de riesgo elevado (alto y medio-alto) del 14,1% del año 2015 al 13,2% del 2016, lo que refuerza la importancia del factor vía en la accidentalidad y su necesidad de inversión en la construcción y mejora de infraestructuras más seguras.

C) El factor vehículo

A pesar de que los vehículos son cada vez más seguros y fáciles de conducir, se considera que los fallos de éstos pueden explicar entre el 4% y el 13% de los accidentes de tráfico, aunque los estudios indican que en la mayoría de los accidentes por fallo mecánico el conductor no había realizado un mantenimiento adecuado de su vehículo, por lo que la participación del factor humano se presenta igualmente fundamental en la prevención de algunos de los accidentes debidos a este factor vehículo.

Por otra parte las constantes mejoras técnicas en los vehículos nunca van a sustituir al conductor sino que están para ayudarle, produciéndose en algunas ocasiones lo que se denomina “compensación del riesgo” que consiste en que el conductor, conocedor de los avances tecnológicos de que está dotado su

⁸⁹ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*, 83.

⁹⁰ “Un 13,2% de la Red de Carreteras del Estado presenta un nivel de riesgo elevado, según el informe EuroRAP”, RACE, consultado el 12 de marzo de 2018, <https://www.race.es/notas-de-prensa/carreteras-del-estado-presenta-un-nivel-de-riesgo-elevado-eurorap>

vehículo, puede llegar a “sobrecompensar” esa ventaja conduciendo de maneja más arriesgada que antes, contrarrestando así las ventajas del sistema de seguridad y asumiendo un mayor nivel de riesgo en la conducción⁹¹.

También es preciso apuntar que conforme aumenta la edad del vehículo, especialmente a partir de los 10 años, la probabilidad de tener un accidente grave es mayor. Según el estudio realizado por el ISVA (Instituto de Seguridad de los Vehículos Automóviles) de la Universidad Carlos III, “el 6% del total de accidentes de automóviles de la Unión Europea se debe a fallos técnicos, un porcentaje que se eleva al 8% en el caso de los accidentes de moto. En el caso de España, en los seis primeros meses del año 2016, el 4% de los vehículos implicados en accidentes mortales tenían la ITV caducada”⁹².

Para la DGT viene siendo una preocupación la renovación del parque automovilístico que tiene una gran influencia en la accidentalidad, pues, según afirma, la antigüedad media de los vehículos en los que viajan las víctimas mortales de accidentes de carretera va aumentando mes a mes, y si en 2014 esa antigüedad era de 12,3 años, en los seis primeros meses de 2016 ese envejecimiento de los vehículos ha aumentado un año más. Por otra parte según estudios realizados, el riesgo de fallecer o sufrir una lesión con hospitalización aumenta con la antigüedad del vehículo, y haciendo una comparación con los turismos de hasta 4 años, se obtiene que el riesgo de fallecimiento es 1,6 veces superior en los turismos de 10 a 14 años y 2,2 veces superior en los turismos de 15 a 19 años, por lo que, teniendo en cuenta esta relación entre el riesgo y antigüedad del vehículo, el mantenimiento adecuado de todos los elementos de seguridad se convierten en una actividad imprescindible para combatir la siniestralidad⁹³.

No cabe duda que el esfuerzo realizado por la industria automovilística tanto en medidas de seguridad activa como pasiva ha propiciado que cada vez tengamos vehículos más seguros y que en caso de producirse el accidente las

⁹¹ En ese sentido, véanse MONTORO GONZÁLEZ, *Programa de intervención...*, 25; DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 19-20.

⁹² “Las condiciones del vehículo centran la nueva campaña de vigilancia intensiva de la DGT”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, consultado el 12 de marzo de 2018, <http://www.dgt.es/es/prensa/notas-de-prensa/2016/20160711-condiciones-vehiculo-centran-nueva-campania-vigilancia-intensiva-dgt.shtml>

⁹³ Estos datos fueron aportados por la DGT en la Nota de Prensa emitida el día 11 de julio de 2016 con motivo de la campaña de vigilancia intensiva de las condiciones del vehículo que se desarrolló entre el 11 y el 17 de julio de 2016.

consecuencias del mismo sean mucho menores, pero la antigüedad del vehículo va a influir también en las posibilidades de sufrir una avería o fallo mecánico y es aquí donde el conductor adquiere una importancia relevante en la adopción de medidas encaminadas al mantenimiento del mismo para que sus componentes mantengan unas condiciones de seguridad adecuadas (neumáticos, frenos, dirección, etc.).

2.2. El coste social y económico

Siendo indudable el coste moral que representa para la sociedad la pérdida de vidas o de la salud, los siniestros viales representan también un coste económico que se puede valorar en función de los diferentes gastos que todo accidente origina (sanitarios, indemnizaciones, reparaciones, costes administrativos, etc.)⁹⁴. Si bien las personas escapan a cualquier intento de valoración material, pues el dolor y el sufrimiento no tienen precio, es posible conocer los costes sociales que un siniestro vial entraña, y cuyo daño engloba no sólo el daño emergente sino el lucro cesante en sentido amplio. La estimación del costo de los accidentes de tráfico se aproxima al 1% del Producto Interior Bruto (PIB) en los países menos desarrollados llegando a alcanzar el 3% en los más desarrollados, calculándose en el caso de España que estos gastos anuales acumulados como consecuencia de los siniestros viales se aproximan a los 10.300 millones de euros, estimándose igualmente que el valor que tiene en España la prevención de una muerte por estas circunstancias puede alcanzar los 1,4 millones de euros⁹⁵.

Los accidentes de tráfico presentan muchas consecuencias negativas que se definen como costes socio-económicos, pudiendo ser la valoración de estos de interés para diversos fines. Y esta valoración puede hacerse bien “a posteriori”, muy útil para conocer la carga socio-económica en comparación con otros costes (accidentes laborales o domésticos, por ejemplo), o bien una valoración “anterior”, cuando lo que se desea es utilizar el criterio coste-

⁹⁴ Al respecto, véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 43-51.

⁹⁵ Sobre el particular DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 12-15, según un estudio realizado por la Universidad de Murcia y la Pablo Olavide de Sevilla el valor de la vida estadística (VVE) en España es de 1,3 millones de euros, cifra que hace referencia a la máxima cantidad de dinero que la población está dispuesta a pagar por reducir la tasa de mortalidad en los siniestros de tráfico.

beneficio para medir la rentabilidad de las distintas inversiones en materia de seguridad vial, valorando los costes de los accidentes de tráfico que se evitarían con el coste de la medida de seguridad vial estudiada, algo que sin duda ayudaría también a la toma de decisiones políticas⁹⁶.

3. ORDENAMIENTO JURÍDICO Y POLÍTICAS VIALES

3.1. El elemento normativo en la política de seguridad vial

De lo visto hasta ahora se puede concluir que la política de seguridad vial debe ser multidimensional debiendo actuar sobre los tres elementos participantes (carreteras, vehículos y personas), destacando el factor humano por ser el que una mayor influencia presenta en la producción de los accidentes de tráfico. Y dentro de todas las posibles actuaciones que pueden ser llevadas a cabo sobre este factor humano el aspecto normativo va a presentar una especial relevancia, principalmente porque el conjunto de intervenciones dirigidas a hacer cumplir las leyes, además de resultar fundamentales para alcanzar una reducción del número de este tipo de siniestros, no van a precisar necesariamente de una tecnología muy avanzada de coste elevado, ni tampoco de la asignación de un alto número de recursos.

Los gobiernos van a controlar todos los factores influyentes en la siniestralidad, actuando sobre ellos intentando mejorar la seguridad vial y orientando su actuación a los aspectos deseados por la mayoría de la sociedad, manifestándose los progresos logrados en este campo, en parte, como el resultado a la tolerancia demostrada por la sociedad, al aceptar ésta la situación existente por encima del costo que supone la adopción de medidas que, aunque eficaces, resultarían del todo impopulares. De esta forma los gobiernos van a controlar el factor humano actuando por medio de las normas, la educación, la vigilancia en carretera, las sanciones y las penas, en su caso, limitando la libertad del hombre a circular por donde quiera, con cualquier artefacto sin reunir unas condiciones mínimas de seguridad y como conductor sin reunir unas condiciones mínimas de control sobre la máquina ni con un comportamiento determinado⁹⁷.

⁹⁶ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 46-47.

⁹⁷ *Ibid.*, 22.

Haciendo un análisis sistémico sobre la política de seguridad vial podríamos identificar dentro del “Sistema Seguridad Vial” una serie de inputs o Subsistemas como inversiones, avances tecnológicos, educación, formación, vigilancia o legislación, que actuando sobre los tres elementos ya mencionados, van a participar en un proceso cuyo resultado pretende ser la mejora de la seguridad vial desde el punto de vista de la reducción de la siniestralidad. Y es dentro del “Subsistema Legislación” y más concretamente en la parte que afecta al elemento humano, donde el establecimiento de normas de conductas sociales y el consiguiente reproche de su incumplimiento se encuentra en la base de toda convivencia pacífica, especialmente en el uso de espacios comunes compartidos por diferentes tipos de usuarios, como es el caso que se presenta en la gestión de la seguridad vial, donde peatones, ciclistas y vehículos motorizados deben convivir en un mismo entorno físico.

La intervención gubernamental en los últimos años destinada a tratar de mejorar la conducta de los conductores ha sido realmente intensa en España, tanto en nivel estrictamente legislativo como en la aplicación de políticas públicas en general, siendo las dos medidas más relevantes la implantación del denominado carné por puntos en julio de 2006 y la reforma del Código Penal en materia de tráfico y seguridad vial en 2007, como ya se ha apuntado antes, que junto al aumento del número de radares fijos de control de velocidad y el número de controles aleatorios de alcoholemia o la entrada en vigor de los denominados “juicios rápidos”, ha permitido establecer un escenario de mayor control del incumplimiento de la norma y de mayor severidad en la penalización del mismo.

Para algunos autores las nuevas políticas no han tenido ningún efecto pedagógico sobre las motivaciones de los ciudadanos, debiéndose la mejora en el cumplimiento estrictamente al efecto disuasorio de las sanciones y de las nuevas medidas de control y vigilancia⁹⁸, pero coincidiendo también en que las medidas legislativas han influido positivamente en la conducta de los ciudadanos, quienes han aumentado el cumplimiento de la norma de tráfico y seguridad vial. En este sentido, los estudios realizados (TENA SÁNCHEZ 2013, 7-

⁹⁸ De este parecer son JORDI TENA SÁNCHEZ Y FRANCISCO JOSÉ LEÓN, “Nuevas políticas de seguridad vial y motivación de los ciudadanos”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 138, (2012): 86.

31) sobre los posibles impactos de la entrada en vigor del carné por puntos (julio de 2006) y de la reforma del Código Penal (enero de 2008), concluyen que durante los 6 primeros meses de vigencia del carné por puntos se produjo una significativa reducción del porcentaje de positivos en controles de velocidad y que este efecto incluso se apreció un mes antes de la entrada en vigor de la Ley, mientras que en el caso de la reforma del Código Penal el porcentaje de positivos en controles de velocidad o alcoholemia no tuvo estos efectos tan significativos. Se coincide aquí con TENA SÁNCHEZ en que el factor con mayor poder disuasorio del incumplimiento de la norma no es tanto la amenaza de mayores sanciones sino el aumento de las posibilidades de que este incumplimiento sea descubierto⁹⁹.

De lo expuesto hasta ahora se puede concluir que el elemento normativo tiene una innegable influencia en las políticas de seguridad vial como base para la reducción de la accidentalidad en carretera, principalmente actuando sobre el factor humano, por ser éste el que se encuentra en un 90% de los accidentes de tráfico en los países desarrollados, aunque este elemento normativo debe ir dirigido igualmente a los otros componentes que intervienen en el accidente (la vía y el automóvil) para conseguir así una política de seguridad vial integral y orientada hacia la nueva línea marcada en la Unión Europea de “Visión Cero”. Pero el elemento normativo no debe ser el único ni el primero que un Gobierno adopte en el marco de una política de seguridad vial global, sino que cuando se decida establecer algún tipo de medida dirigida a orientar el comportamiento humano hacia unas pautas de conducta que se desarrollen en el marco que la sociedad considera como razonablemente seguras, estas medidas deberían ir necesariamente acompañadas de los correspondientes elementos de control que las hagan efectivas.

3.2. La política criminal en el marco de las políticas públicas

Uno de los aspectos que más controversia va a suscitar en el marco de las Políticas de Seguridad Vial y más concretamente en relación a las medidas

⁹⁹ En este mismo sentido se pronuncia el “Informe final alcohol, drogas y medicamentos en conductores de vehículos de España (junio 2015)”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 59, <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/investigacion/estudios-e-informes/2015/20150600.-Informe-2013-drogas-alcohol-y-medicamentos.pdf>

legislativas dirigidas a los usuarios de las vías, va a ser precisamente la política criminal a seguir con determinadas conductas.

Pero esta inclusión del “Subsistema Legislación” en el proceso de gestión de la seguridad vial, principalmente el dirigido al elemento humano desde la perspectiva penal, debe hacerse con cautela y en el marco de una política criminal dirigida a prevenir la delincuencia pero basado en un conocimiento objetivo y sistemático de la realidad.

En este apartado, la principal crítica a la gestación de la principal obra legislativa española, el Código Penal del 1995, la dirigen algunos autores a que ésta ha crecido huérfana de una verdadera política criminal con base empírica. En los procesos de elaboración de los documentos prelegislativos de este texto legal no se efectuó un estudio previo de detección de los problemas ni del planteamiento de estrategias, como tampoco fue sometido a un procedimiento transparente y público de consulta a la comunidad científica y a los sectores profesionales relacionados con el sistema penal, al estilo de lo que es habitual en los países anglosajones y del norte de Europa. En el proceso español no se han aplicado procedimientos basados en el “Análisis de Impacto Legislativo”, percibiéndose que “el impulso real de la política criminal española tiene que ver fundamentalmente con el *establishment* político-mediático, en el seno del cual se producen y alimentan políticas de gestos que atienden meramente a la dimensión simbólica del Derecho Penal, con objetivos a muy corto plazo”, buscando con ello sólo contentar a los distintos grupos sociales con determinadas medidas legislativas¹⁰⁰.

Está claro que la política criminal no puede desarrollarse a espaldas del conocimiento de la realidad que proporciona la investigación científica¹⁰¹, pero en este conocimiento resulta también útil recurrir a la política criminal comparada. La política criminal se ha convertido en uno de los sectores de las políticas públicas más controvertido, en donde agentes sociales y grupos de presión con muy diferente origen e intereses se han involucrado intensamente en la modificación de las políticas criminales nacionales, destacando el papel

¹⁰⁰ De este parecer es JOSEP MARIA TAMARIT SUMALLA, “Política criminal con bases empíricas en España”, *Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, nº 3 (2007): 3-8.

¹⁰¹ Al respecto, véase CARRERAS ESPALLARDO Y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Nuevo enfoque...”, 29-30.

que la política criminal comparada está alcanzando en los últimos años por parte de los estudiosos del derecho penal y de la criminología, mediante la confrontación entre los diferentes sistemas nacionales en función de su mayor o menor rigor punitivo¹⁰².

3.2.1. La política criminal española en seguridad vial

En España los delitos contra la seguridad vial han venido gozando de una atención preferente, como lo demuestra el endurecimiento en la normativa de tráfico, la implicación de la Fiscalía del Estado de Seguridad Vial o la concienciación de asociaciones de víctimas y medios de comunicación social¹⁰³, y esta postura viene a representar un claro ejemplo de la tendencia de la política criminal seguida por el legislador en los últimos años en donde otras necesidades han llegado a colocarse en un lugar prioritario incluso por delante del principio de ofensividad, como veremos a lo largo del presente trabajo, llegando a primar en algunos casos los fines político-criminales sobre los principios del Derecho penal.

Va ser precisamente la LO 15/2007 la que va a marcar el cambio en la nueva política criminal en materia de seguridad vial, debido al protagonismo que venía adquiriendo este problema en la sociedad. Y esta nueva política criminal se va a vincular a la agenda política y mediática debido a la actitud que va a tomar la sociedad y los poderes públicos hacia esa lacra social, pasando progresivamente de la resignación a una actitud de decidido combate, de lucha, de “tolerancia cero” hacia los infractores, habiendo cambiado actualmente incluso el discurso, que ha pasado de referirse a los accidentes de tráfico para hacerlo ahora de la “violencia vial”.

¹⁰² De este parecer es JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, “La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 13 (2011): 30-31, para quien la evaluación de cada uno de los diferentes sistemas penales nacionales permite colocarlos entre los dos modelos políticos criminales antagónicos existentes en el siglo XXI en el mundo occidental desarrollado, de un lado los Estados Unidos de América, como modelo político-criminal más enérgicamente inspirado en la exclusión social, y por otro lado los sistemas de control penal de los países nórdicos europeos (Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia), con una política criminal más decididamente enfocada en la inclusión social. Y este instrumento analítico de política criminal comparada nos permitiría conocer las reglas y prácticas punitivas con mejores prestaciones así como la identificación de aquellos sistemas nacionales más exitosos.

¹⁰³ Sobre el particular JUAN ANTONIO CARRERAS ESPALLARDO, “Visión criminológica de los delitos contra la seguridad vial en España”, *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, vol. 7, nº 4 (2011): 2.

Pero este cambio de percepción de la política criminal, en el ámbito de la seguridad vial, está siendo sometido a fuertes críticas por parte de la doctrina actual, pudiéndose apuntar a cuatro posibles motivos que han influido en el mismo.

“El primer motivo estaría relacionado con el incremento de demanda de seguridad, propio de la sociedad postmoderna del riesgo, y esa pretensión de que el Derecho penal desarrolle una función preventiva de manera manifiesta y rotundamente perceptible frente al aumento exponencial de las amenazas provenientes de los múltiples avances técnicos, constituyendo esa disminución de la tolerancia hacia la inseguridad un fenómeno transversal que afecta a todos los sectores de la actividad social y económica, y no sólo al fenómeno privativo del tráfico.

El segundo se centraría en el tratamiento dado por la sociedad de la información a estos riesgos del tráfico rodado que no son ciertamente “nuevos riesgos”, trasladando a toda la sociedad en tiempo real el drama sufrido por las víctimas en las carreteras y generando una gran sensación de impotencia y vulnerabilidad.

Un tercer factor que presionaría hacia una intervención penal más penetrante en el ámbito de la seguridad vial estaría vinculado a su intervención funcional para ocultar las responsabilidades de los poderes públicos en la remoción de los aspectos estructurales que están en la base de los problemas sociales, permitiendo orillar la corresponsabilidad de las Administraciones en la gestión de riesgos que son competencia suya y presentando otros factores como secundarios frente al “factor humano”.

Y por último cabría destacar un cuarto factor que habría contribuido a la creciente demanda de penalización y es la progresiva visibilidad de las víctimas, un fenómeno que no siendo privativo de éste ámbito, sí que ha sido redescubierto asumiendo en el ámbito de la seguridad vial unos perfiles propios por la magnitud del número de afectados y donde el porcentaje de españoles victimizados directa o indirectamente asume proporciones sin parangón en ningún otro ámbito de la delincuencia”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ En este sentido RAMÓN MIGUEL 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

Se coincide en este apartado con otros autores en destacar la tendencia actual de endurecimiento de la política criminal en materia de seguridad vial que se está llevando a cabo por parte de los diferentes partidos políticos¹⁰⁵, tendencia que es seguida igualmente en el plano internacional, y todo ello propiciado por la buena acogida que, aparentemente, tiene en la sociedad esa política punitivista¹⁰⁶.

El grupo de riesgo en el que se va a centrar esta política y el perfil del delincuente vial que va a tratar de analizar la criminología, como uno de sus objetivos, va a ser el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor, colocando a este conductor en una posición tan próxima al delito que podría llegar a ser calificado incluso como un “delincuente potencial”, pues la línea existente entre el delito y la infracción administrativa es tan próxima que puede ser cruzada en cualquier instante. Podría decirse que desde un punto de vista criminológico, “toda persona que participe en el tráfico rodado es un criminal en potencia y durante su participación se halla casi continuamente en una situación potencialmente delictiva”¹⁰⁷.

Otro dato que igualmente puede indicarnos la importancia que la seguridad vial representa desde el punto de vista político-criminal lo encontramos en la cifras aportadas por la Memoria de la Fiscalía General del Estado en 2018¹⁰⁸, donde se recoge que por delitos viales de peligro en el año 2017 se formularon el 29% del total de escritos de acusación presentados por el Ministerio Fiscal

de Reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9 (2007): 2-7.

¹⁰⁵ De este parecer es MIRENXXU CORCOY BIDASOLO, “Política criminal de la seguridad vial y garantías constitucionales”, en *Jornades sobre trànsit i dret penal: Mollet del Vallès, 2012*, (Mollet del Vallès: Institut de Seguretat Pública de Catalunya, 2013): 10-15, <http://hdl.handle.net/2072/220268>.

¹⁰⁶ Para CORCOY BIDASOLO, “se ha impuesto la creencia, generalizada en la clase política, de que el endurecimiento de las penas y el incremento de los delitos propicia un mayor número de votos”, y junto a esto, existe también una clara tendencia dirigida a reforzar la importancia de la víctima en la actual política criminal, lo que nos debe llevar a plantearnos qué Derecho penal queremos (debe ser) y sobre todo qué Derecho penal garantista y “medio” podemos conseguir (ser); también CORCOY BIDASOLO, “Expansión del Derecho penal...”, 46.

¹⁰⁷ De esta opinión JUAN ANTONIO CARRERAS ESPALLARDO, “Victimología vial: La prevención victimal en los siniestros de tráfico”, *Cuadernos de Criminología. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, Año IV, nº 15 (2011), 9.

¹⁰⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2018* (Madrid: Ministerio Fiscal, 2018), 657-658.

(MF), dando lugar al 32% de las condenas dictadas por los Tribunales por toda clase de delitos¹⁰⁹.

Un análisis de estas cifras viene a ratificar el impacto que la seguridad vial representa en el ámbito penal, aunque bien es cierto que una de forma desigual entre las diferentes figuras delictivas, como se puede observar en la Ilustración 4.

Diligencias previas Diligencias urgentes	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Art. 379.1 CP ..	789	1.542	805	1.063	1.003	1.021	752	818	902	813
Art. 379.2 CP ..	53.750	56.138	71.181	84.352	73.778	72.430	69.340	61.346	61.177	59.466
Art. 380 CP ...	1.221	2.673	2.901	3.058	2.799	2.587	2.384	2.310	2.658	2.761
Art. 381 CP ...	125	285	402	313	315	318	204	190	204	190
Art. 383 CP ...	1.337	2.277	1.977	2.087	2.087	2.070	1.884	1.550	1.583	1.819
Art. 384 CP ...	29.548	46.753	32.405	49.267	37.993	36.017	33.883	31.231	31.262	30.875
Art. 385 CP ...	985	890	740	510	535	411	396	482	417	379
Total	87.755	110.558	110.411	140.650	118.186	114.854	108.843	97.927	98.203	96.303

Ilustración 4. Evolución diligencias penales. Memoria Fiscalía General del Estado 2018.

Aun existiendo críticos y defensores de la política criminal seguida por el legislador español en materia de seguridad vial, es preciso reconocer que desde un punto de vista objetivo la accidentalidad de tráfico ha sufrido un constante descenso, estabilizado en los últimos años, tal vez algo más acusado desde la entrada en vigor de las reformas legislativas penales.

Pero si bien es cierto que el legislador debe tener en cuenta el sentir general de la gente y que resulta legítimo que la sociedad deba defenderse ante conductas gravemente antisociales, también es cierto que muchas veces el legislador se siente presionado por la opinión pública y bajo la influencia coincidente de sucesos que resultan lamentables, lo que provoca en ocasiones una errática labor legislativa a ritmo de la opinión pública de la que se hacen eco los medios de comunicación social.

¹⁰⁹ De todas estas condenas, casi el 90% fueron dictadas de conformidad y en un porcentaje muy alto con cumplimiento inmediato de las penas de privación del derecho a conducir y pérdidas de vigencia, así como un pronto cumplimiento de buena parte de las penas de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad.

Es por ello que esta labor legislativa debe partir siempre de una serena y profunda reflexión y no del oportunismo político de acontecimientos desgraciados que muevan a la sociedad a demandar una mayor exigencia punitiva, pues siendo legítimo el derecho de la sociedad a defenderse también debe existir un límite a ese derecho y, como viene demostrando al experiencia, tampoco sirven de mucho adoptar medidas severas en determinados ámbitos con la intención de disuadir al delincuente pues esto no siempre se consigue por esta vía.

Es precisamente en el ámbito de la seguridad vial donde se ha observado un mayor rigor en la creación de nuevos tipos penales y en el endurecimiento de otros con el único objetivo de reducir la siniestralidad pero con una clara tendencia a apaciguar demandas ante hechos y resoluciones judiciales que han causado indignación social. Sin embargo no toda reforma penal está justificada, existiendo razones que obligan a analizar tanto la evolución del ordenamiento jurídico como la inclusión de nuevas conductas penales, algo en lo que el lector se irá adentrando a lo largo de este trabajo y que permitirá alcanzar conclusiones sobre la necesidad de recurrir al Derecho penal en esta materia.

Antes de finalizar este Capítulo es preciso dejar constancia de que las modificaciones en los tipos delictivos introducidas por la LO 15/2007, en el marco de la política vial seguida en España, también vinieron acompañadas de todo un paquete de medidas en esos años, dando comienzo con la implantación del “carné por puntos”; el despliegue de los primeros radares fijos en las carreteras españolas; el incremento de 1.500 agentes en la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil; o la creación del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial y la vertebración de las secciones especializadas del Ministerio Fiscal, medidas todas ellas que, sin duda, han contribuido al objetivo común del descenso de la siniestralidad vial.

CAPÍTULO II

LA PROTECCIÓN JURIDICO-PENAL DE LOS NUEVOS RIESGOS

Constatado el problema y el interés común por encontrar soluciones válidas desde todas las perspectivas posibles, que sean capaces a la vez de producir sinergias positivas, toca ahora ir centrando el asunto en el aspecto normativo y especialmente en el sector jurídico-penal.

En el capítulo anterior ya ha quedado expuesta la necesidad de adoptar medidas que palien la sangría que representa la siniestralidad vial, pero esta necesidad en modo alguno puede justificar la intervención sin más del Derecho penal en otros ámbitos que pudieran resultar más propios del Derecho administrativo sancionador.

Es por ello que en el presente capítulo comenzaremos haciendo una valoración de todos los posibles recursos de que la sociedad se vale para intervenir ante los problemas que se le plantean, continuando con el análisis de las diversas posturas a favor y en contra de la intervención del Derecho penal frente a los nuevos riesgos surgidos en la sociedad de mediados del siglo XX.

También se introducirá el lector en el intenso debate sobre el uso de la técnica de los delitos de peligro, como barrera que pretende adelantar la tutela jurídica a bienes que no llegan a ser efectivamente lesionados sino puestos en situaciones de riesgo más o menos probable. En este apartado se presentarán las diferentes posturas doctrinales, siguiendo una técnica puramente descriptiva, que nos permitirán alcanzar conclusiones sobre la justificación de este Derecho penal del riesgo.

La discusión se centrará en la utilización de este control social formal que es el Derecho penal, en el actual Estado de Derecho, en donde los principios garantistas conquistados en la etapa de la Ilustración, como límite y justificación del *ius puniendi* del Estado, deben seguir sirviendo de marco ante esta intervención.

1. INTRODUCCIÓN AL CONTROL SOCIAL

“Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones (Cohen, 1988, 15; Ramonet, 1995, 66)”, concepto amplio que engloba todo aquello que garantice el orden social y que inevitablemente se encuentra vinculado a cada momento histórico concreto, por lo que las diferentes respuestas que se puedan dar a qué se considera conducta desviada y quién tiene interés en su control van a depender de las circunstancias de tiempo y lugar en que se produce la conducta, no pudiendo darse una respuesta universal válida¹¹⁰.

Si partimos de las teorías contractualistas, como criterio legitimador del orden social, se podría entender que en toda sociedad que se haya dotado democráticamente de una Constitución va a ser precisamente esa norma legal el lugar donde se recoja el contenido básico de este acuerdo social, dotándose de un grupo de principios o valores superiores que deban inspirar en todo momento la actuación de los poderes públicos, “introduciendo así dentro del sistema político-jurídico unas pautas valorativas cuyo rango normativo les otorgará una capacidad limitadora o promotora de sus actuaciones”¹¹¹.

Pero en este orden social se van a encontrar involucradas diferentes instituciones sociales, bien de naturaleza primaria como la familia, la escuela, la comunicación local, etc., o bien de naturaleza secundaria como la opinión pública, los tribunales, la policía, etc., que van a colaborar para que los comportamientos de los ciudadanos sean socialmente correctos, insertándose así en el sistema de control social bien socializando a los ciudadanos por medio del fenómeno de la interiorización de los comportamientos sociales adecuados, o bien estableciendo las expectativas de conducta tanto de los

¹¹⁰ Al respecto, véase JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I). Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 15-16.

¹¹¹ JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia*, nº 30 (1997): 10-11.

ciudadanos como de los órganos encargados de incidir sobre la conducta desviada.

En este apartado entendemos que “entre las funciones del Derecho, la de integración o de control social se considera fundamental ya que en ella, de alguna manera, están incluidas las otras funciones, siendo la tarea básica del Derecho la de producir y mantener la unidad y cohesión del grupo social, esto es, mantenerlo integrado”¹¹². De este modo el control social regula la conducta de los miembros de un grupo social a través del establecimiento de unos valores ideológicos y de normas de comportamiento, manifestándose este poder del grupo sobre sus miembros como la capacidad para lograr que éstos sigan determinados comportamientos, sancionando a la vez los comportamientos desviados.

Los mecanismos sociales dirigidos a obtener la aceptación del sistema de valores del orden social son múltiples y variados y van dirigidos a que el individuo los acepte condicionándolo a un comportamiento conforme a la norma social, de tal forma que a sus conductas desviadas les va a ser de aplicación respuestas sociales congruentes para reconducirla. Se encuentra así en el control social formal del Derecho penal la respuesta a determinadas conductas desviadas reguladas por el propio Derecho penal, representando de este modo el ejercicio de un control social específico: el control penal.

Es común clasificar los procedimientos utilizados por la sociedad para ejercer ese control social en formales o informales. “El control social informal va a tratar de condicionar al individuo, disciplinándolo a través de un largo y sutil proceso que comienza en los núcleos primarios (la familia, la escuela, la profesión y la instancia laboral), entrando en funcionamiento el conjunto de instancias formales del control cuando han fallado las instancias informales y reproduciendo las mismas exigencias pero de un modo coercitivo”¹¹³.

¹¹² Sobre el particular JOSU CRISTÓBAL DE-GREGORIO et al. *Teoría del Derecho* (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2003), 109.

¹¹³ Véase RAMÓN DE LA CRUZ OCHOA, “Control social y Derecho penal”. *Revista El otro Derecho. Visiones sobre el crimen y el castigo en América Latina (ILSA)*, nº 29, (2003): 43-45, según el autor la reacción social, como respuesta de la sociedad y el Estado a una conducta desviada, será formal e institucional o informal, considerando esta última como la reacción del grupo social a través de mecanismos extraoficiales por medio de la religión, la familia, la escuela, los medios de comunicación y los partidos políticos, pudiéndose manifestar de muy distinta naturaleza, como: presiones psíquicas, burla, desaprobación o menosprecio de las relaciones, o incluso mediante la violencia o el uso de la vía económica, la privación del puesto de trabajo o salario; también REBECA LÓPEZ PUERTA, “Teorías del control social”, *Centro*

Elementos fundamentales del sistema o institución de control social van a ser tres: 1º.- la norma; 2º.- la sanción; y, 3º.- el proceso o procedimiento de verificación de la infracción de la norma, de determinación de la sanción a imponer y de su cumplimiento¹¹⁴, orientados a asegurar la disciplina social, siendo la última autoridad del control social el Estado con su poder coactivo que debe ejercitar a través de la ley, que es la más formal y dramática manifestación del control social.

Coincidimos aquí con algunos autores al afirmar que teniendo en cuenta que los instrumentos de que se vale la justicia no son más que un medio de control social, la eficacia de ésta va a depender tres de factores¹¹⁵:

- 1.- Una buena legislación (es decir, una legislación aplicable).
- 2.- Aplicación rápida y segura.
- 3.- Penas moderadas y uniformes¹¹⁶.

Pero la Ley, como modo de control social, debe apoyarse a la vez en los mecanismos de control social informal, pudiéndose encontrar del mismo modo en toda sociedad diferentes órdenes normativos que van a servir para estimular la conducta social, convirtiéndose el Derecho penal de este modo en un subsistema más dentro del sistema de control social.

Y este control social penal entrará en funcionamiento cuando hayan fracasado todos los mecanismos primarios de control social e incluso las formas más blandas del control social formal que intervendrán previamente, pasando a intervenir el Estado a través de la justicia penal cuando el conflicto social alcance tal gravedad que su solución no pueda quedar a merced de

Crímina para el Estudio y Prevención de la Delincuencia (2015), 10, <http://crimina.es/crimipedia/topics/teorias-del-control-social/>

¹¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, "El bien jurídico protegido...", 11; también DE LA CRUZ OCHOA, "Control social...", 45.

¹¹⁵ De esta opinión es WOLF MIDDENDORFF, "Problemas generales de la seguridad del tráfico", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 31, nº 2 (1978): 287-289, quien llega a poner como ejemplo de una prevención general eficaz a los Estados Escandinavos, con una estricta legislación para la represión de la embriaguez en la conducción y que ha tenido un efecto considerable en Noruega, donde el riesgo de prisión por conducción bajo la influencia del alcohol es una realidad viva para todo automovilista.

¹¹⁶ Para MIDDENDORFF, "Estos tres factores son interdependientes, y la tarea más importante del legislador, de la policía y del poder judicial consiste en asegurar el máximo de eficacia estableciendo un buen equilibrio entre ellos, siendo necesario que las leyes sean fácilmente aplicables por los tribunales de primera instancia y fácilmente comprendidas por el público, definiendo el procedimiento ideal como aquel que combina la rapidez con la certeza de las persecuciones judiciales".

otras instancias de control, desprendiéndose dos consecuencias que afectan al control penal: 1.- la naturaleza subsidiaria de éste; y, 2.- la necesidad de una correcta coordinación e integración de los tipos de control como base para una eficaz prevención del delito (DE LA CRUZ OCHOA 2003, 50).

El control social penal, como subsistema en el sistema total de control social, presenta una especificidad derivada del objeto a que se refiere, pues no afecta a toda conducta desviada sino sólo al delito y a los medios que utiliza para llevar a efecto su prevención, operando siempre acorde al principio de legalidad que exige un alto grado de formalización.

El poder penal “es un fenómeno social y político sujeto a los vaivenes de las épocas, de los intereses o del poder de los distintos actores y de las características generales del mundo social y siempre se ha ejercido con algún nivel de organización”¹¹⁷. El ejercicio de la violencia estatal, en cierto modo organizada, va a formar parte de la política criminal del Estado y como tal siempre ha estado presente en todas las sociedades organizadas habiendo acompañado así a los diferentes fenómenos sociales. Pero también es cierto que esa violencia penal institucionalizada, que en otras épocas se ha cubierto de un manto de legalidad que permitía al Soberano o al propio Estado aplicarla a su antojo, se ha visto limitada en determinados momentos históricos por una serie de principios dirigidos a impedir una aplicación desmedida y arbitraria de ese *ius puniendi* del Estado.

En este sentido hay que entender que si todo orden social va a contar con unos eficaces mecanismos primarios de autoprotección, la intervención del control social formal sólo se legitimaría cuando la entidad del conflicto exigiera respuestas formalizadas más enérgicas a causa de la insuficiencia de las instancias informales, reservando la intervención penal del Estado para los conflictos más graves que requieran un tratamiento más severo mientras que los conflictos de menor entidad serían abordados con instrumentos más ágiles y menos gravosos socialmente, quedando el Derecho penal como la *ultima ratio*¹¹⁸.

¹¹⁷ Sobre el particular, véase ALBERTO M. BINDER, “La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político-criminal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 12, (2010): 213.

¹¹⁸ En este sentido EDUARDO BERTONI, *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (Buenos Aires: CELE, 2010), 176.

Las normas penales ni crean nuevos valores ni se constituyen en un sistema autónomo de comportamiento humano en la sociedad, no pudiendo concebirse un Derecho penal que conviva desconectado del resto de instancias del control social, por lo que sólo tiene razón de ser este Derecho penal si representa una continuación del conjunto de instituciones públicas y privadas con la misma misión que éstas, consistente en socializar y educar para la convivencia a los individuos de la sociedad. De este modo estas normas penales se van a dirigir a los actores sociales pretendiendo regular sus relaciones, haciendo una valoración negativa de ciertos actos independientemente de la persona que realice la conducta desvalorativa.

La norma tiene su origen en la realidad social y su objeto debe ser la protección de bienes jurídicos como fuente de validez material, apareciendo así las normas y los bienes jurídicos indisolublemente ligados, y esta exigencia de una lesión del bien jurídico para poder exigir responsabilidad penal va a dar lugar al principio garantista de lesividad.

El Derecho penal se convierte así en un medio de control social que protege las condiciones indispensables para la convivencia social, existiendo otras formas que deben precederle y que cuando se ven sobrepasadas van a dar paso a las formas jurídicas. Pero incluso dentro de estas últimas, existen otras ramas del ordenamiento capaces de intervenir antes de que lo haga el Derecho penal, como son el civil, el administrativo o el mercantil, convirtiéndose de esta forma el Derecho penal en un subsistema más dentro del control social. Hoy día sin embargo da la impresión de que este Derecho se ha convertido más en un instrumento político que en un mecanismo apto para la protección jurídica de las relaciones sociales.

2. POSTURAS DOCTRINALES FRENTE A LA “SOCIEDAD DEL RIESGO”

Desde finales del siglo XX se viene observando una controversia en el discurso penal en torno al asunto relacionado con un Derecho penal que sea capaz de responder a los desafíos que surgen de un nuevo modelo de sociedad, “en cuyo centro figuran riesgos y consecuencias de la modernización que se plasman en amenazas irreversibles a la vida de las plantas, de los animales y de los seres humanos. Al contrario que los riesgos empresariales y

profesionales del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, estos riesgos ya no se limitan a lugares y grupos, sino que contienen una tendencia a la globalización que abarca la producción, la reproducción y no respeta fronteras de los Estados nacionales, con lo cual surgen unas amenazas globales que en este sentido son supranacionales y no específicas de una clase y poseen una dinámica social y política nueva”¹¹⁹.

El desastre nuclear de Chernobil, producido el 26 de abril de 1986, y la amenaza de contaminación atómica que no respetaba fronteras obligó a plantearse las nuevas amenazas producto de la modernidad. Ahora, un simple accidente, algo no pretendido ni agresivo sino más bien un acontecimiento que habría que evitar, va ser capaz de transformar la humanidad del error en fuerzas destructivas incomprensibles¹²⁰, pues habiendo aprendido a protegernos contra las amenazas de la naturaleza, actualmente contra las amenazas industriales nos hayamos casi desprotegidos, dando origen de este modo a lo que BECK ha denominado “la sociedad del riesgo”, favoreciendo esta sociedad, con toda su complejidad, la aparición de nuevos peligros artificiales ante los que los ciudadanos van a sentirse amenazados.

Para BECK los riesgos no equivalen a la destrucción sino a su amenaza, comenzando el discurso del riesgo donde la confianza en nuestra seguridad termina, enmarcando el concepto del riesgo en un estado intermedio entre la seguridad y la destrucción. Según el autor, “el concepto de riesgo, considerado científicamente (riesgo = accidente x probabilidad), toma la forma de cálculo de probabilidades, lo cual nunca puede dejar de considerar el peor de los casos”. El riesgo puede ser considerado como una forma de calcular las consecuencias imprevisibles, de hacer predecible lo impredecible¹²¹.

En una sociedad del riesgo la pregunta que debemos hacernos es: ¿cómo queremos vivir?, algo que se asemeja mucho a la cultura actual de “visión cero” en el campo de la seguridad vial y que obliga a determinar ¿cuál es el riesgo tolerable y cuál ha dejado de serlo? y ¿ante qué tipo de actividades deben intervenir los poderes públicos?

¹¹⁹ Al respecto, véase ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, (Barcelona: Paidós Básica, 1998), 19.

¹²⁰ *Ibid.*, 12.

¹²¹ Sobre el particular ULRICH BECK, “Retorno a la teoría de la «sociedad del riesgo»”, *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, nº 30 (2000): 10-15.

La propia investigación implica ciertos riesgos, resultando a la vez necesaria para el avance de la sociedad, siendo sus beneficios indiscutibles como lo son los riesgos que ello implica, por lo que deben ser conjuntamente la comunidad científica, la Administración y la propia sociedad quienes establezcan los límites de aquella y sus riesgos necesariamente asumibles. “Que deben existir límites no obsta para advertir que la producción y creación científica constituye un derecho fundamental recogido en la Constitución, art. 20.1.b), y que los poderes públicos, de acuerdo con el art. 44.2. CE, deben promover la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general”¹²².

Reconociendo la existencia de una rica polémica en torno a la procedencia o no de ampliar el campo de actuación del Derecho penal a los nuevos ámbitos capaces de generar una importante lesividad social, el debate sobre el Derecho penal de la sociedad del riesgo va a partir de la constatación de un conjunto de realidades sociales¹²³ que van a impulsar demandas de intervención socioestatal dirigidas al control de riesgos, pudiendo encontrar la política criminal entre los mecanismos sociales aplicados a ese control.

La sociedad del riesgo se va a caracterizar por una complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad y al mismo tiempo por una sensación de inseguridad subjetiva ante los nuevos peligros, lo que ha impulsado que el Derecho penal actual sea un Derecho en expansión como respuesta a esta nueva sociedad, quedando vinculada esta expansión del Derecho penal básicamente a la defensa de la sociedad moderna ante esos nuevos peligros que comporta la era post-industrial. Ante esta situación van a surgir irremisiblemente las dudas sobre si: 1º.- ¿es adecuado que el derecho penal se expanda para hacer frente a estos nuevos peligros o deberían ser otras ramas del Derecho las que cubrieran los nuevos espacios que reclaman protección?; 2º.- ¿en esa expansión del Derecho penal éste debería mantener su

¹²² Véase MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13 (2003): 38-39.

¹²³ Sobre el particular JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7 (2005): 3-4, el autor sintetiza estas realidades sociales en tres grandes bloques: 1º.- la generalización en la sociedad moderna de nuevos riesgos, que afectan a amplios colectivos, y que podrían ser calificados como artificiales en cuanto producto de nuevas actividades humanas; 2º.- la apreciación de crecientes dificultades para atribuir la responsabilidad por tales riesgos a determinadas personas o colectivos; y 3º.- en la sociedad actual se ha difundido un exagerado sentimiento de inseguridad.

configuración actual?; y, 3º.- ¿esta expansión supone una merma de las libertades individuales de los ciudadanos?¹²⁴.

Está claro que los nuevos procesos tecnológicos al igual que los nuevos usos sociales, como puede ser el tráfico rodado, multiplican las situaciones de riesgo, debiéndose ponderar en cada caso la utilidad social relevante que aporta la actividad concreta para la funcionalidad y desarrollo de la sociedad en relación con la protección que se pretende alcanzar para el bien jurídico. Y es en este punto de conflicto en el que parece que se están abandonando las concepciones del Estado liberal clásico, con unos principios inspiradores de un Derecho penal de origen liberal y con una clara tendencia a la pragmatización de éste en el marco de la actual sociedad de riesgo, dando origen a lo que se ha venido en denominar el “riesgo permitido”. Aquí es donde surge el primer punto de debate sobre una posible politización del Derecho penal del riesgo, que lo lleve a cotas inaceptables totalmente al margen de los límites y principios que deben marcar su frontera.

De este modo, a la hora de valorar positiva o negativamente la evolución del Derecho penal vamos a poder encontrar: 1º.- por una parte a quienes entienden que se trata de una tenencia perversa del Derecho penal contemporáneo que amenaza los principios básicos que limitan el poder punitivo, así como las garantías de su aplicación; y, 2º.- por otra a los que piensan que la transformación del Derecho penal es inevitable debido al impulso de los cambios sociales, o que resulta, pese a todo, deseable de cara al enfrentamiento con unos medios más idóneos a los nuevos fenómenos sociales¹²⁵.

Y ante estos dilemas van a surgir diversas posturas doctrinales en respuesta a la necesidad o no de la expansión del Derecho penal para hacer frente a las nuevas realidades sociales, que pueden agruparse en torno a dos discursos ideológicos y político-criminales diferentes, unas en contra de la modernización del Derecho penal y otras a favor.

¹²⁴ En este sentido MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ DÍAZ, “Sociedad del riesgo e intervención penal”, *Revista electrónica de Ciencia y Criminología*, nº 16 (2014): 3-4, <http://criminnet.ugr.es/recpc/>

¹²⁵ Véase JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, “Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, nº 4 (2003): 112.

2.1. Teorías de resistencia a la modernización del Derecho penal

Actualmente podemos encontrar una parte de la doctrina que viene siendo crítica con este Derecho penal moderno, abogando por un Derecho penal mínimo reducido a lo que se consideran bienes jurídico-penales clásicos en torno a los derechos básicos del individuo, así como un respeto a ultranza de las reglas de imputación y los principios político-criminales de garantía del Derecho penal clásico o de la Ilustración¹²⁶.

El máximo exponente de esta corriente lo representa la “Escuela de Frankfurt”, para la que el Derecho penal moderno se caracteriza por orientarse hacia lo empírico, favoreciendo conceptos basados en la prevención más que en la retribución y que intenta vincular al legislador con principios como el de protección de bienes jurídicos¹²⁷. HASSEMER, como máximo representante de esta escuela, destaca tres características que se oponen al Derecho penal clásico: 1ª.- la protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a otro positivo de criminalización, con una mayor demanda de ésta; 2ª.- la prevención se transforma a la vez en el paradigma dominante, cuando debería ser un objetivo colateral del Derecho penal; y, 3ª.- la orientación a las consecuencias se ha convertido en el objetivo predominante del Derecho penal moderno, cuando sólo era un criterio adicional para justificar una adecuada legislación. Todo esto lo convierte en un medio de solución de conflictos similar a otros menos severos y que terminan por colocarlo como una ley blanda (*soft law*), convirtiéndolo en un recurso que no se percibe distinto de otros, en un Derecho penal simbólico.

Para el precitado autor, los rasgos que van a caracterizar a este Derecho penal moderno van a ser: a) la ampliación de los ámbitos de intervención criminalizando nuevos tipos penales (medio ambiente, drogas, protección de datos, etc.); b) la utilización de nuevos instrumentos que amplíen su capacidad expansiva (bienes jurídicos colectivos y tipos de peligro abstractos); c) el cambio de las funciones del Derecho penal que ahora se va a convertir en un

¹²⁶ En este sentido CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “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*, nº 7 (2003): 954.

¹²⁷ Al respecto, véase WINFRIED HASSEMER, “Rasgos y crisis del Derecho penal moderno”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, trad. Elena Larrauri, vol. 45 nº 1 (1992): 235-246.

instrumento de política interior; d) el peligro de que sólo pueda ejecutarse de forma deficitaria así como la expectativa de que se retrotraiga a funciones meramente simbólicas; y, e) los costes que suponen los delitos de peligro abstracto respecto a la disminución de los requisitos de punibilidad y de las posibilidades de defensa, así como la supeditación del Juez al legislador, haciendo con ello un Derecho penal más flexible y generalizado a la vez que más ágil, limando los principios procesales penales en lo que se ha denominado “negociación (*deal*) del proceso”, que se va a desarrollar al margen de los tradicionales principios jurídicos, más costosos en tiempo y dinero.

En ese sentido HASSEMER propone reducir el Código penal a su núcleo mínimo sobre la base de la lesión a bienes jurídicos individuales tradicionales y casos de grave peligro, pero apunta a la vez la posibilidad de recoger el resto de problemas que ha venido asumiendo el Derecho penal en un bloque al margen de éste en el que las tradiciones normativas y personales del Derecho penal podrían ser una orientación de gran ayuda, se trataría de un “Derecho penal de intervención” de carácter extrapenal que asumiera ciertas garantías propias del Derecho penal.

Los penalistas italianos BARATTA y FERRAJOLI también se oponen a esta expansión del Derecho penal, proponiendo el primero una idea de mínima intervención penal como respuesta a la cuestión sobre los requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos en la ley penal, en donde el concepto de derechos humanos asume una doble función, una primera negativa de límite a la intervención penal y otra segunda positiva que se encarga de definir el objeto, posible pero no necesario, de la tutela penal. En opinión de BARATTA, la ley penal debe cumplir una serie de requisitos mínimos de respeto de los derechos humanos, proponiendo el autor una serie de principios de una política de menor intervención penal que va a agrupar en dos categorías, según el punto de vista que se adopte en relación con el Derecho penal: 1º.- “principios intrasistemáticos, que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley; y, 2º.- principios extrasistemáticos, que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la

descriminalización y para la construcción de los conflictos y los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal”¹²⁸.

Para el segundo de los autores anteriormente citados, “la propuesta de un derecho penal mínimo¹²⁹ reconducido únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica”¹³⁰. Este derecho penal mínimo se va a posicionar frente a las teorías del derecho penal máximo¹³¹, como un modelo garantista para el ciudadano que presenta una serie de condiciones contra el arbitrio o el error penal: “no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y culpabilidad del autor y, además, su prueba empírica llevada ante el Juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente establecidos”¹³², identificando así al “derecho penal mínimo” con el del Estado de Derecho en

¹²⁸ Respecto a esta clasificación, véase ALESSANDRO BARATTA, *Criminología y sistema penal: (compilación in memoriam)*, (Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., 2004), 299-304.

¹²⁹ Sobre el particular LUIGI FERRAJOLI, “El derecho penal mínimo”, en *Prevención y teoría de la pena*, dtor. Juan de Bustos Ramírez, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995), 39-40, el autor va a identificar el fin general del derecho penal con la minimización de la violencia en la sociedad (tanto del delincuente como de la parte ofendida) y afirma que el derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra las amenazas que representan los delitos, sino que dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, es decir, el derecho penal se justifica en cuanto la “ley del más débil”, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte, constituyendo los derechos fundamentales precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como “bienes”. La pena se justificaría como un mal menor respecto de otras reacciones no jurídicas y estando tanto más justificado el monopolio estatal de la potestad punitiva cuanto más bajos son los costos del derecho penal respecto de los costos de la anarquía punitiva, proponiendo un modelo normativo que denomina “derecho penal mínimo”.

¹³⁰ Véase LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 10.

¹³¹ En este sentido LUIGI FERRAJOLI, “Criminalidad y globalización”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo (Tomo IV, Vol. 1)*, coord. Miguel Carbonel Sánchez, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Veladés Ríos, (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 653-660; también en *Iter Criminis-Revista de Ciencias Penales*, nº 1 (2005): 71-79; mismo autor en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 39, nº 115 (2006): 301-309, para el autor, la globalización ha generado una nueva forma de criminalidad internacional, que a su vez ha provocado una profunda crisis en el derecho ante la impotencia de producir reglas a la altura de los nuevos desafíos, que se va a manifestar en materia penal en la quiebra de las dos funciones garantistas: 1ª.- la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; y, 2ª.- las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales. El resultado de esta crisis es un “derecho penal máximo”, desarrollado fuera de cualquier diseño racional y en crisis frente a todos los principios garantistas clásicos de legitimación.

¹³² Véase FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, 103-104.

oposición el “derecho penal máximo” que se identificaría con un Estado absoluto o totalitario, en relación con los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema. La certeza del derecho penal máximo radica en que ningún culpable resulte impune, a costa de que algún inocente pueda ser castigado, mientras que el derecho penal mínimo persigue la certeza de que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que algún culpable pueda resultar impune, lo que viene garantizado por el principio *in dubio pro reo*¹³³.

FERRAJOLI critica el sistema jurídico que se caracteriza por una triple inflación de los bienes penalmente protegidos mediante: 1º.- la proliferación cuantitativa de los intereses tutelados, asumiendo funciones autoritarias mediante el incremento de delitos sin daño o aumentando incontroladamente los delitos contravencionales y de bagatela; 2º.- la ampliación del campo de lo designable como bienes tutelados mediante la utilización de términos vagos, imprecisos o valorativos; y, 3º.- la creciente anticipación de la tutela mediante los delitos de peligro abstracto o presunto. Todo ello nos lleva a la disolución del concepto de “bien penal” como criterio axiológico de orientación y delimitación de las opciones penales¹³⁴.

En España esta postura es defendida por SILVA SÁNCHEZ, quien no niega la posibilidad de que el recurso al Derecho penal pueda constituir una salida fácil al que los poderes públicos van a recurrir para hacer frente a graves problemas sociales que no pueden o no quieren resolver de otro modo mediante el recurso a medios distintos o reacciones penales de menor intensidad, optando finalmente por atender la demanda social de una intervención punitiva que en ocasiones responden a fenómenos de psicología social sin base real¹³⁵. La nueva criminalidad y la aparición de nuevos riesgos ha propiciado una exigencia racional de la población hacia los poderes públicos de incrementar su intervención a fin de garantizar la seguridad general, ampliando el espacio propio de la legislación penal o incrementando las penas tradicionales en una política que algunos denominan como de “populismo punitivo”, que presenta como efecto claro la restricción de las libertades públicas, surgiendo así la

¹³³ *Ibid.*, 106-107.

¹³⁴ *Ibid.*, 475.

¹³⁵ Así lo entiende JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001), 113.

cuestión de su eficiencia, es decir, si los costes de libertad que debe soportar la sociedad se van a ver compensados por unos incrementos reales de seguridad general o no¹³⁶.

El conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos a afectado al Derecho penal configurándolo en lo que se ha venido a denominar “expansión”, siendo una de sus manifestaciones más significativas la flexibilización de los principios político-criminales o de las reglas de imputación. De esta forma, la introducción de nuevos objetos de protección junto a la anticipación de las fronteras de la protección penal ha motivado una rápida transición del modelo de delito de lesión de bienes individuales al modelo de peligro para otros bienes supraindividuales (SILVA SÁNCHEZ 2001, 121). Esta orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos, en el espacio y en el tiempo, ha culminado en un proceso en el que el Derecho penal se ha “administrativizado”.

En este sentido afirma el ya citado autor que “el Derecho administrativo sancionador es esencialmente el Derecho del daño cumulativo o, también, del daño derivado de la repetición, que exige de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estimara ilícito”, es decir, habría que valorar la posibilidad de que un gran número de personas decidieran realizar una conducta estimada en principio lícita¹³⁷, no existiendo ninguna posibilidad de introducir en ella elementos de lesividad concreta¹³⁸.

¹³⁶ Sobre el particular, véanse JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “El populismo punitivo”, *Escritura pública*, nº 55, (2009): 15; SOLEDAD GIL NOBAJAS, “Globalización e inseguridad ciudadana: algunas repercusiones en el marco de las últimas reformas del Código Penal español”, *Revista Cenipec*, nº 30 (2011): 12-13.

¹³⁷ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 130-136, el Derecho administrativo sancionador es entendido como un sistema orientado a ordenar de modo general sectores de actividad, reforzando con sus sanciones el modelo de gestión sectorial, no estando por ello vinculado a criterios de lesividad o peligrosidad, operando con el “daño cumulativo” que exige de hecho de una valoración del hecho específico considerado aisladamente y conformándose como una ponderación del “peligro global”, es decir del peligro estadístico derivado de la hipotética generalización de conductas como la descrita. El Derecho penal clásico no puede admitir una imputación de una conducta individual que no lesione ni ponga en peligro un bien jurídico operando sólo con el *efecto sumativo* o de *peligro global* que resulta de la eventual generalización de esa conducta (delitos de acumulación).

¹³⁸ *Ibid.*, 126-128, recurre el autor a varios ejemplos para ilustrar esta teoría, siendo uno de ellos el límite de alcoholemia permitido en la infracción administrativa en materia de tráfico rodado, afirmando que, obviamente, dicho límite o incluso uno inferior puede tener todo su sentido desde perspectivas globales de ordenación del sector, desde perspectivas estadísticas,

SILVA SÁNCHEZ llega a admitir una cierta expansión del Derecho penal, dada la configuración y aspiraciones de las sociedades actuales, en lo que él va a denominar una “segunda velocidad del Derecho penal”. Para este autor, la teoría del delito clásica y las instituciones procesales, que garantizan un Derecho nuclear de la pena de prisión, no tendrían que manifestar idéntica medida de exigencia en un Derecho penal moderno con vocación intervencionista y reglamentadora basado en penas pecuniarias y privativas de derechos, pudiendo hacerse frente a todo ello desde una configuración dualista del sistema del Derecho penal, con reglas de imputación y principios de garantía a dos niveles¹³⁹. “El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (convertido en un indeseable soft law) y un Derecho penal mínimo y rígido (seguramente imposible) debe hallar así una solución en el «punto medio» de la configuración dualista”¹⁴⁰.

Pero SILVA SÁNCHEZ va más allá y se plantea incluso la posibilidad de admitir una “tercera velocidad del Derecho penal”¹⁴¹, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia flexibilización de garantías político-criminales, considerando que esta tercera velocidad debería ser reducida a la mínima expresión y que resultaría inevitable en determinados ámbitos excepcionales (delincuencia patrimonial profesional, delincuencia sexual violenta y reiterada o fenómenos como el terrorismo) y por tiempo limitado.

Otro autor que parece criticar esta modernización del Derecho penal es JAKOBS, a quien no resulta fácil sin embargo posicionar entre las posturas favorables o contrarias, pues si bien existen rasgos compatibles con un Derecho penal moderno también se pronuncia de forma bastante crítica frente

teniendo en cuenta que una mayoría de personas presenta un peligro para la circulación cuando presentan unas determinadas tasas de alcohol, pero este criterio por sí solo no es operativo en el ámbito jurídico-penal donde no interesa el aspecto estadístico, sino si la persona cuya conducta estamos enjuiciando puso realmente en peligro bienes jurídicos o no, constituyendo aquí esta apreciación estadística una presunción *contra reo* en la que a su entender no se da base suficiente para la imputación.

¹³⁹ *Ibid.*, 156.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 160, se trata de realizar una división del Derecho penal en dos bloques o niveles de rigor diferentes configurando un Derecho penal de dos velocidades, donde la primera se correspondería con el Derecho penal clásico que comportaría la pena de prisión y donde la segunda velocidad, en cambio, sería una especie de Derecho penal accesorio en el que se integrarían los delitos de acumulación o peligro presunto y donde no tendrían cabida la penas privativas de libertad.

¹⁴¹ Se correspondería con el llamado “Derecho penal del enemigo” según el término acuñado por GÜNTHER JAKOBS y que el propio SILVA SÁNCHEZ identifica con su propuesta de esa tercera velocidad.

a algunos aspectos del mismo, como en la anticipación de la tutela penal a través de la criminalización previa a la lesión del bien jurídico¹⁴². La vinculación a la tesis restrictiva de la intervención penal no parece ser la asumida por JAKOBS, como se deduce de su concepción de la seguridad como un derecho cuyo aseguramiento puede ser exigido por el Estado, y especialmente por el alcance dado a su denominado Derecho penal del enemigo¹⁴³, que le sitúa en plena sintonía con una modernización en todos los niveles: del riesgo y la seguridad ciudadana.

JAKOBS manifestaría en una primera fase (Frankfurt 1985), en el contexto de criminalizar determinadas conductas en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, la necesidad de separar en casos excepcionales el Derecho penal del enemigo del Derecho penal de los ciudadanos con el fin de preservar el Estado liberal, surgiendo posteriormente una segunda fase (Berlín 1999) orientada a los delitos graves contra bienes jurídicos individuales, diferenciándose así entre un Derecho penal del ciudadano dirigido a personas y el Derecho penal del enemigo destinado a no personas y que es, según JAKOBS, necesario para combatir por ejemplo el terrorismo¹⁴⁴.

Este sujeto peligroso (“enemigo”) se va a caracterizar por abandonar el Derecho en forma permanente, se trataría de delincuentes que se desviarían por principio, no ofreciendo garantía de un comportamiento personal acorde con el Derecho, y siendo el sujeto activo de la conducta concebido tan solo como “fuente de peligro”, por lo que va a corresponder al Estado hacerles frente mediante la eliminación preventiva de esa fuente de peligro que constituye el sujeto así definido como peligroso, en lo que algunos autores denominan críticamente como “Derecho penal de autor” en contraposición al “Derecho penal del hecho”. El autor viene así definido tan solo por el hecho de

¹⁴² Al respecto, véase JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA Y DIANA MARÍA RESTREPO RODRÍGUEZ, “El debate sobre la modernización del Derecho penal: Materiales de investigación”, *Cuadernos de Investigación*, nº 53, (2007): 17-19.

¹⁴³ En este sentido GÜNTHER JAKOBS Y MANUEL CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, (Madrid: Civitas, 2003), 32, para JAKOBS es necesario distinguir entre un “Derecho penal del ciudadano” (que se va a aplicar a quienes no organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales la pena busca la contradicción de un hecho para asegurar la vigencia normativa) de un “Derecho penal del enemigo” (que se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es la eliminación de un peligro).

¹⁴⁴ Sobre el particular KAROLINA VÍQUEZ A., “Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?”, *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3 (2007): 2.

que puede constituir un peligro para el bien jurídico protegido, justificándose así la adopción de medidas protectoras desde el punto de vista penal ante los más tempranos signos de peligro, siendo considerando por ello al autor como potencialmente peligroso para los bienes de la víctima.

Va a ser considerado como enemigo a quien vive del delito, para el delito y por el delito, caracterizándose este Derecho penal del enemigo por tres elementos: 1º.- por un amplio adelantamiento de la punibilidad, en donde la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (hecho futuro) en lugar de retrospectiva (hecho cometido); 2º.- por un incremento desproporcionado de las penas frente al Derecho penal “normal”; y, 3º.- por la flexibilización o incluso supresión de determinadas garantías procesales individuales (JAKOBS Y CANCIO MELIÁ 2003, 79-81).

Pero también podemos encontrar en este apartado otra postura intermedia entre las ya citadas de HASSEMER (que propone la creación de un “Derecho de intervención”) y la de SILVA SÁNCHEZ (que patrocina lo que él denomina un “modelo dual”) y que es la que presenta MARTÍNEZ-BUJÁN, quien considera preferible la propuesta del modelo dual del sistema penal frente al cuerpo legislativo intermedio del Derecho de intervención, pues la opción de seguir manteniendo las infracciones no nucleares o accesorias en el seno del Derecho penal presentan indudables ventajas. Para este autor, ese otro Derecho accesorio al Derecho penal clásico y reducido debería igualmente ser un auténtico Derecho penal, regido por las mismas reglas de imputación y principios de garantía jurídico-penales, a pesar de que estos deban ser flexibilizados o relativizados, con la única excepción de que para estos ilícitos no estaría prevista la pena privativa de libertad (MARTÍNEZ-BUJÁN 2003, 964).

Centrándose en los delitos económicos, concluye este autor, que “si bien es innegable el fenómeno de la expansión del Derecho penal y que esa expansión se ha llevado a cabo en ocasiones de un modo censurable, esta reflexión no autoriza a realizar la descalificación global de la legitimidad de la intervención penal en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen de la órbita del Derecho penal clásico”. Apoyándose, metafóricamente hablando, en la teoría del “*Big Bang*”, donde tras la gran explosión inicial el Universo no dejó nunca de expandirse y que en la actualidad lo hace cada vez más deprisa, MARTÍNEZ-BUJÁN afirma que el crecimiento del Derecho penal gestado en la

época de la Ilustración se halla justificado y que incluso resulta lógico que, al compás de las profundas renovaciones sociales que se han operado en los últimos tiempos, crezca cada vez más aceleradamente, lo cual no implica una ampliación indiscriminada que entrañe una flexibilización de las reglas penales de imputación y una relativización de los principios político-criminales de garantía, sino que en relación con los nuevos delitos integrados en el Derecho penal, sólo se admitiría cierta flexibilización para aquellas figuras delictivas que no tuviesen asignada la pena privativa de libertad (MARTÍNEZ-BUJÁN 2003, 983-984).

El progreso tecnológico generador de nuevas realidades sociales ha impulsado la anticipación y extensión de la tutela a bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el Derecho penal, lo que, para algunos autores, ha producido una clara tendencia hacia la hipertrofia del mismo, incriminando hechos en sí mismos insignificantes pero que presentan una necesaria e irrenunciable represión ante la tardía e ineficaz tutela que suponía atender únicamente a los bienes jurídicos finales, pero provocando igualmente en algunos casos un alcance de las normas tan omnicomprensivo e indeterminado que ha llevado a una “bagatelización del Derecho penal”¹⁴⁵. Se puede así observar un fenómeno de carácter cuantitativo, de incremento de la criminalidad, ante el que al legislador se le van a presentar tres grandes opciones político-criminales: criminológica, estructural y normativa, siendo esta última la que obliga a adoptar soluciones en el campo del ordenamiento jurídico que sin requerir inversiones ni gastos económicos para el Estado sí que suelen implicar un coste para la coherencia teleológica del sistema, y así se manifiesta en el plano procesal en donde la vía elegida es la de creación de procedimientos alternativos simplificados que se van a basar en la aceptación de culpabilidad por parte del acusado a cambio de una reducción de la pena, lo que comporta una quiebra de las garantías, produciéndose también una especie de “privatización” del conflicto penal con posibles distorsiones de la función de la pena y de la misma idea de justicia.

¹⁴⁵ De esta opinión es FRANCESCO PALAZZO, “Principio de última ratio e hipertrofia de Derecho penal”, en *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam*, coord Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, vol. 1 2001), 433-434.

En síntesis este discurso de resistencia, puesto de manifiesto por las diferentes teorías ya expuestas, se opone a un Derecho penal moderno al que le atribuye la ruptura de las garantías penales del Estado de Derecho, en especial respecto a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y de *ultima ratio*, entendiéndose igualmente que los objetos que protegen los nuevos tipos penales carecen de la condición de bienes jurídicos al no estar constituidos por ninguna realidad empírica perceptible que pueda ser referida a intereses concretos de las personas.

No deja de sorprender por ello que actualmente un amplio sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española continúen defendiendo un “Derecho penal nuclear” en el que se excluya de la intervención penal los riesgos que a los ciudadanos le parecen más graves, como son la mayoría de los mencionados como “nuevos riesgos” (seguridad del tráfico, medio ambiente, delincuencia fiscal, corrupción, etc.).

2.2. Teorías de modernización del Derecho penal

Frente a las tendencias “reduccionistas” que abogan por un Derecho penal mínimo o nuclear, basado en bienes jurídicos personales y tipos configurados como delitos de lesión, se posicionan los que defienden la tendencia opuesta de expansión o modernización del Derecho penal, como el alemán SCHÜNEMANN para quien la indiscutible modernización de la sociedad también abarcaría naturalmente las conductas desviadas, llevando de este modo a una modernización de la criminalidad que haría irrecusable la correspondiente modernización del Derecho penal, obligándole a reaccionar en una medida equivalente a la dañosidad social frente a las formas específicas de ésta que se habrían formado en la sociedad industrial desarrollada.

Crítico con la Escuela de Frankfurt, el precitado autor hace una consideración respecto del Derecho penal del riesgo en el sentido de que “la concepción sociológica de la sociedad es tan multiforme como imprecisa y se nos presenta en la variable más conocida, de BECK, de modo claramente unilateral, poniendo como ejemplo que los riesgos vitales del individuo son hoy día mucho menores que al comienzo de la Edad Moderna, en la que la vida era

un constate riesgo”¹⁴⁶, y en este sentido si buscamos la característica dominante de la sociedad actual debería de hablarse de una sociedad de despilfarro, de malgasto y de disipación, pues la puesta en peligro de los recursos representa un volumen inferior al de su propia destrucción. Según afirma SCHÜNEMANN la peculiaridad que presenta la sociedad actual es el extraordinario incremento de las relaciones, por lo que un daño no se produce a través de una sola relación de causalidad si no a la existencia de relaciones causales múltiples.

Característico también de esta nueva sociedad va a ser la sustitución de los contextos individuales por otros colectivos, reemplazando el contacto personal por otros comportamientos estandarizados y produciéndose con ello el tránsito desde el delito de resultado clásico hacia el moderno delito de peligro abstracto de la naturaleza de las cosas¹⁴⁷. Reconducir el Derecho penal sólo a los delitos de resultado, negando con ello su modernización, debe fracasar en la finalidad de éste de proteger bienes jurídicos.

Pero la crítica de SCHÜNEMANN se dirige también a la teoría defendida por JAKOBS en su reconstrucción del Derecho penal sobre una base funcionalista¹⁴⁸, defensora de que es la libertad del individuo o su protección lo que debe garantizar el Derecho, como una función de éste¹⁴⁹. Para JAKOBS, la concepción del Derecho penal se adaptaría a cualquier política criminal, pudiendo asumir por ello cualquier modernización del Derecho penal a través de un concepto de delito puramente normativo. En opinión de SCHÜNEMANN, este pensamiento penal va a consistir en la apertura de todas las compuertas a las meras decisiones que se tomen por él como presupuesto, y con ello finalmente transigir.

¹⁴⁶ Véase BERND SCHÜNEMANN, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 49, nº 1 (1996): 198-199.

¹⁴⁷ En este sentido SCHÜNEMANN admira la intuición del legislador al saber desarrollar sin dilación alguna, por parte del Derecho penal, los delitos de peligro abstracto, afirmando que no se trata de algo nuevo, puesto que este grupo de delitos ya aparecía en las leyes penales de la época de la Ilustración (ej. Derecho territorial general prusiano), de modo que sólo desde el punto de vista cuantitativo es acertado calificarlos de “forma delictiva de la era moderna”.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 205-209.

¹⁴⁹ El pensamiento funcional de JAKOBS parte de la base de la protección de los bienes jurídicos como uno de los fines del Derecho penal, pero en contra de la postura defendida por la Escuela de Frankfurt, que lo dirige a la protección individual, para JAKOBS no existiría dificultad alguna en ampliar el concepto de autor a otros colectivos (personas jurídicas) mediante la definición de modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación.

En España también existen defensores de esta línea que afirman 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”¹⁵⁰. Según opina GRACIA MARTÍN, igualmente crítico con la propuesta de JAKOBS y su Derecho penal del enemigo¹⁵¹, el discurso de modernización del Derecho penal solo plantea una adecuación de éste a las nuevas realidades sociales y al Estado social, sin desviarse ni flexibilizar lo más mínimo los principios y garantías del Estado de Derecho.

La aparición de nuevos fenómenos y conflictos derivados de la evolución que ha venido experimentando la sociedad no pueden ser actualmente afrontados ni resueltos por el Estado liberal, constituyendo una necesidad que el Derecho penal siga el camino que vaya trazando la evolución social y el Estado, no pudiendo por tanto tener validez las tesis reduccionistas opuestas a los postulados de un Estado social y de Derecho (GRACIA MARTÍN 2010, 43-44).

Para el precitado autor el juicio de adecuación social de determinadas conductas surgidas de la evolución experimentada por la sociedad se debe basar en la ponderación de intereses relativa a la funcionalidad de los bienes jurídicos en determinados ámbitos de la vida social, pudiendo surgir bienes jurídicos que deban quedar subordinados a la realización de determinadas actividades valoradas socialmente por su finalidad. De esta forma deben ser valoradas como socialmente adecuadas acciones dirigidas a la finalidad de una actividad socialmente valiosa, a pesar de que produzca o pueda producir el menoscabo del bien jurídico implicado. No obstante se considerará una acción en principio socialmente adecuada como inadecuada cuando se produzca una inobservancia del cuidado objetivamente debido y con ello unas consecuencias

¹⁵⁰ Sobre el particular, véase LUIS GRACIA MARTÍN, “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*, nº 3 (2010): 30.

¹⁵¹ LUIS GRACIA MARTÍN, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº7 (2005): 41-42.

previsibles que excedan de las normales que la acción socialmente adecuada pueda producir¹⁵².

Otra autora defensora de esta tendencia modernizadora del Derecho penal es CORCOY BIDASOLO, quien reconoce que la “exigibilidad del control de riesgos cuyo incumplimiento se conmine con consecuencias penales es el punto de partida de la dicotomía en la discusión dogmática penal actual irreconciliable” (CORCOY BIDASOLO 2003, 31-33), lo que obliga a plantearse la legitimidad de la intervención penal en la protección de estos nuevos riesgos¹⁵³. Esto ha dado origen a un “derecho penal accesorio” (concepto empleado por la dogmática alemana) conceptualizado como derecho penal administrativo y que daría cabida a delitos referidos a otros sectores en los que ya existía una previa actividad de control administrativo, debiendo recurrir así a la tutela de bienes jurídicos colectivos y a las técnicas legislativas de los delitos de peligro y las leyes penales en blanco. Para la autora, en el marco de la sociedad compleja, surgida de la nueva sociedad del riesgo, van a aparecer una serie de interacciones interpersonales anónimas que obligarán a redefinir los intereses merecedores de tutela y con ello la necesidad de intervención penal para la prevención de nuevos riesgos.

Sin embargo, admitiendo esta autora la expansión del Derecho penal a nivel global, también va a reconocer, de una manera crítica, la potenciación igualmente de una mayor incriminación y endurecimiento de las penas, propiciado todo ello por la irrupción de la víctima en el sistema penal y la utilización, por parte de la clase política, del Derecho penal para la obtención de votos, pues aun admitiendo que se ha prestado poca atención a la víctima del delito y que se ha pecado de falta de sensibilidad y atención a las mismas, no lo es menos que un mayor peso en el proceso influye en la reducción de las garantías de los imputados. “Principios como *in dubio pro reo* y la presunción de inocencia se van convirtiendo paulatinamente en *in dubio pro víctima* y presunción de culpabilidad” (CORCOY BIDASOLO 2012, 46-53).

¹⁵² En este sentido, véase LUIS GRACIA MARTÍN, “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6 (2004): 20-21.

¹⁵³ Véase MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales”, *Revista Cenipec*, nº 30 (2011): 1.

Es por ello que esta legitimidad de la intervención penal debe estar en permanente revisión de todas las figuras delictivas, debiendo operar los principios limitativos del *ius puniendi* en la totalidad del sistema penal. “El Derecho representa la herramienta adecuada para valorar los límites que deben ser establecidos en relación con los riesgos considerados tolerados, siendo por ello el Derecho penal el instrumento más adecuado a la hora de sancionar la superación de los valores límites de estos riesgos”¹⁵⁴.

Actualmente “no es posible una vuelta al Derecho penal del siglo XIX, reduciendo básicamente el Derecho penal a la protección de los bienes jurídicos individuales”. El Derecho penal debe evolucionar con el Estado liberal del bienestar para evitar desconectarse del fin de conseguir una mayor justicia social¹⁵⁵.

Nos guste o no, estamos asistiendo a un fenómeno que nos obliga a redefinir el moderno Derecho penal de acuerdo a las nuevas necesidades del modelo de sociedad postindustrial, a pesar de las posturas doctrinales de resistencia fundadas en la posición garantista del Derecho penal liberal y su respeto a ultranza de las garantías y principios político-criminales conquistados en la época de la Ilustración. Es precisamente la flexibilización de estas conquistas, instituidas como barreras de contención frente al ejercicio del Derecho penal, lo que se opone al pensamiento de resistencia a la modernización del mismo, no planteándose problema alguno si el nuevo Derecho penal pudiera responder adecuadamente a los nuevos desafíos sin afectar a los principios y garantías de defensa de la sociedad¹⁵⁶.

Siendo por tanto una necesidad la modernización y adaptación del Derecho penal al nuevo modelo de sociedad, muy diferente al modelo para el que fueron pensadas las bases del Derecho penal ilustrado o liberal, y que este nuevo Derecho penal como forma de control social ha de ser funcional a las nuevas características sociales, so pena de quedar desvinculado de la realidad, debe por ello estar dirigido a la protección de los intereses de vital importancia para la existencia y desarrollo de las facultades plenas de los individuos de la actual

¹⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, “Legitimidad...”, 6; misma autora, “Exigibilidad...”, 34.

¹⁵⁵ De esta opinión es JOSÉ CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10 (2002): 56.

¹⁵⁶ Al respecto, véase DIEGO ARAQUE MORENO, “¿Derecho penal del riesgo o Derecho penal liberal?”, *Revista Cenipepec*, nº 31 (2012): 28-32.

y futuras generaciones, aunque sin perder su naturaleza instrumental de *ultima ratio*, pues de no ser así se correría el riesgo de convertirse en una herramienta completamente disfuncional o en un mecanismo puramente simbólico. Se puede así justificar este Derecho penal del riesgo en tanto se procure armonizar la necesidad de su adecuación a nuevas realidades y necesidades sociales siempre que no se desvirtúen o desnaturalicen sus funciones.

Parece claro que la postura dominante y la que finalmente ha calado en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno es la de modernización del Derecho penal adaptándolo a las nuevas realidades sociales y a las nuevas condiciones que van variando día a día, pues lo contrario supondría un Derecho penal totalmente desconectado de la realidad actual y anclado en una realidad pretérita sin sustento en las necesidades e intereses vitales actuales, que llegaría incluso a impedir el normal desarrollo social suponiendo un continuo lastre a las nuevas iniciativas y logros tecnológicos e industriales. Pero, a la vez, esta necesidad de modernización tampoco puede efectuarse a espaldas de unos principios y garantías político-criminales que permitan servir de freno al propio aparato estatal en el establecimiento de las reglas de imputación de la responsabilidad penal.

3. EL DERECHO PENAL DEL RIESGO

Podemos definir el nuevo Derecho penal del riesgo como “El modelo de Derecho penal sostenido por un discurso político-criminal que propugna que uno de los principales objetivos del Derecho penal en las sociedades desarrolladas contemporáneas ha de ser el control de las consecuencias perversas producidas por el desarrollo social; más concretamente, de los riesgos derivados del desarrollo tecnológico y de los riesgos derivados de la creciente complejidad de la estructura social”¹⁵⁷, de tal forma que se añada al Derecho penal preexistente un catálogo de prohibiciones penales con capacidad de poner en peligro los bienes jurídicos personales clásicos. Y esta evolución va a suponer una función preventiva que representa una anticipación

¹⁵⁷ Sobre el particular JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, “El riesgo como una construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «derecho penal del riesgo»”, *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13 (2003): 12-13.

de la intervención penal a las nuevas realidades sociales surgidas de la sociedad del riesgo.

Aquí la mayoría de la doctrina entiende que este nuevo Derecho penal del riesgo ha venido acompañado de una flexibilización de los principios político-criminales y de las reglas de imputación¹⁵⁸, mientras que otra parte considera que esto no debe significar que se deba producir una relajación de los principios y garantías conquistadas por el Estado social y democrático de Derecho¹⁵⁹.

3.1. Teorías sobre el concepto de peligro

La definición de “peligro” para el Diccionario de la RAE es la de: 1^a.- riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; y, 2^a.- lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño, identificándolo así con el concepto de “riesgo” (contingencia o proximidad de un daño). Aun pareciendo conceptos sinónimos en atención a la definición de la RAE, algunos autores proponen que desde el punto de vista jurídico-penal se debiera hacer distinción entre ambos, concibiendo el “peligro” como el contenido del juicio valorativo *ex post* con capacidad o viabilidad de producir un daño, mientras que el “riesgo” tendría que ver más con la determinación de la peligrosidad de una conducta a través de un cálculo de probabilidad de que se llegue a producir ese daño a través de un juicio de valoración *ex ante*, distinción que para otros autores no llega a satisfacer plenamente desde la perspectiva del Derecho penal¹⁶⁰.

En este apartado consideramos adecuada la distinción hecha entre el “riesgo” como valoración *ex ante* de una conducta que pueda calificarse de generadora de ese riesgo o peligrosa, frente a la valoración *ex post* que serviría para confirmar la peligrosidad de la misma, el “peligro”¹⁶¹. De este modo Una

¹⁵⁸ Véanse CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 54; PAREDES CASTAÑÓN, “El riesgo...”, 24; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 41.

¹⁵⁹ En ese sentido EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ, *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014): 119; GRACIA MARTÍN, “La modernización del derecho penal...”, 37.

¹⁶⁰ De esta opinión es TATIANA VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante* (Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007): 220-221.

¹⁶¹ La perspectiva *ex ante* coloca a un espectador objetivo en el momento inicial en que el autor adopta una postura determinada con los conocimientos requeridos en ese instante, mientras que la perspectiva *ex post* se encuentra referida a un momento distinto que implica

acción determinada pudiera generar un riesgo para un bien jurídico protegido (desvalor de la acción), pero esa misma conducta sólo constituirá un peligro jurídico-penal tras un juicio de previsibilidad objetiva que probara la producción de un resultado material de peligro (desvalor del resultado). Es por ello que no toda conducta generadora de un riesgo debe ser prohibida en base a la existencia de ciertos riesgos permitidos.

Actualmente, la sociedad del riesgo¹⁶² ha venido a condicionar el ordenamiento jurídico, obligando a las distintas ramas de éste a definir el marco de lo que se debe considerar lícito o no, es decir, qué se va a considerar un riesgo permitido o socialmente adecuado y qué otras conductas se van a enmarcar en el terreno de lo ilícito.

El peligro se nos va a presentar como un concepto extrapenal de difícil determinación que no encuentra definición en la legislación española, debiendo acudir por ello a la doctrina para tratar de establecer una concepción jurídico-penal del mismo. De este modo podemos encontrar dos posturas alrededor de las cuales van a girar las diferentes posiciones doctrinales¹⁶³:

1ª.- En atención a su naturaleza objetiva, subjetiva o mixta.

2ª.- En base a su relación de posibilidad o probabilidad con la lesión.

Para la *concepción subjetiva*, el peligro no es algo real sino que se trata de una fantasía de la mente humana, ya que lo que no existió no pudo realmente existir pues en la realidad no hay peligro para la posibilidad o probabilidad del acontecimiento. El peligro carece de entidad como fenómeno real siendo así calificado en base a la ignorancia, pues si fuéramos capaces de conocer todas las leyes causales no nos plantearíamos ninguna duda sobre sus

tener en cuenta circunstancias posteriores a la conducta del agente, haciendo uso para ello de los conocimientos existentes en ese momento posterior.

¹⁶² Para BECK, "Retorno a la teoría...", 10, los riesgos no aluden a acontecimientos, no equivalen a destrucción aunque sí que amenazan con esa destrucción delimitando un peculiar estado intermedio entre seguridad y destrucción.

¹⁶³ Sobre el particular, véanse ANTONIO BERISTÁIN IPIÑA, "Resultado y Delitos de Peligro", en *Cuestiones penales y criminológicas* (Madrid: REUS, 1979): 269-272; GUSTAVO MALO CAMACHO, "Delitos de lesión y delitos de peligro", en *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, coord. Javier Piña Palacios (México: UNAM, 1982), 225-232, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/854-memoria-del-primer-congreso-mexicano-de-derecho-penal-1981>; JAVIER MADRIGAL NAVARRO, "Delitos de peligro abstracto, fundamento, crítica y configuración normativa", *Revista Judicial*, nº 115 (2015): 172, <http://studylib.es/doc/5614281/delitos-de-peligro-abstracto.-fundamento--cr%C3%ADtica-y-confi...>

consecuencias y en este caso ya no se podría hablar de peligro, éste no existiría. De este modo el Derecho penal no debe entrar a considerar lo que realmente no sucedió, a pesar de que subjetivamente hubiera podido suceder, no debiendo tener en cuenta el mero peligro que no llegó a existir. El riesgo sólo es un peligro subjetivo que va ser percibido directamente como tal por el ciudadano medio o bien se lo van a transmitir así los medios de comunicación.

La *concepción objetiva* de peligro se fundamenta en la posibilidad o probabilidad de un resultado lesivo en el plano de la realidad, poniendo el énfasis algunos autores en que lo esencial en los delitos de peligro va a ser la acción y no el resultado, estableciendo de este modo el interés en un punto más allá de la propia lesión del bien jurídico. La puesta en peligro se convierte en una realidad que perturba la seguridad de la situación jurídica, siendo preciso determinar previamente la existencia de esa situación de peligro y además establecer el grado de probabilidad mínimo exigido a través del denominado “juicio de peligro”.

Finalmente las *teorías objetivas-subjetivas o mixta* recogen parte de las dos anteriores, y admitiendo que el peligro como juicio fundamentado en la experiencia general que se manifiesta en un temor ante la lesión de un bien jurídico, como un primer criterio exclusivamente subjetivo, debe basarse a su vez en un juicio de peligro que necesariamente debe formular el Juez, lo que lo convierte en objetivo. Se trata de un juicio fundamentado en la general experiencia, como conocimiento objetivo de las leyes causales, que expresa un temor fundado de lesión de un bien jurídico.

Pero partiendo de la concepción objetiva, que es la mayoritariamente aceptada, se debe aún establecer la relación existente entre el peligro y el resultado lesivo en base criterios de posibilidad o probabilidad¹⁶⁴, es decir, el concepto objetivo de peligro, como probabilidad de lesión, debe ser un significado que admita graduaciones de peligrosidad en atención a un concepto comparativo de la probabilidad, entendiendo que una situación puede ser más o menos peligrosa independientemente del resultado final¹⁶⁵. En este apartado

¹⁶⁴ Véanse BERISTÁIN IPIÑA, “Resultado y Delitos...”, 270-272; MALO CAMACHO, “Delitos de lesión...”, 229-232.

¹⁶⁵ Sobre el particular VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 212, la noción de peligro se encuentra vinculada con los elementos de la teoría del delito y en este sentido si se relaciona con la acción se apuntaría a la peligrosidad como una cualidad de la conducta,

las posiciones doctrinales también son variadas entre los que entienden el peligro como una “posibilidad” de daño y los que optan por la “probabilidad” como relevante posibilidad del daño.

Del análisis de estas posturas doctrinales algunos vienen a proponer una definición de peligro como “el estado situacional que probablemente aboca a la lesión de un bien jurídico, siendo esta situación algo real y no un mero juicio de probabilidad”¹⁶⁶.

Para otros por peligro debemos entender, en consonancia con la mayor parte de la doctrina, “la probabilidad –no en sentido matemático, sino en el de relevante posibilidad- de que se produzca la lesión del bien jurídico”¹⁶⁷.

Otros, coincidiendo en esta concepción de peligro, añaden además un segundo elemento para que se pueda configurar una situación como penalmente peligrosa¹⁶⁸: 1º.- la probabilidad o posibilidad de producción del resultado temido; y, 2º.- el carácter dañoso del resultado para uno de los bienes considerados dignos de protección jurídica¹⁶⁹. Y aunque el segundo requisito no ha sido objeto de polémica en la doctrina, el primero ha venido planteando problemas tanto respecto al propio concepto como al grado de probabilidad o posibilidad exigible.

En este sentido la posibilidad se correspondería con todos los casos que se puedan dar pero no tendría que indicar la probabilidad de un resultado mientras que la probabilidad quedaría referida al número de casos favorables para producir un resultado, entendiendo así que la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso ante una situación peligrosa tendrá relevancia para el Derecho cuando el legislador considere que el grado de ésta convierte una acción concreta en suficientemente peligrosa para los bienes jurídicos dignos

mientras que si se relaciona con el resultado estaríamos hablando del peligro como situación efectivamente producida para el bien jurídico protegido.

¹⁶⁶ BERISTÁIN IPIÑA, “Resultado y Delitos...”, 272.

¹⁶⁷ MARINO BARBERO SANTOS, “Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 26 (1973): 492.

¹⁶⁸ Al respecto, véase PILAR GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*, (Barcelona: Editorial Bosch, 2015), 106-111.

¹⁶⁹ A idéntica conclusión llegan MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro abstracto...”, 172; JUAN TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto y garantías penales”, *Nuevo Foro Penal*, nº 62, (1999): 69, para quien el peligro se caracteriza por la concurrencia de dos elementos: una posibilidad lesiva y la eventualidad de que se trate de un mal que se identifique con la destrucción o deterioro de un bien jurídico; MARIO EDUARDO CORIGLIANO, “Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el Derecho Penal”, *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 18 (2006): 1-2.

de protección. De este modo se puede hablar de diferentes grados de peligro en relación con los diferentes grados de probabilidad, constituyendo un problema de política criminal el determinar cuál va a ser el grado de peligro preciso para sancionar una conducta como peligrosa.

CORCOY BIDASOLO va a identificar el riesgo como “el peligro que se puede evaluar, en cuanto se puede y debe conocer y que, en consecuencia, se puede y debe controlar” (CORCOY BIDASOLO 2011, 6). Según la autora, esos peligros surgidos de la nueva sociedad del riesgo, que se van a poder conocer y por lo tanto controlar, son los ahora denominados riesgos, cuyo control, por parte de quienes están obligados a ello, puede ser exigido por la sociedad¹⁷⁰.

A esta autora se le atribuye una “concepción normativa del peligro”¹⁷¹ como único concepto válido para el Derecho penal, que trata de poner en relación el peligro objetivo real con el peligro aparente *ex ante*. Según esto se puede decir que a efectos penales el peligro sólo podrá ser calificado como riesgo cuando tenga una relevancia penal, es decir, cuando no tenga una naturaleza causal-naturalística sino normativa. Es por ello que para que pueda llevarse a cabo la imputación objetiva de un resultado de peligro o lesión es preciso distinguir entre la situación de riesgo (grado de peligro normativo penalmente relevante) y juicio de peligro, concibiendo el peligro normativo como la probabilidad de lesión de un bien jurídico-penal y debiendo suponer esa probabilidad una situación muy próxima a la afectación real del bien.

Pero a su vez en la valoración de esa probabilidad será necesario considerar otras variables como son: 1ª.- la entidad del bien jurídico-penalmente protegido; y, 2ª.- la ponderación de la utilidad social de la actividad desarrollada.

En consecuencia se podrá calificar una conducta como peligrosa cuando se verifique la probabilidad de lesión en el caso concreto, atendiendo a los bienes potencialmente puestos en peligro y al ámbito de actividad donde se desarrolla

¹⁷⁰ En este sentido CORCOY BIDASOLO, “Exigibilidad...”, 40-41, se ha de establecer un primer límite subjetivo de los riesgos jurídico-penalmente relevantes en base al conocimiento por parte del sujeto en el momento de ejecutar la acción, distinguiendo entre los riesgos conocidos por el autor (dolosos) o que pudieran ser cognoscibles (imprudentes), y un segundo límite derivado del principio de responsabilidad personal sobre la base de a quien se le debería atribuir tener el dominio funcional de riesgo. La responsabilidad penal a título doloso sería atribuible a quien conocía los riesgos, mientras que a título imprudente lo sería a quien tenía el deber de haberlos conocido.

¹⁷¹ Según opina MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 174, el peligro como concepto normativo descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien jurídico pueda ser lesionado, aunque luego esa lesión de hecho no llegue a producirse.

la acción. De este modo la situación de peligro *ex ante* operará como límite a la incriminación de la conducta y sólo en la medida en que se proceda a incriminar conductas con la suficiente peligrosidad normativa, en abstracto, se podrá afirmar que se respetan los postulados del Estado de Derecho¹⁷².

El concepto de probabilidad que debe aplicarse debe ser entendido como noción lógica de probabilidad que sirva para sostener un reproche doloso o imprudente hacia una acción determinada, basándose este enunciado de probabilidad en unos antecedentes, integrados por datos empíricos, y por un consecuente, que se identifica con una hipótesis probabilística (previsión alta, baja, etc. de realización del tipo), mediante una relación inductiva entre ambos. Lo objetivo va a resultar ser la hipótesis de probabilidad que tiene lugar en el ámbito del Derecho penal, no correspondiendo al autor decidir sobre la relevancia jurídica de la realización típica del peligro sino al Derecho¹⁷³. El concepto lógico de probabilidad a emplear en el Derecho penal no debe ser entendido por lo tanto en base a las dos versiones tradicionales: ni como un concepto objetivo (concepción métrica o cuantitativa), ni como un concepto subjetivo de probabilidad (lo decisivo es qué probabilidad se representa al autor)¹⁷⁴.

Siendo esta la propuesta que se defiende en esta tesis también encontramos otras que se posicionan en contra y que no consideramos acertadas, según las cuales no es válida la determinación de un grado de probabilidad concreta para calificar una acción como peligrosa y considerando que una conducta se convierte como tal por la simple posibilidad de un resultado dañoso. Es decir, el peligro resultaría ser una cualidad inherente a la conducta peligrosa produciéndose un resultado de peligro siempre que un bien jurídico se coloque en el radio de acción de dicha conducta. De este modo si la producción del

¹⁷² Al respecto, véase CORCOY BIDASOLO, "Legitimidad...", 7; crítico sin embargo resulta ser FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, 149, al reconocer la arbitrariedad existente en cualquier valoración del grado de probabilidad de una hipótesis respecto de una prueba. Pero admitiendo como imposible una valoración objetiva entiende que va a ser sin embargo posible una valoración subjetiva de la probabilidad, que no pudiendo ser llevada a cabo abstractamente por la ley va a poder ser llevada a cabo por el Juez en base al material probatorio disponible, concluyendo que no pueden existir criterios de verdad ni probabilidad objetiva sino sólo criterios de verdad y probabilidad subjetiva.

¹⁷³ De esta opinión es GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, "El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental", *Cuadernos de derecho penal*, nº 6 (2011): 35-37.

¹⁷⁴ Véase GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", *Pensar en Derecho*, vol. 1 (2012): 203-205.

resultado apareciera como “no absolutamente improbable” la acción debería ser considerada peligrosa (CEREZO MIR 2002, 49).

3.1.1. El juicio de peligro

En base a la peligrosidad el legislador va a tipificar todas aquellas conductas que superen un nivel de riesgo que se considere no permitido por la sociedad, debiéndose valorar posteriormente esa peligrosidad, para lo cual habrá que recurrir a un juicio sobre la misma que obviamente se va a desarrollar siempre *a posteriori*, una vez realizada la conducta. Pero como afirma en este caso la doctrina mayoritaria, este juicio que se efectúa *ex post* debe tener una referencia *ex ante* centrada en el momento en que se realiza la acción, aceptándose de este modo la existencia de dos juicios desarrollados en dos momentos distintos pero de características semejantes.

Este juicio de peligro coincide con un juicio de previsibilidad objetiva¹⁷⁵, tratándose de un juicio *ex ante*, ya que si éste se realizara *ex post* y el resultado no llegara a producirse es porque no concurrían las condiciones necesarias y la acción no habría sido peligrosa¹⁷⁶. Y este juicio de previsibilidad objetiva debe ser realizado por una persona inteligente (el Juez) colocándose en la posición del autor al comienzo de la acción, de tal forma que esta persona debiera tener en cuenta: 1º.- todas las circunstancias del caso cognoscibles por la persona inteligente; 2º.- las que eran conocidas por el autor (saber ontológico); y, 3º.- la experiencia común de la época (saber nomológico).

Una concepción estricta del injusto originario, determinada por la existencia de una conducta *ex post* lesiva para un bien jurídico, dejaría fuera parte de las tentativas de autoría, proponiéndose por ello un enfoque que no reduzca el injusto originario a la efectiva lesión *ex post* sino que incluya la capacidad lesividad *ex ante*, pudiéndose mantener así una anticipación de la tutela aun

¹⁷⁵ CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 49; también MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 176.

¹⁷⁶ En este sentido GUSTAVO A. BEADE, “El concepto de riesgo y los delitos anticipatorios: una aproximación acerca de una distinción necesaria”, *Nómadas*, 17, nº 1 (2008): 99, para quien en los *delitos anticipatorios* (denominación de la dogmática anglosajona) o *delitos de peligro* es necesario prescindir de la valoración de los resultados, y hacer hincapié en que una teoría prevencionista sólo debe efectuar valoraciones *ex ante* por lo que el resultado no puede tener ningún valor intrínseco.

cuando no se haya producido efectivamente una lesión, siempre y cuando haya existido una capacidad lesiva que satisfaga el injusto penal¹⁷⁷.

De este modo es preciso hacer una distinción entre el peligro como concepto aplicado a una conducta (cualidad que la convierten en peligrosa), de aquel que se puede afirmar como consecuencia (resultado de peligro), requiriendo ambos de un juicio de valoración. Y aquí coinciden la mayoría de autores en que todo juicio de peligro a realizar sobre la peligrosidad de la conducta, que ha de ser objetivo, debe ser efectuado *ex ante*, ya que *ex post* la conducta sólo podría ser calificada de lesiva o inofensiva pero nunca como peligrosa, en base al resultado¹⁷⁸. También la postura mayoritaria viene a justificar que la antijuridicidad de las conductas típicas de los delitos de peligro pasa por incluir tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado (tesis dualista de lo injusto), que admite la punición de conductas en base a su peligrosidad y a la afectación del bien jurídico por lesión o puesta en peligro¹⁷⁹.

Tras haber delimitado qué debe entenderse por riesgo relevante desde la perspectiva penal, es decir, desde una perspectiva *ex ante*, es preciso determinar igualmente si lo serán sólo los conocidos por el sujeto (dolosos) que crea el riesgo o si lo deben ser también los riesgos no conocidos por el sujeto que tenía la obligación de conocer (imprudentes). Y la postura aquí no es muy uniforme, coincidiendo con CORCOY BIDASOLO en que si bien desde un punto de vista garantista sólo deberían incriminarse las conductas dolosas, desde la perspectiva político-criminal sería conveniente también incriminar las conductas imprudentes, pero limitada únicamente a aquellos supuestos de imprudencia grave. En este sentido el grado de conocimiento penalmente exigible al autor no debe ser un conocimiento científico y exacto, debiéndose circunscribir este conocimiento a la esfera del profano, siendo por ello suficiente conocer que una

¹⁷⁷ De este parecer es JUAN L. FUENTES OSORIO, "Formas de anticipación de la tutela penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8 (2006): 7.

¹⁷⁸ Sobre el particular, véase FRANCISCO MALDONADO FUENTES, "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados "delitos de peligro" en el moderno derecho penal", *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 7 (2006): 34-35.

¹⁷⁹ Coincide en esta opinión CORCOY BIDASOLO, "Legitimidad...", 13, defensora de la postura dualista, que exige junto al *juicio subjetivo de peligro* de atribución *ex ante*, otro juicio de imputación *ex post* estrictamente objetivo, en el que se va a valorar la lesividad de la conducta en atención al bien jurídico-penal protegido mediante un *juicio objetivo de peligro*. Se debe probar *ex post* que la conducta ha afectado (lesionado o puesto en peligro) el bien jurídico atendiendo a las circunstancias conocidas *ex ante*; también MALDONADO FUENTES, "Reflexiones...", 59.

determinada conducta puede provocar un resultado lesivo. Según esto, lo que se debería conocer es la existencia de una probabilidad de producir un resultado así como la forma en que puede controlarse ese riesgo, es decir, la peligrosidad en abstracto y las medidas a adoptar (CORCOY BIDASOLO 2003, 39-40).

Se puede concluir que el peligro, desde el punto de vista normativo, radica en juicio de previsibilidad de que un determinado bien resulte afectado por un comportamiento, sin que se llegue a producir efectivamente la lesión del mismo, y este juicio de peligro debe efectuarse *ex ante*, colocándose para ello el Juez en el momento en que se realizó la acción y decidiendo sobre la existencia de posibilidad o probabilidad de producir un daño futuro. Y esta valoración también va a ser realizada en ocasiones por el legislador, que la va a plasmar en tipos penales específicos, evitando de este modo un protagonismo demasiado elevado del Juez que daría lugar a la inseguridad jurídica que provocaría el exceso de subjetivismo.

3.2. Los delitos de peligro en la sociedad del riesgo

Siguiendo una metodología meramente descriptiva, como la llevada hasta ahora, se va a continuar con la exposición de las opiniones de varios autores sobre el recurso a la técnica legislativa de los denominados delitos de peligro.

Resulta incuestionable que en la nueva sociedad se han multiplicado las conductas generadoras de riesgos para los componentes de la misma, de tal manera que actividades antes cotidianas han pasado ahora a ser controladas y regladas con el objetivo de reducir las consecuencias socialmente lesivas, a lo que se une la creciente sensación de inseguridad que estas conductas vienen generando a los integrantes de esta sociedad del riesgo. Este aumento de los riesgos unido a la inseguridad latente van a formar parte de la sociedad contemporánea, de tal manera que van a terminar por incidir en la configuración del nuevo Derecho penal mediante el recurso al uso de técnicas legislativas dirigidas a incrementar los niveles de eficacia en el control de estos riesgos.

En el Derecho penal liberal el contenido del injusto consistente en la lesión de los bienes jurídicos de carácter material ha representado el núcleo básico de

la tipificación penal, pero en el Derecho penal actual, aun reconociendo éste núcleo básico del injusto, ha surgido una nueva categoría de infracciones que no se circunscriben sólo al daño efectivo del bien jurídico protegido sino que se amplía a la simple puesta en peligro del mismo, apareciendo así los denominados “delitos de peligro”.

De este modo los delitos de peligro se van a corresponder con una categoría designada por oposición a los llamados delitos de lesión, concibiéndose como delitos que generan condiciones que hacen peligrar al bien jurídico. La catalogación de los delitos efectuada por la doctrina permite hacer la distinción entre los tipos penales que describen una conducta lesiva para un bien jurídico de aquellas que sólo lo van a poner en peligro, pudiéndose entender que ambas afectan al bien jurídico o que lo lesionan en sentido amplio. De este modo las conductas seleccionadas por el legislador como generadoras de peligro configuran el resultado jurídico del delito que permitirá sustentar el contenido material de la antijuridicidad, ante la exigencia de lesividad u ofensividad que justifique la intervención penal¹⁸⁰.

La modalidad delictiva definida como delito de peligro se va a caracterizar porque con la realización de la conducta típica los bienes jurídico-penales individuales protegidos se van a poner en peligro pero no van a llegar a ser efectivamente lesionados¹⁸¹. Y esta nueva catalogación de delitos de peligro en contraposición a los delitos de resultado se va 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 lesión¹⁸², cabiendo también efectuar dentro de estos últimos la clásica distinción entre *delitos de peligro abstracto* y *delitos de peligro concreto* en atención a la intensidad de esa puesta en peligro o de ese riesgo de lesión¹⁸³.

¹⁸⁰ Al respecto, véase MALDONADO FUENTES, “Reflexiones...”, 23-26.

¹⁸¹ En este sentido JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ Y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II). Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito* (Madrid: Editorial Trotta, 1999), 42-43.

¹⁸² Sobre el particular GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 114, quien considera que los delitos de peligro representan una forma distinta de ataque al bien jurídico de la que correspondería a los delitos de lesión, identificando a aquellos como los que crea unas condiciones en las que es probable que acaezca un resultado lesivo.

¹⁸³ En este sentido BEADE, “El concepto de riesgo...”, 99, propone otra clasificación que se aparta de la clásica entre delitos de peligro abstracto y concreto en base al concepto de autonomía de las personas (libertad para elegir mi plan de vida) como elemento limitador de la

Continuando con esta clásica distinción, se podría afirmar que “los delitos de peligro no exigen la efectiva producción de un resultado material para que quede configurado el comportamiento típico, sino que basta con constatar el peligro unas veces (peligro concreto) o presumirlo otras (peligro abstracto)”¹⁸⁴, clasificación esta última que matizaremos más adelante en lo que se refiere a la presunción de los delitos de peligro abstracto, entendiendo que “los delitos de peligro sólo pueden calificarse de esta forma si se ponen en relación con otros delitos en los que el bien jurídico penal protegido es individual”¹⁸⁵, de tal forma que sólo resulte aceptable el término delito de peligro desde la referencia al libre desarrollo de la personalidad¹⁸⁶.

Si partimos de la base de que con el sistema penal lo que se pretende es proteger bienes jurídicos, la lesión del propio bien se va a presentar como la característica necesaria para su protección, lesión que se va a manifestar finalmente mediante un resultado. Y este resultado puede ser concebido en sentido material como la “modificación del entorno exterior al comportamiento examinado y separado de él espacial y temporalmente”¹⁸⁷, pero debiendo concurrir a la vez tanto un resultado jurídico como fáctico¹⁸⁸ en la creación de

intervención estatal, efectuando una división de los peligros en indeterminados e hipotéticos. Los peligros indeterminados tienen que ver con los daños acumulativos, por los que la reiteración de ciertas acciones peligrosas pueden llegar a producir un daño futuro, resultando por ello la acción objetivamente peligrosa afectando de este modo al plan de vida de otro individuo de manera inmediata o futura, mientras que los peligros hipotéticos también precisan de la necesidad de sancionar como una forma de prevención pero en base a un contenido moral tan importante que los hace puramente especulativos, “pretendiendo sancionar individuos por sus deseos y creencias morales, no por sus actos, en sí mismos inocuos para los intereses de terceros” (ej. consumo de estupefacientes o tenencia de armas), no pudiéndose efectuar una relación entre las acciones y los daños. Para este autor, todas las conductas que se puedan incluir dentro del grupo de los peligros indeterminados sí alcanzarían a tener justificación ante una respuesta penal, no así en segundo grupo de peligros hipotéticos.

¹⁸⁴ De esta opinión resulta ser JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47 (1994): 123.

¹⁸⁵ Se coincide aquí con CORCOY BIDASOLO, “Legitimidad...”, 102.

¹⁸⁶ En este sentido, véase BEADE, “El concepto de riesgo...”, 100, quien vincula la obligación de intervención del Estado en base a la autonomía de las personas en la libre elección del plan de vida de cada uno de los ciudadanos. “El principio de autonomía de la persona proscribiera interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana de planes de vida por parte de los individuos, salvo que, el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa”.

¹⁸⁷ Véase TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 70-72.

¹⁸⁸ Sobre el particular VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 169, para quien no es posible negar una relación entre el resultado jurídico-material (resultado típico o externo) y el resultado jurídico-valorativo (afectación del bien jurídico protegido). El resultado material es de carácter natural y puede ser verificado exteriormente mientras que el resultado jurídico es concebido como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal, no limitándose a una cuestión meramente externa que puede o no existir.

un peligro que suponga una reducción de las condiciones de seguridad en que se encuentra el bien jurídico¹⁸⁹. Es por ello que algunos autores vienen a afirmar que los delitos de peligro son delitos de resultado¹⁹⁰, definiendo el peligro como la “alteración desfavorable de las probabilidades del riesgo jurídicamente permitido, como la lesión potencial de un bien jurídico mediante la perturbación actual de la seguridad por la probabilidad de un daño”¹⁹¹.

Partiendo de la distinción entre los tipos penales que sólo requieren la realización de una acción (delitos de mera actividad) y los que junto a la acción u omisión requieren también la producción de un resultado (delitos de resultado), en el caso de los delitos de peligro este resultado será sólo de peligro, dando lugar con ello a la diferenciación entre delitos de lesión y delitos de peligro, que serían aquellos cuya consumación se produciría en el instante en que el bien jurídico haya corrido el riesgo de ser lesionado, anticipando así su tutela¹⁹².

Pero para el establecimiento de una anticipación de tutela ante situaciones de riesgo, resulta igualmente necesario predeterminar el objeto de referencia respecto del cual estas situaciones podrían ser consideradas como adelantamientos al *núcleo básico de intervención penal* (el injusto originario). De este modo al entender el resultado de peligro como un concepto que toma el resultado lesivo como objeto de referencia, toda afectación distinta a la lesión efectiva de un bien jurídico constituiría una anticipación de tutela. En este sentido, el adelantamiento a toda forma de lesión va a depender de la clase de bien jurídico que se tome como referencia y en el caso de los bienes jurídicos colectivos sólo se podrá hablar de adelantamiento cuando éstos se pongan en relación con bienes individuales (VARGAS PINTO 2007, 39-43).

¹⁸⁹ En el mismo sentido se expresan URS KINDHÄUSER, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2009): 14; CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte general* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1998): 113-114.

¹⁹⁰ Véase BERISTÁIN IPIÑA, “Resultado y Delitos...”, 261-279.

¹⁹¹ Sobre el particular ANTONIO BERISTÁIN IPIÑA, “El delito de peligro por conducción temeraria”, en *Cuestiones penales y criminológicas* (Madrid: REUS, 1979): 301-307.

¹⁹² Al respecto, véase MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 177-178, quien opina que el peligro normativo descansa en un juicio de probabilidad de que un bien pueda ser lesionado, aunque después esa lesión de hecho no llegue a producirse, entendiendo que el concepto normativo de lesión abarca tanto la destrucción o daño del bien jurídico como su puesta en peligro.

No obstante también podemos encontrar posturas críticas hacia la calificación de conductas generadoras de peligro como delitos de peligro, por entender que estos comportamientos serían más propios del derecho administrativo sancionador, que debiera ser el encargado de ordenar sectores de una determinada actividad, en lugar de encuadrarlos en el Derecho penal, que sería el encargado de proteger bienes jurídicos bajo los criterios de lesividad y peligrosidad¹⁹³. La peligrosidad de determinados actos se encuentra en la medida en que su acumulación por parte de una generalidad de personas sí tendría capacidad para producir consecuencias lesivas¹⁹⁴, no apreciándose lesión ni peligro para el bien jurídico en la conducta individual de cada sujeto aisladamente, tratándose por ello de delitos cumulativos o acumulativos. Para SILVA SÁNCHEZ este tipo de comportamientos deberían entrar en la esfera del Derecho administrativo sancionador que es esencialmente el Derecho del daño cumulativo o derivado de la repetición y que exime de la valoración del hecho específico¹⁹⁵.

Aun reconociendo parte de razón a esta postura de SILVA SÁNCHEZ se considera como más adecuada la defendida por MARTÍNEZ-BUJÁN, quien entiende que la lesión de un bien jurídico no debe implicar necesariamente la desaparición de la realidad social preexistente del mismo, de igual forma que cuando se lesiona la vida no necesariamente desaparece la vida humana del planeta o de un territorio. El hecho de que a un bien jurídico se le atribuya una dimensión colectiva no significa que sea susceptible de diferenciarlo en elementos individualizables que constituyan concretas formas de manifestación de él¹⁹⁶. De este modo se podría entender que todos los ilícitos administrativos

¹⁹³ Así lo entiende SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 121-136, quien pone como ejemplo de la ordenación de un sector de actividad por parte del Derecho administrativo sancionador el límite de la infracción administrativa de tráfico en materia de alcohol, que sólo puede tener sentido desde una perspectiva global, en donde una mayoría de personas representarían un peligro para circulación si condujeran superando esas tasas, pero que tal criterio por sí solo no sería operativo en el ámbito jurídico-penal en el que interesa la persona y no el aspecto estadístico, pues éste sólo puede constituir una presunción *contra reo* sin una base suficiente que justifique la imputación.

¹⁹⁴ Véase BEADE, "El concepto de riesgo...", 99, al referirse a los *peligros indeterminados*.

¹⁹⁵ Opinión sin embargo en contra es la de CORCOY BIDASOLO, "Exigibilidad...", 35, para quien la destrucción de cualquier bien jurídico requiere generalmente la repetición de determinadas conductas y pone como ejemplos la salud, el patrimonio o la intimidad.

¹⁹⁶ Sobre el particular, véase ELKY ALEXANDER VILLEGAS PAIVA, "Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales", *Editorial Astrea* (2010): 24-25, https://works.bepress.com/elky_villegas/1/download

representan un daño acumulativo, pero no todas las conductas que impliquen una lesión por su repetición tienen porque circunscribirse al Derecho administrativo sancionador (MARTÍNEZ-BUJÁN 2003, 978).

Según lo expuesto se puede llegar a afirmar que los denominados delitos de peligro sirven para hacer referencia a determinadas acciones que presentan una probabilidad de lesión para un determinado bien jurídico, no siendo preciso que ésta se manifieste realmente. Es por ello que al exigir una probabilidad de lesión a los delitos de peligro y teniendo en cuenta que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, se presenta como de gran relevancia la exclusión del ámbito penal de todas aquellas conductas que no impliquen esa probabilidad de lesión.

En los tipos de peligro lo que se hace es recoger reglas de experiencia en base a que se ha podido demostrar que ante ciertos comportamientos es frecuente una lesión, siendo por ello reglas basadas en el principio de probabilidad. Es decir, al haber podido demostrar empíricamente que ante ciertas conductas resulta probable la producción de una lesión, el Derecho penal se ha dotado de unos recursos capaces de prevenir esos resultados lesivos por medio de la tipificación de determinadas conductas consideradas peligrosas.

3.2.1. La doctrina y la jurisprudencia

En estos delitos de peligro la idea del riesgo va a cobrar una especial relevancia dentro de la “teoría de la imputación objetiva”¹⁹⁷, de tal forma que en los delitos de acción se va a requerir: 1º.- que el resultado haya sido causado

¹⁹⁷ Sobre el particular, véase BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español”, *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, nº 4 (2003): 139, para quien la concepción dominante del injusto se canaliza actualmente a través de la “teoría de la imputación objetiva” que gira primordialmente alrededor de: a).- se refuerza la importancia del tipo objetivo a través de una interpretación teleológica que intenta superar la visión formal de la tipicidad. En la idea del riesgo, sólo la creación (inmediata, conjunta o mediata) del mismo puede fundamentar la autoría; b).- Los conocimientos, finalidades, capacidades o experiencias del autor no determinan por sí mismas la imputación, sino que son datos que deben ser valorados en la determinación de la infracción de una norma de conducta (o de cuidado) por su parte.

Desde esta óptica de la imputación objetiva, el aumento del riesgo indebido (jurídicamente relevante para el bien jurídico protegido) producido por el autor, debe concretarse en el resultado típico. Este resultado debe ser objetivamente previsible en atención al incremento de la puesta en peligro previamente creado, siendo por ello reprochable, esto es, contrario al deber objetivo de cuidado, y produciendo finalmente un resultado comprendido en el fin de la protección de la norma.

por la conducta (*relación de causalidad*); y, 2ª.- la exigencia de una efectiva *relación de riesgo* entre el resultado y la conducta peligrosa para poder fundamentar la autoría sobre la base de la restricción teleológica de los tipos penales¹⁹⁸.

La fundamentación dogmática de ésta teoría se encuentra en: 1º.- la exclusión de los resultados imprevistos; 2º.- la exclusión igualmente de las situaciones que aun siendo peligrosas, están cubiertas por el riesgo permitido¹⁹⁹; 3º.- la inobservancia de la diligencia debida resulta ser un elemento del injusto típico; y, 4º.- además de esta inobservancia y de la causación del resultado, éste último debe ser uno de los que la norma quiere impedir²⁰⁰. Se va a tratar de una elección político-criminal la determinación de qué es lo que las personas prudentes prevén o no, admitiéndolo como baremo normativo, quedando excluido de la imputación típica todo lo que se considera riesgo permitido según una ponderación político-criminal de la utilidad social que va a conducir a la permisión de la actividad peligrosa.

Por otra parte, en un análisis jurisprudencial de la evolución de la doctrina en materia de delitos de peligro y más concretamente en el campo de la seguridad vial se puede observar cómo, tras la entrada en vigor de la Ley del Automóvil de 9 de mayo de 1950 el Tribunal Supremo se inclinaría en sus primeras sentencias a prescindir totalmente del peligro como elemento normativo del tipo para tratar únicamente del daño lesivo producido y del grado de imprudencia, hasta que en 1955, una sentencia de 15 de junio, va a comenzar a hablar ya

¹⁹⁸ De esta opinión es SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General* (Barcelona: Editorial Reppertor, 2016): 246-247, para el que la *relación de causalidad* no es el único elemento relevante para la imputación objetiva de un resultado, siendo necesaria pero no suficiente en los delitos de acción, pues requiere además un *riesgo suficiente* en la conducta que resulte adecuado a la gravedad del resultado; también VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 407, quien opina que la relación de causalidad se reserva para la realidad material mientras que la imputación objetiva lo hace para un ámbito jurídico-valorativo, confluyendo ambas en la determinación de la responsabilidad penal.

¹⁹⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 262, se trataría de riesgos propios de un tipo de actividad en sí misma adecuada socialmente en donde la utilidad social típica del sector de actividad impediría considerarla "típicamente relevante".

²⁰⁰ SANTIAGO MIR PUIG, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 3 (2003): 4, pone de manifiesto la exigencia de requerir tres niveles de imputación (juicio de atribución efectuado por el hombre) en el *principio de culpabilidad* y que se consideran necesarios para la completa imputación a un autor culpable: la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal; también VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 406, quien entiende que es posible reconocer una imputación amplia que englobe todas las relaciones que se dan entre un sujeto y un hecho.

del peligro concibiéndolo como un elemento básico de la “imprudencia temeraria”, iniciándose a partir de este momento un tímido reconocimiento del peligro como elemento normativo del tipo y comenzando a distinguir a la vez el peligro concreto del peligro abstracto, como es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1960 o la de 16 de abril de 1963, donde recoge que “la Ley contiene un tipo delictivo de peligro concreto, para cuya realización no basta que la conducción del vehículo de motor se efectúe de manera que, en general, o en abstracto, puede ser peligrosa para el público y para los demás usuarios de una vía urbana, sino que es menester que, en el caso concreto, el público haya corrido un peligro real...”²⁰¹.

Más tarde, en el año 1984, el Tribunal Supremo (TS) vino a entender que el delito de mera actividad, delito de expresión o delito de peligro, “trata de proteger o defender, esencialmente, tanto la libertad de la persona como el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas, en paz, sosiego, bienestar y tranquilidad, viniendo marcado su contenido por el anuncio, con apariencia de serenidad y firmeza, que el sujeto activo de la infracción realiza respecto de un mal serio, real, futuro, dependiente de su voluntad y antijurídico, a recaer sobre la víctima, su familia, honra o propiedad, de tal forma que independientemente de que el mal llegara o no a consumarse e independientemente también de que el presunto delincuente tuviera o no intención de ejecutarlo en su fuero interno siempre que este propósito real no pueda ser captado por quien sufre la amenaza...”²⁰². Algo en lo que se ha ratificado más recientemente el TS al exigir siempre en los delitos de peligro abstracto una acción peligrosa *ex ante* (desvalor de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado) y que pasará a ser un delito de peligro concreto cuando este contacto llegue a darse²⁰³.

²⁰¹ Véase BERISTÁIN IPIÑA, “El delito de peligro...”, 304-306.

²⁰² Tribunal Supremo (Sala de lo Criminal). Sentencia de 9 de octubre de 1984, esta es la definición que hace el Tribunal Supremo en el ámbito de las amenazas pero que es perfectamente trasladable a cualquier tipo de delito de mera actividad que sea capaz de intimidar de tal manera que el amenazado se sienta seriamente perturbado en su ánimo, en su libertad y en su libre disposición de obrar.

²⁰³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 419/2017 de 8 de junio, fundamento jurídico 2.

3.2.2. Los delitos de peligro concreto

Dentro de las múltiples clasificaciones que podemos encontrar en el ámbito de los delitos de peligro, la doctrina se inclina mayoritariamente por la distinción entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligro abstracto, en atención fundamentalmente a que el peligro forme parte del tipo o no.

Pero no resulta ser ésta la única distinción entre ambos tipos delictivos, pues para el caso de los delitos de peligro concreto y partiendo de que suponen una probabilidad de lesión del bien jurídico, se considera que además de constituir el peligro un elemento del tipo se precisa igualmente la demostración de la producción efectiva de la situación de peligro²⁰⁴. Y esta constatación de que el bien se colocó en una situación próxima a la lesión, requiere un análisis *ex post* tanto sobre la entidad del peligro creado como sobre su proximidad al bien jurídico²⁰⁵.

Según esto, los delitos de peligro concreto²⁰⁶ no van a exigir la efectiva producción del resultado material, en contraposición a los delitos de lesión, para que pueda ser considerado como típico el comportamiento, bastando por ello sólo con constatar el peligro creado para el bien jurídico protegido²⁰⁷, en contraposición también a los delitos de peligro abstracto donde este peligro no precisa esta constatación²⁰⁸.

Es posible encontrar plena justificación a la catalogación de determinadas conductas como delitos de peligro concreto al considerar contraproducente su transformación en infracciones administrativas y dejar en manos del azar la posibilidad de exigir responsabilidad penal cuando se produzca el resultado lesivo, en donde la pena no sería otra cosa que la confirmación de la mala suerte del conductor y no una expresión del reproche ético-social. Es en esta línea de reducción de la influencia del azar en la determinación de la

²⁰⁴ Sobre el particular GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 115.

²⁰⁵ Al respecto, véase TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto...", 72-73.

²⁰⁶ En opinión de MALDONADO FUENTES, "Reflexiones...", 33, también denominados "delitos de resultado de peligro".

²⁰⁷ MALDONADO FUENTES, "Reflexiones...", 29; BERISTÁIN IPIÑA, "Resultado...", 277.

²⁰⁸ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 43, conscientes de que el problema de tipificación de estas conductas se haya a la hora de señalar el límite de la probabilidad de lesión del bien jurídico, proponen una relación de inmediatez entre la situación de peligro con el bien jurídico determinado, de tal manera que si la relación es inmediata estaremos ante un delito de peligro concreto, pero si en el proceso no se establece dicha relación de inmediatez del peligro con un bien jurídico se trataría de un delito de peligro abstracto.

responsabilidad penal por lo que se han insertado los delitos de peligro concreto entre las infracciones administrativas y los delitos culposos de resultado material²⁰⁹.

Resumiendo, se puede afirmar que en los delitos de peligro concreto se va a requerir en primer lugar la referencia expresa del peligro en la descripción del tipo y en segundo lugar la necesaria constatación por parte del Juez de su existencia real para el bien jurídico protegido, es decir, se precisa una verificación *ex post* de esa efectiva puesta en peligro del objeto material y por lo tanto de un resultado de peligro que afecte a una disminución de la seguridad previamente existente. Dos son pues los componentes de los delitos de peligro concreto: una acción peligrosa y un resultado de peligro²¹⁰.

En este tipo de delitos se da un efectivo riesgo a la vez que existe una probabilidad de daño para el objeto jurídico que tuvo que ser valorada *ex ante*, necesitándose probar *ex post* la existencia de un peligro imputable a la conducta típica²¹¹ (se presenta como un ejemplo característico de esta clase de delitos el del art. 380 CP).

3.2.3. Los delitos de peligro abstracto

Tal vez sea esta la técnica legislativa usada como barrera avanzada de protección jurídico-penal que presenta una mayor dificultad justificativa²¹², provocando uno de los debates más intensos de la doctrina jurídica que se va a centrar precisamente en este tipo de delitos de peligro y que, por supuesto,

²⁰⁹ Así lo entiende JOSÉ CEREZO MIR, "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* vol. 23, nº 3 (1970): 595.

²¹⁰ Sobre el particular DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO Y DIEGO JESÚS ROMERO JAIME, "El delito de conducción manifiestamente temeraria. Algunas propuestas de mejora", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 1 (2017): 5, según estos autores: "en relación con el resultado, el delito de peligro concreto requiere: a) un juicio de probabilidad cercana de lesión; b) el ingreso de un bien jurídico en el ámbito de la influencia de una fuente de peligro; y, c) que dependa de la causalidad si se produce o no la lesión".

²¹¹ En este sentido MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, "Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos", *Revista crítica penal III*, p. 20, consultado el 13 de abril de 2018, www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/corcoy.pdf.

²¹² Al respecto, véase BERISTÁIN, "Resultado...", 269, quien apunta la posibilidad de identificar en el marco de las teorías objetivas del peligro una estructura de tres líneas de defensa en el Derecho penal: la primera incrimina la lesión efectiva; la segunda coloca delante de la prohibición de la lesión, una prohibición de peligro; y la tercera prohibición que busca mantener la conducta ofensiva o amenazante más lejos de los bienes protegidos, prohibiendo algunas acciones que pueden producir efectos lesivos, aunque en el caso concreto no se produzcan.

quedan al margen de toda teoría reduccionista del Derecho penal que se centra en un Derecho penal mínimo.

A) Terminologías referidas al peligro abstracto

La visión más tradicional de estos delitos va a ser la de una presunción *iuris et de iure* de peligro, según la conducta descrita en el tipo del injusto, no admitiéndose por lo tanto prueba en contra sobre la existencia del mismo y constituyendo una mera presunción de resultado en la que basta sólo la realización de la conducta típica. Pero esta postura no está exenta de críticas por parte de la doctrina que no llega a ver claro qué es lo que se presume (la peligrosidad de la conducta, el resultado de peligro o de lesión), no alcanzándose tampoco acuerdo sobre la clase de presunción (de Derecho o legal)²¹³.

Otros autores critican la tesis de la presunción *iuris et de iure* afirmando que en este tipo de delitos el peligro no es un elemento del tipo²¹⁴, de este modo, partiendo de la clásica división de los delitos de peligro admitida por la mayoría de autores (delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto), proponen denominar a los de peligro abstracto de forma más correcta, ante la ausencia del elemento típico que supone el peligro, como *delitos presuntos* o *delitos de mera desobediencia*, diferenciándose ambos en que los delitos de peligro presunto, así definidos, admitirían la prueba en contrario cuando falte el peligro (siempre que la ley lo recoja expresamente), mientras que los delitos de mera desobediencia no admitirían tal prueba.

TERRADILLOS también se hace eco de la dificultad de alcanzar una terminología válida que sirva para adjetivar el peligro, acudiendo también al empleo de los tradicionales términos de “concreto” y “abstracto”, pero reconociendo que este último no resulta ser el más idóneo ante la idea misma de que el peligro se haya ausente. De este modo propone el autor sustituir el clásico, vago e impropio calificativo de “abstracto” por otra terminología que incorpore la peligrosidad de la conducta así como la probabilidad del resultado

²¹³ Véase VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 255.

²¹⁴ En este sentido BERISTÁIN, “Resultado...”, 272-273; también BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 43, quienes consideran que con este tipo de delitos de peligro abstracto el legislador castigaría meros comportamientos vulnerando así el principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*).

peligroso, apuntando a la utilización más propia del término de “peligro hipotético”, o incluso la posibilidad de utilizar otras denominaciones que no hicieran alusión a la naturaleza del peligro sino a su posición en el tipo del injusto (TERRADILLOS BASOCO 1999, 77-79).

La complejidad que presenta la estructura de este tipo de delitos y su catalogación, así como su posible encaje y justificación en el ordenamiento penal, se refleja igualmente en la propuesta que hace MALDONADO, que llega a establecer una distinción entre los posibles diversos tipos de delito de peligro abstracto: 1º.- en primer lugar, y siguiendo la fórmula tradicional, el legislador va a considerar que concurre la peligrosidad en una determinada conducta por la sola realización objetiva de ésta, en base a una valoración estadística (*peligro abstracto en el sentido tradicional*)²¹⁵; 2º.- en otras ocasiones el legislador va a recoger conductas consideradas inofensivas de manera individual y aisladamente, pero que va a proscribir sobre la base de la peligrosidad que alcanzarían en caso de reiteración o acumulación (*delitos de acumulación*)²¹⁶; y, 3º.- finalmente contempla los *delitos de aptitud*²¹⁷ o *idoneidad*, también denominados *delitos de peligro potencial o de peligro hipotético*²¹⁸, a los que se va a exigir la acreditación de la potencialidad peligrosa de la conducta sin necesidad de acreditar la puesta en peligro real del bien jurídico, siendo originariamente conocidos también como *delitos de peligro*

²¹⁵ Para el autor, su más adecuada conceptualización permite definirlos como “*delitos de peligro presunto*”, al sancionar conductas en las que se presume el peligro en base a consideraciones estadísticas generales, independientemente de que la presunción se confirme. Esta evaluación de “*presunción de derecho*” hecha por el legislador permite sancionar comportamientos generadores de “*condiciones favorables al peligro*” pero no capaces de “*generar peligro*” por sí mismas, como ocurre en la punición de algunos actos preparatorios.

²¹⁶ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 130-136, quien usa idéntica terminología y concepto.

²¹⁷ Según TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 78, se trata de una categoría intermedia entre el delito de peligro concreto y el de peligro abstracto, requiriendo de un juicio *ex post* sobre la relación del riesgo, de tal manera que “si este juicio versare sobre la puesta en peligro de bienes determinados nos hallaríamos en presencia de delitos de peligro concreto, mientras que si supone un examen que añade a la constatación de la peligrosidad de la conducta en general la peligrosidad que puede afirmarse a la vista de las circunstancias concurrentes, no solo en el comportamiento sino también en sus efectos, el peligro será abstracto”; en contra MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico...*, 109, quien lo integra en el seno de la categoría de delitos de peligro abstracto en lugar de atribuirle un auténtico género intermedio entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto.

²¹⁸ En opinión de TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 77, éste término resulta el más idóneo para sustituir el calificativo de “abstracto” ante el amplio catálogo de términos que se vienen utilizando para referirse a los delitos de peligro abstracto.

*abstracto-concreto*²¹⁹ por compartir caracteres de las dos categorías anteriores, tratándose de formulaciones típicas que requieren la afirmación de la peligrosidad de la conducta concreta, sin que se exija que ella se haya expresado en una peligrosidad efectiva y real para el bien jurídico (MALDONADO FUENTES 2006, 44-49).

Esta tercera categoría de *delitos de aptitud, de peligro potencial, hipotético o abstracto-concreto*, como una subcategoría dentro de los delitos de peligro abstracto, se van a caracterizar por incorporar elementos de aptitud o de valoración sobre su potencialidad lesiva, constituyendo la idoneidad del comportamiento para producir un peligro sobre un bien jurídico un elemento normativo del tipo objetivo²²⁰. En los delitos de peligro abstracto los indicios de peligrosidad vienen determinados por la ley, pudiendo ser así entendidos como presunciones *iuris et de iure* de peligro que los asemejan mucho a contravenciones administrativas, por lo que requieren otro elemento necesario dirigido a comprobar que la acción resulte apta o idónea para poner el peligro el bien jurídico²²¹.

En base a todo lo anterior se considera acertada la propuesta de TERRADILLOS de sustituir la actual terminología por otra que evite la gran confusión existente y que ha dado lugar a un amplio catálogo de términos que aluden a una realidad tan heterogénea que engloba al conjunto de los denominados delitos de peligro abstracto, pensando que sería más adecuada otra que reflejara la peligrosidad inherente a este tipo de conductas. No obstante aunque la ya arraigada denominación actual no se considera la más apropiada para referirse a un conjunto de conductas que carecen de un resultado final de peligro, aunque emanen de una conducta *ex ante* peligrosa,

²¹⁹ Al respecto, véase CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 48 y 63, quien los identifica con la denominación de *delitos de aptitud*, en los que para la producción de un daño es mucho mayor la gravedad del desvalor de la acción, apareciendo como elemento del tipo la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. Según el autor es la moderna Ciencia del Derecho Penal la que ha venido a distinguir estos *delitos de aptitud* o *de peligro abstracto-concreto* como un tercer grupo de delitos de peligro con los que se van a prohibir la realización de acciones que puedan producir un determinado resultado, pudiendo encontrar igualmente opiniones de penalistas que consideran que estos delitos de aptitud podrían incluirse tanto dentro de los delitos de peligro concreto como dentro de los delitos de peligro abstracto.

²²⁰ Sobre el particular MARÍA GRACIA BOGADO Y DÉBORA RUTH FERRARI, “Sociedad del Riesgo: Legitimación de los delitos de peligro hipotético”, *CIIDPE*, (2009): 3, www.ciidpe.com.ar.

²²¹ En este sentido ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación* (Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2008): 330.

sí que se estima inoportuna su modificación por otra que lo único que aportaría sería una mayor confusión al asunto, máxime cuando el término delitos de peligro abstracto tampoco resulta ser inadecuado del todo.

Lo que sí se puede deducir de todo lo expuesto es que los denominados *delitos de peligro presunto*, basados en valoraciones puramente estadísticas que no garantizan que la peligrosidad concurren finalmente²²², o los también denominados *delitos formales o de mera desobediencia*, asentados en el simple incumplimiento de la norma, deberían quedar excluidos de estos tipos delictivos de peligro abstracto que encuentran su fundamento en la peligrosidad de la conducta generadora del peligro y no en la peligrosidad estadística o en la mera violación formal de la ley mediante una acción inofensiva.

B) El fundamento de los delitos de peligro abstracto

Es palpable la problemática que supone el recurso a la técnica del delito de peligro abstracto ante comportamientos que no siempre muestran la evidencia de su peligrosidad, lo que en definitiva suscita dudas sobre su legitimación ante la ausencia en algunos casos de un contenido material de injusto de la acción²²³. Entiende MENDOZA BUERGO que el reconocimiento de una peligrosidad típica en los delitos de peligro abstracto, en la que un comportamiento formalmente coincidente con el descrito en el tipo debe ser considerada penalmente relevante aunque carezca de peligrosidad para el objeto de protección, puede provocar que junto a las conductas materialmente contrarias a la norma coincidan otras que sólo lo sean formalmente y que sin embargo se consideren también típicas²²⁴.

²²² Véase BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio...", 492, para quien las presunciones son incompatibles con los principios que informan el Derecho penal contemporáneo.

²²³ Sobre el particular BLANCA MENDOZA BUERGO, "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9 (2002): 40-43.

²²⁴ MENDOZA BUERGO considera que el conocimiento de la peligrosidad de una conducta para un bien jurídico resulta ser un dato relevante para su incriminación, de lo que no se puede derivar que esto implique la innecesaria comprobación de la peligrosidad de la acción para afirmar su adecuación típica. Esta autora defiende que la imputación de un ilícito penal requiere algo más que basarse en generalizaciones o infracciones meramente formales de estándares de conducta, requiriendo de un *contenido de injusto* propio del hecho concreto que sirva para fundamentar la *culpabilidad* por la comisión del mismo y la consiguiente imposición de una pena.

La base del delito o injusto se encuentra en el bien jurídico, estando aquel integrado por dos elementos: la tipicidad y la antijuridicidad²²⁵, que van a residir tanto en el desvalor de la acción como en el del resultado, implicando el primero un fundamento de la tipicidad y el segundo de la antijuridicidad como dos momentos valorativos diferentes. En el desvalor de la acción, como una valoración negativa de ésta, se pretende determinar *ex ante* si la conducta típica creó un riesgo para el bien jurídico protegido, y a través del desvalor del resultado se intenta probar si *ex post* se produjo una afectación del bien jurídico²²⁶ materializada en una lesión o puesta en peligro efectivo. En base a estas valoraciones *ex ante* (voluntariedad y conciencia en la acción) así como *ex post* (resultado típico) el Derecho penal va a distinguir entre los tipos dolosos y los tipos culposos, señalando mayor pena a los primeros.

Desde un punto de vista *ex ante*, la valoración de la acción irá dirigida a probar la peligrosidad de la misma o su idoneidad para producir la lesión o el pronóstico de lesión, mientras que *ex post* deberá determinar la existencia de una lesión o peligro para un determinado bien jurídico, de lo que se podría concluir que la ausencia de este peligro impediría castigar este tipo de delitos²²⁷, surgiendo inevitablemente la pregunta sobre la fundamentación del desvalor en los delitos de peligro abstracto desde un punto de vista *ex post*.

En este apartado, reconociendo la importancia de los delitos de peligro ante lo que se podría considerar un frente avanzado de tutela y afirmando que estaríamos asistiendo a un cambio de paradigma delictivo de la lesión al de la

²²⁵ En este sentido, para BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 145-146, la antijuridicidad implica la afectación de un bien jurídico (antijuridicidad material) y contrariedad de la conducta típica con todo ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal), constituyendo la antijuridicidad material el desvalor social de toda conducta que afecte a un bien jurídico protegido por la norma, produciendo un resultado lesivo o de puesta en peligro al mismo. Al desvalor social del acto, como realización típica, le ha de seguir el desvalor social del resultado, que significa la afectación al bien jurídico. De todo ello se deduce que en los delitos de peligro la antijuridicidad material va a requerir primero la concurrencia de una conducta peligrosa desde una perspectiva *ex ante* y en segundo lugar un juicio de peligro *ex post* en el que se pueda constatar la existencia de un peligro para el bien jurídico protegido. Con ello se completa a nivel de injusto las garantías del ciudadano, agregando al principio de legalidad el de lesividad.

²²⁶ BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 81.

²²⁷ Véanse TERRADILLOS, "Peligro abstracto...", 79; BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 109.

prohibición de acciones arriesgadas, podemos encontrar tres modelos que servirían para fundamentar los delitos de peligro abstracto²²⁸:

a).- *La teoría de la presunción del peligro y la del peligro como motivo del legislador.* La primera operaría como una presunción de carácter general de que el comportamiento implica la producción de un peligro, se trataría de una presunción legal *iuris et de iure* que no admitiría prueba en contrario sobre el desvalor del resultado ante la imposibilidad de justificarlo, algo que no encaja en el Derecho penal por ser éste contrario a las presunciones salvo a la de inocencia. La segunda tesis también llamada *teoría de la peligrosidad general* se basa en que la peligrosidad es, según la experiencia, característica de un grupo de acciones, castigándose las acciones individuales por el mero hecho de pertenecer a este grupo, es decir, la *ratio legis* es la peligrosidad general de unas determinadas conductas que con una frecuencia relevante van a producir efectos lesivos para los bienes jurídicos, castigándose todas aquellas que pertenecen a esta clase aunque no se pueda demostrar su cualidad lesiva²²⁹.

b).- *El paradigma de la lesión de la seguridad en la disposición de los bienes.* Este enfoque concibe el peligro como una perturbación en la disposición segura de un bien jurídico que también precisa de protección junto a la integridad del propio bien.

Autores que defienden esta postura entienden que cualquier conducta creadora de una situación de peligro va a suponer siempre una disminución de las condiciones de seguridad en las que se encuentra un determinado bien, concurriendo por ello tanto un resultado jurídico, de afectación al bien tutelado, como un resultado fáctico, de modificación del entorno exterior²³⁰.

De este modo, “también las puestas de peligro abstractas se pueden valorar como menoscabos *sui generis* del bien jurídico protegido, pues en

²²⁸ Sobre el particular MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto...”, 45-67.

²²⁹ En el mismo sentido VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 254-255.

²³⁰ Al respecto, véanse ALBERTO ALPÍZAR CHAVEZ, “El concepto de resultado”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n°9 (2017): 17-18; TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 71.

este caso los bienes no van a poder utilizarse racionalmente como medio del libre desarrollo de la persona cuando no sea suficientemente seguro que al hacer uso de ellos no sufran algún daño”, la específica lesividad del comportamiento se encuentra en una efectiva puesta en peligro como un injusto del resultado, que supone el menoscabo de una concepción de protección tipificada mediante unos estándares de seguridad necesarios para una disposición racional de los bienes²³¹. Según este planteamiento va a resultar indiferente que el comportamiento del autor pueda lesionar un bien jurídico, pues el peligro abstracto así entendido no va a afectar a la integridad del bien sino a la posibilidad de utilización sin preocupaciones, identificando la lesión de la seguridad con el simple incumplimiento de la regla de estándar tipificado.

En definitiva, estas teorías construyen la afectación del bien jurídico o desvalor del resultado por medio de concepciones excesivamente formales que no siempre llegan a afectar a la integridad del bien, alcanzando con ello a castigar comportamientos totalmente carentes de peligrosidad y abriendo de este modo la compuerta a la punición de conductas al margen de la exigencia de la doble desvalorización, que pretende cerrar precisamente ese alto grado de discrecionalidad a la hora de tipificar estos hechos.

c).- *El desvalor de acción como paradigma de injusto de los delitos de peligro abstracto.* En estas tesis el apoyo a la constitución del contenido del injusto, en su doble vertiente, se va a fundamentar en base al desvalor de la acción.

De entre todas las variadas concepciones que se podrían incluir en este modelo de constitución del injusto, cabe destacar la postura que partiendo del desvalor de la acción establece una conexión entre el injusto de este tipo de delitos y la imprudencia, que se plasmaría en una actuación al menos imprudente (infracción del deber objetivo de cuidado) ante la

²³¹ KINDHÄUSER, “Estructura y legitimación...”, 14.

aptitud cognoscible *ex ante* de la acción para producir una lesión, postura esta última defendida, entre otros, por MENDOZA BUERGO²³².

La antijuridicidad del hecho quedará determinada por la realización de una acción por parte del sujeto que resulte apropiada *ex ante* para lesionar el bien jurídico y en este sentido la doctrina ha evolucionado exigiendo la idoneidad de la acción para producir un resultado lesivo, es decir, será necesario que además del desvalor de la acción se produzca un injusto de peligrosidad, consistente en la creación al menos imprudente de un riesgo, como desvalor del resultado, capaz de lesionar un bien jurídico²³³, debiendo inadmitir por lo tanto un peligro abstracto en aquellos supuestos en que se excluya previamente todo peligro²³⁴.

Pero como afirma la precitada autora, tampoco es pacífica aquí la doctrina. Además, entendemos que con esta teoría se refuerza en exceso del desvalor de la acción intentando retorcerlo y expandirlo de tal forma que englobe el desvalor del resultado desde una valoración *ex ante* de conductas reconducidas a la imprudencia. El desvalor del resultado se va a materializar en la exigencia de la infracción del deber objetivo de cuidado respecto a la posible afectación de un bien jurídico, aunque efectivamente éste no llegue a materializarse en una lesión, pudiendo caer en el error de interpretar finalmente el contenido de injusto de una manera formal y no material. Es por ello que lo definitivo en la constitución del injusto de este tipo de delitos se encuentra en el establecimiento de la verdadera infracción del deber de cuidado a través de un juicio individual de previsibilidad del posible resultado, en donde se determine el

²³² Sobre el particular, véanse CORCOY BIDASOLO, "Legitimidad...", 10; MENDOZA BUERGO, "La configuración del injusto...", 53-54.

²³³ En este sentido CORCOY BIDASOLO, "Legitimidad...", 13, siendo la lesividad el fundamento de la antijuridicidad material ésta no puede limitarse a los delitos de resultado, haciendo aquí la autora una diferenciación entre el resultado material y el resultado jurídico, debiendo por ello realizar un doble juicio de imputación *ex post*. Con el primero debe probarse que la afectación del objeto del delito es imputable a la conducta típica y con el segundo se debe valorar si esa afectación del *objeto material de protección* (la cosa protegida) es idónea para afectar al *objeto jurídico de protección* (bien jurídico protegido).

²³⁴ PABLO CUESTA PASTOR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio* (Madrid: Dykinson, 2012), 35.

incumplimiento o no de las exigencias derivadas del deber de cuidado por parte del autor para el caso concreto²³⁵.

No parecen encajar aquí las posturas formalistas defendidas por algunos autores²³⁶, quienes contemplan la posibilidad de ámbitos de comportamiento en los que el autor debe estar seguro de que se cumplen determinados estándares²³⁷, asumiendo la necesidad de la simple inobservancia de la norma a pesar de la falta de peligrosidad del comportamiento. De este modo los delitos de peligro abstracto se caracterizarían por desviarse de un estándar que implicaría por ello anticipaciones de la punibilidad, no dependiendo su consumación de la lesión de un bien jurídico. JAKOBS pone en relación esta anticipación con la *lesión de la aprovechabilidad* del bien, “en la medida en que los bienes son aprovechables cuando se está seguro de que no se va alterar su estado biológico, físico o químico, pues la perturbación de esta certidumbre constituye una perturbación de su aprovechabilidad y, por lo tanto, la producción de un daño. Ciertamente no resulta dañado el objeto de la acción, sino la relación del titular del derecho con el objeto”.

De las diversas posturas analizadas ninguna de ellas nos parece que llega a justificar la antijuridicidad exigida para la tipificación de los delitos de peligro abstracto, si bien es cierto que en el caso de este tipo de delitos lo que obtiene relevancia desde el punto de vista político-criminal es el desvalor de la acción, en coherencia con la función preventiva que el Derecho penal va a exigir a determinados tipos penales que pretenden proteger bienes jurídicos

²³⁵ De este parecer es MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto...”, 60-61.

²³⁶ Sobre el particular, véase GÜNTHER JAKOBS, “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, en Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, (Madrid: Civitas, 1997), 307-308.

²³⁷ Pone como ejemplo JAKOBS la “duda en algunos ámbitos vitales de las capacidades de los ciudadanos para evitar a través de su autogobierno consecuencias indeseadas con sus conductas”, como es el caso de la conducción en estado de embriaguez. La conducción de un vehículo bajo la influencia de cualquier sustancia, como delito de peligro abstracto, está definida en el Código penal como perturbadora *per se*, ya que resulta generalmente adecuada para producir efectos externamente perturbadores, y para JAKOBS este tipo de conductas no se caracterizan por una anticipación de la punibilidad contraria a las reglas generales. La legitimación de los delitos de peligro abstracto se va a admitir “siempre que se presuma que la conducta típica daría lugar *per se* a un peligro indomable (ej. la conducción en estado de embriaguez) o cuando se trate del peligro de daños futuros, que son por su parte aún dominables (ej. la falsificación de documentos)”.

prohibiendo conductas potencialmente lesivas, lo que podría llegar a entenderse como una conexión con el principio de lesividad.

En los delitos de peligro abstracto el daño *sui generis* no se distingue del desvalor de la acción, consistente en la realización de un comportamiento que generalmente pone en peligro el bien jurídico. El resultado no consiste en la lesión o el peligro concreto del bien jurídico protegido, viniendo determinado este resultado por un efecto que menoscaba el objeto de la acción²³⁸.

Es por ello que en la anticipación de la tutela penal a fases previas a la lesión del bien jurídico, ante amenazas serias para intereses protegidos, el dato decisivo va a residir en el plano objetivo-material, es decir, en la lesividad efectiva o potencial de la conducta, entendiendo la peligrosidad de ésta como un elemento imprescindible del injusto, lo que va a legitimar el adelanto de la tutela penal al momento en que se aprecie que un comportamiento prohibido es objetivamente capaz de afectar a un bien jurídico²³⁹.

En los delitos de peligro abstracto los indicios de peligrosidad vienen fijados por la Ley en base a un comportamiento capaz de poner en peligro un bien jurídico, siendo por ello idóneo para ponerlo en peligro, consumándose la conducta por la mera ejecución de la acción. Según esto debería ser excluida toda conducta en la que se pueda demostrar que la acción jamás pudo suponer un peligro para el bien jurídico²⁴⁰.

²³⁸ En este sentido CEREZO MIR, "Los delitos de peligro abstracto...", 64, para quien en la moderna Ciencia del Derecho se ha desarrollado el "principio de precaución" como medio para justificar la intervención del legislador en supuestos de incertidumbre acerca del saber científico-causal, posicionándose este principio de precaución en contra del principio de prevención. Mientras que el principio de prevención parte de la idea de previsión o de previsibilidad, con base en leyes conocidas, el de precaución va a partir de la sospecha de los riesgos graves e irreversibles que pudieran provocar una actividad determinada, presentándose una incertidumbre sobre los procesos causales que pudieran desencadenar dichas actividades, "existiendo sólo presunciones o sospechas basadas generalmente en cálculos estadísticos y probabilidades". En base a este principio de precaución se ha producido la ampliación de los delitos de peligro abstracto, algo que rechaza Cerezo Mir al proponer que este principio de precaución sólo debería servir de base para una ampliación de las responsabilidades civiles y administrativas, pues el peligro abstracto se basa, sin duda, en el criterio de previsibilidad.

²³⁹ MENDOZA BUERGO, "La configuración del injusto...", 69-71.

²⁴⁰ Véanse GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 116-117; también MADRIGAL NAVARRO, "Delitos de peligro...", 171, para quien los delitos de peligro abstracto contienen la violación de un bien jurídico tutelado, afirmando que el resultado en este tipo de delitos es la propia acción del autor. En los delitos de peligro abstracto la realización del injusto se agota en la última acción que realiza el autor sin esperar a un resultado, identificando estos delitos como delitos de mera actividad que se van a basar en la peligrosidad general de la acción típica hacia un bien jurídico.

En estos delitos de peligro abstracto el peligro no resulta ser un elemento del tipo, como ocurre en el caso de los delitos de peligro concreto, sino únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que condujo al legislador a crear la figura delictiva²⁴¹, donde partiendo de una determinada situación comúnmente peligrosa se va a conminar con una pena su realización, no siendo por tanto necesario comprobar la puesta en concreto peligro del bien. En este tipo de delitos la posibilidad de producción del peligro resulta ser un elemento necesario, exigiéndose con ello que la acción sea positivamente peligrosa, que encierre un posible resultado lesivo²⁴², pues en caso contrario la conducta sería impune al carecer de ilicitud material²⁴³.

Ante el grave daño que se pudiera producir al bien jurídico tutelado vida o salud de las personas el legislador en ocasiones opta por anticipar la punición al simple hecho del riesgo o peligro de que esto ocurra²⁴⁴, siendo por ello preciso comprobar previamente la idoneidad de la acción para producir ese peligro que se pretende evitar, pues si la acción no llegara a ser idónea para ello no podría considerarse una conducta peligrosa (BARBERO SANTOS 1973, 493). Se podría resumir diciendo que mientras en los delitos de peligro concreto es precisamente este peligro el resultado típico, en los delitos de peligro abstracto lo que se va a castigar es una acción típicamente peligrosa

²⁴¹ Sobre el particular, véanse BARBERO SANTOS, “Contribución al estudio...”, 489-490, para quien en este tipo de delitos el legislador puede describir de manera precisa en qué consiste la acción prohibida; también CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 63, quien opina que desde el punto de vista de legalidad los delitos de peligro abstracto resultan ser más satisfactorios que los delitos imprudentes de resultado, donde la conducta prohibida no se encuentra descrita en el tipo, debiendo ser el Juez quien a posteriori la fije al determinar cuál debía haber sido el cuidado objetivamente debido.

²⁴² Así lo entienden TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 75-76; también MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico...*, 110, quien hace referencia a los *delitos de aptitud* como integrantes de los delitos de peligro abstracto y considera que la tipicidad dependerá de dos juicios de valor, uno desde una perspectiva *ex ante* que determine que la acción es apta para producir un peligro y otro segundo juicio *ex post* sobre la posibilidad del resultado de peligro. La idoneidad lesiva para el bien jurídico se presenta como un elemento valorativo inexcusable del tipo de injusto, entendiendo que si el autor adoptó previamente las medidas necesarias para evitar toda posibilidad de que el efectivo peligro se produjera, quedaría excluida la tipicidad.

²⁴³ Al respecto, véase CORCOY BIDASOLO, “Expansión del Derecho penal...”, 52-53, donde la autora opina que no sería legítimo sancionar conductas en las que no se ha llegado a probar lesividad *ex post* para el interés/bien jurídico protegido, considerando que no está legitimado condenar por la realización formal de los elementos típicos (antijuridicidad formal), por tanto, lesiva en abstracto (estadísticamente), sin probar que *ex post*, en el caso concreto, efectivamente era lesiva (antijuridicidad material).

²⁴⁴ En este sentido CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 51, quien opina que determinados tipos, que él denomina “delitos obstáculo”, presentan una finalidad preventiva general ante “bienes jurídicos formales” y pone como ejemplo el recogido en el art. 383 CP (interés del Estado en controlar una actividad concreta).

sin que se llegue a poner en efectivo peligro el bien jurídico protegido, situándose el criterio clave en la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción).

De todo lo visto se podría concluir que los delitos de peligro abstracto, cuya mejor denominación parece ser la de *delitos de aptitud*, van a encontrar su justificación precisamente en la aptitud de la acción para producir un peligro del bien jurídico²⁴⁵, debiendo valorarse esta peligrosidad mediante un juicio efectuado *ex ante* por un observador imparcial, siendo por ello considerado por la mayoría de autores como auténticos delitos de lesividad material para el bien jurídico. La efectiva comprobación mediante un juicio *ex ante* de peligro para el bien jurídico protegido, es decir, la constatación de la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de la probabilidad de lesión del bien jurídico, es lo que va a distinguir este tipo de delitos de peligro abstracto respecto de los tipos puramente formales carentes de todo contenido de injusto material.

Visto el amplio debate existente en torno a la figura y clasificación de los delitos de peligro abstracto, coincidimos con GRACIA MARTÍN en que un rechazo global de los mismos carece de todo sentido actualmente, pues cuando las relaciones sociales tenían lugar entre sujetos claramente identificados e individualizados existían amplias posibilidades de protección frente a los peligros en sus relaciones, pudiendo retardarse la intervención penal hasta el momento de la lesión o del peligro concreto, pero en la sociedad actual este tipo de relaciones se han masificado, confluyendo multitud de cursos causales que han dado origen a nuevos peligros que van a ir dirigidos a una masa anónima de personas ajenas a su existencia, con escasas posibilidades de detectarlos y con pocas posibilidades de autoprotección, lo que justifica la intervención penal y su adecuación a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y *ultima ratio* (GRACIA MARTÍN 2010, 69-70).

C) *Las críticas a los delitos de peligro abstracto*

Al estar configurados los delitos de peligro abstracto sin la exigencia de una efectiva y concreta puesta en peligro de un bien jurídico, la principal crítica va a radicar en la pérdida del contenido material del injusto penal y su

²⁴⁵ Al respecto, véase CEREZO MIR, "Los delitos de peligro abstracto...", 71.

transformación en ilícitos puramente formales o administrativos²⁴⁶. Además, la tendencia expansiva de estos tipos delictivos incrementa la posibilidad de colisión con otros principios aparte del de lesividad, como son el de culpabilidad, de legalidad o el de presunción de inocencia²⁴⁷, razones por las cuales son muchos los tratadistas que abogan por la total desaparición de esta clase de delitos²⁴⁸.

El recurso a las presunciones (“*iure et de iure*” o “*iuris tantum*”) como técnica legislativa, no puede ser aceptable en el Derecho penal al entenderse que vulneran garantías consideradas básicas²⁴⁹ pues incurrirían en la vulneración de los principios de lesividad y de culpabilidad. Se estaría presumiendo la responsabilidad del agente vulnerando así la carga de la prueba a la vez que violaría el principio *in dubio pro reo*²⁵⁰. Se podría afirmar que todo se resume en la contradicción del principio de culpabilidad al no existir una lesividad previa²⁵¹.

Al obviarse en los delitos de peligro abstracto la lesión o la amenaza real para el bien jurídico se iría en contra de la finalidad que tradicionalmente se ha atribuido a los delitos de peligro centrada en evitar lesiones a estos bienes, prohibiendo una conducta que no supone una posibilidad real de afectación y contraviniendo así el principio de lesividad ante la intervención del sistema por el simple hecho de tranquilizar a la sociedad y mantener la norma²⁵². De este modo, al castigar a la persona por el simple hecho de realizar la conducta descrita en el tipo en base a una acreditada relación estadística con un resultado lesivo, a pesar de no llegar a comprobar si realmente el bien jurídico ha llegado a estar afectado, se vulneraría igualmente el principio de culpabilidad al sancionar conductas que no han llegado a provocar lesión alguna o circunstancia objetiva de peligro.

Otros principios que pueden verse afectados con la tipificación de determinadas conductas como delitos de peligro abstracto de una forma indiscriminada van a ser el de intervención mínima y el de proporcionalidad, recurriendo al uso del Derecho penal como *primera o única ratio* con una

²⁴⁶ Véase MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 183.

²⁴⁷ Sobre el particular TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 92.

²⁴⁸ Así opina BERISTÁIN IPIÑA, “Resultado y Delitos...”, 273.

²⁴⁹ En este sentido MALDONADO FUENTES, “Reflexiones...”, 58.

²⁵⁰ Véanse MALDONADO FUENTES, “Reflexiones...”, 31; MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 185.

²⁵¹ En ese sentido VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 324.

²⁵² De este parecer es MADRIGAL NAVARRO, “Delitos de peligro...”, 184-185.

orientación clara a una prevención de riesgos que castiga al individuo a pesar de no existir lesión sin comprobar la existencia de otros medios de control social más adecuados y menos graves para la protección del bien jurídico.

Como ya se ha apuntado anteriormente, tanto los denominados *delitos de peligro presunto* como los *de mera desobediencia*²⁵³ no encajan bien con los postulados de un Derecho penal garantista, pues pudiera ocurrir que en determinadas conductas no sólo se halle ausente la afectación del propio bien jurídico sino que incluso falte la peligrosidad de la misma, lo que atenta gravemente contra los principios ya mencionados y no llegaría a fundamentar la intervención del Derecho penal.

Estos delitos basados en datos obtenidos por experiencias anteriores, que establecen una causalidad general, una ley estadística, no puede fundamentar imputación de responsabilidad criminal individual, pues la ausencia absoluta de peligro en determinados casos debería dar lugar a la exclusión de la tipicidad²⁵⁴. La imputación de un ilícito penal requiere algo más que basar el injusto en generalizaciones o en infracciones meramente formales, exigiendo un contenido de injusto propio del hecho concreto que sirva para fundamentar la culpabilidad por su comisión²⁵⁵.

La antijuridicidad material, que implica la afectación del bien jurídico, se identifica con lo que la sociedad desvalora como acción típica capaz de producir un resultado de lesión o de puesta en peligro para un bien jurídico protegido. “Al desvalor social del acto que significa la realización típica ha de seguir el desvalor social del resultado que significa la afeción al bien jurídico”²⁵⁶.

Según esto, el resultado relevante en el orden penal debe ser considerado como un efecto del comportamiento sobre el objeto protegido, entendiéndose este resultado penal como la situación o estado creado con relación al bien jurídico y que va a ser valorado negativamente por contradecir la situación tutelada por la norma, quedando así determinado conforme a criterios jurídico-

²⁵³ Los *delitos de peligro presunto* se apoyarían en simples presunciones basadas en la experiencia y la estadística, mientras que en los *delitos de desobediencia* la mera realización de la conducta típica sería sin más punible (delitos formales).

²⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 80.

²⁵⁵ MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto...”, 43.

²⁵⁶ Sobre el particular, véase BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)...*, 145.

valorativos (afectación del bien jurídico protegido)²⁵⁷, aunque sin negarle la relación existente con el resultado jurídico material (típico o externo de carácter natural).

El rechazo y las críticas a los delitos de peligro abstracto puros se circunscriben a la falta real de perjuicio para un bien jurídico-penal, convirtiendo una de las principales ventajas político-criminales de estos delitos en su principal obstáculo²⁵⁸. Si bien actualmente la mayoría de las tesis que reconocen contenido material a los tipos de peligro abstracto lo hacen desde el desvalor de la acción, también se observa cierta dificultad para asignar tal materialidad a un desvalor de resultado, debido especialmente a la conservación del paradigma de lesión²⁵⁹.

Es por ello que la doctrina viene justificando este desvalor potencial de resultado desde el propio desvalor de la acción en base a un doble juicio sobre la peligrosidad, tanto de la conducta como del resultado, que confirme la existencia de peligrosidad real en este tipo de delitos. Y desde esta peligrosidad de la acción (desvalor de la acción) se llega a una situación de peligro hacia el objeto de protección (desvalor del resultado) a través de acciones que ya no son dominables por el sujeto, que escapan a su control o gobierno, o que salen de su ámbito de dominio, entendiendo algunos autores que se produce con ello una real afectación del bien jurídico-penal como resultado jurídico, como concepto diferente del resultado material-formal²⁶⁰.

3.2.4. Referencia al tipo subjetivo en los delitos de peligro

De lo ya expuesto podríamos entender que nos encontramos ante una categoría de delitos que únicamente admite el tipo doloso, requiriendo el dolo de puesta en peligro²⁶¹ en el sentido de conocer y querer las circunstancias que pertenecen al tipo penal objetivo. Pero en este caso el dolo de puesta en peligro tiene el significado de la presentación al sujeto activo de la posibilidad de que llegue a producirse un peligro de afectación de un bien jurídico,

²⁵⁷ En este sentido VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 206-207.

²⁵⁸ *Ibid.*, 325.

²⁵⁹ *Ibid.*, 348.

²⁶⁰ *Ibid.*, 344.

²⁶¹ Al respecto, véase BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio...", 499, al referirse en concreto a los delitos de peligro abstracto, aunque este autor es contrario a la distinción entre dolo de lesión y dolo de peligro estimando que el dolo de los delitos dolosos de peligro es el mismo que el de los delitos dolosos de lesión.

bastando sólo con que al autor se le presenten de manera cognoscible las posibles circunstancias de las que se infiere la posibilidad de lesión.

Esta afirmación se ha hecho más rotunda a partir de la entrada en vigor del Código Penal de 1995²⁶² y el abandono de la incriminación de la imprudencia con carácter general (“*crimen culpae*”), habiendo pasado a otro sistema de incriminación sólo en los casos previstos por la ley (“*crimina culposa*”), por el que se sancionan delitos específicos cometidos por imprudencia (art. 12 CP), siendo usual el rechazo de las conductas imprudentes sin resultado²⁶³. No obstante existen autores que siguen considerando algunas conductas relacionadas con la seguridad vial (arts. 379, 380 y 385 CP) como supuestos de imprudencia sin resultado²⁶⁴, que por quedar generalmente impunes, su expreso castigo debería ser interpretado como un adelantamiento de las barreras de protección de la vida e integridad de las personas.

En este sentido si con la tipificación de delitos de peligro lo que se pretende es garantizar la seguridad, los delitos imprudentes de resultado van a adolecer de la consecuencia preventiva necesaria que debiera identificarlos, al incorporar el mensaje de que el sujeto activo sólo será sancionado si produce el resultado lesivo, cuando precisamente lo que caracteriza a estos delitos imprudentes es la confianza del agente en la no producción del mismo²⁶⁵, por lo que en principio procede excluir ya la identificación de los delitos de peligro como posibles delitos imprudentes de resultado.

También hay que apuntar que respecto a los delitos imprudentes recogidos en el Código Penal español la nueva regulación de la imprudencia también excluye de la tipicidad la participación imprudente (inductor, cooperador

²⁶² Una de las principales novedades del nuevo Código Penal es la sustitución del término “culpa” por el de “imprudencia”, introduciendo un sistema de incriminación cerrada o *numerus clausus* más respetuoso con el principio de taxatividad, garantizando la seguridad jurídica ante incriminaciones imprudentes que ahora tendrán carácter excepcional, lo que supone a su vez la plasmación de los principios de fragmentariedad y de intervención mínima del Derecho penal.

²⁶³ Véanse GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 136; VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 154; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 259.

²⁶⁴ Así opinan FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial: su aplicación jurisprudencial*, (Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2014), 21; ROLANDO MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 86; también MENDOZA BUERGO, “La configuración del injusto...”, 58, aunque en este caso, la reconducción del injusto de algunos de los delitos de peligro abstracto a la del delito imprudente sólo tiene sentido si esa equiparación es real, es decir, que se determine que la infracción del deber de cuidado, y por tanto de la peligrosidad de la conducta, no es de forma general sino de forma individual, al igual que en los delitos imprudentes.

²⁶⁵ En este sentido SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 51.

necesario y cómplice), según un sector mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia²⁶⁶, afirmándose que sólo es posible castigar la participación dolosa y exigiendo como requisito imprescindible para una condena la concurrencia de un doble dolo: 1º.- conocimiento y voluntad de que el autor principal va acometer o está cometiendo un hecho delictivo; y, 2º.- conocimiento y voluntad de que con su conducta está prestando auxilio a dicho autor, postura esta duramente criticada por algunos al entender que la participación imprudente igualmente debería tener relevancia penal²⁶⁷.

Si la nueva regulación penal ha pretendido ganar en seguridad jurídica y garantizar el principio de intervención mínima, restringiendo para ello las incriminaciones imprudentes a las expresamente contempladas por el legislador, parece claro que los nuevos tipos penales de peligro deberían caer en el ámbito de la imputación dolosa, opinando por ello que deberíamos huir de la creación de nuevas interpretaciones imprudentes.

El principio de legalidad no impide otras interpretaciones siempre que con ello se restrinja el alcance de lo punible, en atención a los principios del Derecho penal. En este apartado, y ante las propuestas favorables a la consideración de los delitos contra la seguridad vial como supuestos de imprudencia sin resultado, podríamos preguntarnos si cabría la posibilidad de que el juzgador interpretara algunas conductas dentro del mismo tipo como dolosas y con ello atribuirles un mayor desvalor y una mayor pena.

Asimismo podemos encontrar autores que coinciden en diferenciar el dolo de peligro del dolo de lesión²⁶⁸, aunque según la doctrina mayoritaria este dolo de peligro no es una categoría autónoma que constituya una clase especial de dolo²⁶⁹, tratándose hoy día de una discusión totalmente superada y requiriendo tanto la consciencia de que mediante sus actos se pone en peligro un bien jurídico, es decir, el conocimiento de estar llevando a cabo una acción en unas circunstancias determinadas y conocidas que suponen una puesta en peligro para un bien jurídico (elemento cognitivo), como la voluntad de llevar a cabo

²⁶⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 358/1997 de 21 de marzo, fundamento jurídico 5.

²⁶⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, "La participación imprudente...", 141.

²⁶⁸ MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ, "Delitos de peligro e imputación objetiva", *Revista Iter Criminis*, nº 3 (2008): 19; también CORIGLIANO, "Delitos de peligro...", 3.

²⁶⁹ Al respecto, véanse GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 137-138; BARBERO SANTOS, "Contribución al estudio...", 496

esa acción, el propósito de actuar o de colocarse en esa situación de peligro para un bien jurídico (elemento volitivo).

Por otra parte, la doctrina mayoritaria viene exigiendo un juicio de imputación objetivo posterior al establecimiento de la causalidad (FEIJÓO SÁNCHEZ 2003, 139), en el cual ha de preguntarse si una persona escrupulosa y razonable habría podido y tenido que evitar la realización del tipo. El delito doloso trata de la valoración del saber concreto para la evitación del resultado, no cabiendo el comportamiento imprudente si el autor disponía de los conocimientos necesarios capaces de excluir con seguridad un resultado como posible efecto de su comportamiento, y lo mismo vale para el caso en que el autor conozca circunstancias que exijan medidas de precaución específicas. Es por ello que el riesgo permitido eximiría de responsabilidad por las consecuencias lesivas de una acción a todo aquel que no pudo evitarlas y que no habrían sido evitables a pesar de sujetarse a los estándares del ámbito específico, siendo por ello el riesgo permitido una manifestación del principio *ultra posse nemo obligatur*²⁷⁰.

El contenido del dolo en el caso concreto de los delitos de peligro abstracto exige, además de la conciencia y voluntad de realizar la acción descrita en el tipo desde un punto de vista *ex ante*, también del cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de bienes jurídicos, es decir, la conciencia y voluntad de comportarse como lo haría una persona inteligente y sensata²⁷¹.

4. LOS LÍMITES AL *IUS PUNIENDI* DEL ESTADO

Siendo manifiesta la ampliación del Derecho penal a nuevos ámbitos que se consideran imprescindibles para la convivencia humana, también resulta manifiesta la necesidad de combatir una exagerada expansión de éste acudiendo al *principio de intervención mínima* y así parece deducirse de la evolución de los propios textos legales, como la actualización llevada a cabo sobre el anterior Código penal²⁷² o de la propia exposición de los criterios en que se inspira el actual texto al afirmar en su Exposición de Motivos que “se ha

²⁷⁰ Sobre el particular URS KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, *InDret*, nº 4 (2008): 18-23.

²⁷¹ De este parecer es CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 69.

²⁷² El preámbulo de la actualmente derogada LO 3/1989, de 21 de junio, comenzaba afirmando que “Entre los principios en que descansa el Derecho penal moderno destaca el de intervención mínima”.

afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja”.

Los principios forman parte de los postulados éticos o ideales políticos y como guías o directrices constituyen, como *ratio legis*, un derecho positivo “posible” pendiente de transformación, siendo previos a él, constituyendo criterios de orientación en los actos de creación de las normas jurídicas²⁷³. Los principios de legalidad, proporcionalidad o presunción de inocencia, entre otros, van a surgir al margen del derecho positivo pero con una clara vocación de insertarse en él, “provocando que la ley, como manifestación de la voluntad del legislador, sea también la expresión de una serie límites al poder punitivo y, a la vez, de garantía de los derechos del ciudadano”²⁷⁴. El Derecho penal debe reservarse para aquellos comportamientos que supongan el ataque más grave a los bienes jurídicos más importantes, debiendo hacer continuamente uso de estos principios en el análisis dogmático del Derecho penal para justificar y criticar los contenidos propios de la materia objeto de su estudio.

Y este catálogo de principios estructurales de la intervención penal garantista experimenta incluso propuestas de sistematización en tres grandes bloques, pudiendo alcanzar denominaciones como: “1^a.- *principios de la protección*, que atienden a las pautas que deben regir la delimitación de los contenidos a proteger; 2^a.- *principios de la responsabilidad*, que se ocupan de los requisitos que deben concurrir en un determinado comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él; y, 3^a.- *principios de la sanción*, que atienden a los fundamentos en virtud de los cuales se puede reaccionar con sanciones frente a la conducta responsable criminalmente”²⁷⁵, siendo dentro del primer bloque donde van a mostrar su relevancia los principios del derecho penal garantista, como el principio de lesividad o el de intervención mínima.

En este apartado coincide también FERRAJOLI al entender que el sistema penal garantista va a girar en torno a una serie de principios que pretenden limitar la potestad punitiva del Estado, protegiendo al individuo contra la

²⁷³ Así lo expone OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Diversas aproximaciones a los principios en el Derecho”, en *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, (Madrid: Dykinson, 2005), 2.

²⁷⁴ De esta opinión es OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Los principios y la dogmática penal”, en *Los principios en el derecho y la dogmática penal*, (Madrid: Dykinson, 2005), 4.

²⁷⁵ Al respecto, véase Díez RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido...”, 12.

arbitrariedad de los poderes públicos²⁷⁶, siendo construcciones doctrinales elaboradas sobre normas que vinculan a los poderes imponiéndoles unos límites, constituyendo su función específica la de orientar políticamente las decisiones y permitir su valoración y control²⁷⁷.

Compartimos aquí la postura de SILVA SÁNCHEZ respecto a la difícil tarea del legislador penal a la hora de adecuar su labor a los límites garantistas, al entender que hoy día “los diferentes principios que rigen el Derecho penal se manifiestan en una permanente tensión, dentro de un marco flexible y ambiguo”²⁷⁸, poniendo como ejemplos el principio de intervención mínima y las garantistas individuales (ej. presunción de inocencia o prisión preventiva).

Está claro que al Estado le corresponde el *ius puniendi* o potestad punitiva, no resultando ninguna novedad que este poder se justifica por la propia necesidad de protección de la sociedad a través de bienes jurídicos, pero esa legitimidad en la utilización del *ius puniendi* pudiera justificar que el Derecho penal fuera empleado de un modo indebido para consolidar sistemas totalitarios y negadores de derechos y libertades fundamentales, o con una tendencia marcadamente inflacionista sujeta a los avatares políticos del momento o con un carácter puramente simbólico, lo que nos debe llevar a la necesidad de establecer unos límites a ese poder punitivo que obliguen al Estado a desarrollar un Derecho penal ajustado al modelo constitucional y a sus valores superiores, respondiendo así a unos parámetros preventivo-garantistas que se alejen de modelos totalitarios y de oscilaciones políticas y legislativas²⁷⁹.

²⁷⁶ Sobre el particular SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Los principios...”, 18-19, recoge los diez principios en torno a los cuales gira el sistema garantista en opinión de FERRAJOLI: “el principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito, el principio de legalidad en sentido estricto, el principio de necesidad, el principio de lesividad, el principio de materialidad, el principio de culpabilidad, el principio de jurisdiccionalidad, el principio acusatorio, el principio de la carga de la prueba y el principio contradictorio o de defensa. La combinación de estos principios configura un sistema de derecho penal mínimo que aspira a la máxima certeza. El modelo se completa con dos cláusulas de cierre también en forma de principios: el de *favor rei* e *indubio pro reo*”.

²⁷⁷ En el mismo sentido, CORCOY BIDASOLO, “Expansión del Derecho penal...”, 55-56, quien señala que cuando los valores compartidos por la mayoría de la sociedad quedan recogidos en una ley no se diferencian de cualquier otra forma de denominar al bien jurídico, convirtiéndose en un bien jurídico-penal cuando esta ley es penal, exigiéndose con ello la protección y el respeto de los límites que restringen la intervención penal (subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad).

²⁷⁸ Citado por SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “Los principios...”, 28.

²⁷⁹ Se coincide en este parecer con RAFAEL REBOLLO VARGAS, “Función real y simbólica de los delitos societarios”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 26 (2006): 216-219,

No se pretende en este trabajo hacer ninguna descripción detallada y sistemática de todos estos principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, pero sí se estima oportuno hacer una referencia sobre aquellos a los que los diversos autores han dado mayor relevancia a la hora de centrar sus críticas en relación con la expansión del Derecho penal a ámbitos que antes eran reservados al derecho administrativo sancionador.

4.1. Principio de legalidad

Se trata de un “límite al *ius puniendi* del Estado que está relacionado con todo el sistema penal en su conjunto en donde cada momento de la dinámica penal se va a encontrar formalizado por medio de la ley, no pudiendo el Estado exceder lo que está taxativamente señalado por ella”. Esta exigencia constitucional de taxatividad y certeza de las normas sancionadoras deriva del artículo 25.1 CE.

“El proceso de creación de una norma se encuentra limitado por unos principios que son consustanciales al Estado social y democrático de derecho como son el de necesidad de la pena, el de exclusiva protección de bienes jurídicos y el del de dignidad de la persona humana, que darían una validez material a la norma, pero a la vez esta norma necesitaría de una validez también formal que se adquiere cuando la norma se concreta en una ley”²⁸⁰.

Según esto, el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal va a implicar la exigencia de: 1º.- la existencia de una ley (*lex scripta*); 2º.- que ésta sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y, 3º.- que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que implica el rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas así como que el Juez se convierta en legislador, quedando vinculado éste último también al principio de legalidad (ATC de 20 de junio de 2018, FJ 4).

<http://hdl.handle.net/10347/4062>, para quien no resulta aconsejable considerar los principios limitadores al *ius puniendi* del Estado como un catálogo cerrado sino como un bloque abierto y en permanente contacto con los valores constitucionales, entendiéndose que todos los criterios usados por la doctrina a la hora de agrupar los principios y límites constitucionales a este *ius puniendi* pueden concretarse en tres límites básicos: *el principio de intervención mínima; el de intervención legalizada del poder punitivo del Estado; y, el de culpabilidad.*

²⁸⁰ Sobre el particular BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 80-81.

4.2. Principio de ofensividad o lesividad

Principio expresado con la máxima latina *nullum crime sine iniuria* que significa que no puede apreciarse la comisión de un delito si el comportamiento no ha producido una lesión significativa de un bien jurídico.

Materializado por esta exigencia básica de la lesión de un bien jurídico que justifique el establecimiento de una responsabilidad penal, este principio ha servido para marcar históricamente el paso de la antijuridicidad meramente formal a la material, plasmándose en la idea de dañosidad social con dos exigencias, una primera que debe tratarse de un comportamiento que afecte a las necesidades del sistema social en su conjunto y otra segunda que sus consecuencias deben poder ser constatadas en la realidad social, pudiendo ser valoradas por las ciencias empírico-sociales²⁸¹.

FERRAJOLI distingue dos concepciones en relación con las finalidades de tutela del Derecho penal: 1ª.- la tutela de bienes jurídicos concretos, sean estos derechos o bienes fundamentales; 2ª.- la tutela o la conservación del sistema social en cuanto tal, identificando este segundo como el sistema que permite la supervivencia de dictaduras o bandas de *gangsters*. El autor, partiendo de la concepción del bien jurídico como el “bien empíricamente determinado”, justifica la configuración de la lesión de bienes externos al Derecho mismo como una garantía penal de la persona y por tanto como un límite a la intervención penal²⁸².

4.3. Principio de intervención mínima

El origen de este principio coincide con el nacimiento del liberalismo, doctrina política nacida en la segunda mitad del siglo XVIII que se caracterizaba por reivindicar un espacio de libertad personal, religioso o económico más amplio de lo que antes se consideraba razonable, exaltando la libertad en oposición al Estado absoluto. Es a través de este movimiento de la Ilustración donde comienzan a sentarse las bases de un Derecho penal garantista que consideraba la necesidad de la pena y su racionalidad pilares

²⁸¹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido...”, 12.

²⁸² LUIGI FERRAJOLI, “El principio de lesividad como garantía penal”, *Revista Nuevo Foro Penal*, 8, nº 79 (2013): 101-107; de este parecer son también MARTÍNEZ-BUJÁN, “Algunas reflexiones...”, 978; CORCOY BIDASOLO, “Legitimidad...”, 13; TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 89-90.

esenciales para limitar la discrecionalidad con que el Antiguo Régimen administraba la justicia penal²⁸³. Actualmente se configura como una garantía frente al *ius puniendi* del Estado limitando la intervención de Derecho penal sólo a los ataques más graves de los bienes jurídicos más importantes.

Este principio, que rige y limita el poder punitivo del Estado, deriva de la propia naturaleza del Derecho penal, permitiéndole intervenir exclusivamente en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos y dejando para otras ramas del Derecho las perturbaciones más leves, pudiendo considerarse como manifestaciones del principio de intervención mínima: el de exclusiva protección de bienes jurídicos, el de subsidiariedad (también denominado *accesoriedad o secundariedad*) y el de *ultima ratio*²⁸⁴.

Se podría decir que “el principio de intervención mínima se configura como una suerte de idea-fuerza que se coloca en el centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de fragmentariedad, *ultima ratio*, proporcionalidad y hasta el de insignificancia, no siendo fácil encontrar su significado debido a que estos términos suelen usarse con vaguedad e incluso llegan a solaparse unos con otros”²⁸⁵. Para VILLEGAS FERNANDEZ, si bien el principio de intervención mínima presenta un doble carácter, ser un derecho fragmentario y subsidiario, el punto de partida se encuentra en el principio de proporcionalidad, debiendo el Estado reservar la sanción más potente de la que dispone (la pena) para los supuestos extremos, apareciendo así uno de los componentes de este principio: la fragmentariedad, según el cual el Derecho penal no debe proteger todos y cada uno de los bienes jurídicos sino sólo los más preciados.

El precitado autor recurre a la doctrina del Tribunal Supremo²⁸⁶ para afirmar que el destinatario del principio de intervención mínima es ante todo el

²⁸³ Véase RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ, “Derecho penal como *última ratio*. Hacia una política criminal racional”, *Ius et praxis* 14 n° 1 (2008): 2

²⁸⁴ En este sentido, véanse FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, (Montevideo - Buenos Aires: Editorial BdeF Ltda, 2001), 107-108; REBOLLO VARGAS, “Función real y simbólica...”, 219.

²⁸⁵ De esta opinión es JESÚS MANUEL VILLEGAS FERNÁNDEZ, ¿“Qué es el principio de intervención mínima?”, *Revista internauta de práctica jurídica*, n° 23, (2009): 3-7.

²⁸⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 81/2008 de 13 de febrero, fundamento jurídico 18º; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1033/2000, de 13 de junio, fundamento jurídico 2º, “El principio de «intervención mínima» no puede ser invocado como fundamento de la infracción de Ley en el recurso de casación, toda vez que sólo es un criterio de política criminal dirigido particularmente al legislador y sólo

legislador y no el Juez. De esta manera, las tendencias judiciales de atribuirse la comprobación por sí mismos sobre la eficacia punitiva de las normas penales, llegando incluso a decidir sobre su aplicación y la destipificación de conductas que encajan en la descripción de tipos penales, estaría usurpando el papel que corresponde al legislador y quebrando con ello la división de poderes.

En relación con lo ya expuesto y siguiendo en este apartado las propuestas de algunos autores pasaremos a exponer a continuación otros dos subprincipios que surgen de este principio de intervención mínima: el del *carácter fragmentario* del Derecho penal y el de *subsidiariedad*²⁸⁷.

4.3.1. Principio de subsidiariedad

Dando continuidad a la tesis ya expuesta, este principio de subsidiariedad, que va a surgir del de intervención mínima, “entiende el Derecho penal como el último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos”²⁸⁸.

Desde este punto de vista, la subsidiariedad del Derecho penal, entendido como *última ratio* o *extrema ratio*, significa que el Estado únicamente podría recurrir a él cuando fallaran el resto de controles sociales, pues la gravedad que implica la reacción penal aconseja que ésta sea considerada como un recurso excepcionalísimo frente el conflicto social, implicando esta

mediatamente puede operar como criterio regulador de la interpretación de las normas penales, que en ningún caso puede servir para invalidar una interpretación de la ley ajustada al principio de legalidad. Su contenido no puede ir más allá, por lo tanto, del principio liberal que aconseja que en la duda se adopte la interpretación más favorable a la libertad («in dubio pro libertate»).

²⁸⁷ Sobre el particular, véanse DÍEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido...”, 12; DE LA CRUZ OCHOA, “Control social...”, 61.

²⁸⁸ Al respecto, véanse DÍEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido...”, 12, quien además apunta que “en directa relación con este subprincipio de subsidiariedad debe atenderse a la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, dos subsistemas de control social que no cesan de aumentar semejanzas. Mientras en los años 60 y 70 del pasado siglo se produjo un importante movimiento despenalizador en Europa occidental, que llevó en parte al enriquecimiento del derecho administrativo sancionador en la década de los 80, en la actualidad se observa un fenómeno inverso en donde se viene produciendo una desadministrativación que está trasladando al Derecho penal contenidos antes no incluidos en él”; también MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, 108.

subsidiariedad el que siempre se ha de recurrir en primer lugar a otros controles menos gravosos existentes dentro del sistema estatal²⁸⁹.

De esta forma, la subsidiariedad del Derecho penal implica que debe ser preferible la utilización de los medios desprovistos de carácter sancionador en primer lugar, para pasar en un segundo escalón de respuesta a las vías que atribuyen sanciones no penales (civil o administrativa) y sólo cuando estos primeros recursos han fallado o se han visto insuficientes es cuando se justificaría la participación del Derecho penal. El Derecho penal se convierte de este modo en el último eslabón que cierra el entramado legislativo que regula una determinada materia, complementando la necesaria regulación extrapenal en la tutela de bienes jurídicos con la regulación propiamente penal.

4.3.2. Principio de fragmentariedad

Siguiendo a Díez RIPOLLÉS, este principio, que surge como el anterior del de intervención mínima, “va a reducir el Derecho penal a la salvaguarda de los supuestos más intolerables a los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social”. Este carácter fragmentario se encuentra estrechamente ligado al anterior principio de subsidiariedad, desde el punto de vista de que debido a la gravedad que supone el recurso al control penal frente a todo conflicto social, no resulta posible utilizarlo frente a toda situación lesiva de un bien jurídico sino sólo respecto a hechos muy determinados y específicos, pues lo contrario implicaría una ampliación de la actividad punitiva por parte del Estado que incluso podría llevar a la paralización de la vida social, provocando inseguridad en las personas que se verían permanentemente amenazadas por la violencia del Estado²⁹⁰.

²⁸⁹ En ese sentido BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 66; CLAUS ROXIN, “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15 (2013): 14; REBOLLO VARGAS, “Función real y función simbólica...”, 219-220.

²⁹⁰ Véanse BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 66-67; SANTIAGO MIR PUIG, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 14 (1989): 205-215, quien opina que para que un bien jurídico pueda considerarse también un bien jurídico-penal debe cumplir dos condiciones: 1ª.- suficiente *importancia social* (sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales, pudiéndose considerar tales bienes como fundamentales para la vida social); y, 2ª.- *necesidad de protección por el Derecho penal* (no basta que el bien posea suficiente importancia social para

“El Derecho penal, como instrumento de la política social del Estado, presenta un indudable carácter fragmentario, entendido en el sentido de que éste no tiende a la protección de todo bien jurídico, ni siquiera a la defensa de los bienes escogidos frente a cualquier tipo de ataque”²⁹¹, debiéndose recurrir a la represión penal del Estado sólo frente a las graves afectaciones de los derechos fundamentales del individuo y cuando sea absolutamente necesario frente a los comportamientos que de manera más grave los ataquen, es decir, cuando la protección de los bienes jurídicos no sea alcanzable mediante otras previsiones, debiendo por ello considerar atípica toda conducta que sólo lesione de manera insignificante un bien protegido, de ahí que se hable de la pena como la *ultima ratio* corriendo el riesgo de producir una hipertrofia del derecho penal de no tener en cuenta esta regla²⁹².

También hay quien incluye este principio dentro de otro más genérico de proporcionalidad, junto con el de idoneidad y necesidad (*ultima ratio*), denominándolo como de “proporcionalidad en sentido estricto”²⁹³, fundamentándolo directamente en la idea de justicia desde la que se debe ponderar si el beneficio que se persigue con la sanción justifica sus costes. Es por ello que diferentes sectores del ordenamiento jurídico (Administrativo y Penal) pueden entrar a proteger el mismo bien, pero, atendiendo a este principio, el derecho administrativo sancionador sólo intervendría en las conductas que de una manera más leve afectaran a su integridad mientras que el Derecho penal entraría en acción cuando esa afectación se considerara más grave.

Como ya ha quedado expuesto, el carácter fragmentario consiste en limitar la actuación del Derecho penal a los ataques más violentos contra los bienes jurídicos más relevantes, de lo que se deduce que no toda lesión a un bien jurídico debe ser reprochada por el Derecho penal sino que éste sólo debe actuar cuando concurren dos elementos: 1º.- que el bien jurídico posea

precisar protección penal, precisando además que otros medios de tutela menos lesivos no sean suficientes, reservándose la protección penal sólo para algunas formas de ataque especialmente peligrosas y no para otras).

²⁹¹ JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de derecho penal* (Lima: Eddili, 1987), 14.

²⁹² De este parecer son también REBOLLO VARGAS, “Función real y función simbólica...”, 220-221; DE LA CRUZ OCHOA, “Control social...”, 52; VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 7-11.

²⁹³ Sobre el particular, véase LUIS ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista penal* 1, nº 1 (2009), 1-7.

importancia; y, 2º.- que la lesión a éste sea violenta, es decir, se requiere un plus en el desvalor de la acción y del resultado para justificar su intervención.

4.4. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El principio de necesidad de la intervención penal del Estado requiere una base concreta que señale los límites fundamentales del sistema, siendo indispensable para ello señalar “qué es lo protegido”, tarea que va a cumplir el bien jurídico y que va a limitar así el *ius puniendi* del Estado únicamente a las conductas dolosas o culposas que lesionen este tipo de bienes²⁹⁴.

Se configura como uno de los límites de la potestad punitiva del Estado, de tal forma que no se sancionen penalmente comportamientos carentes de lesividad para la sociedad en general o las personas en particular, debiendo rechazarse la idea de que el Derecho penal dispense protección a valores o intereses que no sean esenciales para el funcionamiento de la sociedad²⁹⁵.

ARROYO ZAPATERO denomina a este principio como de “idoneidad” refiriéndose a él también con la expresión “capacidad de protección penal”, de tal manera que la tipificación de una conducta resultará inadecuada cuando de ella no se obtenga la protección del bien jurídico. Hace igualmente el autor una reflexión sobre la tipificación de algunas conductas con dudosa finalidad de tutela y que buscan otras funciones más propias del “Derecho penal simbólico”, entendiendo por éste el que “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 las conciencias de políticos y electores”. En este sentido 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, pretendiendo así tranquilizar a la población dando la apariencia de que la reacción Estatal es efectiva aunque poco se espere de su aplicación (ARROYO ZAPATERO 2009, 4).

Es cierto que las leyes penales se encuentran vinculadas de una u otra manera a efectos simbólicos, lo que no debe ser un reproche sino una simple obviedad, pudiendo encontrar una clasificación de las diversas formas

²⁹⁴ Véase BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 69.

²⁹⁵ En este sentido REBOLLO VARGAS, “Función real y función simbólica...”, 221.

simbólicas del Derecho en: a) leyes de declaración de valores; b) leyes con carácter de apelación (moral); c) leyes que sirven de coartada, leyes de crisis; y, d) leyes de compromiso²⁹⁶.

Según esto el Derecho penal no debiera ser utilizado solamente atendiendo a la finalidad pedagógica de educación y sensibilización social, pues por su carácter de subsidiaridad y fragmentariedad deberían haberse agotado antes todas las otras formas que también buscan ese mismo fin de educación y sensibilización, ya que el uso del Derecho penal sólo con esta finalidad resultaría totalmente contrario al principio de protección de bienes jurídicos.

4.5. Principio de culpabilidad

“La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería legítimo un derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos”²⁹⁷. Y este principio de culpabilidad rige igualmente en materia de infracciones administrativas, “pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una manifestación del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa”²⁹⁸.

La culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad estatal, siendo ésta el resultado de una imputación de reprobación ante la defraudación que produce la voluntad defectuosa de la persona y cuya formulación más común se puede sintetizar en la expresión coloquial: tener culpa²⁹⁹.

²⁹⁶ De este parecer es WINFRIED HASSEMER, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, nº 51, (1991): 19-20.

²⁹⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 150/1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 4º.

²⁹⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 246/1991, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 2º.

²⁹⁹ Sobre el particular GÜNTHER JAKOBS, “El principio de culpabilidad”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45 (3) (1992): 1051–1059, quien parte de que se deben dar unas condiciones psíquicas en la persona para que una norma sea respetada, pues sólo se puede cumplir una orden cuando se tiene voluntad de acatarla, cuando se es capaz de reconocer que esa orden va dirigida a la persona y además ésta puede conocer qué es lo que debe hacer para cumplirla, apareciendo así las condiciones que se deben dar para el cumplimiento de la norma: el lado volitivo y el lado cognitivo. Se debe por lo tanto valorar la inaplicación de una norma, diferenciándola en función de que en dicha vulneración normativa se constata un defecto volitivo y/o cognitivo, que pudieran agravar o incluso exonerar de responsabilidad.

Es por ello que el principio de responsabilidad subjetiva o culpabilidad se encuentra también entre los principios limitadores del poder punitivo del Estado, constituyendo uno de los principios cardinales del *ius puniendi*, pues en el moderno derecho penal queda fuera de toda duda que la pena, tanto en su fundamento como en sus límites, va a depender del grado de participación subjetiva del sujeto que realiza el delito³⁰⁰. La culpabilidad es el juicio de desvalor que recae sobre el autor del acto al igual que la antijuridicidad es el juicio de desvalor que recae sobre el propio hecho, constituyendo la culpabilidad el reproche que se va a dirigir contra el autor de ese acto, entrando a formar parte así en las tradicionales categorías sistemáticas y conceptos fundamentales de la teoría del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Este cuarto presupuesto va a ser el que posibilitará o no el ejercicio del poder punitivo (pena) así como su grado de intensidad, constituyendo un juicio de reproche personalizado que exigirá dos presupuestos: 1º.- la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), que la persona comprenda la ilicitud de su conducta y pueda autodeterminarse conforme a esa valoración; y, 2º.- la capacidad real para desplegar una conducta determinada, es decir, que se halle en la situación de efectuar una conducta compatible con la norma, pues si se deriva que razonablemente no le era exigible una conducta diferente a la llevada a cabo no sería posible la respuesta por parte del poder punitivo³⁰¹.

Sin embargo también existen autores con opiniones en sentido opuesto excluyendo este principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi*³⁰², aunque reconociendo históricamente esta inclusión y afirmando que en este principio lo

³⁰⁰ Véase MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho...*, 32-33.

³⁰¹ En este sentido, véanse JOSÉ FERNANDO BOTERO BERNAL, "El Derecho Penal en Latinoamérica", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, núm. 3 (2008), 44-46; WINFRIED HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 18 (1982): 473-482, quien observa cuatro dimensiones en el principio de culpabilidad: 1.- la primera posibilita la "imputación subjetiva", es decir, la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante; 2.- en segundo lugar se afirma que el culpable de una lesión sólo puede ser quien por lo menos hubiera podido gobernar el acontecer lesivo, donde una responsabilidad por el azar debe ser excluida; 3.- en una tercera dimensión se reelaboraría el criterio de responsabilidad para diferenciar y valorar "grados de participación interna en el suceso externo", en una escala que para algunos penalistas va desde la imprudencia inconsciente hasta la comisión dolosa del delito; y, 4.- la cuarta y última dimensión del principio de culpabilidad se adentra en la medición de la pena según los diferentes grados de participación interna.

³⁰² Véase BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)...*, 69-70.

que sí se contemplan son tres exigencias fundamentales: 1^a.- una vinculación personal del autor del hecho en forma de dolo o culpa³⁰³; 2^a.- la proporcionalidad de la pena que no puede rebasar el marco de la culpabilidad de la respectiva conducta; y, 3^a.- la culpabilidad por el hecho, es decir que en el juicio de culpabilidad sólo se pueden considerar los hechos referidos a la acción culpable.

4.6. Principio de proporcionalidad

“El principio de proporcionalidad es una idea de justicia inmanente a todo derecho” (MUÑOZ CONDE 2001, 134). Este principio significa que las penas deben ser proporcionales al delito cometido o que éste no puede ser reprimido con penas de mayor gravedad que la entidad del daño causado, y como ejemplo sirve la aplicación de la pena de muerte para determinados delitos, pues por muy graves que estos sean la privación de la vida siempre va a resultar desproporcionada.

El principio de proporcionalidad limita al legislador en la determinación de la pena en abstracto, en atención a la finalidad de protección del bien jurídico de que se trate conforme a una jerarquización de éstos bienes jurídicos³⁰⁴, representando un mandato para que la pena esté en relación con el bien jurídico afectado. Pero a la vez no toda afectación a un bien jurídico ha de llevar aparejada siempre una pena, pues este principio supone por una parte una jerarquización de bienes y por otra una determinación cualitativa y cuantitativa de la pena conforme a la entidad del bien jurídico y la intensidad del ataque.

La complejidad en la sistematización de los principios del Derecho penal hace que algunos también entiendan que el principio de proporcionalidad se descomponga a su vez en otros subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto³⁰⁵, lo que conlleva que cualquier medida restrictiva o limitadora de derechos fundamentales deba cumplir con los

³⁰³ El propio art. 5 CP contempla que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, incluyendo así esta garantía/principio como límite acuñado en la propia legislación penal.

³⁰⁴ Sobre el particular BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 67.

³⁰⁵ En este sentido ARROYO ZAPATERO, “Derecho penal económico...”, 4-6, quien identifica el principio de proporcionalidad en sentido estricto con el de fragmentariedad, dirigido tanto al legislador como al Juez.

siguientes requisitos: “a) perseguir un fin constitucionalmente legítimo; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, no implicando una carga desmedida, excesiva o injustificada para en que la sufre; y, d) debe estar justificada en razones constitucionales”³⁰⁶.

De todo lo expuesto se podría concluir que la mayoría de estos principios pretenden ser una serie de límites impuestos al *ius puniendi* del Estado en la creación o producción de normas, pudiendo ser expresados a través del “principio de la absoluta necesidad de la intervención”³⁰⁷, conforme al cual la intervención penal del Estado sólo tendría justificación siempre que resultara necesaria para el mantenimiento de su organización política, pues cualquier otra intervención que fuese más allá de lo estrictamente necesario sería autoritarismo y supondría una grave lesión a los principios democráticos del Estado³⁰⁸.

³⁰⁶ Véase ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ, “El garantismo y los derechos humanos en la reforma penal constitucional”, en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios de homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, coord. Fernando Gerardo Campos Domínguez, David Cienfuegos Salgado, Luis Gerardo Rodríguez Lozano y José Zaragoza Huerta (México: Facultad de Derecho-UNAM, 2011), 449.

³⁰⁷ Este principio aparece recogido en los artículos 1 y 9 CE de una manera general y en el art. 4.3 CP de forma particular: “Del mismo modo (el Juez) acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.”

³⁰⁸ Al respecto, véase BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 65-66.

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO “SEGURIDAD VIAL”

La necesaria determinación del objeto de tutela constituye uno de los elementos esenciales en las limitaciones al *ius puniendi* del Estado y es a la vez la que sirve para deslindar la nueva formulación penal de los delitos de peligro respecto de los ilegítimos delitos formales, es decir, las infracciones que no son susceptibles ni siquiera de ponerlo en peligro.

En el Derecho penal español el bien jurídico se encuentra en el núcleo de toda la teoría del delito, siendo por ello obligado dedicar una parte de este trabajo a indagar sobre qué es lo que debe ser protegido a la vez que profundizamos sobre los postulados que dieron origen al nacimiento de este producto histórico, siempre en el marco de un sistema concreto de relaciones sociales y en un periodo determinado.

A lo largo de las páginas siguientes el lector se adentrará en las diferentes posturas doctrinales que sirven de apoyo tanto a la concepción del bien jurídico, como a la configuración de su contenido y a las funciones que desempeña en el ordenamiento penal. Pero el debate se volverá más intenso al tratar de justificar la existencia de otros bienes jurídicos que sobrepasan la tradicional esfera del individuo, pretendiendo con ello dar tutela a otras relaciones también vitales para la supervivencia social en su conjunto, como es el caso de la seguridad vial, pues está claro que el ordenamiento jurídico no puede evolucionar al margen de las nuevas realidades sociales.

Las conclusiones que se alcancen al final permitirán identificar cual es el objeto de tutela en el ámbito de la seguridad vial, así como su vinculación con otros bienes jurídicos individuales que también van a verse afectados por comportamientos viales socialmente intolerables. Y para la protección del mismo en ocasiones habrá que recurrir al peligro, entendido como concepto normativo que se apoyará en el desvalor de la acción ante la peligrosidad que determinadas conductas representan por resultar idóneas para lesionarlo.

1. REFERENCIA AL DERECHO SUBJETIVO A LA SEGURIDAD VIAL

El derecho subjetivo puede ser definido como “la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo)”³⁰⁹, advirtiendo que no se debe confundir con el concepto de bien jurídico, pues este último, como se verá más adelante, se identifica con un interés vital para el desarrollo del individuo en la sociedad mientras que el derecho subjetivo hace referencia a la facultad de una persona para exigir un comportamiento determinado, aunque todos los bienes jurídicos deriven finalmente de derechos subjetivos personales.

Como ya se ha visto en el primer capítulo, uno de los primeros enfoques dados a la seguridad vial lo fue desde el plano de la salud pública, donde incluso la OMS llegó a calificarlo de pandemia, pudiéndose afirmar que este problema no supone una situación actual o nueva sino que ya desde mediados del siglo XX se venía teniendo conociendo de él, siendo así reconocido por el maestro de la Medicina Legal, profesor Dr. CAMILLE LÉOPOLD SIMONIN, cuando en 1955 afirmaba que: “el automóvil ha reemplazado al microbio como agente principal de morbilidad y mortalidad”³¹⁰. En este sentido un sector entiende que los siniestros de tráfico “representan el problema de salud pública que ha experimentado el incremento más elevado en tasas de mortalidad”, coincidiendo aquí en que, a diferencia de otras enfermedades, los siniestros provocados por el tráfico son los que a la vez presentan unos mayores niveles de evitabilidad³¹¹.

De todo ello ya se hizo eco la OMS al reconocer que los accidentes de tráfico representaban una tragedia interminable y que llegó a ser en el año 2004 la principal causa de mortalidad en la población joven de los países industrializados, constituyendo de hecho una emergencia sanitaria e instando a los diferentes gobiernos a encontrar respuestas, máxime cuando eran conocidos los remedios: la prevención, la disuasión y la responsabilidad de la

³⁰⁹ Véase MARIANO KIERSZENBAUM, “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, nº 86 (2009): 190.

³¹⁰ Citado por GUIDO BERRO ROVIRA, “Siniestros de tránsito, cumplimiento de las normas para más y mejor seguridad vial”, *Biomedicina*, 8, nº1 (2013): 23.

³¹¹ Sobre el particular OMS, *Informe mundial sobre prevención...*, 3-4; también BERRO ROVIRA, “Siniestros de tránsito...”, 24.

industria automovilística. La propia OMS reconocía que muchas muertes y traumatismos por accidentes de tráfico y especialmente los provocados por conductores que lo hacen bajo los efectos del alcohol o las drogas, eran absolutamente evitables³¹², llegando a afirmar que “el accidente no es accidental”, por lo que actualmente es muy cuestionado el término “accidente” y se prefiere referir a éste como “siniestro vial”, que es controlable, prevenible por tanto y muchas veces previsible, dadas las circunstancias conocidas por todos.

Todo esto nos lleva a reconocer la existencia de un derecho a la seguridad vial por parte de todos los integrantes de la sociedad, un derecho al respeto a la salud de los demás en el ejercicio de sus derechos de libertad y movilidad, pudiendo afirmarse que existen los medios para evitar estas situaciones de inseguridad y garantizar un mayor respeto y protección hacia los bienes jurídicos de los demás, algo que debe ser abordado por las diferentes políticas públicas como compromiso social.

Sin embargo este derecho a la seguridad vial, desde el punto de vista jurídico del problema, no viene recogido expresamente en nuestro ordenamiento como tal derecho subjetivo aunque va a emerger con fuerza vinculado a las necesidades de movilidad en las sociedades contemporáneas, llegando a enmarcarlo 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 imperantes³¹³. Estos derechos de tercera generación van a suponer una mayor participación por parte de los gobiernos para lograr que efectivamente sean respetados, implicando en muchos casos una intervención positiva, donde el sujeto protegido ya no va a ser el individuo en sí mismo sino que se va a tener en cuenta a las persona como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva³¹⁴. La seguridad vial se convierte así en una política a la que algunos denominan “gestión del riesgo”.

³¹² Véanse GENEVIÈVE JURGENSEN y DEAN WILKERSON en la introducción a OMS, *Informe mundial sobre prevención...*

³¹³ En este sentido, véase MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. *Evaluación del Plan Estratégico...*, 13.

³¹⁴ Sobre el particular AMBAR GRACIANO, “Los derechos humanos de tercera y cuarta generación”, *Encuentro Jurídico*, 04 de enero de 2013, <http://www.encuentrojuridico.com/2013/01/los-derechos-humanos-de-tercera-y.html>

Al hablar de derechos fundamentales deben entenderse los que se encuentran plasmados en las Constituciones, debido a la magnitud e importancia que los caracteriza, tratándose generalmente de derechos humanos que han accedido al derecho positivo, pero también es cierto que no todos los derechos humanos han llegado a ser reconocidos como derechos fundamentales, gozando los primeros de un contenido mucho más amplio que el de los segundos aunque suelen coincidir bastante³¹⁵.

Estos derechos fundamentales van a desempeñar dos funciones dentro del sistema jurídico: una objetiva y otra subjetiva, siendo esta última a través de la cual se conocen propiamente los derechos humanos, concebidos históricamente como derechos naturales y más tarde como pretensiones morales jurídicamente reconocidas con una triple función de protección de la persona, de participación y de promoción³¹⁶. Y para la defensa de estos derechos humanos o derechos fundamentales la doctrina ha incorporado la institución del derecho subjetivo, que va a atribuir a su titular un ámbito de libre actuación: “mi” derecho, el derecho que forma parte del propio sujeto jurídico.

Todas las teorías sobre la naturaleza del derecho subjetivo van a girar en torno a la voluntad o al interés recibiendo críticas de parte de unos u otros sectores de la doctrina contrarios a cada una de las tesis propuestas, pudiendo alcanzarse una definición como la del “poder o facultad atribuido por la norma potestativa o autoritativa al sujeto, que le permite realizar determinados actos o exigir a otros sujetos una conducta de hacer o no hacer algo, o bien abstención y no impedimento, permitiendo extraer de ella los elementos que van a determinar su contenido: un elemento externo (la norma de la que procede) y dos elementos internos (el ejercicio del derecho y la pretensión, que faculta al sujeto a exigir a otros determinada conducta)”³¹⁷.

³¹⁵ En el caso de la Constitución Española el artículo 10 hace una referencia expresa a la interpretación de estos derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³¹⁶ Al respecto GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La Declaración Universal y las funciones de los Derechos”, *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº XXI (1999): 55-59.

³¹⁷ ELIZ SALMON, “Derecho Subjetivo”, consultado el 01 de octubre de 2018, <https://leyderecho.org/derecho-subjetivo/>

Si bien existen opiniones que consideran la seguridad vial como un derecho humano³¹⁸, aun en los casos en que esto no sea así cuando menos sí que se considera un derecho subjetivo de carácter colectivo³¹⁹, precisando por ello de la intervención de los poderes públicos para garantizar su protección a través de políticas viales adecuadas que hagan compatible el ejercicio del derecho a la movilidad (a la libertad) con el derecho a la seguridad colectiva e individual del conjunto de los usuarios en el marco del uso compartido de unos bienes comunes (los viales públicos). Y de ese modo el legislador da carta de naturaleza a este derecho subjetivo a la seguridad vial en el ámbito penal con la nueva regulación de 1995 reconociendo la que ya se le venía dando desde 1950, como se verá más adelante.

Para la DGT el tráfico es visto desde el punto de vista jurídico como un “problema de armonía entre los derechos de cada una de las personas originarias de cada circulación: el derecho y la libertad de cada individuo termina allí donde comienzan los de los demás y por tanto requieren una regulación jurídica que, al obligar a todos, permita a cada uno el disfrute de los suyos propios”. Es por ello que este derecho a la libre circulación va a precisar de un regulación jurídica que posibilite la convivencia humana, con un respeto por parte de todos los usuarios de la vía a la normativa sobre seguridad vial para mantener el equilibrio necesario entre el derecho individual al uso de la vía, lo que va a suponer a la vez una restricción al derecho de libre circulación en beneficio del bien común y de la seguridad propia y ajena. La circulación vial va a constituir por ello un fenómeno jurídico, tanto por las colisiones de derechos que provoca en la esfera privada, como por la necesaria intervención estatal en muchos aspectos, lo que ha llevado a configurar el denominado “Derecho de la Circulación”³²⁰.

El tráfico, como sistema dinámico integrado por el vehículo, la vía y su entorno, y el ser humano, lleva siempre implícito un riesgo, un cierto riesgo aceptado, un lícito riesgo que toda sociedad permite y consiente. Sin embargo

³¹⁸ Véase EMA CIBOTTI, “La seguridad vial, entre los derechos humanos”, *Clarín*, 11 de junio de 2016, https://www.clarin.com/opinion/seguridad-vial-derechos-humanos_0_4kjEuEVVZ.html

³¹⁹ Ejemplo de esta reivindicación y exigencia de garantía al derecho subjetivo a la seguridad vial es el que viene siendo manifestado por las diversas asociaciones de motoristas frente a lo que consideran inacción de la Administración ante los guardarraíles colocados en las carreteras.

³²⁰ Sobre el particular DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 16-17.

una cosa es que este riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y aceptables y otra muy distinta que desborde los límites incompatibles con la seguridad vial³²¹. Y en este sentido también el Tribunal Supremo ha venido a justificar la intervención de los poderes públicos, incluso en el ámbito penal, ante esta actividad de riesgo para la vida e integridad de las personas, que llegó a convertirse en el año 1997 en la primera causa de mortalidad en un determinado segmento de edad de la población española³²².

Esta primera aproximación a la necesaria tutela del derecho a la seguridad vial y su también necesario juicio de ponderación con otros derechos ha sido objeto de múltiples críticas doctrinales e incluso jurisprudenciales, pues existiendo un claro consenso político en la necesidad de abordar nuevas acciones enmarcadas en las diferentes políticas públicas en el ámbito de la seguridad vial, cuando estas acciones se trasladan a la esfera jurídica, y más concretamente a la jurídico-penal, es cuando más se revelan las diferentes posturas discrepantes, que, incluso admitiendo cierta eficacia en la política vial llevada a cabo en los últimos años, no comparten el modo en que algunas conductas han traspasado el ámbito propio del ordenamiento administrativo sancionador.

Es cierto que la política criminal, entendida en un sentido amplio, debe basarse en la mejor evidencia científica disponible, permitiendo así delimitar entre todas las posibles acciones dirigidas por los poderes públicos aquellas que aporten resultados más favorables, pero esta delimitación de las políticas públicas más eficaces y la determinación de “lo que funciona” debe hacerse con cierta cautela cuando se enmarca en el campo del Derecho penal, siendo por ello obligado atender en primer lugar a los bienes jurídicos tutelados que representan el núcleo esencial de un derecho subjetivo más amplio, como objeto de prohibición que aporta legitimación constitucional, para luego determinar qué conductas adquieren relevancia penal en el marco de los principios inspiradores del *ius puniendi* del Estado.

³²¹ *Ibid.*, 28.

³²² Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 867/2006 de 15 de septiembre, fundamento jurídico 2.

2. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

2.1. Introducción

La búsqueda del contenido del concepto de bien jurídico surge como una consecuencia de los intentos por limitar el incontrolable avance del Derecho penal, posibilitando de este modo el establecimiento de las conductas que precisan ser protegidas. Y este concepto material debe actuar como referente de la actividad legislativa, cumpliendo así con una función legitimadora y por lo tanto limitadora de la intervención punitiva del Estado.

En el pensamiento actual la norma penal va a tener como finalidad la protección de bienes jurídicos y de ahí que el principio de lesividad se presente como básico, pudiendo sólo ser delito toda acción que afecte a un bien jurídico. En este sentido parece unánime la idea de que la función esencial del Derecho penal debe ser la protección de bienes jurídicos y de que el delito consista básicamente en la lesión o la puesta en peligro de estos bienes. No obstante son cada vez más los autores que se posicionan en contra de la idea de que la criminalización sea legítima sólo cuando proteja bienes jurídicos y que cuando no sea así se trataría de una tipificación ilegítima³²³, lo que inevitablemente nos lleva a reflexionar sobre la teoría del bien jurídico.

Dicho lo anterior, para la opinión mayoritaria actual la antijuridicidad de una conducta no sólo debe ser formal, contraria a una norma jurídica, sino que precisa también de una antijuridicidad material, es decir, la producción de un riesgo o lesión hacia un objeto material que va a recibir la denominación de bien jurídico, presentando al mismo tiempo ese bien jurídico un principio de garantía cognitiva desde el punto de vista de que muestra a todos lo que el sistema jurídico pretende proteger³²⁴. De esta forma el legislador va a recoger las exigencias sociales sobre qué bienes requieren una valoración dominante en cada época histórica y va a materializarlos en una norma, pero teniendo en cuenta que en este proceso deben respetarse algunos criterios básicos que

³²³ De esta opinión es BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, *InDret*, nº 2 (2008): 4.

³²⁴ En ese sentido BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 142, para quienes el injusto debe estar vinculado tanto al desvalor del acto como al desvalor del resultado, importando por ello tanto el resultado como el contenido de la conducta, hallándose en la base del mismo el bien jurídico como referencia al concreto objeto de protección penal, que lo que hace es designar las relaciones sociales concretas necesitadas de protección.

impidan que cualquier interés social acceda sin más a la categoría de bien jurídico-penal.

Si bien fue FEUERBACH el que formulara el concepto de bien jurídico como “aquellas condiciones de vida en común de las que el Estado es garante” y que vinculaba el Derecho penal y la idea del delito con la protección de los derechos subjetivos del ciudadano, sería BIRNBAUM quien en 1834 estableciera las bases para su configuración tanto científica como técnica, formulando un concepto general de lesión de un bien que se contrapone al de lesión de un derecho subjetivo enmarcado en un círculo abstracto y espiritual³²⁵, continuando a partir de entonces los intentos por el desarrollo del concepto de bien jurídico y encontrando diversas posturas como las de BINDING, VON LISZT o la de HONIG³²⁶, quienes concebirán el bien jurídico como un interés vital indispensable para la convivencia comunitaria, debiendo ser por ello protegidos normativamente bajo juicios de valor positivos³²⁷.

Pero va ser tras la Segunda Guerra Mundial cuando el concepto de bien jurídico resurgirá ampliamente en Europa, desarrollándose fundamentalmente desde el punto de vista político-criminal con una referencia a la Constitución³²⁸, dando con ello lugar a la distinción de dos tendencias: las tendencias jurídico-constitucionales y las tendencias sociológicas. Las primeras tienen como referente directo la Constitución y sus valores, mientras que las segundas se desarrollarán con una concepción de carácter social o sociológico en donde el concepto de bien jurídico va a girar en torno al daño y a su relevancia social.

Como ya ha quedado expuesto, el bien jurídico, que tiene su génesis en la vida social, va a ser concebido como uno de los límites al *ius puniendi* del Estado en el sentido de que el Derecho penal sólo debe castigar ataques a bienes jurídicos. Se manifiesta así como un planteamiento político-criminal de

³²⁵ Al respecto, véase PAULA BEATRIZ BIANCHI PÉREZ, “Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal”, *Dikaioyne: Revista semestral de filosofía práctica*, nº 22 (2009): 30-46.

³²⁶ Otra exposición interesante sobre la evolución doctrinal entorno a los bienes jurídicos es la aportada por VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 9-12.

³²⁷ Véase HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992), 13-58.

³²⁸ Sobre el particular BIANCHI PÉREZ, “Evolución del concepto...”, 33; también FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, 470.

restricción al uso del Derecho penal, como una función limitadora de lo que se considera bien jurídico-penal³²⁹.

Este principio de protección exclusiva de bienes jurídicos sirvió de orientación durante los años setenta y ochenta en España al movimiento despenalizador de la reforma del Derecho penal, surgiendo así los conceptos sociológicos-funcionalistas de bien jurídico (la dañosidad social) que entienden éstos en su dimensión social, como condiciones necesarias para la conservación de un orden social (SILVA SÁNCHEZ 1992, 267-268). Sin embargo la moderna doctrina española, siendo actualmente mayoritaria a la aceptación de que el Derecho penal proteja bienes jurídicos así como la idea de referir éste a la antijuridicidad material, se inclina por la referencia a la vinculación del bien jurídico con la Constitución, exigiéndose al menos un reconocimiento implícito de los bienes que ésta protege³³⁰.

Pero esta doctrina científica dominante ha comenzado a resquebrajarse en los últimos años, debido: 1º.- a quienes niegan que la finalidad del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos protegidos; 2º.- a quienes aun defendiendo la teoría del bien jurídico también reconocen que este concepto carece de contornos precisos (HASSEMER 1992, 241); y, 3º.- por último estarían los que dentro de este último grupo mantienen que en algunos casos resulta incluso difícil determinar qué bien jurídico se estaría tutelando³³¹.

Crítico con esta función de protección de los bienes jurídicos atribuida al Derecho penal resulta ser JAKOBS, quien se aparta de este criterio en la definición que hace del “autor como potencialmente peligroso” para los bienes de la víctima desde el momento que aquel invada la esfera privada ésta, recibiendo por ello este autor un trato como enemigo al que se le debe negar el status de ciudadano (JAKOBS 1997, 295-298). Entiende JAKOBS que lo fundamental es el mantenimiento del respeto a la norma, suponiendo toda infracción criminal el quebrantamiento de ésta respecto de configuraciones

³²⁹ En este sentido MIR PUIG, “Bien jurídico...”, 205; también JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona: Bosch, 1992): 267; HASSEMER, “Rasgos y crisis...”, 238, este último autor desde la óptica del contrato social.

³³⁰ Sobre el particular DIANA RESTREPO RODRÍGUEZ, “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 6, nº 75 (2013): 145

³³¹ En ese sentido ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, presentación a *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, ROLAND HEFENDEHL (Madrid, Marcial Pons, 2016), 11.

sociales estimadas esenciales más allá de las lesiones de bienes jurídicos (JAKOBS Y CANCIO MELIÁ 2003, 96-97).

Al margen de todas estas posturas, a favor o en contra, lo que sí se puede certificar es que los nuevos fenómenos surgidos de la sociedad del riesgo han provocado una evolución en la dogmática penal desde unos bienes jurídicos circunscritos al referente individual hacia otros en los que el referente es colectivo, con intereses de tipo general que afectan a una comunidad de individuos, lo que ha llevado a parte de la doctrina a afirmar que las actuales políticas se están orientando hacia una expansión incontrolada del Derecho penal. Y es en esta línea en la que incluso hay quien propone la necesidad de una masiva deflación de los bienes actualmente tutelados por la ley que dé origen a una drástica reducción de las prohibiciones legales hoy por hoy recogidas en el Código Penal, debiendo dirigirse este reajuste en al menos tres clases de delitos sobre los que se ejercita la función minimizadora (de carácter cuantitativo, cualitativo y estructural) del principio de ofensividad³³².

2.2. Concepto y contenido de bien jurídico

2.2.1. El concepto

El Diccionario de la RAE, contempla que por “bien” puede entenderse, entre otras cosas: 1º.- una utilidad o beneficio; 2º.- todo aquello que es apto para satisfacer, directa o indirectamente una necesidad humana; o, 3º.- en la teoría de valores, la realidad que posee un valor positivo y por ello estimable, mientras que “jurídico” se diría de todo aquello que atañe al derecho o se ajusta a él.

Podríamos definir pues los bienes jurídicos como las “características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un

³³² Véase LUIGI FERRAJOLI, “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica* 4, nº 5 (1992): 1-12, para quien desde una perspectiva cuantitativa deberían quedar fuera de la esfera penal, todos los delitos bagatelarios (sin valor), penados sólo con pena de multa o alternativa con multa y prisión; también atendiendo a su carácter cualitativo deberían ser excluidos los que se opongan al principio de ofensividad personal, cuyo bien jurídico lesionado no se concretara en un daño para las personas de carne y hueso; y por último no deberían ser considerados delitos en atención a su carácter estructural los llamados delitos de peligro abstracto, donde el peligro presumido por la ley no existe de hecho, castigándose la mera violación formal de la ley mediante una acción inofensiva de por sí.

Estado democrático y social de Derecho”³³³, debiéndose por lo tanto considerar que solo lo serán aquellos objetos que resultaran necesarios para que el ser humano desarrolle libremente su autorrealización, es decir, aquellos objetos dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del individuo en sociedad³³⁴.

La necesidad de la convivencia en sociedad precisa de una protección que garantice la autorrealización individual de la persona, y esta autorrealización humana precisa a su vez de unos presupuestos existenciales denominados “bienes”, que cuando son objeto de protección por el derecho pasan a denominarse “bienes jurídicos”, pudiendo identificarse éstos como los presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social (MUÑOZ CONDE 2001, 91), necesarios tanto para su libre desarrollo como para la realización de sus derechos fundamentales, así como para el funcionamiento de un sistema edificado sobre esa finalidad³³⁵.

Dando un paso más, GIMBERNAT ORDEIG afirma que lo que se pretende con los tipos penales (incluso los ilegítimos) es proteger determinados intereses y que todo bien jurídico, como interés, consiste en un derecho subjetivo de la persona que debe ser valorado positivamente por el ordenamiento jurídico. Pero es que además, también opina el autor que incluso los sentimientos merecen protección como bien jurídico ante todas aquellas conductas que atenten contra todo aquel considerado legítimo³³⁶, es decir, los sentimientos de

³³³ Así lo define KINDHÄUSER, “Estructura y legitimación...”, 15, quien a su vez viene a afirmar que los bienes jurídicos pueden ser menoscabados de tres modos: 1º.- Siendo modificados en su sustancia de forma que no puedan cumplir su función total o parcialmente, considerándose por lo tanto lesionados; 2º.- Colocando al bien jurídico en una posición en que sólo el azar determinará su menoscabo, reduciendo con ello el interés en la utilización del mismo, considerándose en este caso menoscabado el bien jurídico por su puesta en peligro concreto; y, 3º.- No garantizando las condiciones de seguridad necesarias en el uso del bien jurídico, siendo por ello su disposición restringida con la consiguiente pérdida de valor para su titular, concurriendo aquí un menoscabo en el sentido de su puesta en peligro en abstracto.

³³⁴ Así lo entiende SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 271-272, quien considera como aspectos que afectan al libre desarrollo del sujeto, tanto la afectación a individuos como la repercusión social dañosa, y “la acogida de estos requisitos no excluye la protección penal de los llamados bienes supraindividuales, en la medida que ellos también constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo”, si bien bajo la idea de acumulación de bienes jurídicos individuales.

³³⁵ Sobre el particular, véase ROXIN, “El concepto...”, 3-16.

³³⁶ GIMBERNAT justifica de este modo que determinadas conductas, como el maltrato animal, encuentren justificación como bien jurídico, desde el sentimiento legítimo de la generalidad sobre el que no puede prevalecer un inexistente derecho del maltratador a desarrollar libremente su personalidad haciendo sufrir a los animales. Se considera por ello un sentimiento ilegítimo el que en su día penalizó delitos ya suprimidos como el de homosexualidad o la

la generalidad pueden constituir un interés digno de protección penal sólo cuando sean legítimos (GIMBERNAT ORDEIG 2016, 15-20).

Existe no obstante cierta dificultad para encontrar una definición uniforme que se refiera al concepto de bien jurídico así como respecto a su contenido, que podría ser identificado como el “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”³³⁷. Y esta falta de unanimidad en la definición permite agrupar a los diversos autores en torno a cuatro posturas diferentes: “1º.- para quienes los bienes jurídicos suponen aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia humana; 2º.- quienes los definen como aquellas circunstancias dadas, o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema; 3º.- para los que son presupuestos instrumentales necesarios para el funcionamiento del sistema social y para que éste sobreviva; y, 4º.- también están quienes los definen como aquellos presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad. De esta forma, la realidad social y político-jurídica del fenómeno bien jurídico nos va a llevar a la triste encrucijada de tener que elegir entre la vaguedad y la selectividad, de tal manera que o bien utilizamos una definición tan vaga que no enuncia claramente sus atributos y funciona como clausula general, o bien usamos un concepto que incluye únicamente a una parte de los bienes jurídicos protegidos y consentidos por nuestros Códigos penales”³³⁸.

Podemos sin embargo afirmar que con el concepto de bien jurídico lo que se pretende es designar el objeto protegido por el sistema penal, teniendo éste su origen en la base social, por lo que se comprende que estén en continua rediscusión y gocen de un carácter dinámico que permita tanto crear nuevos bienes como eliminar otros. Son por tanto relaciones sociales concretas, que

comercialización de pornografía de adultos entre adultos, porque se oponían a intereses preponderantes constitucionalmente protegidos: la libertad ideológica, el libre desarrollo de la personalidad y a no ser discriminado, frente a un sentimiento basado sólo en la moral social de la época; también ROXIN, “El concepto...”, 11.

³³⁷ Véase MARIANO KIERSZENBAUM “El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual”, *Lecciones y Ensayos*, nº 86 (2009): 188-189.

³³⁸ De este parecer es ROLAND HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, nº 76 (2004): 68-69.

surgen de los procesos interactivos de discusión y confrontación en el seno de una sociedad democrática³³⁹, colocándose en la base del injusto como el objeto concreto de protección de la norma penal. Va a ser por ello una decisión política del Estado determinar qué objetos merecen ser protegidos.

Pero no sólo se trata de identificar lo que la norma protege sino también constatar la necesidad de que persista esa protección, y de ahí su carácter dinámico en la selección de realidades sociales concretas de la vida social³⁴⁰, apareciendo igualmente el bien jurídico como un instrumento cognitivo y a la vez garantista que determina claramente qué es lo que se protege y porqué se protege³⁴¹.

De cualquier forma, se puede entender que el concepto de “bien/bienes” tiene un significado genérico que lo relaciona con todo aquello que tiene o puede tener un valor o un interés para el grupo social en un momento histórico determinado³⁴². Su definición por ello parte de la propia relación social basada en la obligación de satisfacer las necesidades de cada miembro de la sociedad o de un colectivo, todo ello en beneficio del funcionamiento del sistema social³⁴³. Estos bienes o intereses necesitados de protección jurídica muestran de una forma u otra una clara conexión con la realidad social³⁴⁴ y con juicios de valor que van a seleccionar aquellas realidades que se consideran merecedoras de esta protección³⁴⁵.

Según esto, el bien jurídico debe ser entendido como aquellos estados o situaciones que resulten básicos para el mantenimiento y promoción del orden

³³⁹ Sobre el particular BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 57-59.

³⁴⁰ Pero como apunta MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, 92, estas realidades deben atender a los intereses de todos los miembros de la comunidad como un valor fundamental, pues si sólo atienden a los intereses del grupo o clase dominante devendría en una perversión del concepto de bien jurídico.

³⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 28.

³⁴² En este sentido ARIEL VERCELLI Y HERNÁN THOMAS, “Repensando los bienes comunes: análisis socio-técnico sobre la construcción y regulación de bienes comunes”, *Scientiae Studia*, vol. 6, nº 3 (2008): 431, hacen una clasificación de los bienes según su calidad (materiales o intelectuales) y su carácter (privado, público o común), definiendo lo común como aquello que surge de la comunidad, resultando de ello bienes que pertenecen y responden al interés de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad y redundando por ello en beneficio o perjuicio de todos sus miembros o ciudadanos.

³⁴³ VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 19.

³⁴⁴ MIR PUIG, “Bien jurídico...”, 207.

³⁴⁵ VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 78-79.

necesario para el desarrollo de la vida en comunidad³⁴⁶. Interesando al Derecho precisamente esta dimensión social del bien jurídico como el recurso que persigue la protección de todos aquellos objetos reales que representan una necesidad social. De este modo se realiza la determinación y elección de qué debe considerarse un bien a proteger en base a las valoraciones sociales que se hacen sobre esa realidad.

2.2.2. El contenido

En la teoría del bien jurídico hay que distinguir dos momentos: 1º.- la determinación de su contenido material específico, para lo que hay que responder a la pregunta ¿qué es el bien jurídico?, pregunta que nos lleva al mismo tiempo a otras cuestiones como ¿qué es lo que protege cada norma en particular?, o ¿qué son realmente los objetos protegidos por la norma penal?; y, 2º.- la teoría del bien jurídico debe plantear cuestiones de carácter axiológico dirigidas al problema de la determinación del merecimiento de protección, debiendo responder a la cuestión ¿por qué se protege el bien jurídico?³⁴⁷.

Como ya se apuntó antes, se pueden diferenciar dos tendencias que pretenden dotar de un contenido material al concepto de bien jurídico, las sociológicas y las constitucionalistas, bajo las cuales se pueden incluir la mayoría de las teorías del bien jurídico³⁴⁸, la primera tiene como representante a JAKOBS, para quien la pena realiza una función de prevención general positiva dirigida a la protección de las condiciones necesarias para que puedan realizarse las relaciones sociales³⁴⁹, y la segunda a ROXIN, quien defiende que la actividad estatal debe tener como fin el de asegurar las condiciones de vida en común de todos los ciudadanos en la medida que es la propia Constitución la que establece que el poder estatal emana del pueblo, siendo el Estado el que debe proteger los bienes jurídicos fundamentales así como alcanzar los

³⁴⁶ *Ibid.*, 99.

³⁴⁷ Al respecto, véase HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 142.

³⁴⁸ Sobre el particular BIANCHI PÉREZ, "Evolución...", 33; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 92; IVONNE YENISSEY ROJAS, "La proporcionalidad en las penas", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, Cuarta época*, nº 3 (2008): 94-98; RAUL CARNEVALI RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", *Revista Chilena de Derecho* 4, nº 1 (2000): 137.

³⁴⁹ Véase HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 104.

objetivos de promoción y ayuda social que plantea el Estado social y democrático de derecho perfilado en la Constitución³⁵⁰.

A) *Las teorías sociológico-funcionalistas*

Estas teorías, que se van a fundamentar en torno al concepto de “dañosidad social” o “perjuicio social”, pretenden proporcionar contenido material al bien jurídico recurriendo a criterios sociológicos, sobre la base de que protegiendo bienes jurídicos se van a proteger también las condiciones de convivencia social, destacando dentro de esta postura dos vertientes:

1^a.- las *teorías monistas individualistas*, para las que el bien jurídico es en esencia un interés individual indispensable.

2^a.- las *teorías relativas al perjuicio social*, para las que los bienes jurídico-penales son aquellos cuya lesión o puesta en peligro es capaz de producir un daño social considerable.

Pero estas teorías corren el riesgo de considerar bienes protegidos a aquellos que interesan a la conservación y desarrollo social por encima del individuo, poniendo el acento sólo en la funcionalidad social.

B) *Las teorías constitucionales*

Por su parte estas otras tendencias basan sus ideas en que la Constitución posee la capacidad suficiente para imponer los intereses que el ordenamiento penal debe acoger, siendo ésta la que refleja el conjunto de valores que la sociedad se ha autoimpuesto, distinguiendo a su vez otras dos orientaciones:

1^a.- una *teoría constitucional restringida o estricta* que considera bienes jurídico-penales sólo a los expresamente contenidos en clave constitucional, es decir, la pena sólo se justificaría ante la violación de un bien de igual grado del valor sacrificado (libertad personal) o que al menos esté dotado de relevancia constitucional³⁵¹.

³⁵⁰ *Ibid.*, 122-123.

³⁵¹ *Ibid.*, 126-127.

2ª.- una *teoría constitucional amplia* que vincula la norma penal a la norma constitucional como fuente que debe proporcionar directivas programáticas, siendo por ello una referencia obligada, pero a la vez como un sistema abierto con amplios márgenes, dirigida al legislador en la configuración de bienes jurídicos en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, atribuyendo un carácter promocional al Derecho penal dirigido a cumplir las metas constitucionalmente señaladas³⁵².

Siendo un marco amplio el de la Constitución, que podría servir como límite al ordenamiento penal para aquellos intereses que no se hallen de forma tácita o expresa en el norma fundamental, sin embargo no puede entenderse que por el simple hecho de recogerse en este texto deban ser merecedores de protección penal pues se correría el riesgo de confundir los Derechos fundamentales con los bienes jurídicos³⁵³.

C) *Postura intermedia*

Pero si bien en la doctrina española ninguna de las teorías ha conseguido imponerse claramente³⁵⁴ cabe la posibilidad de adoptar una postura intermedia y conciliadora entre ambas que combine el criterio de la *dañosidad social* con el *referente constitucional*, vinculando así el concepto de bien jurídico y su contenido con la Constitución, pues resultando indiscutible el origen social del bien jurídico también resulta incuestionable que la determinación de aquello que merece tutela penal no puede depender exclusivamente de una decisión del legislador. Una concepción basada exclusivamente en el daño social que determinados hechos producen en el sistema no puede servir de criterio

³⁵² En este sentido DINO CARLOS CARO CORIA Y LUIS MIGUEL REYNA ALFARO, *Derecho Penal Económico. Parte General - Tomo I* (Lima – Perú: Juristas Editores E.I.R.L., 2016): 278-298; véase también la clasificación hecha por CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 53, donde incluye como categoría a los constitucionalmente integrables u homologables o asimilables a los propios constitucionales, entre los que incluye los que se protegen en los llamados “delitos obstáculo”.

³⁵³ Sobre el particular CARNEVALI RODRÍGUEZ, “Algunas reflexiones...”, 138, citando a Hassemmer y Muñoz Conde, para quienes “el concepto de bien jurídico vincula la determinación de la pena, a través de la Constitución y con la realidad social”, considerando que los Derechos fundamentales consagrados en la Constitución formulan intereses centrales que van a constituir bienes jurídicos básicos del Derecho penal, adquiriendo vital importancia la interpretación que se haga de estos Derechos al precisar el concepto de bien jurídico y su merecimiento de pena.

³⁵⁴ Véase HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 131.

limitador de la punibilidad, debiendo por ello acudir al texto constitucional para atender a este criterio³⁵⁵. El modelo de Constitución democráticamente elaborada, como producto del consenso social y la participación ciudadana, debe servir de molde al resto de las normas del ordenamiento jurídico, lo que nos obliga a adecuar la necesidad de tutela penal de un bien a los principios político-criminales que inspiran el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Por otro lado “la propuesta de tomar la Constitución como punto de referencia a la hora de concretar los bienes jurídicos, que por supuesto tiene pretensiones garantistas a la vez que refuerza la eficacia limitadora, no puede servir como solución única, ya que, aunque añade un elemento limitador necesario, todas las realidades consagradas de forma explícita o implícita en la Constitución describen un marco flexible y ambiguo demasiado amplio, por lo que no todas deben adquirir la cualidad de penalmente protegidas, aunque, a la inversa, todas las no consagradas en la Norma Suprema sí que deberían quedar fuera de esta protección penal”³⁵⁶.

Según esto, “el bien jurídico surge de las relaciones sociales como un producto de la sociedad a la que pertenece, emergiendo como un sistema concreto de relaciones sociales circunscritas a un periodo determinado, y como producto que es de la sociedad civil en el marco de un Estado democrático nace de la dinámica participativa y de los procesos de discusión que tienen lugar en la base social” (HORMAZÁBAL MALARÉE 1992, 151-152), constituyendo así relaciones sociales concretas (bienes jurídicos) que están en función del desarrollo de las necesidades humanas. Y es este concepto general de necesidad humana del que hay que partir para determinar la necesidad de protección de los bienes jurídicos, tomando aquí la Constitución sólo como orientación para el establecimiento de estos bienes, pero desde el concepto más amplio y general del de necesidad humana.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) ha tratado el asunto en su Sentencia 11/1981³⁵⁷, apuntando que el camino que se debe seguir para definir el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en

³⁵⁵ En este sentido, BIANCHI PÉREZ, “Evolución...”, 44-46.

³⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, 273-274; en la misma línea VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 73.

³⁵⁷ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 11/1981 de 8 de abril, fundamento jurídico 8º.

“buscar lo que una importante tradición ha llamado intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”, considerando la esencialidad del contenido del derecho como la “parte de éste que es absolutamente necesaria para que los intereses protegibles que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Y en el ejercicio de búsqueda de esos intereses protegibles le va a corresponder al legislador determinar los tipos penales que han de dar respuesta a las conductas antisociales más graves, haciendo uso para ello de su potestad exclusiva para configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos dentro de los límites marcados por la Constitución, pues sólo al legislador incumbe el diseño de la política criminal en un Estado social democrático de Derecho³⁵⁸.

Es preciso concretar en este apartado que el hecho de que el bien jurídico se apoye en un objeto de la realidad social no implica a su vez que tenga que ser equivalente al objeto físico como objeto material del delito, pues los bienes jurídicos van a descansar algunas veces en una realidad material (la vida) y en otras en una realidad inmaterial (el honor), pero esto no debe llevarnos a identificarlos con su substrato³⁵⁹. Mediante el ataque al objeto físico de protección está claro que se ataca igualmente al bien jurídico como valor ideal, pero este último sólo puede ser afectado normativamente, mientras que el objeto del bien jurídico representa la concreción en el mundo real y es al que se dirige la acción del sujeto.

Una cosa es el bien jurídico, como *objeto jurídico de protección*, y otra el objeto de la acción, como *objeto material de protección*, no interesando al Derecho penal el “algo concreto” sino el interés que se materializa en ese algo. El ejemplo lo encontramos cuando se daña un objeto físico, en este caso no sólo se lesiona una cosa concreta sino que a la vez se lesiona la propiedad como bien valioso. Que el bien jurídico se limite a una realidad de carácter material no significa que ésta se identifique con algo físico, debiendo por ello diferenciar entre bien jurídico y objeto material del delito, pues pudiera darse el

³⁵⁸ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 55/1996 de 28 de marzo, fundamento jurídico 6º.

³⁵⁹ Véase ZEUS ANGULO, “Teoría del Delito, Imputación Objetiva y Derecho Penal del Enemigo” *Espacio dirigido a estudiantes de Derecho y Abogados en General*, 01 de octubre de 2018, <http://zeusangulo-solucionesjuridicas.blogspot.com/2011/11/teoria-del-delito-imputacion-objetiva-y.html>

caso de que éste último resultara afectado pero que no tuviera consecuencia jurídica alguna por no formar parte de ese estado valorado³⁶⁰.

2.3. Funciones del bien jurídico-penal

El concepto de bien jurídico precisa aún de una mayor concreción para determinar qué conductas deben ser prohibidas mediante el Derecho penal, por lo que el concepto de bien jurídico es sólo en primer paso en la determinación de aquellos comportamientos merecedores de reproche penal ante la gravedad o insuficiencia de otros recursos menos gravosos. En este sentido se considera que una conducta es “merecedora de pena” cuando su valoración le atribuye el significado de ataque intolerable, grave, para el bien jurídico, y además se habla de “necesidad de pena” cuando el conflicto social no encuentra otro medio para su solución que no sea el recurso al Derecho penal. Y estos dos criterios de política criminal, que derivan de principios constitucionales, se encuentran dirigidos al legislador³⁶¹.

Cuando se hace referencia a la expresión “bien jurídico” se está indicando con ello por una parte un objeto valioso merecedor de protección jurídica y por otra al objeto efectivamente protegido o tutelado por el Derecho, por lo que el concepto de bien jurídico en la doctrina penal se puede entender desde una doble perspectiva: 1ª.- una perspectiva político-criminal (*de lege ferenda*) que incida lo único que debería ser protegido por el Derecho penal; o, 2ª.- una perspectiva desde el estudio dogmático del Derecho positivo (*de lege lata*) referida a lo que realmente es protegido³⁶².

De este modo, entre las funciones que pueden desempeñar los bienes jurídicos se puede afirmar que una de ellas es la político-criminal de límite al poder del Estado, según la cual éste sólo puede dictar normas penales dirigidas a la protección de bienes jurídicos. Pero además de esta dimensión

³⁶⁰ Al respecto, véanse WINFRIED HASSEMER Y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1989): 105; MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 173; VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 90-91.

³⁶¹ En este sentido MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Revista penal*, nº 18 (2006): 11-13, <http://perso.unifr.ch/derechopenal/documentos/articulos>.

³⁶² Sobre el particular, véanse MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 172; MANUEL ARÁUZ ULLOA, “El bien jurídico protegido”, *Revista de Derecho*, nº 6 (2014): 105.

político-criminal de carácter garantista, el concepto de bien jurídico también cumple otras importantes funciones dogmáticas como³⁶³:

1ª.- *Función sistemática*, cuando se utiliza el bien jurídico para agrupar delitos, importante para la ordenación y clasificación de los delitos, aunque este criterio debe ser acogido con ciertas reservas ya que muchas veces esta clasificación aparece de una forma arbitraria³⁶⁴.

2ª.- *Función de carácter interpretativa (teleológica)*, que permita excluir del tipo toda aquella conducta que no lesione ni ponga en peligro dicho bien, orientando la atención hacia el bien jurídico tutelado y por tanto hacia el fin concreto³⁶⁵.

3ª.- *Función de criterio de medición de la pena*, en atención a la mayor o menor gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico³⁶⁶.

BARATTA por su parte adopta otra terminología y distingue entre una función immanente o *intrasistemática* y otra función *extrasistemática*, incluyendo en la primera la interpretación teleológica de las normas penales y su construcción sistemática, mientras que con la segunda se atiende al concepto de bien jurídico como criterio de valoración del sistema positivo y de la política criminal (BARATTA 2004, 54).

Aunque con términos diferentes, se puede observar que todos los autores vienen a reconocer que el propio concepto de bien jurídico representa el primer paso hacia la limitación del *ius puniendi* del Estado. Y siendo una de las funciones del ordenamiento jurídico la protección de bienes jurídicos, se deduce que no puede corresponder en exclusiva al Derecho penal la realización de esta función, es más, la protección se va a configurar incluso frente el propio Derecho penal, que sólo debería intervenir ante la ineficacia de otros medios de protección³⁶⁷.

³⁶³ Véanse HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 9; BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)...*, 61; ABANTO VÁSQUEZ, "Acerca de la teoría...", 5-6; ARÁUZ ULLOA, "El bien jurídico...", 114-118.

³⁶⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, 227.

³⁶⁵ *Ibid.*, 230.

³⁶⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 175.

³⁶⁷ En ese sentido FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, 471, afirma que, pese a la imposibilidad de alcanzar una definición de la noción de bien jurídico, lo que casi nunca va a poder decirnos positivamente la teoría del bien jurídico es que una determinada proposición penal sea justa pues esta teoría sólo puede ofrecernos criterios negativos de deslegitimación. Pero en esta

El concepto de bien jurídico se concibió en su origen más como límite que como legitimación de la intervención penal³⁶⁸, aunque pudiera dar la impresión de que últimamente la función legitimadora pareciera estar ganando terreno frente a la limitadora, con la aparición de bienes jurídicos creados por el legislador ante nuevas necesidades sociales o influencias de grupos de presión social.

En un Estado Democrático de Derecho, el Derecho penal sólo debe intervenir ante conductas que afecten a un bien jurídico, lo que supone un límite al *ius puniendi* del Estado ante un concepto de bien jurídico residenciado en realidades sociales que a su vez resultan ser dinámicas (VARGAS PINTO 2007, 68), exigiendo el principio de lesividad que se observe una verdadera protección del tipo penal hacia el bien jurídico.

Por otra parte, la importancia social del bien debe estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias, requiriendo por ello un recurso tan grave como la pena un presupuesto igualmente grave, de tal forma que sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merezcan este tipo de reacciones. Esta importancia social implica una valoración de determinados bienes jurídicos como fundamentales para la vida social, pero teniendo en cuenta que esta valoración debe ir acompañada a su vez de la insuficiencia o inexistencia de otros medios de tutela menos lesivos³⁶⁹.

Está claro por lo ya visto que el contenido del bien jurídico-penal no tiene por qué coincidir con todo bien jurídico protegido, siendo por ello una cuestión de política criminal la determinación, mediante criterios restrictivos, de entre todos aquellos bienes situados en el terreno de lo social los que requieran el amparo jurídico-penal.

Se debe concluir pues que la participación del Estado en el ámbito penal debe limitarse a la mínima intervención, y que el Derecho penal sólo debe

función de límite o garantía, el hecho de que la lesión de un bien deba ser condición necesaria no implica que ésta sea suficiente para justificar la prohibición o punición de un hecho como delito.

³⁶⁸ Al respecto, véanse BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)*..., 63-65, para quienes la política criminal pretende definir qué procesos sociales deben ser catalogados como criminales, culminando con la promulgación de normas penales que deben sujetarse a ciertos límites materiales expresados en forma de principios (garantías penales), como el de exclusiva protección de bienes penales; DÍEZ RIPOLLÉS, “El bien jurídico protegido...”, 17-18, para quien sería rechazable todo precepto que no castigue conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico.

³⁶⁹ Sobre el particular MIR PUIG, “Bien jurídico...”, 209.

garantizar eficazmente los bienes jurídicos que posibiliten la convivencia social a través de la inviolabilidad de bienes como la vida, la salud o la libertad, defendiéndolos de una puesta en peligro que pueda afectar a las condiciones de vida de las personas, como presupuesto indispensable para la vida en sociedad.

El ilícito penal, en el marco del control social, debe intervenir sólo ante conductas peligrosas hacia los intereses vitales o fundamentales de la sociedad, surgiendo así del propio contrato social un derecho a ser respetado y un deber de respetar. De ese modo se puede entender actualmente el bien jurídico como las relaciones sociales que pretenden ser protegidas frente a determinadas conductas humanas, prohibiéndose a todos los miembros de la sociedad la realización de comportamientos capaces de lesionar bienes jurídicos, incluso la limitación de conductas que supongan siquiera un peligro para estos bienes jurídicos, adquiriendo estas relaciones sociales el significado de bien jurídico cuando son confirmadas por la norma.

Y estas relaciones sociales van a surgir de la propia dinámica del funcionamiento del sistema social respecto a la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestos en un momento histórico y cultural determinado, materializándose en bienes jurídicos como producto de decisiones políticas, por lo que son dinámicos y deben estar en permanente discusión y revisión. Es por ello que la determinación de qué objetos deben ser protegidos va a ser una decisión política del Estado, que pretende responder a intereses estructurales de la propia sociedad a la que organiza, así como de las relaciones sociales que se desarrollan en su seno, y estos intereses vitales para la sociedad van a poder ser protegidos por diversas ramas del ordenamiento jurídico, entrando aquí el debate sobre cuál es el medio idóneo y respetuoso con los principios inspiradores del Derecho penal.

No obstante, han sido y siguen siendo muchos los debates sobre el castigo de comportamientos que no afectan a bienes jurídicos, como el de la punición de los comportamientos homosexuales consentidos entre adultos, o el incesto o el adulterio, ambos hasta hace pocas décadas contemplados en el Código Penal, o el de tipos penales como el del maltrato de animales o la manipulación genética, que tienen difícil encaje en el concepto de bien jurídico como

circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo.

3. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS

3.1. Concepto de bien jurídico colectivo

Al referirnos al término colectivos, cuando hablamos de bienes jurídicos, debemos entender la cualidad de ser “perteneiente o relativo a una agrupación de individuos”, de acuerdo a la definición dada por el Diccionario de la RAE, en el sentido de hacer recaer la titularidad en una pluralidad de personas en contraposición a la cualidad de individual.

La actual política criminal se va a caracterizar por la intervención en nuevas zonas construidas en torno a bienes jurídicos de titularidad social o colectiva que al ser creados por el legislador, como objeto jurídico de tutela, van a presentar unas características distintas a las propias de los bienes jurídicos individuales. Parte de la doctrina penal se va a posicionar en contra de este tipo de bienes jurídicos al considerarlos una clara muestra del carácter expansionista del Derecho penal y del abandono del núcleo del Derecho penal mínimo, rompiendo así con los principios de mínima intervención y *ultima ratio*, socavando los cimientos garantistas que han venido caracterizando al Derecho penal liberal.

No obstante parece claro que en la sociedad actual la existencia de bienes de naturaleza supraindividual se va a convertir en esencial para un Estado Social, y que igualmente es una obligación del Estado Asistencial tutelar los bienes necesarios para el libre desarrollo de la personalidad del ciudadano. Pero esta selección de los bienes jurídicos dignos de tutela penal debe centrarse en criterios materiales, en clave sociológica en función del valor socialmente reconocido, y no políticos, si no queremos incurrir en lo que algunos autores han venido en denominar la “progresiva hipertrofia penal del Estado Social” (CUESTA PASTOR 2012, 61). Se deduce de lo expuesto que la existencia de un Estado Democrático y Social de Derecho debe implicar la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos capaces de potenciar la libertad de los ciudadanos, pero a su vez también se deduce que un exceso de

tutela penal podría desembocar en una limitación de esta libertad cuando se recurriera de forma innecesaria y abusiva al Derecho penal.

Si bien el Derecho penal mínimo pretende restringir la selección de los bienes jurídico-penales sobre la base de la protección de los derechos básicos del individuo, situando para ello en primera línea de la tutela penal los bienes jurídicos individuales, también los bienes jurídicos colectivos merecerían ser objeto de protección³⁷⁰. Y así descubrimos que incluso la Escuela de Frankfurt viene a reconocer que el Derecho Penal no puede actualmente renunciar a los bienes jurídicos colectivos, pero eso sí, siempre que estos se encuentren descritos de una forma precisa y funcionalizados en atención a los bienes individuales (HASSEMER 1992, 248).

Para un sector dominante de la doctrina, en la sociedad actual es preciso buscar un nuevo replanteamiento de la teoría de bienes jurídicos y “no puede mantenerse para la vida moderna un concepto de bien jurídico y un principio de subsidiariedad tal como se entendía en la Ilustración, ya que la vida moderna exige que estos conceptos sean replanteados para afrontar las nuevas formas de ataque contra la pacífica coexistencia en sociedad” (ABANTO VÁSQUEZ 2009, 34).

En esta misma línea GRACIA MARTÍN admite que el reconocimiento general de bienes colectivos y el mandato de su protección por el Estado, son garantías constitucionales del Estado de Derecho (art. 9.2 CE), precisando además comprobar que estos bienes sean susceptibles de sufrir alteraciones substanciales con significado de daño social. Y en este aspecto afirma el autor que los bienes jurídicos colectivos sí tienen un substrato material que generalmente será de carácter incorporal, siendo por lo tanto susceptibles de lesión y puesta en peligro (GRACIA MARTÍN 2010, 63-65)³⁷¹.

³⁷⁰ Véanse MARTÍNEZ-BUJÁN, “Algunas reflexiones...”, 954-955; CORCOY BIDASOLO, “Exigibilidad...”, 33; CORCOY BIDASOLO, “Legitimidad...”, 3.

³⁷¹ En este mismo sentido véase SUSANA SOTO NAVARRO, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, nº 3 (2005): 903-906, para quien “si se ha propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos a partir de un análisis sociológico-normativo de la realidad social, la lesión de los mismos ha de determinarse en el mismo plano”, en contra de la extendida opinión doctrinal que tiende a interpretar los bienes jurídicos colectivos como entes ideales, carentes de materialidad, por lo que no son susceptibles de lesión y aboca a la creación de los delitos de peligro como única opción.

Podemos decir que la delimitación entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos se basaría en el concepto de “no distributividad”, no siendo posible dividir el bien jurídico colectivo en diferentes partes que luego pudieran ser asignadas a cada individuo, caracterizándose éstos por poder ser disfrutados por cada miembro de la sociedad sin exclusión, no dándose tampoco rivalidad en su consumo y no existiendo perjuicio ni impedimento en su uso o disfrute por parte de varios individuos a la vez³⁷². Tampoco puede ser considerado una suma de bienes jurídicos individuales sino una única situación que afecta a todos o a una generalidad de personas, no existiendo por tanto un único titular sino que cualquiera de ellos puede serlo. Mientras los bienes jurídicos individuales están orientados a los intereses de una persona o grupo de personas los colectivos van a servir a una generalidad de ellas, por lo que un bien colectivo podría definirse en base a su imposibilidad de dividirlo en partes que luego pudieran ser asignadas en porciones a los diferentes individuos.

No existe claridad ni en la determinación ni en la denominación de este tipo de bienes, siendo lo característico de ellos la titularidad compartida por una generalidad de personas en base a las nuevas necesidades de protección jurídica, que tienen su origen en realidades sociales colectivas³⁷³. Todos los miembros de la sociedad van a compartir un mismo interés a la hora de conservar y respetar una determinada situación, tratándose de circunstancias en la que todos o una parte de la sociedad se van a encontrar, precisando del respeto en interés del conjunto³⁷⁴.

Siendo la titularidad compartida la principal característica de los bienes jurídicos colectivos, se puede concluir que éstos representan todas aquellas situaciones o estados esenciales que son compartidos por una generalidad de personas, de tal forma que su desprotección penal afectaría de manera grave a

³⁷² Al respecto, véanse VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 7-11, quien opina que el Derecho penal liberal no se circunscribió sólo a la protección de los bienes jurídicos individuales sino que a la vez brindó protección a los bienes jurídicos colectivos: fe pública, administración de justicia o seguridad del Estado, por lo que no se puede considerar hoy día que su tutela sea un síntoma de la expansión del Derecho penal; también HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse...”, 69-70.

³⁷³ Sobre el particular, véase CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 62-66, en su delimitación entre bienes jurídicos difusos y colectivos.

³⁷⁴ Al respecto VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 104-106; también VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 19.

la convivencia y desarrollo de la colectividad, siendo por ello que todos o cualquiera podrían ser víctimas por lo que no podría hablarse de un único titular.

3.2. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos

Si bien ya existe cierta vaguedad en el concepto de bien jurídico, la actual sociedad moderna y compleja ha venido a agudizarlo aún más obligando a distinguir entre bienes jurídicos individuales y colectivos, dando origen de este modo a *teorías dualistas*, que mantienen la distinción entre dos clase de bienes, y las *teorías monistas* que a su vez admiten dos posibilidades de concebir el bien jurídico: 1^a.- las que consideran los bienes jurídicos individuales como simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado (bien jurídico de corte estatista); y, 2^a.- las que lo conciben desde el punto de vista de la persona, considerando legítimos a los bienes jurídicos colectivos en tanto que sirven al desarrollo personal del individuo (bien jurídico de corte personalista)³⁷⁵. La polémica más importante se viene planteando precisamente entre los defensores de las dos teorías monistas³⁷⁶, siendo los bienes jurídicos colectivos los que han centrado la discusión político-criminal en los últimos años a consecuencia de la aparición de nuevos riesgos en la sociedad.

Pero es en relación a la posible clasificación de bienes jurídicos colectivos donde resulta más difícil encontrar una que tenga un cierto consenso en la doctrina, existiendo múltiples intentos de sistematización que no consiguen unificar a todos los autores que se han manifestado al respecto, por lo que se van a recoger de forma meramente descriptiva sólo algunas de ellas.

De este modo podemos encontrar clasificaciones que distinguen entre *bienes jurídicos colectivos* y *bienes jurídicos supraindividuales*³⁷⁷, quedando

³⁷⁵ En este sentido HASSEMER Y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología...*, 107-108.

³⁷⁶ Entre estas tesis monistas se han esgrimido múltiples objeciones por parte de los diferentes sectores doctrinales. En este sentido las tesis personalistas construidas estrictamente en base a intereses humanos plantean serias dudas respecto a otros intereses como en el caso de los delitos de malos tratos y crueldad contra los animales, mientras que en las tesis estatistas basadas en bienes colectivos en los que no se presenta exclusión en su uso ni rivalidad en su consumo, no encajaría la configuración de los bienes jurídicos individuales que sí presentan esta total exclusión y rivalidad en lo concerniente a su uso y disfrute.

³⁷⁷ En relación con esta delimitación CORCOY BIDASOLO, "Legitimidad...", 3, entiende que el término colectivo pudiera dar lugar a confusión al interpretarse como derecho de un

englobados entre los primeros todos los delitos contra la seguridad colectiva recogidos en el Título XVII del Libro II CP, a los que no se les reconoce un carácter autónomo y se les atribuye a la vez cierta referencia a bienes jurídicos individuales, mientras que como bienes jurídicos supraindividuales se encontrarían la fe pública, la Administración de Justicia, la Administración Pública y la seguridad del Estado, distinción que podría considerarse acertada desde el punto de vista jurídico-penal y que nos llevaría a diferenciar el tratamiento del peligro entre los diferentes bienes jurídicos de ámbito colectivo que mantengan un claro referente individual³⁷⁸.

Otra propuesta es la que se orienta en base a las funciones que desempeñan los bienes jurídicos colectivos, pudiendo distinguir dos grupos: 1º.- el de los bienes que representan prestaciones básicas del sistema; y, 2º.- el de los que van referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado y del Estado en su conjunto (SOTO NAVARRO 2005, 888-889).

También hay quien aceptando la tesis dualista, que distingue entre bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos de naturaleza colectiva, propone diferenciar dentro de los segundos entre: “1º.- bienes jurídicos institucionalizados de titularidad individual o individualizable (ej. recursos de la hacienda pública); 2º.- bienes supraindividuales que constituyen elementos básicos del sistema (ej. medio ambiente); y, 3º.- bienes colectivos o sociales funcionalmente necesarios para la defensa de otros individuales (ej. transparencia del mercado de valores)”. Estos últimos se corresponderían con *bienes jurídicos intermedios* dirigidos a la protección de intereses o situaciones necesarias para la protección de los genuinos bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizables o determinables (TERRADILLOS BASOCO 1999, 85-89).

Otras opiniones consideran más adecuado distinguir entre: 1º.- bienes jurídicos referidos a las bases y condiciones de subsistencia, con un carácter microsociales a partir de los cuales se construye toda la estructura social; y, 2º.-

determinado colectivo, prefiriendo por ello hacer uso del término supraindividual. No obstante, si bien en este contexto es usual la utilización de ambos términos como análogos y no diferentes, algún sector de la doctrina se muestra contrario a esta denominación de bienes jurídicos supraindividuales por entender que significa “por encima” del individuo.

³⁷⁸ Así opina CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 56-58, para quien los delitos de peligro abstracto serían delitos de lesión si no se reconociera la referencia a los bienes jurídicos individuales por parte de los bienes jurídicos colectivos y en este sentido atribuye un carácter intermedio e instrumental a estos últimos ya que sirven a la protección de los primeros.

bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema, con un carácter macrosocial dirigido a proteger los procesos o funciones que debe cumplir el sistema para facilitar las relaciones microsociales. Dentro de esta última categoría se podría distinguir a su vez: 1º.- los bienes jurídicos institucionales (administración de justicia); 2º.- los bienes jurídicos colectivos (salud pública, seguridad común); y, 3º.- los bienes jurídicos de control (seguridad exterior e interior del Estado)³⁷⁹.

En opinión de VARGAS PINTO, se podría hablar de bienes jurídico-penales colectivos limitados o particulares (la seguridad del tráfico o el funcionamiento de los mercados) y de bienes jurídico-penales colectivos generales (la salud pública o el medio ambiente), en base a la distinción de las diferentes situaciones sociales y su diversa extensión (VARGAS PINTO 2007, 134-135).

Sin pretender entrar en el debate sobre cuál es la clasificación más adecuada, lo que sí se puede afirmar es que la mayor parte de la doctrina viene a reconocer finalmente la tesis dualista así como la necesidad de recurrir a la figura del bien jurídico colectivo, como denominación genérica más adecuada y extendida, a la hora de dotar de tutela a un interés social vital que sobrepasa la tradicional protección jurídica dada a los bienes individuales. Y al margen de los posibles intentos de clasificación ya apuntados, en donde no vamos a entrar en este trabajo, el debate doctrinal se va a centrar principalmente en la posición de ese bien jurídico colectivo en relación con los bienes individuales.

3.3. Posición respecto de los bienes individuales

A diferencia de lo expuesto en relación con los distintos intentos de sistematización de los bienes jurídicos colectivos, sí que existe cierto consenso en admitir una relación de todos ellos con los bienes jurídicos individuales en el ámbito de la dimensión social perturbada por el ilícito³⁸⁰, pudiéndose observar aquí diversas posturas que presentan al legislador una triple opción a la hora de delimitar la tutela del bien jurídico colectivo y que pueden ir orientadas en tres direcciones: 1ª.- proteger el bien jurídico directamente; 2ª.- protegerlo

³⁷⁹ Al respecto, véanse HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien Jurídico...*, 155; BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 111.

³⁸⁰ Véanse MIR PUIG, *Derecho Penal...*, 174; CARNEVALI RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones...", 139.

teniendo en cuenta la situación instrumental; o, 3ª.- finalmente la protección autónoma de la propia situación instrumental³⁸¹.

Entre las teorías que explican la posición que asumen los bienes jurídicos colectivos respecto a los individuales, la opinión mayoritaria de la doctrina parte de la base de que "los bienes colectivos van a tener relevancia penal en la medida en que su protección constituya una condición indispensable para salvaguardar intereses individuales" (CARNEVALI RODRÍGUEZ 2000, 142). En este sentido podemos encontrar, incluso entre las posturas que defienden la propia autonomía de los bienes jurídicos colectivos³⁸², una cierta tendencia a reconocer la vinculación mayor o menor con otros bienes jurídicos individuales³⁸³, entendiendo algunos autores que los bienes colectivos se hayan al servicio de los bienes microsociales a los que complementan³⁸⁴.

De lo ya expuesto, parece clara la conceptualización de los bienes jurídicos colectivos como bienes con un referente personal, pues si carecieran de él no podría dotarse de suficiente contenido al bien jurídico para justificar la intervención penal, quedando autorizada esta intervención sólo cuando su afectación indirecta a una persona pueda llegar a tener repercusiones de cierta relevancia en la esfera social que permita considerar su lesión como socialmente dañosa, siempre en el contexto histórico y cultural en el que tenga lugar.

La nueva política criminal se va a caracterizar así por la identificación de nuevas zonas de intervención penal en torno a nuevos bienes jurídicos que escapen a la titularidad individual, y la admisión de estos nuevos ámbitos de protección implica aceptar las propuestas de las tesis dualistas. Pero esta

³⁸¹ Sobre el particular TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto...", 89.

³⁸² Para CARNEVALI RODRÍGUEZ, esta tesis presenta la dificultad para determinar qué criterios mínimos deben adoptarse a la hora de precisar cuándo un riesgo puede estimarse jurídicopenalmente relevante para el bien jurídico colectivo, pudiendo perder como punto de referencia el que haya una afectación directa o indirecta del individuo y se estime suficiente para llegar a la incriminación de un hecho el que sólo haya una víctima difusa.

³⁸³ Un ejemplo lo encontramos en VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 129, quien opina que existe una interacción de aspectos individuales y colectivos dentro de un mismo tipo penal y, aun afirmando la independencia de bienes jurídicos individuales y colectivos, reconoce que en los segundos siempre hay una referencia personal que puede reflejar un mayor o menor grado de proximidad con los primeros, admitiendo así diferentes grados de cercanía entre ambos tipos de bienes. La autora indica que, por ejemplo, se observa una relación más próxima de los bienes colectivos con los individuales en los delitos contra la seguridad del tráfico rodado, hoy seguridad vial, que en los delitos que afectan a la seguridad del Estado.

³⁸⁴ Sobre el particular véanse VILLEGAS PAIVA, "Los bienes jurídicos...", 19; TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto...", 84-92.

nueva necesidad de tutela penal ante nuevas realidades sociales no puede suponer que se reconozca la facultad del legislador de crear bienes jurídicos colectivos sin limitación alguna, debiendo considerar a éstos como complementarios de los individuales y debiendo estar por ello teleológicamente preordenados a su defensa (TERRADILLOS BASOCO 1999, 84-85).

Es por ello que los bienes jurídicos colectivos, como una nueva forma de protección ante nuevas y sofisticadas formas de agresión, están en función de todos los miembros de la colectividad siendo así complementarios de los bienes jurídicos individuales³⁸⁵. Y este carácter complementario respecto de los bienes jurídicos individuales es consecuencia de que los bienes jurídicos colectivos inciden en el funcionamiento del sistema asegurando las relaciones microsociales, hallándose por ello al servicio de los bienes individuales como la vida humana o la salud³⁸⁶.

Los bienes jurídicos colectivos deben ser entendidos como complementarios de los bienes individuales, con un carácter instrumental o teleológico³⁸⁷ que hace difícil concebir su existencia como autónoma o independiente del ser humano, siendo considerados como tales en cuanto medios que van a posibilitar la vida y desarrollo del individuo en la sociedad, existiendo por ello una vinculación con aquellos bienes individuales que presenten aspectos de relevancia social.

En la sociedad que surge del movimiento cultural e intelectual ilustrado del siglo XVIII los bienes o intereses merecedores de tutela se centraban en el individuo y en sus relaciones sociales personales, pero la moderna sociedad del riesgo ha hecho surgir nuevas realidades sociales que de manera anónima van a afectar a aquellos bienes individuales, dando origen con ello a la creación de nuevos bienes jurídicos colectivos que vienen a cubrir esas necesidades de tutela personal, quedando por ello subordinados a los bienes jurídicos

³⁸⁵ En este sentido JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ, "Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales", *Medio Ambiente y Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 11 (2004): 5, <http://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>, entendiendo que los bienes jurídicos colectivos no pueden ser considerados como una categoría que se encuentre por encima o más allá del individuo sino al mismo nivel.

³⁸⁶ Véanse VILLEGAS PAIVA, "Los bienes jurídicos...", 19; TERRADILLOS BASOCO, "Peligro abstracto...", 84.

³⁸⁷ HASSEMER, "rasgos y crisis...", 248; SCHÜNEMANN, "Consideraciones críticas...", 191; BUSTOS RAMÍREZ Y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal (volumen II)*..., 112; HEFENDEHL, "¿Debe ocuparse...", 77; MIR PUIG, "bien jurídico...", 212; CEREZO MIR, "Los delitos de peligro abstracto...", 58.

individuales sin cuya preexistencia no tendrían objeto. Estos bienes individuales serían afectados de una manera mediata, mientras que los bienes colectivos resultarían inmediatamente perturbados.

Se podría concluir que, como presupuestos para que un bien jurídico colectivo sea merecedor de tutela penal, sería preciso en primer lugar que su afectación fuese socialmente dañosa y en segundo lugar que esta afectación tuviese una repercusión sobre el individuo. Cuestión esta última que presenta dificultades desde el punto de vista de la existencia de ciertos bienes jurídicos colectivos en los que resulta difícil apreciar esta incidencia lesiva sobre el individuo, lo que se agrava aún más ante el recurso a la técnica de los delitos de peligro abstracto donde en ocasiones se llega a perder toda referencia individual.

4. EL OBJETO DE TUTELA EN LA SEGURIDAD VIAL

Los delitos de peligro y más concretamente los de peligro abstracto, concebidos como modalidades de comportamiento que sólo precisan una afectación de un bien, se establecen como tipos penales que no exigen lesión ni en ocasiones puesta en peligro concreto, identificándose por ello como anticipaciones de tutela, lo que nos lleva a predeterminar cuál debe ser ese objeto de referencia respecto del que se efectúa ese adelantamiento de la intervención penal. En este sentido, la realidad social que representa el incremento del tráfico viario y del número de víctimas en carretera nos obliga también a plantearnos la necesidad de señalar un concepto material (bien jurídico protegido) a partir del cual nos permita delimitar ese núcleo básico que debe representar el injusto originario.

Etimológicamente “seguridad” procede del latín “*securitas*” derivado del adjetivo “*securus*”, que a su vez procede del verbo “*curare*” que significa cuidarse, controlar su propio destino, mientras que el concepto “vial” carece de precisión tanto en el ámbito penal como en el administrativo, por lo que ante la dificultad existente de deslindar el ilícito penal y el administrativo parece congruente que ambos campos utilicen el mismo lenguaje y los mismos conceptos.

El concepto de seguridad ha venido a sustituir al de orden público, siendo considerado por la Constitución Española un derecho, tal y como recoge en su artículo 17: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...”, pero aquí lo que se debate no es la seguridad individual sino la colectiva como el “conjunto de condiciones cuyo cumplimiento asegura y genera la expectativa social de que no se incrementará el riesgo para los bienes que se vean implicados en las actividades peligrosas más allá de lo que es consustancial al desarrollo permitido de cada una de ellas” (DE VICENTE MARTÍNEZ 2008, 318).

En este sentido la seguridad vial va a ser entendida como una parcela de la seguridad colectiva, pudiendo concebirla como “el conjunto de condiciones que garantiza el ordenamiento jurídico para el mantenimiento de las condiciones adecuadas de circulación mediante la observación de los más elementales cuidados que eviten el incremento de riesgos superiores a los permitidos”. Se pretende así concretar unos estándares de seguridad, como integrantes del concepto de seguridad vial, que van a girar alrededor de “los principios generales que informan el tráfico rodado: principios de confianza, conducción dirigida y seguridad”³⁸⁸.

De este modo, los delitos contra la seguridad vial se van a recoger en el Título XVII del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica genérica de “Delitos contra la seguridad colectiva”, que como cualquiera otra del 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 cuál puede ser su bien jurídico protegido. Recupera así el actual Código Penal la denominación que ya aparecía en el Código Penal de 1928 y que también recuperó el Proyecto de 1980: Delitos contra la seguridad colectiva³⁸⁹.

Este concepto de seguridad vial aparecerá por primera vez en el Real Decreto Legislativo 339/1990, justificándolo en dos razones materiales: el tráfico entendido como una manifestación genuina de la libertad de circulación en sentido masivo y, simultáneamente, sus secuelas negativas que obligan a los Poderes Públicos a actuar decididamente para garantizar la seguridad vial,

³⁸⁸ Sobre el particular GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 95.

³⁸⁹ Véase PEDRO VÁZQUEZ JARAVA, “Delitos contra la seguridad colectiva”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº15 (1996): 261.

siendo esta segunda idea prácticamente el motor constata de todas las reformas legislativas que se llevarán a cabo posteriormente.

Con la reforma penal operada por la Ley Orgánica 15/2007, el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal, pasará a denominarse “De los delitos contra la Seguridad Vial” frente a la denominación tradicional “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, entendiéndose la doctrina mayoritaria que este cambio no obedece a una modificación en el objeto de protección sino a la necesidad de armonizar, de unificar terminológicamente el Código penal con la denominación utilizada en el ámbito administrativo. Pero no es uniforme esta apreciación ya que algunos consideran que “la nueva rúbrica resulta imprecisa, puesto que el concepto «seguridad vial» en la legislación de tráfico tiene una significación más amplia, al referirse no sólo a la circulación de automóviles sino a las normas sobre control técnico y de fabricación, licencias, autorizaciones y permisos”³⁹⁰. De este modo si la seguridad del tráfico era ya de por sí un bien jurídico abstracto y amplio, el actual de seguridad vial resulta aún más difuminado al abarcar conductas que van más allá de la propia seguridad del tráfico, lo que para algunos autores permite afirmar que la valoración de la peligrosidad de la conducta sea más formal que material, dando cabida a un juicio de desvalor penal de conductas puramente formales por la infracción objetiva de meros reglamentos, independientemente de la valoración real de la conducta.

4.1. Naturaleza del bien jurídico seguridad vial

Hoy día no se discute por la doctrina dominante que el bien jurídico protegido sea la seguridad vial y así lo consideran también tanto la jurisprudencia³⁹¹ como la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (FGE)³⁹², centrándose el debate más en su contenido y naturaleza. La legitimación de la intervención

³⁹⁰ Así lo entienden ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor”, *Abogacía*, nº 1 (2009): 105; misma autora en, *Derecho Penal de la Circulación...*, 318-319; BARTOLOMÉ VARGAS, “La Seguridad Vial y el Derecho Penal”, *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº XXXVIII (2008): 4

³⁹¹ Por todas, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 369/2017 de 22 de mayo de 2017, fundamento jurídico 4º.

³⁹² Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial* (Madrid: Ministerio Fiscal, 2011), 6-7.

punitiva de la seguridad vial pasa por dotarle de un sustrato legítimo necesitado de protección y este objeto legítimo de tutela no puede ser otro que un interés vital que debe adquirir relevancia jurídica para la sociedad. El bien jurídico colectivo tutelable debe servir de medio que posibilite la autorrealización social del individuo, debiendo darse un suficiente grado de afectación que justifique la intervención jurídico-penal.

Igualmente para la FGE la seguridad vial debe orientarse por una parte a la tutela anticipada de los bienes jurídicos fundamentales (vida e integridad) de los participantes en el tráfico viario de una parte y, de otra, a que ejerzan sus derechos fundamentales a la movilidad y libertad deambulatoria en un entorno seguro, resultando fundamental en este sentido realizar un ejercicio de ponderación entre ambos derechos.

El hecho de dotar al bien jurídico seguridad vial de un mayor grado de legitimidad que lo distinga claramente de la tutela administrativa, de la que ya goza, diferenciándola así de un mero delito formal carente de lesividad y referido a la simple realización de los elementos descritos en el tipo, exige delimitar su relación con los bienes jurídicos individuales de manera que se justifique esa necesaria tutela jurídico-penal por encima del simple refuerzo de la protección administrativa.

En este sentido, y tal como ya se apuntó anteriormente, se pueden identificar tres posiciones doctrinales en relación al bien jurídico seguridad vial como bien jurídico colectivo: 1ª.- la que defiende que el bien jurídico protegido es la propia seguridad vial, como auténtico bien jurídico autónomo sin referencia individual (posición colectivista o autonomista); 2ª.- la que da primacía al interés teleológico de los bienes individuales entendiendo que son estos los que se van a proteger de modo inmediato y directo (tesis individualista); y, 3ª.- la que atribuye a la seguridad vial un carácter accesorio como medio para tutelar otros valores importantes como la vida o la integridad de las personas, representando la seguridad vial un mero instrumento que permite adelantar la barrera de protección de estos bienes jurídico-penales individuales (posición intermedia)³⁹³.

³⁹³ Sobre el particular, véanse IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas* (Granada: Editorial Comares, S.L., 2006), 33; JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, "El delito de

De todas formas la doctrina en este caso no es uniforme y vuelve a demostrar la difícil construcción dogmática existente en torno a este tipo de bienes jurídicos colectivos al igual que a los delitos de peligro.

4.1.1. La seguridad vial: bien jurídico colectivo sin referente individual

Esta postura se caracteriza por considerar la seguridad vial como el objeto jurídico penalmente protegido de manera directa, otorgándole la naturaleza de bien jurídico colectivo autónomo e identificándolo como el conjunto de condiciones necesarias para garantizar el tráfico viario en un entorno seguro.

Opinión que algunos defienden sobre la base de que “toda protección de bienes jurídicos colectivos no debe estar condicionada a la producción de ninguna lesión o peligro a un bien jurídico individual, careciendo de sentido poner en relación el bien jurídico colectivo con los bienes jurídicos individuales, ya que la protección de estos no tiene cabida en una estructura típica que resulta sólo del bien jurídico colectivo mismo”³⁹⁴.

Otros autores, aun reconociendo la estrecha relación existente entre la naturaleza del delito con el objeto de tutela, también se decantan por la corriente que atribuye al bien jurídico colectivo una naturaleza autónoma con independencia de que se vean afectados otros bienes individuales³⁹⁵.

conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”, en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dtor. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 124-125; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 12; TERRADILLOS BASOCO, “Peligro abstracto...”, 89; y GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 88-90.

³⁹⁴ Así lo entiende GRACIA MARTÍN, “La modernización...”, 67, para quien los bienes jurídicos colectivos desempeñan una doble función: una negativa de prestación de seguridad y de garantía de conservación de los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan riesgos para ellos; y otra positiva de promoción y garantía de desarrollo y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporcionan a todos por igual la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados.

³⁹⁵ En este sentido ROSA SALVADOR CONCEPCIÓN, “Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal / Outstanding issues of alcohol test in criminal proceedings”, *RDUNED*, nº13 (2013): 394-395; también EDGAR IVÁN COLINA RAMÍREZ, “La seguridad como bien jurídico”, *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº 56 (2018): 56, en el ámbito general de la seguridad como bien jurídico colectivo, como valor que sirve para posibilitar el uso de los demás derechos, maximizando las posibilidades de uso y consumo de los otros bienes no excluyéndolos sino complementándolos.

En esta misma línea CORCOY BIDASOLO, a pesar de su falta de claridad³⁹⁶, se aleja del pensamiento antropocéntrico y defiende finalmente la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales, pero sólo de aquellos que presenten una clara vinculación al desarrollo personal de cada uno de los individuos que conforma la sociedad³⁹⁷.

Y en un sentido parecido se manifiestan otros refiriéndose concretamente al artículo 379.2 CP, entendiendo que “lo que se protege con estos delitos es en primer lugar la seguridad del tráfico, de una manera directa, como concepto colectivo, desvinculado de los bienes particulares que puedan verse afectados” (GÓMEZ PAVÓN 2015, 89)³⁹⁸. Se protege la seguridad del tráfico como concepto colectivo, bien jurídico universal, de forma que este delito proteja realmente una parcela de la seguridad colectiva, aunque finalmente la mencionada autora también reconoce que la razón de proteger la seguridad del tráfico es la protección de la vida, la integridad corporal y los bienes.

Otro argumento en favor de esta protección autónoma del bien jurídico seguridad vial lo hayamos en la ubicación sistemática que hace el legislador de los delitos contra la seguridad vial en el Capítulo IV del Título XVII dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva, atendiendo al criterio clasificatorio y de agrupación de los tipos penales en el texto legal en base a los intereses humanos y sociales necesitados de protección. Desde esta perspectiva se afirma que estamos ante un bien jurídico autónomo que se encuentra a su vez vinculado indirectamente a otros bienes jurídicos de carácter personal (DE VICENTE MARTÍNEZ 2008, 317).

Estas posturas defensoras de la autonomía de los bienes jurídicos colectivos no pueden ser defendidas en este trabajo por diversas razones. En primer lugar porque la sola inclusión sistemática de una conducta en un determinado sector del ordenamiento penal no puede considerarse un criterio axiomático de

³⁹⁶ Opina la autora que si lo que se pretende proteger es el bien jurídico supraindividual, éste resultaría efectivamente afectado con la realización de la conducta típica, careciendo pues de sentido su denominación de “delitos de peligro”, mientras que si por el contrario, de entenderse que sólo es legítimo proteger bienes jurídicos individuales tendríamos que afirmar que la técnica legislativa de los delitos de peligro no está legitimada, por cuanto incumple el principio de lesividad.

³⁹⁷ Véanse CORCOY BIDASOLO, “Compatibilidad...”, 3-7; también misma autora en “Exigibilidad...”, 34; y “Legitimidad...”, 2-5.

³⁹⁸ De igual parecer CARMEN ALASTUEY DOBÓN Y ESTRELLA ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31 (2011): 14-15; VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos...”, 19.

determinación del objeto de tutela³⁹⁹, relegando otros juicios interpretativos valorativos o teleológicos como función inherente también al criterio de bien jurídico protegido y que juega un importante papel. Tampoco se sustenta una concepción del bien jurídico colectivo sin referencia alguna a bienes individuales, representando esta referencia uno de los presupuestos necesarios para que el bien sea merecedor de tutela penal junto a una afectación socialmente dañosa, como ya ha quedado expuesto anteriormente. De hecho muchas de las concepciones y definiciones dadas por los propios autores defensores de esta protección autónoma, atribuida a los bienes jurídicos colectivos, no pueden evitar hacer finalmente referencia a su vínculo con los bienes jurídicos individuales.

Por otra parte también se observa como algunos tipos penales contra la seguridad vial exigen expresamente la puesta en peligro de bienes jurídicos individuales (arts. 380 y 381 CP), así como la referencia hecha por la propia regla concursal del artículo 382 CP que requiere que el delito de peligro contra el bien jurídico colectivo seguridad vial, como riesgo prevenido, ceda ante el resultado lesivo de un bien jurídico individual, que era lo que se intentaba evitar⁴⁰⁰.

4.1.2. La seguridad vial: bien jurídico contraído a la vida e integridad

Partiendo también de la triple distinción a la hora de tratar de delimitar el bien jurídico seguridad vial o del tráfico, una corriente doctrinal entiende que estos tipos delictivos se contraen a la vida e integridad de las personas⁴⁰¹, pues aun reconociendo que de esos bienes individuales ya se ocupan de forma específica otros títulos del CP, en este caso concreto la tutela va a aparecer como “avanzada complementaria vinculada al fenómeno del tráfico”,

³⁹⁹ En este sentido, véase MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, 227-230.

⁴⁰⁰ Sobre el particular MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 109.

⁴⁰¹ Así opinan ENRIQUE ORTS BERENGUER Y DANIEL FERRANDIS CIPRIÁN, “Elementos comunes de todos o de algunos de los delitos contra la seguridad vial”, *Securitas Vialis*, vol. 2, nº 1 (2010): 6-7.

ampliándose con estos delitos los contornos de la protección de la vida y la salud desde su puesta en peligro hasta su lesión⁴⁰².

Según esto, no es que se aprecie un bien jurídico colectivo sino una concreta forma de tipificar específicas afectaciones a bienes jurídicos individuales, ampliando así el perímetro de la tutela de bienes jurídicos como la vida y la integridad de las personas desde su puesta en peligro hasta su efectiva lesión, y todo ello en un ámbito social muy concreto como es el tráfico viario sujeto a la aparición de riesgos específicos para los bienes tutelados.

En el Derecho penal del tráfico el bien jurídico protegido no resulta ser de naturaleza esencialmente diferente a la de los bienes jurídicos tutelados en el Código Penal, siendo objeto de protección también la seguridad de las personas y de los bienes pues así venía ya recogido de manera expresa en el artículo 1º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 (CEREZO MIR 1970, 583).

Interesante es también la aportación de MUÑOZ CONDE al conceptualizar el bien jurídico protegido como los “presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social”, colocando en primer lugar entre ellos a la vida y la salud como bienes jurídicos individuales y junto a estos los bienes jurídicos colectivos, lo que no debe entenderse como una concepción dualista del bien jurídico protegido por la que se contraponen los primeros a los segundos. En esta postura monista personalista el autor va a entender los bienes jurídicos colectivos en tanto en cuanto están orientados al desarrollo personal del individuo, y así la convivencia pacífica va a ser considerada un bien jurídico del individuo como la única forma de que éste pueda autorrealizarse (MUÑOZ CONDE 2001, 90-91).

Para el precitado autor en “la interpretación teleológica juega un papel importante el criterio del bien jurídico protegido”, forzando a orientar la atención hacia el objeto tutelado por la norma y con ello hacia el fin concreto,

⁴⁰² En este sentido, véase RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ, “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*, nº 2 (2009), 218, quien recoge la línea de opinión de la que participan MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO, MARÍA MARTÍN LORENZO Y MARINA SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH, al entender que el auténtico valor tutelado lo son los intereses jurídicos personales, aunque esta autora discrepa finalmente sosteniendo que “el bien jurídico es la seguridad vial, eso sí, vinculada a los bienes jurídicos individuales, como contexto en el que se va a desarrollar una actividad potencialmente lesiva para los intereses de las personas que participan en el tráfico viario”.

identificando al bien jurídico como un concepto teleológico que permite excluir del ámbito penal conductas que no llegan a ser lesivas para los bienes jurídicos colectivos⁴⁰³. Es por ello que su manifiesta postura monista personalista referida a los bienes jurídicos colectivos permite encasillarlo preferentemente entre los autores que vienen a dar primacía al interés teleológico de los bienes individuales ante eventuales riesgos, en detrimento de otras posturas autónomas o instrumentales⁴⁰⁴.

Esta teoría personalista del bien jurídico parte de un presupuesto considerado correcto por HEFENDHEL, como es el que no se pueden inventar bienes jurídicos colectivos cada vez que se considere necesario crear un nuevo tipo penal⁴⁰⁵. Pero también es cierto que prácticamente todas ellas llegan a reconocer bienes jurídicos colectivos que no se limitan sólo a reconocer como tales a los que derivan de manera indirecta de los bienes jurídicos individuales, apartándose así de una teoría personalista extrema y radical aunque afirmando sin embargo una concepción personalista sobre la base de la participación de los individuos en el sistema social.

La principal crítica a esta postura se halla en la imposibilidad de identificar un bien jurídico protegido en sentido estricto, subordinado y preordenado al desarrollo personal del individuo, en base a intereses humanos (principio antropocéntrico), que sea capaz de justificar la necesaria protección penal de otros intereses no vinculados directamente a la persona como son la flora, la fauna o el maltrato animal.

4.1.3. La seguridad vial: bien jurídico con carácter instrumental

Las diferentes posturas relacionadas con el bien jurídico colectivo seguridad vial no llegan a concebirlo de un modo absoluto haciendo uso sólo de una

⁴⁰³ MUÑOZ CONDE, *Introducción...*, 230.

⁴⁰⁴ En este sentido, véase también IGNACIO GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, “Delitos contra la seguridad colectiva”, en *Derecho Penal: Parte Especial*, coord. Carmen Lamarca Pérez (Madrid: Colex, 2005), 478-479, en una reflexión refiriéndose al caso concreto de los delitos de incendios en el marco de los delitos contra la seguridad colectiva, pero su planteamiento es extensible a los delitos contra la seguridad vial.

⁴⁰⁵ Al respecto, véase HEFENDEHL, “¿Debe ocuparse...”, 72-75, el autor propone hacer un uso correcto del concepto de bien jurídico colectivo que permita erradicar del ordenamiento penal *aparentes bienes jurídicos* que realmente no lo son y pone como ejemplo la seguridad del tráfico, que se encuentra dirigida a la protección de bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad de los participantes en el tráfico automovilístico pero a la que no identifica como un bien jurídico colectivo.

perspectiva autónoma o personalista, buscando siempre algún tipo de relación con otros bienes jurídicos protegidos. Es por ello que desde un punto de vista ecléctico parezca más adecuada una tesis intermedia que concilie las dificultades que la hermenéutica presenta a la hora de conceptualizar materialmente el bien jurídico colectivo seguridad vial.

De este modo se podría llegar a la conclusión de que los delitos contra la seguridad vial no pueden desvincularse de la protección de bienes jurídicos individuales como la vida o la salud de las personas, negando por una parte que posean una sustantividad propia y autónoma que le permita una configuración como bien jurídico-penal, y por otra que puedan proteger directamente a bienes individuales, pues este tipo de delitos son regulados en el Derecho penal sobre la base de la preexistencia de un bien jurídico ya reconocido en otro sector del ordenamiento⁴⁰⁶. Se afirma por ello la naturaleza mixta del bien jurídico seguridad vial, en base a la falta de sustento constitucional que legitime su autonomía y su inevitable vinculación a otros derechos individuales.

Por su parte MOLINA FERNÁNDEZ entiende las críticas al recurso a los bienes jurídicos intermedios, pero en este caso las circunscribe al ámbito general de los delitos dolosos pues cuando se trata de anticipar la protección ante conductas imprudentes, como entiende que es el caso de los delitos contra la seguridad vial, la creación de bienes intermedios pretende acotar de forma precisa cual es el contenido de la conducta típica, siendo aquí donde la seguridad vial como bien jurídico ya no se va a referir directamente a los bienes mediatos (vida e integridad) sino a la propia actividad peligrosa, precisando lo más exactamente posible la modalidad del ataque. Según el autor, el bien jurídico en los delitos contra la seguridad vial se caracteriza por el “mantenimiento de la seguridad vial como presupuesto de la protección de la vida e integridad física de las personas que en él intervienen” (MOLINA FERNÁNDEZ 2014, 12-14).

En la misma línea, para RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ en los delitos de peligro los bienes jurídicos colectivos sirven de medio para crear un espacio de riesgo que

⁴⁰⁶ De este parecer resulta ser RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ, “los nuevos delitos contra la seguridad vial: una muestra de la Administrativación del Derecho Penal”, *Documentación administrativa*, nº 284-285 (2009): 307-308.

ofrezca protección a bienes individualizados, siendo por ello los verdaderos bienes jurídicos los mediatamente protegidos, mientras que el bien colectivo actuará de espacio de defensa o línea de frente que legitimará la intervención del Estado. Entiende de este modo que “en el caso de los delitos contra la seguridad vial son los bienes jurídicos individuales, mediatamente protegidos, los que realmente interesan al Derecho penal constituyéndose además como el punto de referencia de la valoración del riesgo, mientras que la protección del bien jurídico colectivo seguridad vial poseería un carácter instrumental respecto de los bienes individuales vida e integridad física” (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ 2006, 43).

Postura similar la encontramos en CEREZO MIR, quien defiende que “los bienes jurídicos colectivos no pueden ser considerados objeto de protección autónoma sin referencia alguna a los bienes jurídicos individuales, pues en este caso los delitos de peligro abstracto pasarían a ser delitos de lesión” (CEREZO MIR 2002, 58)⁴⁰⁷. Partiendo el mencionado autor de una distinción entre los bienes jurídicos colectivos⁴⁰⁸ y los supraindividuales, entiende que los primeros gozan de un carácter intermedio constituyendo un mero instrumento que sirve a la protección de bienes jurídicos individuales, y considera un claro ejemplo de ellos a los delitos contra la seguridad del tráfico, con los que se trata de proteger la vida, integridad y salud de las personas⁴⁰⁹. De este modo, sólo los bienes jurídicos colectivos pueden ser entendidos como una anticipación de la protección penal, como un adelantamiento de las barreras de protección.

La FGE también reconoce la dificultad para delimitar el bien jurídico protegido en este tipo de delitos, apuntando a su vez la existencia de un amplio debate sobre si la modificación del *nomen* de la rúbrica del ya citado Capítulo IV afecta o no también al bien jurídico protegido⁴¹⁰, pero concluye finalmente que en estos delitos lo que se hace es otorgar protección a derechos e intereses individuales por medio y a través de tipos de peligro común o concreto, siendo los bienes individuales vida e integridad física el referente esencial único que legitima el adelantamiento de las barreras de protección,

⁴⁰⁷ De igual parecer CORCOY BIDASOLO, “Compatibilidad...”, 3-4.

⁴⁰⁸ Para CEREZO MIR, bienes jurídicos colectivos serían todos los delitos contra la seguridad colectiva recogidos en el Título XVII del Libro II CP.

⁴⁰⁹ Al respecto, véase CEREZO MIR, “Los delitos de peligro abstracto...”, 57-58, citando en apoyo de esta tesis a FEIJÓO SÁNCHEZ.

⁴¹⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 6-7.

posicionándose en que se trata en definitiva de un bien jurídico colectivo intermedio.

Del mismo modo la jurisprudencia constitucional ha entrado en este debate afirmando que corresponde al legislador determinar los tipos penales que han de dar respuesta a las conductas antisociales más graves, entendiéndose por lo tanto que se trata de determinar la política criminal al respecto y siendo por ello de la competencia exclusiva del legislador la selección de los bienes jurídicos protegidos (STC 55/1996 de 28 de marzo, FJ 6). De este modo viene entendiéndose que el bien jurídico protegido de estos delitos, a raíz de la reforma operada por la LO 15/2007, es la seguridad vial, pero reconociendo a la vez que en algunos casos pueden existir bienes jurídicos protegidos adicionales como la vida o la integridad de las personas (art. 380 CP), o el principio de autoridad (art. 383 CP). En este sentido el TC se reafirma en que el bien o interés jurídico protegido seguridad del tráfico es un valor intermedio referencial, siendo la vida e integridad de todos los bienes jurídicos referidos⁴¹¹.

Coincidimos por ello con esta postura, también defendida por CUESTA PASTOR, al entender que el bien jurídico colectivo seguridad vial tiene como referente individual a la vida y la salud de las personas, y este referente individual procede precisamente de los derechos subjetivos de los que son titulares los ciudadanos particulares y sobre los que recae la tutela del Estado (CUESTA PASTOR 2012, 13-21). No obstante, reconoce el precitado autor, cada vez son más los bienes jurídicos que carecen de un referente individual, a los que califica como “bienes jurídicos difusos”, que anticipan aún más la barrera defensiva interpuesta por las típicas figuras de riesgo abstracto mediante lo que él denomina “delitos obstáculo” (ej. arts. 383 y 379 CP)⁴¹².

También pudieran surgir dudas sobre si entre los bienes jurídicos individuales que protege la seguridad vial se encuentra incluido el patrimonio, siendo un sector mayoritario de la doctrina el que junto a la vida e integridad lo incorpora como objeto de tutela penal⁴¹³, en contra de otros que lo

⁴¹¹ Véanse Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 137/2005 de 23 de mayo, fundamento jurídico 3; Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 2/2003 de 16 de enero, fundamento jurídico 5.

⁴¹² Sobre el particular, véase CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 73-77.

⁴¹³ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 321; CEREZO MIR, “Problemas fundamentales...”, 583.

circunscriben a la vida e integridad física de las personas, por ser estos los de mayor relevancia de entre todos los que intervienen en el tráfico rodado⁴¹⁴.

Esta segunda postura es la que nos parece más correcta si atendemos a los bienes protegidos a los que de manera explícita se refieren los artículos 380 y 381 CP (vida e integridad de las personas), lo que nos lleva a considerar que: 1º.- desde una interpretación sistemática, los delitos de peligro abstracto no deberían ser diferentes a los protegidos por los delitos de peligro concreto, siendo el grado de probabilidad de lesión de un bien jurídico el que determine a su vez el grado de peligro⁴¹⁵; y, 2º.- siendo respetuoso con el principio de mínima intervención del Derecho penal, también parece más adecuado restringir la interpretación de los delitos de peligro abstracto sólo a los supuestos en que se concrete la afectación a los bienes jurídicos vida e integridad, en atención al carácter excepcional que supone la creación de estos tipos delictivos y a su mayor grado de indeterminación. Por otra parte el peligro que se pretende evitar se debería circunscribir a los lugares que se consideran aptos para el tránsito de personas, quedando excluidos aquellos en los que el riesgo resulte sólo para los bienes y que nos abocaría a una interpretación demasiado extensiva en la que tendrían cabida todas las situaciones.

Podemos concluir en este apartado que al hacer uso de un bien jurídico protegido como instrumento para la tutela de otro de naturaleza distinta lo que se está haciendo es adelantar la barrera defensiva del Derecho penal y si para esta protección se recurre a la técnica del delito de peligro abstracto lo que se consigue además es ampliar el alcance de esta anticipación. La referencia del bien jurídico colectivo seguridad vial a la vida y la integridad de las personas se va a presentar de este modo respetuoso con el principio de ofensividad, a la vez que justificaría la intervención penal como *ultima ratio* precisamente al exigirse que esa tutela penal se extienda a valores que conserven esa referencia individual.

⁴¹⁴ De esta opinión son MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 12-14; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 44-45.

⁴¹⁵ En este sentido, para MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 102, la peligrosidad de la acción permitirá al legislador adelantar las barreras de protección al bien tutelado tanto ante los ataques que lo lesionen como los que lo coloquen en una posición concreta de peligro.

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA SEGURIDAD VIAL EN ESPAÑA

La intervención del ordenamiento jurídico en el campo de la seguridad vial encuentra plena justificación histórica desde el mismo instante en que la siniestralidad vial se convierte en un problema social y en un conflicto en el ejercicio compartido de los diferentes derechos subjetivos.

En este capítulo abordaremos el tratamiento dado a la seguridad vial en el ordenamiento jurídico español, desde su reconocimiento primero como bien jurídico protegido en el sector del Derecho administrativo sancionador hasta su inclusión después en el ordenamiento penal, pudiéndose observar como determinadas conductas generadoras de riesgos que exceden del socialmente tolerable encuentran desde muy temprana edad un reproche legal. Y aquí la historia nos muestra como determinados comportamientos considerados ilícitos han pasado de un lado al otro de ambos sectores del ordenamiento, trazando así la difícil delimitación y la frágil línea de separación, en algunos casos, entre el ilícito administrativo y el penal.

En esta evolución jurídica se constata como determinadas conductas ya fueron en sus orígenes objeto de un tratamiento restrictivo, por ser consideradas gravemente antisociales, dando el salto a un Derecho penal especial en un primer momento para quedar incluidas más tarde en el propio Código Penal. Y en esta evolución seremos testigos también de una tendencia objetivadora en el tratamiento de determinados ilícitos penales que se ha visto acompañada de la inclusión de nuevas tipologías, dando origen de este modo a encendidos debates doctrinales sobre su adecuación a los principios inspiradores del Derecho penal.

Sirva este capítulo de introducción a la segunda parte de este trabajo en el que nos iremos centrando en los diferentes tipos penales en el ámbito de la seguridad vial y su posible justificación jurídico-penal.

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Podemos comenzar afirmando que “los asuntos del tráfico tienen un largo pasado, aunque una breve historia”. Muchos de los problemas del tráfico rodado han convivido con el ser humano desde que se inventara la rueda, atribuido a los sumerios y que al parecer guardaron celosamente durante bastante tiempo, comenzando entonces a surgir los numerosos y variados inconvenientes relacionados con la circulación vial. Ya en la vieja Babilonia (hace cuatro mil años) existieron graves problemas de circulación, que dieron lugar a la aparición de lo que posiblemente fueron sus primeras normas reguladoras en la historia de la humanidad, siendo el asunto especialmente grave en la antigua Roma. Más tarde, en el extenso imperio romano, con sus 150.000 kilómetros de calzada perfectamente organizados (base de su éxito militar, según el propio Napoleón), se unificarían las normas con un rudimentario pero eficaz código de circulación, con curiosas señales de tráfico, restricciones de aparcamiento e incluso peatonalización de determinadas zonas⁴¹⁶.

La importancia dada a sus vías de comunicación en España, así como los orígenes de su regulación normativa, dio comienzo por el signo típicamente urbano de la civilización romana, que vino acompañado de profundas reformas en el mundo rural y que se vio beneficiado por una red de vías y comunicaciones que hizo posible el intercambio de formas de vida entre la ciudad y el campo⁴¹⁷.

Pero los romanos ya habían aprovechado las rutas de comunicaciones que había en la Península desde épocas protohistóricas y que unían puntos fortificados y lugares de intercambio, ampliando esa red y pavimentando parte de ella para hacerla apta para carruajes, dando preferencia a las rutas que respondían a sus propias necesidades militares y económicas, llegando a alcanzar unos 10.000 km de rutas principales y el doble de caminos secundarios⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Véase LUIS MONTORO GONZÁLEZ, “Factor humano, seguridad vial y accidentes de tráfico”, *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 6 (1991): 41.

⁴¹⁷ Sobre el particular JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*, (Madrid: El autor, 2003), 144-146.

⁴¹⁸ Al respecto, véase MÁXIMO DIAGO HERNANDO Y MIGUEL ÁNGEL LADERO QUESADA, “Caminos y ciudades en España de la Edad Media al siglo XVIII”, *En La España Medieval*, vol. 33 (2010): 348-349.

No se dispone de legislación imperial referida expresamente a Hispania, ni referida a tiempos anteriores al siglo II d. C., aunque sí es cierto que se puede localizar legislación de tipo municipal (*Ley Flavia Municipal*) así como noticias acerca de leyes sobre construcción de calzadas en otros tipos de fuentes, siendo en el *Digesto* de Justiniano donde se localiza la normativa más antigua referida a las vías públicas, proclamándose la libertad de uso general de las vías y caminos públicos⁴¹⁹.

Con la entrada de los pueblos germánicos el comercio se presentará como algo fundamental, que se apoyaría en la red de comunicaciones romana y en una regulación del tráfico atribuida a Leovigildo (ESCUADERO 2003, 182). De este modo los reyes visigodos mostrarían su preocupación por frenar el deterioro progresivo de las rutas y por su mantenimiento así como por la seguridad de los viajeros, como se plasma en un par de leyes incluidas en el *Código Teodosiano* relacionadas con la inseguridad de las vías públicas (CAÑIZAR PALACIOS 2005, 233-235).

Luego, “extinguida la organización municipal anterior, la ciudad musulmana pasaría a ser regida por un prefecto o zalmedina, entre cuyos muchos poderes destacaba la función de policía y vigilancia del orden público y bajo cuyo mandato una serie de guardias custodiaban el pacífico desenvolvimiento de la vida ordinaria en la urbe y las grandes vías de acceso” (ESCUADERO 2003, 293).

Tras esta primera etapa de dominio musulmán, durante el periodo de la reconquista los caminos no van a responder a un plan general de comunicaciones terrestres, sino que más bien van a obedecer a imperativos militares, repobladores, de peregrinación y de expansión agraria, comercial y urbana, dándose por ello una densidad y calidad de la red viaria muy heterogénea⁴²⁰. Es precisamente para controlar la seguridad de los caminos del Reino de Castilla por lo que los Reyes Católicos crearían lo que probablemente sea el primer cuerpo policial de Europa, un cuerpo armado y estable, *la Santa Hermandad*, al margen de las milicias que componían la infantería de la época que puso término a la Reconquista y cuya función era la

⁴¹⁹ Véase JOSÉ LUIS CAÑIZAR PALACIOS, “Consideraciones sobre aspectos jurídico-legislativos en relación con las vías públicas de Hispania durante la antigüedad tardía”, *Hispania Antiqua*, nº 29 (2005): 227-229, <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/9738>.

⁴²⁰ Sobre el particular DIAGO HERNANDO Y LADERO QUESADA, “Caminos y ciudades en España...”, 351-353

de salvaguardar la paz pública, convirtiéndose de hecho en una especie de policía rural que fue establecida en las Cortes de Madrigal de 1476 y que se formó mediante la asociación de los concejos del reino que aportaban un hombre armado por cada 100 vecinos. Estas Hermandades de las ciudades tuvieron, entre otros objetivos, el de garantizar la seguridad de los viajeros y del tráfico por los caminos públicos, siendo muchos los que consideran hoy en día que éstas constituyen el origen del actual Cuerpo de la Guardia Civil⁴²¹.

La Revolución Industrial del siglo XVIII en Europa fue producto del desarrollo científico y técnico, teniendo la reactivación del comercio interior dos causas fundamentales: la supresión de aduanas internas y la mejora y reformas de la red viaria. Al desaparecer las trabas fronterizas el tráfico se hizo más fluido, fomentando una red de comunicaciones conforme a un sistema radial⁴²² con centro en Madrid a partir de la ordenanza dictada por Felipe V en 1718 (ESCUADERO 2003, 666-667).

Es en este siglo XVIII, cuando por primera vez la monarquía va a asumir la responsabilidad de dotar a todo el territorio español de una infraestructura viaria eficiente y bien planificada, surgiendo a finales de este siglo grandes inversiones que darían lugar a las primeras mejoras significativas, como la construcción de una carretera pavimentada entre Guadarrama y las inmediaciones del Espinar o la construcción del tramo entre Reinosa y el Puerto de Santander, pudiendo decirse que con estas dos obras España contaba ya por fin con 87 km de auténticas carreteras, a los que se uniría más tarde, en torno a 1780, el nuevo trazado que uniría Madrid con Andalucía por el paso de Despeñaperros⁴²³.

Pero serán los inventos ingleses del firme liso para caminos y la locomotora de vapor los que van a transformar las posibilidades del comercio, pasando desde entonces el desarrollo de cada país a depender en gran medida de su red de carreteras.

⁴²¹ De este parecer es entre otros ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho...*, 807.

⁴²² Para DIAGO HERNANDO Y LADERO QUESADA, "Caminos y ciudades en España...", 381, el objetivo principal era establecer una red de carreteras que permitiera una rápida conexión de Madrid con los principales puertos marítimos de la Península y con los puestos fronterizos, quedado recogido este plan en un Real Decreto de 10 de junio de 1761, que fija definitivamente el sistema radial de la red y consolidaba así un sistema que ya se venía utilizando por el correo público desde hacía decenios, como lo demuestra el itinerario de postas elaborado en 1720.

⁴²³ Sobre el particular, véase DIAGO HERNANDO Y LADERO QUESADA, "Caminos y ciudades en España...", 380.

El impulso en España a la construcción de carreteras tendría lugar en el reinado de Carlos IV, época en la que también se creó el Cuerpo de Ingenieros de Caminos y Canales (1799), no pudiendo proseguir su expansión este sistema viario que sufrió además el deterioro consiguiente a la Guerra de la Independencia y a la primera guerra carlista. Sólo desde 1840 el ritmo de construcción de carreteras fue importante pasando de los 9.000 kilómetros existentes a 40.000 a fines de siglo, siendo más tarde, con la Restauración, cuando un plan general ordenaría las vías en carreteras del Estado en carreteras provinciales y caminos vecinales (ESCUDERO 2003, 843-844).

En el aspecto normativo sancionador, con la llegada del constitucionalismo todo parecía indicar que el poder de imponer sanciones se encomendaría en exclusiva a los órganos encargados de administrar justicia, esto es, Jueces y Tribunales, pues así parecía consagrarlo el artículo 172 de la Constitución de Cádiz de 1812, aunque esta competencia sancionadora sería atribuida más tarde a órganos claramente administrativos como los Jefes políticos y los Alcaldes. Mientras tanto, la progresiva importancia que comenzó a adquirir el tránsito por las carreteras a medida que avanzaba el siglo XIX condujo a que todas las medidas para ordenar el fenómeno, al igual que las necesarias para mantener la integridad de la propia red de carreteras y caminos, se presentaran ya como una clara actividad que ejercerían plenamente los órganos de la Administración, adquiriendo cierta importancia en materia de tráfico a comienzos del siglo XX⁴²⁴.

Pero va a ser en la segunda mitad del siglo XIX cuando se produzca la aparición de los primeros vehículos con motor y con ellos el complejo sistema contemporáneo de circulación, naciendo el primer automóvil oficialmente el 29 de enero de 1886, cuando Benz patentaba en Berlín, con el número 37.435, el primer vehículo propulsado con un motor de explosión, mientras que en España será en 1890 cuando el industrial catalán Francisco Bonet i Dalmau, basándose en su conocimiento de los sistemas de funcionamiento de las máquinas textiles, diseñe y ponga en marcha el primer automóvil español con motor de gasolina que él mismo ya había patentado el 12 de diciembre de

⁴²⁴ Al respecto, véase TOMÁS CANO CAMPOS, "El procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico: evolución y perspectivas de futuro", en *II Foro nacional del derecho de la circulación*, (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2010), 28-29.

1889, comenzando a partir de ese momento una lenta pero implacable invasión de los diferentes medios de comunicación terrestre por toda la geografía española.

2. LA SEGURIDAD VIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

2.1. Antecedentes históricos

El desplazamiento de personas o mercancías es un hecho ligado a la existencia del hombre, constituyendo el tráfico desde sus orígenes un fenómeno social, económico y jurídico en el que se encuentran inmersas todas las sociedades y en el que, de facto, no existen barreras ni fronteras. La aparición del automóvil a motor a finales del siglo XIX motivó la necesidad de ordenar el tráfico terrestre, dando lugar así al desarrollo de estructuras de gobierno tanto para gestionar el desarrollo y mantenimiento de los vehículos y las vías como para ordenar los criterios y aptitudes necesarios para conducir estos aparatos.

En España desde 1778, año en que se dicta un Real Decreto que insta a “que el gobierno español gestione la seguridad y comodidad de los caminos y tránsitos para la fácil comunicación”, hasta la actualidad, el fenómeno circulatorio ha sido una preocupación de los diferentes gobiernos⁴²⁵.

Podemos encontrar el primer antecedente en materia de tráfico en España en el año 1842, en la Ordenanza para la conservación y policía de las carreteras generales⁴²⁶, en donde sus 45 artículos se ordenan en cuatro capítulos, dedicando el segundo al “tránsito de las carreteras” y recogiendo ya disposiciones relativas a la seguridad en los caminos.

Reseñar aquí que la Guardia Civil va a tener carta de naturaleza desde el año 1844 a raíz de sus Reales Decretos fundacionales⁴²⁷, entendida como

⁴²⁵ “Historia”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, consultado el 23 de junio de 2018, <http://www.dgt.es/es/la-dgt/quienes-somos/historia/>

⁴²⁶ España. Ordenanza para la conservación y policía de las carreteras generales, de 14 de septiembre de 1842 (*Gaceta de Madrid* núm. 2898, de fecha 16 de septiembre de 1842).

⁴²⁷ España. Real Decreto de 28 de marzo por el que se crea un cuerpo especial de fuerza armada de infantería y caballería bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación de la Península, y con la denominación de Guardias Civiles (*Gaceta de Madrid* núm. 3486, de 31 de marzo de 1844) y Real Decreto de 13 de mayo de 1844 declarando que la Guardia Civil depende del Ministerio de la Guerra en lo concerniente a su organización, personal, disciplina, material y percibo de sus haberes, y del Ministerio de la Gobernación por lo relativo a su servicio peculiar y movimientos (*Gaceta de Madrid* núm. 3530, de 14 de mayo de 1844).

relevo del ejército allí donde éste no debía involucrarse, siendo el objeto de esta fuerza armada de infantería y caballería la de “proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades, fuera y dentro de las poblaciones”, organizándose como un cuerpo militar por tercios, compañías y escuadrones y procediendo a desplegarse por los caminos, campos y despoblados para garantizar su pacífico tránsito y uso. Va a ser en su Reglamento para el servicio⁴²⁸, donde se establezca “que haya de continuo rondas en los caminos y puntos que ofrezcan habitualmente alguna inseguridad” (art. 30), encomendándole la protección de cualquier persona que se vea en algún peligro o desgracia (art. 32) así como velar sobre la observancia de las leyes y disposiciones relativa a los caminos (art. 33).

Más tarde, en 1857, sería publicado el Reglamento para el servicio de los carruajes destinados a la conducción de viajeros⁴²⁹, incluyendo como novedad la necesidad de una licencia gubernativa para poder destinar un carruaje a esta actividad, así como la obligación de pasar una inspección previa antes de su puesta en circulación que garantizara la solidez y las condiciones de seguridad y comodidad necesarias, debiendo ser extendida una certificación por un perito y siendo obligatoria la identificación del carruaje con una numeración correlativa de los pertenecientes a la misma empresa que deberán llevarse a ambos lados del mismo.

El 19 de marzo de 1867, se publicaría por una parte el Reglamento para la organización y servicio de los peones camineros y por otra el de conservación y policía de las carreteras⁴³⁰. Este último Reglamento va a dedicar su Capítulo II al tránsito por las carreteras reproduciendo en su mayor parte los artículos de la normativa anterior, volviendo a encomendar a los Alcaldes el cuidado de los caminos y sus márgenes en sus respectivos términos jurisdiccionales, permaneciendo en vigor durante cuarenta y dos años, siendo sustituido por otro

⁴²⁸ España. Real Decreto para el Servicio de la Guardia Civil, de 9 de octubre de 1844 (*Gaceta de Madrid* núm. 3679, de 10 de octubre de 1844).

⁴²⁹ España. Real Decreto de 13 de mayo de 1857, aprobando el adjunto Reglamento para el servicio de los carruajes destinados a la conducción de viajeros (*Gaceta de Madrid* núm. 1592, de 15 de mayo de 1857).

⁴³⁰ España. Real Orden aprobando los adjuntos reglamentos de peones camineros y de conservación y policía de las carreteras, de 19 de enero de 1867 (*Gaceta de Madrid* núm. 78, de fecha 19 de marzo de 1867).

que entraría en vigor a primeros de enero de 1910⁴³¹, que a su vez sería modificado por otro en 1920⁴³² en el que se aprobaría un nuevo Reglamento de policía y conservación de carreteras.

2.2. El Reglamento de Circulación de 17 de septiembre de 1900

La primera norma que se va a ocupar del tráfico o circulación vial de manera autónoma va a ser la Real Orden de 31 de julio de 1897, con un contenido sumamente escueto y fragmentario que no establecía régimen ni procedimiento sancionador alguno sobre la materia y que se consideró más tarde insuficiente para regular tan importante materia, por lo que se vio sustituida y completada por otra en 1900 que aprobaría el Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras del Estado⁴³³, norma esta que contempla por primera vez en nuestro Derecho el permiso de conducir y que es considerada como la primera norma general dictada para regular el fenómeno del tráfico, situándola la DGT como el “año cero” en la gestión de la movilidad⁴³⁴.

El nuevo Reglamento va a seguir manteniendo la vigencia tanto del Reglamento de policía y conservación de las carreteras de 1867 como la del Reglamento de carruajes de 1857, pretendiendo establecer una normativa común dirigida a la circulación de todos los coches automóviles por las carreteras, para lo cual deroga una Real Orden de 1897⁴³⁵ dictada a favor de D. José Hernández y Bermúdez, por la cual se le autorizaba a sustituir la fuerza animal por la de vapor en la carreteras de Berja a Almería para el transporte de viajeros y mercancías, en la que se le concedía la exclusiva de este servicio durante diez años y se le reconocía el derecho a extender la innovación a las carreteras de las provincias de Granada, Almería y Jaén.

⁴³¹ España. Real Decreto de 3 de diciembre de 1909, aprobando el adjunto Reglamento de Policía y conservación de carreteras (*Gaceta de Madrid* núm. 339, de fecha 5 de diciembre de 1909).

⁴³² España. Real Decreto de 29 de octubre de 1920, aprobando el Reglamento provisional de policía y conservación de carreteras y disponiendo que empiece a regir el día 1º de Enero de 1921 (*Gaceta de Madrid* núm. 304, de 30 de octubre de 1920).

⁴³³ España. Real Decreto de 17 de septiembre de 1900, aprobando el Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras del Estado (*Gaceta de Madrid* núm. 263, de fecha 20 de septiembre de 1900).

⁴³⁴ “Historia”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, consultado el 6 de octubre de 2018, <http://www.dgt.es/es/la-dgt/quienes-somos/historia/>

⁴³⁵ España. Real Orden de 31 de julio de 1897, sobre la concesión a favor de José Hernández para sustituir la fuerza animal por la de vapor para la conducción de viajeros (*Gaceta de Madrid* núm. 225, de fecha 13 de agosto de 1897).

El Reglamento de 1900 regulaba la circulación de coches automóviles por las carreteras, definiendo el coche automóvil, o simplemente automóvil, en su artículo 2º como todo carruaje movido por fuerza mecánica y dedicando su Capítulo II a las condiciones de seguridad que deben reunir éstos para poder circular por las carreteras, obligando al conductor o propietario a solicitar previamente, mediante instancia dirigida al Gobernador de la provincia acompañada de una nota descriptiva, la obtención de un permiso que le habilitaría para circular por todas las carreteras de España.

Novedosa es también la regulación que establecía en relación a limitaciones de velocidad a determinados vehículos de uso particular o público tanto en vías despobladas como en travesías, así como la obligación de presentar su permiso y el documento que acredite la habilitación del vehículo para circular siempre que le fuera solicitada por la Autoridad o sus agentes

Tras este Reglamento de 1900 se publicaría en 1907 la Real Orden por la que se aprobaría un sistema moderno de matriculación de vehículos, así como los modelos de permiso de circulación y de conducción⁴³⁶.

2.3. El Reglamento de Circulación de 23 de julio de 1918

El Reglamento para la circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España de 1918⁴³⁷, va a seguir manteniendo en vigor los “Reglamentos de Policía y Conservación y el de Carruajes”, rigiendo las multas y procedimientos para los casos en que los automóviles y motocicletas infrinjan sus disposiciones.

Este Reglamento comienza haciendo una clasificación de los vehículos de motor mecánico⁴³⁸ para continuar con un catálogo de condiciones de seguridad

⁴³⁶España. Real Orden de la Dirección General de Obras Públicas del Ministerio de Fomento, de 1 de junio de 1907, dictando las reglas a que han de ajustarse los automóviles para la circulación, incluyendo los requisitos de matriculación y contraseñas de las placas que han de cumplir por razones de seguridad (*Gaceta de Madrid* núm. 160 de fecha 9 de junio de 1907).

⁴³⁷ España. Real Decreto aprobando el Reglamento para la circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España del Ministerio de Fomento, de 23 de julio de 1918 (*Gaceta de Madrid* núm. 205 de fecha 24 de julio de 1918).

⁴³⁸ Artículo 1º.

“Los vehículos de motor mecánico se considerarán clasificados en las siguientes categorías:

1ª Motocicletas, y, en general, vehículos de dos ruedas, con motor auxiliar o permanente.

2ª Vehículos de tres o más ruedas con pesos o cilindrajes no mayores de 500 kilogramos y 1.100 centímetros cúbicos.

que han de satisfacer este tipo de vehículos, parecida a la que ya establecía el Reglamento de 1900 en su artículo 3º pero ahora haciendo alguna distinción en relación con la categoría del vehículo y los sistemas de frenado, el alumbrado y el mecanismo de marcha atrás, especificando igualmente que los motores deberán llevar grabado o troquelado el número de fabricación y que la señal acústica, de que deben estar provistos los vehículos, debe poder oírse a distancia de 300 metros para las motocicletas y de un kilómetro para los de las restantes categorías.

El Capítulo II se dedica al reconocimiento y matrículas de los vehículos de tracción mecánica, siendo un requisito previo necesario para su puesta en circulación, residenciándose de nuevo todo el proceso en el Gobernador de la provincia a cuyo efecto dispondrá de un registro provincial por categorías de vehículos donde se anotarán todos los permisos de circulación expedidos. Igualmente todo conductor deberá poseer un permiso para conducir expedido por el Gobernador civil de la provincia donde tenga el domicilio el solicitante, debiendo para ello reunir los requisitos expuestos en su artículo 5º, existiendo a tal efecto otro registro análogo al anterior donde se inscribirán los permisos que se otorguen.

En el articulado de su Capítulo III se va a incluir el sistema de matriculación ya aprobado por la Real Orden de 1907 con las contraseñas por provincias así como las dimensiones de las letras y las cifras, obligando a llevar dos placas de matrícula, una en la parte delantera y otra en la posterior. Y continuando con la preocupación ya mostrada en relación con la velocidad, también se va a establecer la obligación del conductor de ser capaz de detener el vehículo en un espacio de cinco metros al llegar a recodos bruscos y cruces de caminos, abandonando de este modo la anterior regulación de las velocidades máximas permitidas según el tipo de vehículo.

Novedoso es el Capítulo IV dedicado a la circulación internacional y que traslada lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre circulación de

3ª Automóviles, y, en general, vehículos de tres o más ruedas, con pesos o cilindrajcs superiores, respectivamente, a 500 kilogramos y 1.100 centímetros cúbicos.

4ª Tractores, rodillos, compresores y camiones automóviles y vehículos análogos, ya circulen aislados o formando trenes con otros.”

automóviles y motocicletas adoptado en París en 1909⁴³⁹, respecto a la necesidad de llevar, además de la placa de matrícula, otra que permita conocer su nacionalidad, siendo estas placas ovaladas y pintadas en blanco, llevando en su centro la letra E pintadas en carácter latino y de color negro para todo vehículo que pretenda circular por el extranjero.

Finalmente se dedica el Capítulo VII al procedimiento por el que se deben regir las denuncias por las infracciones a las disposiciones contenidas en el texto legal, prescribiendo que las denuncias podrán ser presentadas ante los Gobernadores civiles por cualquier persona, estando obligado el denunciante, en caso de no ser Agente de la Autoridad o guarda jurado⁴⁴⁰, a presentar las pruebas que confirmen sus afirmaciones, sin cuyo requisito podrán aquellas ser sobreseídas.

2.4. El Reglamento de Circulación de 16 de junio de 1926

El Reglamento de circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España de 1926⁴⁴¹, ya contemplaba en su Exposición que el anterior Reglamento de 1918 adolecía de algunas deficiencias que dieron lugar a diversas peticiones de modificaciones y aclaraciones propuestas y solicitadas que se materializaron en múltiples resoluciones oficiales, todas ellas del mismo año 1918.

También influyó la evolución y desarrollo considerables experimentados por el auge automovilístico en España en esas fechas, así como la necesidad de recoger en el nuevo texto legal tanto los acuerdos internacionales adoptados en la Conferencia celebrada en París en octubre de 1921, con objeto de unificar la legislación que regulaba la circulación de vehículos, como los nuevos

⁴³⁹ Convenio internacional relativo a la circulación de automóviles, firmado en París el 11 de octubre de 1909, ratificado por España el 1 de marzo de 1910 (*Gaceta de Madrid* núm. 118, de 27 de abril de 1912) y que tuvo una clara influencia en parte del articulado del Reglamento de 23 de julio de 1918, principalmente en lo referente a las condiciones de seguridad de los vehículos, el sistema de frenado y de alumbrado, incluyendo también el modelo de “Certificado Internacional para la circulación temporal por las carreteras y caminos del extranjero”.

⁴⁴⁰ El artículo 45 del Reglamento de 1918 recoge ya una novedosa presunción de veracidad a favor de los encargados de la vigilancia de la policía y circulación por los caminos: “La ratificación de los individuos de la Guardia Civil y de los funcionarios de Obras Públicas, en las denuncias presentadas, harán fe, salvo prueba en contrario, cuando con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal no merezca el hecho denunciado más calificación que la de falta.”

⁴⁴¹ España. Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros aprobando el Reglamento de circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas de España, de 16 de junio de 1926 (*Gaceta de Madrid* número 170, de fecha 19 de junio de 1926).

preceptos que regían para la reglamentación del servicio de transportes en esta clase de vehículos con motor mecánico, aprobada por Real Decreto de 4 de julio de 1924.

El Reglamento de 1926 va a comenzar como el anterior haciendo una clasificación de los automóviles, ahora en tres categorías: la 1ª.- para los motociclos y en general vehículos de dos o tres ruedas; la 2ª.- para los automóviles con más de tres ruedas, cuyo peso en vacío no exceda de 3.500 kg y cuyo número de asientos no sea superior a 9; y, la 3ª.- que englobaría a los camiones, ómnibus automóviles, tractores y vehículos análogos, cuyo peso supere los 3.500 kg o tengan más de 9 asientos, continuando también con un artículo 2º que va a recoger las condiciones de seguridad que debían cumplir los vehículos de tracción mecánica.

Los requisitos para la puesta en circulación de un vehículo de tracción mecánica van a ser ahora más estrictos y el permiso de conducción que habilite a conducir este tipo de vehículos va a ser expedido por la Jefatura de Obras Públicas en que resida el interesado, en lugar de por los Gobernadores Civiles, previo certificado de aptitud de un Ingeniero Inspector de automóviles, distinguiéndose dos clases de permisos de conducción: el de primera clase que autorizaba la conducción de toda clase de vehículos de la categoría que se refiera y el de segunda clase para los vehículos de servicio particular.

Para la obtención del permiso de segunda clase, el solicitante debía pasar un reconocimiento médico demostrativo de que no padecía enfermedad de la vista u oído que le impidiera apreciar las señales, ni otras dolencias o defectos orgánicos que les incapacitaran para la conducción, tener una edad entre los 18 y 67 años y superar un examen sobre el articulado del Reglamento y las disposiciones vigentes sobre tránsito por las vías públicas, además de saber conducir el vehículo o vehículos para cuya conducción tratara de obtener el permiso, siendo expedida certificación sobre el resultado del examen por el Ingeniero Inspector de automóviles. Por otra parte, para la obtención del permiso de primera clase se iban a requerir unos requisitos de aptitud psicofísica más rigurosos, llamando la atención la necesidad de tener una talla mínima de 1,45 metros; la de un peso máximo de 60%, en kilos, de la cifra respectiva de la talla en centímetros; así como la inexistencia de alcoholismo ni de otras toxicomanías, a la vez que se establecía por primera vez un sistema

de sanciones de retirada del permiso de conducción según la reincidencia del conductor⁴⁴².

Si bien los anteriores Reglamentos para la circulación se habían venido dedicando casi con exclusividad a las condiciones de seguridad que debían presentar los nuevos vehículos de tracción mecánica así como de los requisitos de idoneidad que debían reunir sus conductores, siendo todos ellos reconocidos mediante la correspondiente expedición de los permisos de circulación y de conducción respectivamente, será a partir del Reglamento de 1900 cuando se empiezan a incluir tímidamente normas orientadas hacia la seguridad en la forma y disposición para conducir y dirigidas al conductor, como eran las limitaciones de velocidad, a la que se une ahora en el Reglamento de 1926 la novedosa prohibición de obtener el permiso de conducir al que presentara síntomas de alcoholismo u otro tipo de toxicomanía, así como la imposición de retiradas de este permiso al que fuera sorprendido conduciendo en estado de embriaguez. Ambas limitaciones apuntaban ya a dos de los graves problemas que amenazaban a la seguridad en la circulación de los automóviles por las carreteras y que se reconocían así como situaciones necesarias de regulación: la velocidad y el alcohol.

El Reglamento va a finalizar incluyendo entre su articulado el correspondiente al Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras, de 29 de octubre de 1920, en relación al procedimiento “de las denuncias y multas”, por el que a partir de ahora también se va a regir el Reglamento de Circulación de 1926. Este nuevo articulado, coincidente incluso en su numeración en ambos Reglamentos, vuelve a contemplar la obligación que tienen todos los encargados de la vigilancia de las carreteras y caminos de efectuar las denuncias que observen⁴⁴³ así como de la presunción de veracidad que les ampara⁴⁴⁴.

⁴⁴² Artículo 5 c) 1ª del Reglamento de circulación de vehículos con motor mecánico por las vías públicas, de 16 de junio de 1926: “Nada de alcoholismo ni otras toxicomanías”. “Siempre que sea sorprendido un conductor en estado de embriaguez conduciendo su vehículo se le retirará su permiso por un mes; si reincide en la falta, por tres, y la segunda reincidencia, de un modo definitivo”.

⁴⁴³ Artículo 54.

“a) Las denuncias podrán verificarse por cualquier persona, teniendo obligación de formularlas los peones y capataces camineros, la Guardia Civil y, además, los Agentes de la Autoridad municipal en las travesías”.

⁴⁴⁴ Artículo 59.

2.5. El Reglamento de Circulación urbana e interurbana de 1928

Mediante Real Decreto de 17 de julio de 1928 se aprueba el Reglamento de Circulación Urbana e Interurbana⁴⁴⁵, que no anula las disposiciones generales del Reglamento de Policía y Conservación de Carreteras de 1920 ni las del Reglamento de Circulación de vehículos con motor mecánico de 1926, que seguirán estando en vigor, volviendo a reiterar muchas de las disposiciones ya incluidas en los anteriores y añadiendo una mayor complejidad y difusión normativa.

Resulta novedosa aquí la inclusión en su artículo 16 de la prohibición de “conducir vehículos o caballerías de un modo negligente o temerario, o a una velocidad que exceda de la que, como máxima, hayan fijado la Autoridades competentes”, así como el entablar luchas de velocidad entre toda clase de vehículos o animales, volviendo a contemplar la velocidad como un factor necesario de regulación y limitándola a 50 km/h cien metros antes de acercarse a bifurcaciones y cruces de caminos así como antes de los cambios de rasante que oculten rápidamente la continuación de la carretera o en las curvas muy pronunciadas en las que la visibilidad no sea completa, debiendo reducir en este último caso a 40 km/h en el momento de iniciarse el cambio de dirección o en los tramos de curvas y contracurvas, exigiéndose igualmente que la velocidad permita la total detención del vehículo en un espacio determinado, para lo cual recurre a una curiosa fórmula⁴⁴⁶.

Pero tal vez lo más destacado sea la dedicación del Capítulo VIII a la circulación urbana como un apartado concreto dirigido al fenómeno circulatorio en los núcleos urbanos, donde debían compartir espacios tanto los vehículos como los peatones, bicicletas, motocicletas o los tranvías, recogiendo un

“La ratificación de los individuos de la Guardia Civil y de los funcionarios de Obras públicas en las denuncias puestas por ellos harán fe, salvo prueba en contrario, cuando, con arreglo al Código penal, no merezca el hecho denunciado más calificación que la de falta”.

⁴⁴⁵ España. Real Decreto de Presidencia del Consejo de Ministros, de 17 de julio de 1928, aprobando el Reglamento de Circulación urbana e interurbana (*Gaceta de Madrid* núm. 218, de 5 de agosto de 1928. Rectificado: *Gaceta de Madrid* núm. 239, de 26 de agosto de 1928).

⁴⁴⁶ Artículo 53.

“...la velocidad de los automóviles no excederá de aquella que, con toda seguridad, permita la parada en un espacio de tantas veces diez metros como número de caballos de vapor figuren en el correspondiente permiso de circulación, sin que pueda exceder aquel espacio de 150 metros”. (30 en caso de las motocicletas).

conjunto de “señales ópticas que para regularizar y dirigir el tráfico deberán ejecutar los Agentes de la Autoridad”, para lo cual se incluía al final una serie de representaciones gráficas de circulación y unos modelos de señales de los agentes con el brazo así como el significado de la señalización vertical que se contemplaba en el Reglamento.

2.6. El Código de Circulación de 1934

El 25 de septiembre de 1934 se dicta el Decreto por el que se aprueba en nuevo Código de Circulación⁴⁴⁷, que se mantuvo como la norma básica en materia de tráfico y cuyo articulado no ha sido derogado completamente hasta el 8 de diciembre de 2009⁴⁴⁸.

Este Código pretendió unificar en un único texto la multitud de disposiciones de la época dispersas y faltas de la necesaria unidad de criterio, que originaba, con frecuencia, confusión y perturbación en los servicios, codificando principalmente los preceptos de los Reglamentos de Circulación de vehículos con motor mecánico de 16 de junio de 1926 y el Reglamento de Circulación Urbana e Interurbana de 17 de julio de 1928, además de incluir los acuerdos de los Convenios Internacionales de París de 24 de abril de 1929 y del de Ginebra de 30 de marzo de 1931 sobre unificación de señales en las carreteras, ratificado el 18 de marzo de 1933, todo ello para adaptarlo al progresivo desarrollo de la circulación de vehículos de motor mecánico⁴⁴⁹.

Al igual que los Reglamentos anteriores, este nuevo Código de la Circulación va a comenzar con una serie de definiciones relacionadas con las personas, los vehículos, las vías públicas y partes de estas por las que circulen los mismos, para pasar luego a desarrollar otros aspectos relevantes respecto a los conductores, dando continuidad de este modo a disposiciones anteriores, clasificando ahora los automóviles en tres categorías⁴⁵⁰ y especificando las

⁴⁴⁷ España. Decreto de 25 de septiembre de 1934 aprobando el Código de la Circulación y sus Anexos (*Gaceta de Madrid* número 269, de fecha 26 de septiembre de 1934).

⁴⁴⁸ España. Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores (*BOE* núm. 138, de 8 de junio de 2009)

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

1. Quedan derogados:

a) El Código de la Circulación, aprobado por Decreto de 25 de septiembre de 1934.

⁴⁴⁹ Véase la Disposición Preliminar del Decreto de 25 de septiembre de 1934 del Código de Circulación.

⁴⁵⁰ Artículo 89.

velocidades máximas a las que podrán circular algunos de ellos (art. 93 y siguientes).

En el apartado dedicado al reconocimiento de las condiciones psicofísicas y psicotécnicas de los conductores se incluye, en el artículo 274 apartado IV punto 17, la condición de que para superar el certificado médico previo a la obtención del permiso de conducción de Primera clase será una causa de eliminación del solicitante la presencia de síntomas de alcoholismo u otra intoxicación exógena, continuando de este modo con la línea ya iniciada en el artículo 5º c) 1ª del anterior Reglamento de 1926.

Este requisito de una evaluación previa del conductor ha llegado hasta nuestro modelo actual basado en el sistema de valoración a través de los Centros de Reconocimiento de Conductores (CRC), que comenzarían su funcionamiento en el año 1982⁴⁵¹, iniciándose así un sistema preventivo en seguridad vial que ha servido de guía a los legisladores que consideraban la conducción como un mecanismo de habilidades, primando en las valoraciones únicamente las circunstancias, enfermedades y/o situaciones que modificaban el manejo del vehículo (intoxicaciones y dependencias) y pasando posteriormente a considerar los cambios conductuales derivados del consumo inadecuado de alcohol, tóxicos o medicamentos, que puedan llegar a alterar, además de la percepción y la ejecución de las maniobras de conducción, el procesamiento cognitivo de la información y la toma de decisiones de riesgo.

2.6.1. El Decreto 1890/1973, de 26 de julio

El Gobierno de España consciente de que una de las causas más importantes entre las determinantes de los accidentes de tráfico era la

“Los automóviles se clasificarán, a los efectos de este Código, en la forma siguiente:
Primera categoría.- C) Motociclos y, en general, vehículos de dos o tres ruedas dotados de motor auxiliar o permanente.

Segunda categoría.- A) Los que tengan más de tres ruedas con un número de asientos no superior a nueve incluido el del conductor, si son de viajeros, o que su peso en carga no exceda de 3.500 kilos.

Tercera categoría.- B) Los no comprendidos en las categorías anteriores”.

⁴⁵¹ Los avances médicos y el aumento del número de conductores hizo necesaria la regulación desarrollada por el Real Decreto 1467/1982, de 28 de mayo, por el que se determinaban las enfermedades y deficiencias que podían impedir la obtención o renovación de los permisos de conducción o las restricciones a los mismos y las condiciones que debían reunir los certificados y reconocimientos correspondientes (*BOE* núm. 160, de 6 de julio de 1982), desarrollado posteriormente por la Orden de Presidencia del gobierno, de 22 de septiembre de 1982 (*BOE* núm. 238, de 5 de octubre de 1982).

conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y que la legislación vigente sólo la sancionaba en el artículo 340 bis a) del Código Penal, como conducta atentatoria de la seguridad del tráfico pero con una aplicación que no había sido ni lo intensa ni lo frecuente que requeriría la incidencia de este problema por falta de medios adecuados de comprobación que proporcionaran a los Tribunales la base indispensable para la aplicación de la sanción con las garantías de prueba que toda condena judicial exige⁴⁵², va a introducir importantes modificaciones en los artículos 49 y 292 del Código de Circulación.

Al inciso I del artículo 49 se agregaría el apartado e) que obligaría a todo conductor o usuario de la vía implicado en un accidente de tráfico a “someterse a las pruebas que indiquen la Autoridad o sus Agentes, para comprobar el grado de impregnación alcohólica, aportando al efecto alcoholómetros propios con arreglo a modelos oficialmente autorizados o, en caso contrario, utilizando los que tengan dichos agentes. Igual obligación alcanzará a los denunciados por cometer alguna de las infracciones a que se alude en el artículo doscientos ochenta y nueve I”, o sea, todas las que podían determinar la suspensión del permiso de conducir además de las multas correspondientes a cada caso.

En el artículo 292 I, que habilitaba a los Agentes de la Autoridad encargados de la vigilancia del tráfico a ordenar la inmovilización inmediata del vehículo en determinadas circunstancias, se añadiría el apartado i) con la siguiente redacción: “Cuando en las pruebas para la determinación alcohólica de los conductores se hubiere obtenido un resultado equivalente o superior a la tasa de alcohol en sangre de cero coma ocho gramos por mil centímetros cúbicos”.

Se incluiría finalmente, en el cuadro de multas del anejo número uno del Código de Circulación, la sanción de 250 a 1.000 pesetas para la conducción con algún grado de alcoholemia que permitiera proporcionar datos precisos sobre cuya base inferir la falta de condiciones de los conductores de poder tomar los mandos del vehículo sin la mínima seguridad exigible, así como la sanción de 4.000 pesetas para la negativa a someterse a las pruebas de determinación de impregnación alcohólica. Si de la prueba resultara que el

⁴⁵² España. Decreto 1890/1973, de 26 de julio, por el que se modifican determinados artículos del Código de la Circulación (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1973), Exposición de Motivos.

infractor conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el hecho sería considerado delito del artículo 340 bis a) del Código Penal.

Este Decreto sería desarrollado con más detalle por la **Orden de 17 de enero de 1974**⁴⁵³, donde se recogería el procedimiento detallado al que deberían someterse los conductores implicados en un accidente de los previstos en el artículo 49 del Código de Circulación o de una infracción de las recogidas en el artículo 289 I del mismo texto legal, especificando que “los Agentes de las Fuerzas de vigilancia de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, sin perjuicio de las actuaciones que fueran procedentes, podrán someter al conductor o conductores implicados a una primera prueba de determinación del alcohol en aire espirado, utilizando a tal objeto el aparato alcohómetro que porte el propio conductor, con arreglo a modelos oficialmente autorizados, o, en su defecto, aquel de que esté dotada la Fuerza. Si el resultado de la investigación a que se refiere el número anterior fuere positivo –igual o superior a 0,80 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos de sangre-, el Agente, para mayor garantía, someterá al conductor o conductores a una segunda determinación, mediante el empleo de los aparatos de evaluación, de mayor precisión, de que estén dotados los equipos de las Fuerzas de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil o bien los centros sanitarios que se determinen”.

Este procedimiento, con algunas matizaciones, se ha mantenido hasta la actualidad, en donde se ha introducido un plazo temporal mínimo entre ambas pruebas y el derecho del conductor a una prueba de contraste en caso de disconformidad con el resultado.

Lo dispuesto en la Orden Ministerial respecto a las pruebas de alcoholemia en el ámbito administrativo se vincularía igualmente al ámbito penal de libre apreciación por la autoridad judicial competente, como no podía ser de otra forma, al exigirle a los Agentes de la Guardia Civil levantar atestado y trasladar al conductor a presencia del Juez en los casos de negativa a someterse a la prueba, así como de remitirle igualmente tanto el atestado como los resultados obtenidos a través de las investigaciones de alcohol practicadas, en una clara

⁴⁵³ España. Orden de Presidencia del Gobierno, de 17 de enero de 1974, por la que se desarrolla el Decreto 1890/1974, de 26 de julio, que modifica determinados artículos del Código de Circulación (*BOE* núm. 23 de 26 de enero de 1974).

difuminación y coincidencia entre los dos sectores del ordenamiento jurídico en este tipo de hechos.

En relación con los alcoholímetros de “evaluación simple” que los conductores podían portar en el vehículo y hacer uso de ellos en las pruebas de determinación de alcohol en aire espirado cuando fueran sometidos por los Agentes de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, debían superar unas pruebas técnicas en el laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología, que sería el encargado de certificar su aptitud para ser utilizados, al igual que la de los equipos que debían utilizar los Agentes de las Policías Municipales y de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil.

2.6.2. El Real Decreto 1467/1981, de 8 de mayo

Otra modificación relevante en el Código de la Circulación sería la efectuada por el RD 1467/1981⁴⁵⁴, que suprimiría el apartado e) del artículo 49 e introduciría un nuevo contenido en el artículo 52, precedido antes por la mención de “Daños” y que ahora pasaría a la nueva de “Alcoholemia” con una nueva redacción:

- “I. Sin perjuicio de, en cumplimiento del artículo 276, estar a lo dispuesto en el Código Penal y de lo que pueda resolver la autoridad judicial, se prohíbe, en todo caso, conducir con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,8 gramos por mil centímetros cúbicos y aun inferior a la misma cuando así esté previsto para determinados conductores en las normas que especialmente les sean de aplicación.
- II. Podrán ser requeridos a someterse a las pruebas que indiquen la autoridad o sus Agentes para comprobar el grado de impregnación alcohólica:
 - a) Cualquier usuario de la vía implicado directamente en un accidente de tráfico.
 - b) Todo conductor en el que concurra alguna de las siguientes circunstancias.

⁴⁵⁴ España. Real Decreto núm. 1467/1981, de 8 de mayo, por el que se modifican diversos artículos del Código de Circulación y sus anexos 1,2 y 5 (BOE número 173, de fecha 21 de julio de 1981).

1. Presentar síntomas evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
 2. Ser denunciado por la comisión de alguna de las infracciones a que se alude en el apartado I del artículo 289.
 3. Haber sido requerido al efecto dentro del marco de controles preventivos ordenados por el Ministerio del Interior, que podrá delegar tal facultad en el Director General de Tráfico.
- III. Las pruebas obligatorias de detección alcohólica se realizarán mediante la utilización de alcoholímetros que correspondan a modelos oficialmente autorizados.
- IV. Cuando el conductor, en los casos en que esté obligado a ello, se niegue a someterse a las pruebas de detección alcohólica, o se hubiera obtenido en las mismas una tasa de alcohol en sangre superior a 0,8 gramos por mil centímetros cúbicos, o inferior si existen síntomas evidentes de intoxicación alcohólica o cuando así esté previsto para determinados conductores en las normas que específicamente les sean de aplicación, se estará a lo dispuesto en el artículo 292, apartado I, inciso i)”.

Con esta nueva modificación del Código de la Circulación, el problema suscitado por la conducción bajo la influencia del alcohol en el ámbito administrativo va a tomar carta de naturaleza propia, pasando a estar regulado en un artículo independiente y no en uno dedicado a los accidentes de tráfico en general, incluyendo a la vez un novedoso supuesto de sometimiento a los controles preventivos de alcoholemia ordenados por el Ministerio del Interior, que delegó tal facultad en el Director General de Tráfico, ampliándose de esta forma los supuestos de obligación del sometimiento a dichos controles a cualquier conductor, en un intento de trasladar a la sociedad la obligación y responsabilidad exigible por la Administración de controlar la necesidad que tiene todo conductor de conducir cualquier vehículo en unas condiciones personales que no pongan en peligro la seguridad de los demás usuarios.

Este Real Decreto 1467/1981, va ser desarrollado igualmente por la **Orden de 29 de julio de 1981**⁴⁵⁵, justificando la reforma del Código de la Circulación en que “el principio de la seguridad del tráfico constituye el móvil fundamental de la intervención gubernativa y justifica igualmente las normas dictadas para su consecución, que, sin olvidar los aspectos represivos de inevitable consideración, deben incidir muy especialmente en operaciones preventivas a través de la educación, formación o divulgación y de vigilancia y control tanto de las medidas adoptadas como de su enraizamiento y calado en la esfera individual y social. Con una finalidad esencialmente preventiva de las medidas a adoptar se pretende dar mayor relevancia a la formación de actitudes y creación de un clima propicio para que se tome conciencia del problema de la seguridad que constituye el fondo de toda conducta viaria, evitando el rechazo social de la disciplina y el olvido de los intereses comunitarios”.

La reforma del Código de la Circulación, en lo que se refiere a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, “se justifica así no tanto con la finalidad de sancionar tal conducta cuanto con la de incitar y concienciar a cualquier conductor para que limite su ingesta o se abstenga de conducir en tal estado, sublimando así su sentido de responsabilidad y el beneficioso ejemplo de su conducta, finalidades y objetivos que conviene propugnar de raíz y desde su origen con un sentido eminentemente preventivo que justifica su control antes de que se desencadene el accidente o la grave infracción, con el deseo de poder llegar a evitarlos mediante la adopción de medidas apropiadas consecuentes con el previo control” (Exposición de Motivos Orden de 29 de julio de 1981).

Esta Orden de 1981 va a incidir aún más en el procedimiento a seguir en las pruebas de detección alcohólica, en donde ahora se incluirán a: 1º.- todo usuario de la vía, sea o no conductor, implicado en un accidente de tráfico; 2º.- cualquier conductor denunciado por una infracción del artículo 298. I; 3º.- todo el que presentara síntomas evidentes de embriaguez; o, 4º.- que fuera requerido dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia, especificando que este tipo de pruebas serían siempre efectuadas mediante

⁴⁵⁵ España. Orden del Ministerio del Interior, de 29 de julio de 1981, sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas (BOE núm. 186, de fecha 5 de agosto de 1981).

aparatos de detección alcohólica del aire espirado, salvo en el caso de heridos evacuados a un centro sanitario (art. 1º Orden 29/07/1981).

El alcohómetro debería ser necesariamente de precisión oficialmente autorizado, permitiéndose la utilización previa de otros aparatos (“alcohómetros de evaluación simple”) que de manera orientativa pudieran dilucidar si existía o no sospecha fundada de que dicho grado de impregnación pudiera ser superior a 0,8 gramos de alcohol en sangre por mil centímetros cúbicos o inferior en determinados casos, y si el resultado hubiere sido positivo el interesado podría exigir que entre esta prueba y una segunda mediara un tiempo mínimo de diez minutos incluso en el caso de que la primera prueba se hubiera efectuado ya con un aparato de precisión, permitiéndosele además la posibilidad de contrastar los resultados por medio de un análisis clínico en un centro sanitario próximo al lugar cuyo importe correrían a cargo del propio interesado cuando el resultado fuese positivo⁴⁵⁶.

Si el resultado hubiera sido positivo tras un accidente de circulación o si el hecho pudiera constituir delito se daría cuenta a la Autoridad judicial, lo mismo que en el caso de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, con independencia de la formulación del correspondiente boletín de denuncia y de la inmovilización del vehículo hasta que hubieran desaparecido los efectos de la intoxicación alcohólica en el conductor o éste pudiera ser sustituido por otro habilitado, siempre que accediera a someterse igualmente a las pruebas de detección y el resultado fuera negativo⁴⁵⁷.

2.7. La Ley 18/1989, de 25 de julio

El Código de la Circulación de 1934 fue un instrumento jurídico que permitió la ordenación del tráfico en una época caracterizada por el espectacular crecimiento de la circulación urbana e interurbana⁴⁵⁸, planteándose el problema de su inconstitucionalidad tras la promulgación de la Constitución de 1978, aunque el tratamiento de “reserva de Ley” dado por el Tribunal Constitucional le permitió el mantenimiento en vigor en todos aquellos aspectos que

⁴⁵⁶ Véanse arts. 2, 3 y 4 de la Orden de 29 de julio de 1981.

⁴⁵⁷ Véanse arts. 5, 6, 7 y 8 de la Orden de 29 de julio de 1981.

⁴⁵⁸ Sobre el particular DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Normas y señales reguladoras de la circulación* (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2015), 18.

interpretados conforme a la Constitución no se oponían materialmente a ella hasta que se dictara una nueva regulación.

Es por ello que se recurrió a la técnica de la Ley de Bases⁴⁵⁹, para legislar en materia de tráfico con fundamento en lo previsto en el artículo 82 CE⁴⁶⁰, y así “revestir por un lado del rango legal requerido por su importancia y amparar la potestad sancionadora de la Administración, y por otro permitir que el Gobierno dispusiera de un instrumento normativo idóneo para su regulación como es el Decreto Legislativo”⁴⁶¹, pues el rango reglamentario del Código de la Circulación de 1934, que no tenía conexión con Ley alguna, no se adecuaba debidamente a las nuevas exigencias de la Constitución de 1978.

La Disposición Adicional Segunda de la Ley de Bases establecía igualmente un control a posteriori del Decreto Legislativo que aprobara el Gobierno, con el fin de verificar su adecuación a las Bases, y que se llevara a cabo por el Pleno del Congreso de los Diputados en consonancia con lo prescrito en el artículo 82.6 CE.

La Ley constaba de nueve Bases que establecían el marco regulador y como dato novedoso introducía en su Base tercera la creación del “Consejo Superior de Tráfico y Seguridad de la Circulación Vial”, como órgano consultivo que, con participación de representantes de las Administraciones Públicas y de las organizaciones profesionales, económicas y sociales más significativas

⁴⁵⁹ España. Ley 18/1989, de 25 de julio, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE número 178, de fecha 27 de julio de 1989).

⁴⁶⁰ Artículo 82 CE.

“1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.”

⁴⁶¹ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Normas y señales...*, 19.

relacionadas con el tráfico y la seguridad vial, debía informar sobre las cuestiones objeto de esta Ley.

2.8. Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de mayo.

El mandato legal de la Ley de Bases de 1989 se iba a materializar más tarde en la aprobación del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial⁴⁶², como el instrumento normativo idóneo de ámbito estatal.

Por otra parte la Constitución Española de 1978 daría cabida al nuevo Estado de las Autonomías y debía también establecer distribuciones competenciales, pero reservándose en este caso el Estado en exclusiva la relacionada con la materia de tráfico y circulación de vehículos a motor por el artículo 149.1.21 CE, quedando reflejada esta preocupación del legislador en el Capítulo Primero del Título Primero del texto articulado, donde se viene a recoger un catálogo de competencias atribuidas a la Administración del Estado y al Ministerio del interior, que serían ejercidas a través del Organismo Autónomo Jefatura Central de Tráfico, sin perjuicio de las que ya tuvieran asumidas las Comunidades Autónomas a través de sus propios Estatutos, recogiendo a continuación las competencias de los Municipios.

El resto del articulado del Real Decreto Legislativo 339/1990 se va a distribuir en seis títulos, aparte del título preliminar dedicado al objeto de la ley y su ámbito de aplicación, desarrollando en cada uno de ellos lo que algunos autores consideran los ejes básicos sobre los que pivota la circulación de vehículos a motor y la seguridad vial: Título I. Del ejercicio y la coordinación de las competencias sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial; Título II. Normas de comportamiento en la circulación; Título III. De la señalización; Título IV. De las autorizaciones administrativas; Título V. De las

⁴⁶² España. 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 (*BOE* número 63, de fecha 14 de marzo de 1990), según expone el propio texto legal, "el fenómeno del tráfico de vehículos a motor se ha generalizado y extendido de tal manera que puede afirmarse que forma parte de la vida cotidiana y que se ha transformado en una de las expresiones más genuinas del ejercicio de la libertad de circulación. Pero al efectuarse de forma masiva y simultánea, lleva consigo una serie de problemas que es necesario regular para que aquel ejercicio no lesione intereses individuales o colectivos que deben ser objeto de protección pública".

infracciones y sanciones, de las medidas cautelares y de la responsabilidad; y Título VI. Procedimiento sancionador y recursos. No obstante, la Disposición Transitoria dejaría abierta la puerta a la aplicación de parte del articulado del Código de la Circulación de 1934, en la medida en que no se opusiera a lo que en aquella se establecía, hasta que no entraran en vigor las disposiciones necesarias para su desarrollo.

En el nuevo texto legal la conducción habiendo ingerido bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y similares pasaría a estar encuadrada en el artículo 12 con la siguiente redacción:

“1.- No podrá circular por las vías objeto de esta Ley el conductor de vehículos con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas.

2.- Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación.

Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos.

El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que se realicen a la Autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes.

3.- Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior.”

Otras modificaciones significativas, introducidas más tarde en este texto, legal vendrían de la mano de: 1º.- la **Ley 5/1997, de 24 de marzo**, que introduciría importantes modificaciones en varios aspectos de la Ley de Seguridad Vial endureciendo las sanciones relacionadas con la ingesta de alcohol, que pasará a ser considerada ahora como una infracción muy grave cuando antes era considerada con carácter general grave; 2º.- la **Ley 43/1999, de 25 de noviembre**, sobre adaptación de las normas de circulación a la práctica del ciclismo, incluyendo a los ciclistas como obligados a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas así como la prohibición de conducir estos vehículos con tasas superiores a las reglamentariamente establecidas; 3º.- la **Ley 19/2001, de 19 de diciembre**, de reforma del texto articulado, que tras la publicación del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, daba por culminado el imprescindible desarrollo reglamentario de la Ley, procediendo ahora a efectuar en dicho texto articulado los ajustes y mejoras que su aplicación revelaron necesarios; 4º.- la **Ley 17/2005, de 19 de julio**, por la que se regula el “permiso y la licencia de conducción por puntos”, tal vez la reforma de más importancia y calado por su innovación en el sistema sancionador de conductas multirreincidentes, con el objetivo esencial de modificar comportamientos infractores y su carácter eminentemente reeducador; 5º.- **La Ley 18/2009, de 23 de noviembre**, por la que se modificaba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial en materia sancionadora, principalmente en lo referente a la detracción de puntos y su excesiva dilación en el tiempo, que se hizo aún más palpable con la entrada en vigor de las modificaciones del Código Penal operadas por la LO 15/2007 y la incertidumbre que en la mayoría de los conductores provocaba el desconocimiento acerca de la existencia de algún procedimiento en el que pudiera estar incurso; y, 6º.- por último la **Ley 6/2014, de 7 de abril**⁴⁶³, que vuelve a modificar el texto articulado centrándose ahora no tanto en el conductor como en otros aspectos referidos a las normas de circulación, tratando de adaptarse a las necesidades de los vehículos y las

⁴⁶³ España. Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el 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 (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2014).

vías, y modificando también sustancialmente la regulación de la presencia de drogas en la conducción que se había constatado como uno de los más graves problemas para la seguridad vial⁴⁶⁴.

2.8.1. Real Decreto 13/1992, de 17 de enero.

Como el propio texto reconoce, la complejidad y diversidad de cuestiones abordadas por el Real Decreto Legislativo 339/1990, que incluía desde normas específicamente técnicas sobre la circulación y, en general, sobre el comportamiento de los usuarios y titulares de las vías de comunicación, exigía que dicho texto tuviera a lo largo de su articulado numerosas remisiones reglamentarias, a través de las cuales se detallarían el régimen y los requisitos aplicables a las cuestiones técnicas y jurídicas que planteaban tan complejas materias, siendo su Reglamento General de Circulación⁴⁶⁵ uno de los primeros en publicarse y encargado de desarrollar el artículo 2 del título preliminar así como los títulos II y III del texto articulado, desarrollando las normas de la Ley a través de sus seis títulos que actualizaban los preceptos del Código de la Circulación de acuerdo con lo que aconsejaba la experiencia de su aplicación, incorporando las reglas de la Convención de la Circulación Vial, abierta a la firma en Viena el 8 de noviembre de 1968, y las del Acuerdo Europeo, complementario de dicha Convención y abierto a la firma en Ginebra el 1 de mayo de 1971.

Este Reglamento General de Circulación contendría un conjunto de artículos en el Capítulo IV de su Título I que, bajo el título de “Normas sobre bebidas alcohólicas”, establecerían las tasas de alcohol en sangre máximas permitidas para los conductores, dependiendo del tipo de vehículo (tasa general, transporte de mercancías o especiales, de viajeros, escolar, de menores, de mercancías peligrosas o servicio de urgencia), y regularía a su vez la práctica de la prueba así como la instrucción de las Diligencias. Por su parte, en el

⁴⁶⁴ Desde el punto de vista administrativo se va a castigar la mera presencia de drogas en el organismo del conductor, dejando para el tipo penal del art. 379.2 su influencia en la conducción, tratando de deslindar más nítidamente el objeto de la regulación penal y el administrativo, apostando por los dispositivos de detección de drogas en saliva y aumentando el reproche de estas conductas.

⁴⁶⁵ España. Real Decreto 13/1992, de 17 de enero, 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 (BOE número 27, de 31 de enero de 1992).

Capítulo V del mismo título, bajo la rúbrica “Normas sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, se pretendía dar cabida y amparo legal a las investigaciones efectuadas por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico sobre la prohibición de conducir “habiendo ingerido o incorporado a su organismo drogas tóxicas o estupefacientes, o se encuentre bajo los efectos de medicamentos u otras sustancias que alteren el estado físico o mental apropiado para hacerlo sin peligro”, tanto a los usuarios de la vía o conductores implicados “directamente como responsables”⁴⁶⁶ en un accidente de circulación, como cuando existieran síntomas evidentes, cuando se hubiera cometido alguna infracción a las normas del Reglamento, o en los casos de los conductores que fueran requeridos para someterse a las pruebas dentro de los programas de controles preventivos ordenados por la Autoridad.

Este Real Decreto sería posteriormente modificado por el **Real Decreto 1333/1994, de 20 de junio**, que, manteniendo la tasa de alcohol en sangre y, por tanto, los niveles de alcoholemia a partir de los cuales se prohibía la conducción como base del sistema, procedería a determinar las tasas de alcohol en aire espirado que se corresponden con la tasa de alcohol en sangre, todo ello debido a que el método normal de control y que proporciona un conocimiento más directo, inmediato y exacto sobre el grado de alcoholemia es la verificación del aire espirado, por lo que esta nueva regulación va a redundar en garantía para los administrados y va a facilitar a la autoridad encargada de la ordenación del tráfico y la seguridad vial un mejor control sobre los aparatos oficialmente autorizados cuya denominación exacta es la de “etilómetros”, debiendo reservarse la de “alcoholímetros” para los que midan el volumen de alcohol en sangre⁴⁶⁷, introduciendo en el artículo 20 del Reglamento las tasas máximas permitidas de alcohol en miligramos por litro de aire espirado para los conductores en general (0,4 mg/l); para los que se dediquen al transporte de mercancías con un peso superior a 3.500 kg (0,25 mg/l); y de los destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, escolar y

⁴⁶⁶ Nótese el matiz diferenciador con respecto al texto original del artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

⁴⁶⁷ España. Real Decreto 1333/1994, de 20 de junio por el que se modifican determinados artículos relativos a las tasas de intoxicación alcohólica del Reglamento General de Circulación y del Reglamento de Nacional de Transportes de Mercancías Peligrosas por Carretera (BOE número 169, de fecha 16 de julio de 1994).

de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencias o transportes especiales (0,15 mg/l).

Estas tasas se verían más tarde reducidas por el **Real Decreto 2282/1998, de 23 de octubre**, que establecería nuevos límites básicos por cuanto el alcohol es considerado como el causante de numerosas alteraciones orgánicas y psicológicas que pueden ser altamente peligrosas, existiendo una demostrada relación entre el consumo de alcohol, incluso a bajas concentraciones etílicas, y el deterioro de la capacidad de conducción, tal como disminución de la atención, de la función visual y auditiva, perturbaciones en el campo perceptivo, cansancio, somnolencia o fatiga muscular, y los accidentes de tráfico⁴⁶⁸, quedando ahora la tasa máxima permitida de alcohol en aire espirado: 1º.- para conductores en general en 0,25 mg/l; 2º.- para los conductores de los vehículos de transporte de mercancías con peso superior a 3.500 kg, de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, escolar o de menores, de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, la tasa será de 0,15 mg/l; y, 3º.- se incluye un nuevo grupo con los conductores de cualquier vehículo cuya tasa no podrá ser superior a 0,15 mg/l durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilite para conducir (novedad sin precedentes en los países europeos de nuestro entorno en ese momento).

El nuevo artículo 23 vendría a recoger la obligación de someter al conductor a una segunda prueba, para mayor garantía y efectos de contraste, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera, de lo que se habría de informar previamente al conductor, en el caso de que la primera prueba hubiera dado un resultado positivo o presentara síntomas evidentes de encontrarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

2.8.2. Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre.

Las importantes modificaciones introducidas por la Ley 19/2001 en la Ley de Seguridad Vial aconsejaban la promulgación de un nuevo Reglamento General de Circulación en el que se refundieran a la vez otras que afectaron al propio

⁴⁶⁸ España. Real Decreto 2282/1998, de 23 de octubre, por el que se modifican los artículos 20 y 23 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 13/1992, de 17 de enero (BOE número 266, de 6 de noviembre de 1998).

Reglamento, en especial los Reales Decretos 1333/1994, de 20 de junio, y el 2282/98, de 23 de octubre, que lo modificó en materia de alcoholemia, siendo aprobado el 2 de marzo el nuevo Reglamento General de Circulación (RGCir)⁴⁶⁹.

Este nuevo Reglamento va a seguir contemplando en su Capítulo IV del Título I las “Normas sobre las bebidas alcohólicas”, recogiendo las tasas ya incluidas por el RD 2282/98 y quedando obligados a someterse a las pruebas de detección de posibles intoxicaciones por alcohol tanto los conductores de vehículos como de bicicletas que: 1º.- conduzcan con síntomas evidentes; 2º.- que hayan sido denunciados por la comisión de alguna infracción a las normas del Reglamento; 3º.- que sean requeridos para ello en los programas de controles preventivos; o, 4º cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.

Prescribe este RGCir que las pruebas de alcoholemia deberán ser practicadas por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros oficialmente autorizados, pudiéndose repetir la prueba a efectos de contraste a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, dando la posibilidad de que ésta consista en análisis de sangre, orina y otros análogos. El procedimiento de la práctica prueba se va a recoger ahora en el artículo 23, donde se concreta que tras la práctica de una primera prueba, si esta fuera positiva o sin serlo se apreciaran síntomas evidentes de intoxicación alcohólica, se procederá a la práctica de una segunda mediante un procedimiento similar al primero, de lo que habrá de informarle previamente, así como la obligación que de que entre la primera y la segunda prueba medie un tiempo mínimo de 10 minutos, informándole igualmente del derecho que tiene a formular las alegaciones u observaciones que tenga por conveniente así como a contrastar los resultados obtenidos mediante análisis de sangre, orina u otros análogos.

La extensa y detallada regulación que el Reglamento hace respecto a la investigación que deben llevar a cabo los agentes de la autoridad encargados

⁴⁶⁹ España. 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 Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (*BOE* número 306, de fecha 23 de diciembre de 2003).

de la vigilancia del tráfico sobre el cumplimiento de la normativa en materia de conducción bajo la influencia del alcohol, contrasta con lo escueto e impreciso de la regulación que hace en su Capítulo V del mismo Título I en relación a las “Normas sobre estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas”, limitándose a prohibir la conducción con presencia de alguna de las sustancias mencionadas, incluyendo los medicamentos u otras que alteren el estado físico o mental, y apuntando que las pruebas para su detección “consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquella, estimen más adecuados”, haciendo una remisión en el resto de su regulación a lo ya recogido para la investigación de la alcoholemia.

Pero esta falta de concreción en la normativa que regulaba la investigación de la conducción bajo la influencia de drogas resulta lógica y normal ante un nuevo problema que se planteaba en el fenómeno circulatorio, con la expansión del consumo de este tipo de sustancias y las dificultades que planteaba su detección mediante la utilización de equipos técnicos fiables y de fácil uso sobre el terreno, siendo por ello sus comienzos titubeantes al igual que ocurriera con las investigaciones de alcoholemia en sus inicios.

La concreción de la prueba salival para la detección de presencia de drogas en el organismo no va a ser introducida en el ámbito administrativo hasta la modificación operada por la Ley 6/2014, de 7 de abril, quedando redactado a partir de ahora su artículo 12.3 de la siguiente manera: “Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados y, para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente”.

La última modificación de este Reglamento ha venido de la mano del RD 1514/2018⁴⁷⁰ que corrige el artículo 48 RGCir, reduciendo la velocidad en todas las vías convencionales a 90 km/h con carácter general cuando antes se hacía una distinción según tuvieran un arcén pavimentado de 1,50 metros o más de

⁴⁷⁰ España. Real Decreto 1514/2018, de 28 de diciembre de, por el que se modifica el Reglamento General de Circulación, aprobado por el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre (BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2018).

anchura, en las que la velocidad máxima permitida se fijaba en 100 km/h. Este cambio normativo en el Derecho administrativo sancionador va a trascender igualmente al ordenamiento penal, donde ahora el injusto se perfeccionará sin más a una velocidad inferior en 10 km/h a la fijada anteriormente, sin tener en cuenta otras consideraciones.

2.9. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre.

La disposición final segunda de la Ley 6/2014, que modificaba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, autorizaba al Gobierno para aprobar un nuevo texto refundido en el que se integraran debidamente regularizados, aclarados y armonizados tanto el texto articulado de 1990 como las nuevas leyes que lo habían ido modificando, incluidas las disposiciones de las leyes modificativas que no se incorporaron a aquel, procediendo a aprobar un nuevo texto refundido de la Ley de Seguridad Vial (LSV)⁴⁷¹.

En este nuevo texto se van a introducir diversas modificaciones: 1ª.- en primer lugar se van a recopilar las numerosas normas que habían ido modificando el anterior, que continuaban en vigor y que por su contenido debían formar parte del nuevo texto articulado, siendo necesario ordenar y numerar de nuevo todas ellas; 2ª.- en segundo lugar se procede a actualizar y revisar el vocabulario utilizado, unificando el uso de ciertos términos al objeto de dotarlos de la necesaria cohesión interna; 3ª.- en tercer lugar se adapta su contenido a la modificación de la Ley 30/1992 por la Ley 15/2014, de racionalización de Sector Público y otras medidas de reforma administrativa; 4ª.- en cuarto lugar se ha incluido la transposición de la Directiva (UE) 2015/413 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, por la que se facilita el intercambio transfronterizo de información sobre infracciones de tráfico en materia de seguridad vial; y, 5ª.- por último se han introducido algunos cambios que, en la línea con la jurisprudencia constitucional, se han limitado a colmar lagunas, eliminar discordancias y

⁴⁷¹ España. Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

antinomias detectadas en la regulación precedente, con el objeto de lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático, además de introducir normas adicionales y complementarias necesarias para precisar su sentido.

En lo que se refiere a la prohibición de conducir con determinadas tasas de alcohol o con presencia de drogas en el organismo no se van a producir modificaciones sustanciales, pasando ahora a estar recogida en el nuevo artículo 14 del texto articulado de la Ley de Seguridad Vial⁴⁷², habiendo quedado pendiente por el momento la actualización de su desarrollo reglamentario.

3. LA SEGURIDAD VIAL EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Como ya ha quedado expuesto y siguiendo a ÁLVAREZ-VALDÉS, “la aparición de la regulación sobre la seguridad del tráfico nació en la esfera administrativa (RD de 23 de julio de 1918, RD de 29 de octubre de 1920 y RD de 24 de noviembre de 1922, reunificados por el Reglamento de 1926, base del Código

⁴⁷² Artículo 14. Bebidas alcohólicas y drogas.

“1. No puede circular por las vías objeto de esta ley el conductor de cualquier vehículo con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se determine.

Tampoco puede hacerlo el conductor de cualquier vehículo con presencia de drogas en el organismo, de las que se excluyen aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 10.

2. El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley.

3. Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente.

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

4. El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente.

5. A efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado.

El personal sanitario está obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de estas pruebas al Jefe de Tráfico de la provincia donde se haya cometido el hecho o, cuando proceda, a los órganos competentes para sancionar de las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, o a las autoridades municipales competentes.”

de la Circulación de 25 de diciembre de 1934), sin que hasta 1950 pueda hablarse de su inclusión en la esfera penal y ello a pesar del Título V del Libro II del CP de 1928, posteriormente derogado por el CP republicano de 1932” (ÁLVAREZ VALDÉS 2005, 518).

Va a ser en la breve etapa del Código Penal de 1928, publicado durante la dictadura de primo de Rivera en una época en que aún era incipiente la circulación de automóviles, cuando la seguridad vial y su tratamiento legal comenzará su gran evolución en nuestro ordenamiento jurídico penal, previendo ya una sanción de la conducción de vehículos sin certificación que acreditara la aptitud para ello, la de los conductores que circularan con excesivo número de pasajeros o carga de mercancías, también cuando circularan por lugar no destinado al tránsito de vehículos, con velocidad excesiva o por circular sin la debida atención del conductor (arts. 574 y 576)⁴⁷³. Estos tipos penales de riesgo desaparecerían más tarde en el Código Penal de 1932, aprobado en la II República, así como en el de 1944, optando por sancionar sólo los resultados imprudentes.

Desde este año 1928 se puede decir que va a existir en España un modelo mixto administrativo-penal de regulación de la seguridad vial, surgiendo ya el problema de la ambigüedad entre la distinción de las conductas merecedoras de reproche penal y las de reproche administrativo, entre lo que se debía considerar delito o falta, lo que dejaba un amplio margen de discrecionalidad a los operadores jurídicos. El problema que ya se planteaba no era tanto que la ley no ofreciese instrumentos válidos para sancionar de manera adecuada las conductas incívicas que se producían al volante, sino más bien que no se definían con precisión los límites legales entre los distintos ilícitos⁴⁷⁴.

3.1. Ley de 9 de mayo de 1950: “Ley del Automóvil”.

Pero va a ser con la “Ley del Automóvil” de 9 de mayo de 1950 cuando se pase a regular por primera vez y con relativa amplitud y profundidad los delitos de riesgo derivados de la circulación de automóviles separándolos de los delitos imprudentes, considerándose esta Ley como precursora de los tipos

⁴⁷³ España. Real Decreto-Ley 1.598, aprobando el proyecto de Código Penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929 (*Gaceta de Madrid* núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

⁴⁷⁴ Véase TENA SÁNCHEZ, “Cambios en la política...”, 253.

penales actuales⁴⁷⁵, sancionándose, entre otras, la conducción de un vehículo a motor en las siguientes circunstancias:

Artículo primero.- Bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad.

Artículo segundo.- Con 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.

Artículo tercero.- Sin estar legalmente habilitado para ello.

Esta Ley convertirá lo que, hasta ese momento, eran ilícitos administrativos en infracciones penales, acogándose a la técnica de los delitos de peligro en base al hecho de que el vehículo de motor se había convertido en un potente factor de riesgo capaz de lesionar bienes jurídicos ya protegidos. La frecuencia con que se venían produciendo accidentes mediante el uso de vehículos de motor va a ser la que determinará la necesidad de sancionar penalmente conductas imprudentes que pudieran determinar un peligro social, además de constatarse que las medidas de carácter gubernativo resultaban absolutamente insuficientes para reprimir determinados hechos, mientras que la seguridad colectiva comenzaba a reclamar una sanción proporcionada a su gravedad⁴⁷⁶.

Otras conductas recogidas en los catorce artículos de esta primera norma penal especial fueron entre otras: la conducción de un vehículo de motor con placa falsa o distinta de la debida; el conductor que no auxiliare a la víctima por él causada; el que gravemente perturbare o pusiere obstáculos a la circulación de vehículos de motor; o, el que quebrantare la sanción gubernativa o la impuesta por sentencia judicial de privación temporal o definitiva del permiso de conducción. Igualmente se incluía en su articulado otras previsiones legales como la regla concursal del artículo trece cuando concurren con otros tipos penales más graves, o la sanción de privación del permiso de conducir por tiempo de uno a cinco años y con carácter definitivo si fuere reincidente en

⁴⁷⁵ Sobre el particular FRANCISCO J. VIEIRA MORANTE, prólogo a *Delitos de Tráfico. Criterios y respuestas de los Tribunales Penales en Seguridad Vial*, M^a Cruz Álvaro López y Araceli Perdices López, (Valladolid: Lex Nova, 2010), 11.

⁴⁷⁶ España. Ley de 9 de mayo de 1950, sobre uso y circulación de vehículos de motor (BOE núm. 130, de 10 de mayo de 1950).

determinadas conductas tipo. Como se puede observar muchas de estas conductas han ido evolucionando en el ordenamiento penal, algunas de ellas saliendo y entrando del mismo según el momento político y social, hasta quedar configuradas en el actual Código Penal, lo que ya nos adelanta una idea de la dificultad dogmática que presentan algunos de estos comportamientos para adecuarlos a los principios inspiradores del *ius puniendi* del Estado.

Los problemas del Derecho circulatorio hicieron surgir nuevos aspectos penales de la circulación rodada así como su tratamiento preventivo y punitivo en la Comisión General de Codificación, con una participación de EUGENIO CUELLO CALÓN en el Proyecto de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, como Presidente de la Sección de Derecho Penal, que fue calificada por algunos como acertada respecto a la elección de las fórmulas legislativas más adecuadas para satisfacer las necesidades de la prevención penal, sin incurrir en los fáciles excesos del dogmatismo o la inexorabilidad punitiva⁴⁷⁷.

La evolución experimentada por el Derecho desde la imprudencia punible, que representaban determinadas conductas en el terreno de la criminalidad del tráfico, hasta la aparición de las nuevas tipologías de peligro, se vio plasmada en la citada Ley del Automóvil, que no sólo pretendía la represión de conductas de peligro, antes prácticamente impunes, sino que trataba además de complementar el tratamiento jurídico de la culpa, pasando a definir por ello un conjunto de delitos de peligro ante hechos que resultaban atentatorios para la seguridad del tráfico y que hasta ese momento constituían simples infracciones del Código de la Circulación de 1934.

Pero con esto no se pretendía la penalización de todas las conductas infractoras de las reglas de tráfico, sino que se procuraba subordinar la ilicitud penal a hechos cuya gravedad traspasaban el contenido esencial de “riesgo socialmente intolerable”. Y en este punto llamamos la atención sobre la teoría de la homeostasis y el concepto de “Visión Cero” surgido en Suecia en 1995 ya expuesto anteriormente en este trabajo. Esta nueva regulación va dirigida a castigar penalmente tan sólo los hechos que encierran un peligro grave para la seguridad colectiva, persistiendo el carácter administrativo de la sanción en la

⁴⁷⁷ Sobre el particular CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 16 (1963): 531-542.

mayor parte de las infracciones del tráfico, no perdiendo la pena su contenido axiológico.

El criterio de selección de estas primeras conductas creadoras de un riesgo que fuera objeto de incriminación se iba a basar en una estimación subjetiva de las actitudes defectuosas del tráfico más abocadas a engendrar un daño, penándose hechos que encerraban un peligro capaz de perturbar gravemente el sentimiento de seguridad pública, siendo para CUELLO CALÓN y los demás autores de la Ley, la intolerancia social de la ejecución peligrosa de una acción, que de ser realizada normalmente sería aceptada, la que va a determinar el criterio en que se debe asentar su reproche penal.

El peligro como concepto objetivo, apoyado en el cálculo de probabilidades, se va a ofrecer como un ente real, valorable jurídicamente, es decir, como una expectativa de lesión que no se desea, en virtud de un acto que aumenta la posibilidad de que tal lesión se produzca y que, con ello, devenga antijurídico. Con ese concepto del peligro como un ente real y jurídicamente valorable, se exige que en cada caso el Juez aprecie su existencia a través de la prueba y declare su trascendencia a través de un juicio de valor para reputar típicamente ilícita la acción en que concurre.

3.2. Ley 122/1962, de 24 de diciembre.

Tras la “Ley del Automóvil”, la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor de 1962⁴⁷⁸ va a continuar con la protección de los bienes jurídicos que podían ser puestos en peligro como consecuencia del uso de vehículos a motor a través de leyes especiales, pero extendiéndola también a los tipos culposos de resultado. Respecto a la conducción en estado de embriaguez se va a sustituir el término “estado de incapacidad” por el de “influencia manifiesta”⁴⁷⁹, observándose de este modo una mayor objetivación en este tipo penal en que ahora bastará que la influencia sea manifiesta sin precisar la falta de capacidad exigida en la anterior regulación.

⁴⁷⁸ España. Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor (BOE núm. 319, de 27 de diciembre de 1962).

⁴⁷⁹ Artículo 5.

“El que condujere bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes...”

Es a mediados de esta década de los sesenta cuando va a surgir en España la polémica en torno a la posible autonomía conceptual del “Derecho de la Circulación”, como consecuencia de posiciones y situaciones que surgieron o fueron estudiadas en otros países del entorno, principalmente en Italia y en Alemania, pronunciándose la mayoría de la doctrina española en contra de esta autonomía pero reconociendo a este nuevo “Derecho a la Circulación” características que denotaban especialidad, lo que generó en España un ambiente favorable al tratamiento unitario de los aspectos penales, civiles y procesales de la circulación de vehículos y de los resultados lesivos que de ella se derivaban⁴⁸⁰.

El artículo primero de la Ley viene a expresar cuál es su contenido, finalidad y objetivos⁴⁸¹, pasando luego a articularse en cuatro Títulos. El primero va a ser dedicado al “Ordenamiento Penal” recogiendo las prevenciones de la anterior Ley del Automóvil, que fundamentalmente tipificaba delitos de peligro, incluyéndose también en este Título la figura de la reincidencia, “cuando, al delinquir, el autor estuviere ejecutoriamente condenado por otro delito de igual naturaleza previsto en esta Ley”, y contemplando una norma concursal con la previsión de que “cuando sean varios los resultados delictivos se estimará únicamente la existencia del delito más grave, pudiendo los Tribunales aumentar la pena señalada al mismo en un grado si el mal causado fuera de extrema gravedad”. Finaliza este Título Primero con las figuras de la anulación y la privación del permiso de conducir.

Novedoso resulta ser su Título Segundo donde se incluye un procedimiento para agilizar el conocimiento de los delitos a que se refiere la Ley y que se articularía en tres fases: Diligencias preparatorias, juicio oral y ejecución de sentencia, enumerando en el artículo diecinueve en que debía consistir la actuación judicial y las diligencias preparatorias⁴⁸².

⁴⁸⁰ En este sentido A. NICOLÁS MARCHAL ESCALONA, *El atestado. Seguridad Vial*, (Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009), 411-412.

⁴⁸¹ “La presente Ley protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes y, con tal finalidad, sancionada determinadas conductas relacionadas con la circulación de los vehículos de motor por carretera, otras vías públicas y demás lugares transitables, y regula el procedimiento para exigir responsabilidad penal y civil derivada de aquella”

⁴⁸² “El Juez procederá, en el mismo lugar o en el adecuado más próximo, a instruir la diligencias preparatorias conducentes a la identificación de las personas, de los vehículos y comprobación de las entidades aseguradoras, reconstrucción del hecho con obtención de croquis explicativos y fotografías, declaración de los conductores, testigos presenciales y víctimas, siempre que su estado de salud lo permita, así como a la descripción por el forense u

La Ley le dedica el Título Tercero al Ordenamiento Civil, con un también novedoso artículo cuarenta en el que se obliga a todo propietario de un vehículo de motor a suscribir una póliza de seguro que cubra, hasta la cuantía que se fije, la responsabilidad civil derivada de la obligación de reparar los daños a las personas o las cosas con motivo de la circulación y previendo la creación de un Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, como servicio dependiente de la Dirección General de Seguros dentro del Ministerio de Hacienda. Más tarde serían promulgadas una serie de disposiciones complementarias, como el Decreto-ley 18/1964, de 3 de octubre, por el que se organiza el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación y el Decreto 3787/1964, de 19 de noviembre, por el que se reglamenta el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, en virtud de lo dispuesto en la disposición final quinta de la Ley 122/1962.

3.3. Ley 3/1967, de 8 de abril. El abandono de la legislación especial

La Ley de 9 de mayo de 1950 tuvo una aplicación dilatada en el tiempo, ya que la de 24 de diciembre de 1962 no llegó a entrar en vigor hasta la promulgación de la Ley 3/1967⁴⁸³, abandonando el legislador, con esta reforma parcial del Código Penal, el criterio de la especialidad del Derecho penal del tráfico en que se había inspirado desde la Ley de 9 de mayo de 1950 y que se había llevado al extremo al excluir del Código la mayor parte de los delitos culposos de resultado material cometidos por vehículos de motor, volviendo a incorporar ahora incluso al propio Código las figuras delictivas de peligro de la Ley del Automóvil, pues admitiendo que existe una diversidad entre los delitos de tráfico y los demás hechos delictivos en el plano de la “facticidad fenomenológica” atendiendo al sujeto de los delitos, el medio y el lugar de

otro facultativo de la naturaleza de las lesiones, consignando su pronóstico, y de las condiciones físicas y psicotécnicas del conductor del vehículo.

También procederá a la tasación de los daños por perito nombrado, haciendo saber a los perjudicados su derecho a personarse en las diligencias, así como el ofrecimiento de las acciones que les asisten.

Todas las anteriores diligencias deberán practicarse, siempre que fuere posible, sin solución de continuidad, reflejándose en una solo acta, que firmarán con el Juez y Secretario, todos los intervinientes, pudiendo las partes estar asistidas de Letrado desde la iniciación de aquellas y valerse de los peritos o técnicos que estimen convenientes”.

⁴⁸³ España. Ley 3/1967, de 8 de abril, sobre modificación de determinados artículos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*BOE* núm. 86, de 11 de abril de 1967).

comisión, también se pueden encontrar tipos delictivos con esa o mayor diversidad en el Código penal y, no obstante, no se ha propugnado la desintegración de éste en una serie de leyes penales especiales, cuando además el sujeto activo de este tipo de delitos no precisa ser siempre un conductor de vehículos de motor⁴⁸⁴.

Coincidimos con CEREZO MIR en que no cabe aducir tampoco, en favor de la especialidad del Derecho penal del tráfico, que el bien jurídico protegido sea de naturaleza esencialmente diferente a la de los bienes jurídicos tutelados en el Código, pues según decía el artículo 1º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 la protección va dirigida a la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes, siendo estos también el objeto de protección en el Código penal, estando la protección de la seguridad del tráfico en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes.

La Ley de 1967 finalmente va a trasladar estas conductas sancionadas mediante leyes especiales al Código Penal, incluyendo los tipos penales en el Título Quinto del Libro Segundo bajo la desafortunada rúbrica “De la infracción de leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general” en tan sólo tres artículos: 1º.- el 340 bis a), que contempla la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y la conducción con temeridad manifiesta⁴⁸⁵; 2º.- el 340 bis b), que recoge las figuras delictivas de creación de un riesgo grave para la seguridad de la circulación, pudiendo ser autor del delito de acción cualquier persona, y del de omisión, cualquier persona que tenga el deber jurídico de restablecer la seguridad de la vía; y, 3º.- el artículo 340 bis c), que engloba las conductas de conducción sin permiso, siendo sólo autor el conductor del vehículo pero pudiendo incurrir cualquier otra persona en responsabilidad como inductor, cooperador necesario o cómplice.

⁴⁸⁴ Al respecto, véase CEREZO MIR, “Problemas fundamentales...”, 582-583, quien llega a calificar como acertada la reforma.

⁴⁸⁵ Tal como apunta F. JAVIER DÍAZ REVORIO, “La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativos-sancionador y penal: Análisis desde la perspectiva constitucional”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 4 (2000): 148, se puede observar como la tendencia legislativa en materia de alcohol ha ido hacia la objetivación de este delito, partiendo de la primera Ley de 9 de mayo de 1950 que exigía “un estado de incapacidad para conducir con seguridad” a la hora de entender producido el delito, para pasar luego por la Ley de 24 de diciembre de 1962 que suprimió dicho requisito a la vez que exigía una “influencia manifiesta del alcohol en la conducción” y finalizando con la Ley 3/1967 que terminó por suprimir el término “manifiesta”.

Se incluye entre el articulado la figura de la reincidencia para la privación definitiva del permiso de conducción “cuando el culpable hubiere sido condenado dos veces a privación temporal del mismo”, por delitos del artículo 340 bis a) o del 565 CP⁴⁸⁶ y una regla concursal para cuando por los hechos sancionados en los artículos 340 bis a) y b) se hubiere producido además un resultado de lesión o daño, cualquiera que hubiere sido su gravedad, en que se apreciaría tan sólo la infracción más gravemente penada.

Esta Ley 3/1967 va a modificar igualmente algunos artículos de la LECrim, regulando el procedimiento de urgencia para determinados delitos entre los que se encuentran los delitos contra la seguridad del tráfico y recogiendo en su disposición derogatoria la supresión de los títulos primero (ordenamiento penal) y segundo (ordenamiento procesal) de la Ley 122/1962, dejando vigente la ordenación civil y la esencia de la ordenación procesal civil, pero introduciendo importantes cambios en la conformación penal de la delincuencia del tráfico y su tratamiento forense.

Será a partir de aquí cuando se separarán las facetas, tanto materiales como procedimentales, de la exigencia de la responsabilidad penal y civil en materia de uso y circulación de vehículos de motor.

3.4. El Código Penal de 1973

En diciembre de 1973 se publicaría el Decreto 3096/1973⁴⁸⁷ con el texto refundido del nuevo Código Penal que derogaba el de 27 de octubre de 1932 y que en nada afectará a los artículos 340 bis a), b) y c)⁴⁸⁸ de los delitos contra la seguridad del tráfico.

⁴⁸⁶ Artículo relativo a la imprudencia punible que contemplaba la posibilidad genérica de que todo delito pudiera realizarse de forma culposa.

⁴⁸⁷ España. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (BOE núm. 297, de 12 de diciembre de 1973).

⁴⁸⁸ Artículo 340 bis a).

“Será castigado con las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años:

Primero.- El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes.

Segundo.- El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes.

La privación del permiso de conducción se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiere sido condenado dos veces a privación temporal del mismo, por delito previsto en este artículo, en el párrafo primero del quinientos setenta y cinco, o por ambos.

En ese periodo se puede apreciar una orientación en la que el respeto al principio de mínima intervención dominaba todo el Derecho penal, con una clara tendencia a la supresión de las penas privativas de libertad para los delitos relacionados con la seguridad vial que se invertiría en reformas posteriores, “observándose una mayor objetivación en la regulación de estos delitos; un aumento de los hechos tipificados y un endurecimiento de las penas y consecuencias del delito, lo que va a hacer cuestionable el respeto a ese principio de intervención mínima”⁴⁸⁹.

3.5. Modificaciones penales tras la CE de 1978

Tras la Constitución Española de 1978 los grandes principios del Derecho penal se van a reflejar en las sucesivas reformas del Código y así ya la Exposición de Motivos de la **LO 8/1983, de 25 de junio**⁴⁹⁰, reconoce la “necesidad de satisfacer las más apremiadas exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción del hecho”, ajenos hasta ahora en nuestro ordenamiento punitivo, y la de sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones, exigiéndose ahora el dolo y la culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal.

En el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico se suprimirán el párrafo segundo del artículo 340 bis a), toda vez que el criterio primitivo en que

Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada.

En la aplicación de las penas establecidas en los dos citados artículos procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo sesenta y uno.

Artículo 340 bis b).

Será castigado con la penas de arresto mayor o multa de 5.000 a 50.000 pesetas el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de la siguientes formas:

Primera.- Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño d la señalización o por cualquier otro medio.

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

Artículo 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.”

⁴⁸⁹ En este sentido PILAR GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos contra la seguridad vial”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25 (2012): 120.

⁴⁹⁰ España. Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (*BOE* núm. 152, de 27 de junio de 1983).

se apoyaba (el de la plurirreincidencia) se va a ver modificado por la Ley, y el delito de conducción sin permiso descrito en el artículo 340 bis c), que se suprime atendiendo a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales que no podían apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo.

Más tarde la **LO 3/1989, de 21 de junio**⁴⁹¹, siguiendo con la modernización del Derecho penal y su principio de intervención mínima, por el que el aparato punitivo debe reservar su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puedan ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena y donde tan grave decisión se funda a su vez en la importancia de los bienes jurídicos en juego y en la entidad objetiva y subjetiva de las conductas que los ofenden⁴⁹², se va a llevar a cabo una profunda reforma del Libro III del Código, suprimiendo un número muy amplio de faltas penales.

Esta reforma llevará a cabo una importante modificación del peculiarísimo sistema de la incriminación de la imprudencia (imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y la misma sin tal infracción a los reglamentos), destinado a desaparecer y a quedar establecido como un único sistema de incriminación singularizada de las formas culposas de determinados delitos, aunque el nuevo texto legal apuesta por seguir manteniendo la sanción especial para el supuesto de que estas imprudencias sean cometidas con vehículo de motor, pero con una alteración esencial de la perseguibilidad de estas infracciones, abandonando la persecución de oficio y exigiendo cuando menos la previa denuncia del ofendido.

La reforma se fundamenta igualmente en que la experiencia había puesto de manifiesto la necesidad de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, ante la especial alarma social que estaban causando los llamados conductores homicidas, supuestos estos que alcanzaban una posición intermedia entre el delito de riesgo y el de tentativa de homicidio, reforzando con ello la función preventiva y la capacidad correctora de

⁴⁹¹ España. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (BOE núm. 148, de 22 de junio de 1989).

⁴⁹² Véase la Exposición de Motivos.

comportamientos gravemente antisociales que se producían con ocasión de la circulación de vehículos de motor.

Otras de las modificaciones relevantes que se van a introducir entre los delitos contra la seguridad del tráfico, serán: 1º.- la inclusión en el tipo del 340 bis a) de las sustancias psicotrópicas junto con las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas u estupefacientes, en el delito de conducción bajo su influencia, así como la separación de sus dos últimos párrafos para su traslación al artículo 340 bis c); 2º.- la omisión dentro del tipo de conducción temeraria de la puesta en peligro de los bienes; y, 3º.- la tipificación en el artículo 340 bis d) de los conductores suicidas u homicidas, ya mencionada, así como la consideración del vehículo de motor como instrumento del delito a los efectos del artículo 48 CP⁴⁹³ para los delitos de conducción con temeridad manifiesta y con consciente desprecio por la vida de los demás.

La última modificación importante será la introducida por la **LO 17/1994, de 23 de diciembre**⁴⁹⁴, por la que el legislador teniendo en cuenta el elevado número de accidentes de tráfico así como el riesgo generado por conducción de los ciclomotores va a considerar necesaria la tipificación penal de tal conducta, en aras a la importancia de los bienes jurídicos en cuestión, modificando por ello los tipos penales del 340 bis a) y d) para incluir junto a la conducción de los vehículos de motor la del ciclomotor, introduciendo igualmente los cambios necesarios en el resto del articulado del Código Penal para hacer referencia junto al permiso de conducción a la licencia de conducción de ciclomotores.

⁴⁹³ Art. 48 CP.

“Toda pena que se impusiere por un delito, llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito. Los que se decomisaren se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado, y si no lo fueren se les dará el destino que dispongan los Reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán.

Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.”

⁴⁹⁴ España. Ley Orgánica 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código Penal, con el fin de tipificar la conducción de un ciclomotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o con temeridad o con imprudencia (BOE núm. 207, de 24 de diciembre de 1994).

3.6. El Código Penal de 1995

Previo a la llegada el Código Penal de 1995⁴⁹⁵, podemos observar como entre los años sesenta y ochenta del anterior siglo se había iniciado en Europa un movimiento *descriminalizador*, impulsado por los partidos de izquierdas así como por juristas y organizaciones de carácter progresista que consiguieron que desaparecieran de los Códigos Penales un gran número de conductas delictivas que figuraban en ellos desde el siglo XIX, siendo a partir de los años noventa del siglo XX cuando la tendencia cambiaría de rumbo impulsada por los llamados “nuevos gestores de la moral colectiva” (asociaciones como las feministas, pacifistas o antixenóforas), que se iban a convertir en grupos de presión que pretendían la consagración legislativa de sus postulados, impulsando precisamente la criminalización de determinadas conductas o, cuando el comportamiento ya estaba previamente tipificado, el endurecimiento de sus sanciones, prescindiendo muchas veces de la compatibilidad o no con los principios básicos que deberían informar la legislación penal en un Estado de Derecho⁴⁹⁶. En este apartado un ferviente crítico del Código Penal de 1995 como es GIMBERNART ORDEIG, un año antes de la importante modificación del Código Penal en 2007 en materia de seguridad vial ya ponía como ejemplos y analizaba delitos como la violencia de género, la violación o la prostitución, afirmando de este último que es una verdadera perversión del Derecho penal imponer principios morales, bien religiosos o de ideología feminista no compartidos por la persona adulta responsable.

También hay quien opina que la nueva “sociedad del riesgo” ha venido a imponer una fuerte tendencia al aseguramiento de los bienes jurídicos a costa de la seguridad jurídica y que el propio principio de legalidad se está viendo amenazado al entrar en conflicto con las construcciones dogmáticas que lo deforman y anonadan desde categorías materiales⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

⁴⁹⁶ Sobre el particular, véanse ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Prólogos a *Código Penal. 12ª edición* (Madrid: Editorial Tecnos, 2006): 19-59; GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos...”, 120.

⁴⁹⁷ Véase TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, “Principios penales y dogmática penal, Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”, *Derecho y Cambio Social* 7, nº 22 (2011): 15-16, quien realiza un análisis de la evolución en que la dogmática se ha visto envuelta para lograr una interpretación segura y rigurosa de lo que algunos autores han denominado como “Constitución negativa” a la hora de referirse al Código Penal.

Por lo ya expuesto, coincidimos en este apartado con GÓMEZ PAVÓN en que los antecedentes legislativos de los delitos contra la seguridad vial hasta su regulación por la Ley 10/1995 han sufrido una notable evolución en sentido opuesto a lo que parece promulgar la dogmática penal, tanto en el endurecimiento de las penas privativas de libertad como en la objetivación cada vez mayor en la regulación de este tipo de delitos, a lo que habría que añadir el aumento de nuevos hechos tipificados, y todo ello a pesar del acierto general de la inclusión en el Código Penal de determinadas conductas (GÓMEZ PAVÓN 2012, 120-124).

El denominado Código Penal de la democracia vino a introducir los delitos contra la seguridad del tráfico en el Capítulo IV del Título XVII de los delitos contra la seguridad colectiva, dando continuidad a la estructura ya existente en el anterior Código e incluyendo una modificación importante en la parte del sistema punitivo general de la imprudencia (“*crimen culpae*”) por el de la sanción de delitos específicos cometidos por imprudencia (“*crimina culposa*”) ⁴⁹⁸, tipificando así expresamente el homicidio y las lesiones imprudentes.

Otra innovación también destacada del nuevo Código será la tipificación, a modo de falta, de la realización de determinadas actividades (conducción) careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil legalmente requeridos para el ejercicio de ellas (art. 636 CP posteriormente derogado).

3.7. La Ley Orgánica 15/2007, de reforma del Código Penal

La LO 15/2003 ⁴⁹⁹ introducirá modificaciones elevando las penas en el tipo penal del artículo 379 CP, pero será la LO 15/2007, de 30 de noviembre, la que introducirá profundos cambios en estos tipos delictivos que pasarán a denominarse “De los delitos contra la Seguridad Vial” en lugar “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad

⁴⁹⁸ Sistema opuesto al de “*crimen culpae*” por el que la imprudencia no constituye una modalidad de comisión del tipo delictivo si no un tipo autónomo, por lo que si una conducta no se castiga en su modalidad imprudente la misma queda exenta de pena. Rige con la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (art. 12).

⁴⁹⁹ España. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003).

vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes, según se expone en el propio preámbulo de la Ley.

En la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el 26 de junio de 2007 para debatir la proposición de ley que modificaría la LO 10/1995⁵⁰⁰, se presentó por MAYORAL CORTÉS, representante del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, la necesidad de esta Ley Orgánica que contaba con el respaldo de la mayoría absoluta de la Cámara y que recogía las conclusiones extraídas de las propuestas realizadas por un amplísimo número de expertos, representantes sociales e institucionales así como asociaciones de víctimas ante la Comisión especial de Seguridad vial, frente a un problema de siniestralidad, de violencia vial, que venía afectando y preocupando a toda la sociedad por las víctimas que originaban el consumo del alcohol así como los excesos de velocidad, y es por ello que se debía atender a la demanda social de protección de la inmensa mayoría de conductores cumplidores de las normas y también a la alarma social que provocaban hechos de los que se derivaban consecuencias desastrosas para la vida y la integridad de las personas.

A la contradicción tan frecuente en la vida colectiva entre el interés general de la sociedad y el deseo particular de los individuos le debe ser de aplicación la resultante clásica del contrato social, según el cual los ciudadanos cedemos una parte de nuestra libertad a cambio de garantizar la seguridad de todos, debiendo equilibrarse la libertad y la seguridad en este fenómeno de masas que es el tráfico en carretera, pues no existe libertad absoluta para beber ni para correr cuando de ello se derivan riesgos previsibles para los restantes ciudadanos, de la misma manera que no existe libertad absoluta para hacer fuego en el monte durante el verano.

Otros Grupos Parlamentarios, como el representante CERDÀ ARGENT de Esquerra Republicana, también consideraron positivo que se fijaran criterios legales a partir de los cuales se consideran delito determinadas conductas que hasta el momento eran objeto de interpretaciones por parte de los jueces, habiendo dictado en ocasiones sentencias desafortunadas o de difícil comprensión por el ciudadano, clarificando así cuándo una conducta se

⁵⁰⁰ CORTES GENERALES, *Sesión plenaria núm. 248*, (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados nº 266, de 26 de junio de 2007), 13289-13299.

considera delito y aportando claridad y seguridad jurídica tanto para los jueces como para los presuntos delincuentes. La legislación debe contener criterios claros y no debe dar lugar a interpretaciones dispersas por parte de la judicatura, en pro del principio de legalidad y del bien jurídico protegido como es el de la seguridad de las persona en esta materia de circulación vial.

Por su parte el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, basándose en las experiencias del derecho comparado que habían conseguido una disminución de la siniestralidad, valoró positivamente el hecho de que se pretendiera dar respuestas a determinadas prácticas que entrañaban peligro, como el exceso de alcohol en sangre, los excesos de velocidad, la negativa a realizar la prueba de alcoholemia, la conducción temeraria o la conducción en caso de privación judicial o administrativa. Para el representante de este Grupo, HERRERA TORRES, el principio de intervención mínima del derecho penal debe ser un principio marco y, por tanto, a la hora de tramitar la ley se debería asegurar que ese principio se garantizara, estableciéndose por ello unos límites que se ajusten al mismo, siendo importante igualmente la exigencia de que el Derecho penal se dedique a sancionar el plus de gravedad respecto de la infracción administrativa, adecuándose al principio de proporcionalidad de las leyes.

Por el contrario, dentro del Grupo Parlamentario Mixto se vieron opiniones opuestas, como la de RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, que consideraba positivo el establecimiento de excesos de velocidad y de niveles de ingestión de alcohólica contemplados de forma fija en el Código Penal a partir de una serie de parámetros que no sean interpretables, aunque estimaba que lo más importante seguía siendo el aumento de la vigilancia preventiva en carreteras, o la de LASAGABASTER OLAZÁBAL, quien planteó dudas respecto de la solución propuesta de acudir a la amenaza penal como forma de regular el comportamiento de las personas y de solucionar los problemas que a veces no terminan de resolverse. Y en esta misma línea se posicionó el Grupo Vasco, para el que el Código Penal debe ser la *última ratio*, manteniendo la apuesta de la vía administrativa sin permitir la entrada de este tipo de conductas en la vía penal.

Finalmente SOUVIRÓN GARCÍA, en representación del Grupo Popular, consciente de que la respuesta del ordenamiento jurídico a los problemas

derivados de la inseguridad vial no era la satisfactoria, apuntó hacia una respuesta integral, que tuviera en cuenta el derecho administrativo y dejara al Derecho penal ser lo que tiene que ser respondiendo al principio de intervención mínima, mostrando su desacuerdo con el límite de alcoholemia a establecer y diferencias en lo que se refería al límite para la velocidad.

En la nueva regulación de los delitos contra la seguridad vial el artículo 379 CP pasará en sus nuevos dos apartados de un único tipo penal a tres, también se cambian el orden de algunos artículos y se refunden otros, se introduce un nuevo delito autónomo (art. 383 CP) e incluso nuevos tipos delictivos (art. 384 CP), que más tarde se analizarán con algún detalle, finalizando con el art. 385 ter CP que permite atenuar la pena de algunos de estos delitos.

Una de las críticas más fuertes a esta reforma penal se asienta en que “la configuración dada por la LO 15/2007 al Derecho penal de la seguridad vial ha venido a abrir una nueva partida al Derecho penal del enemigo en la legislación española, que se une a otros capítulos ya tradicionales como el terrorismo y a los incorporados en épocas relativamente recientes como la “llamada” violencia de género, tratando a los conductores no como ciudadanos responsables sino precisamente como enemigos, como focos de peligro que desestabilizan el normal funcionamiento de la Sociedad e impiden que los demás ciudadanos puedan confiar en ellos como sujetos idóneos para entablar un contacto social, siendo sujetos que generan peligro, inseguridad, falta de garantía, en una palabra y para decirlo con el mismo concepto que emplea el legislador en el nuevo texto: violencia vial. Desde luego que el legislador no oculta su pretensión de reducir el ámbito de libertad del ciudadano como gestor de riesgos y es así que afirma expresamente en el Preámbulo de la LO 15/2007 que el contenido básico de la ley persigue incrementar el control sobre el riesgo tolerable, estimándose la conducción a velocidad excesiva, la conducción temeraria o la ingesta de alcohol como fuentes de peligro, en definitiva: evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”⁵⁰¹.

⁵⁰¹De este parecer es MIGUEL POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española” en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios de homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, coord. Fernando Gerardo Campos Domínguez, David Cienfuegos Salgado, Luis Gerardo Rodríguez

Para POLAINO-ORTS, el Derecho penal de la seguridad vial pone de manifiesto que la violencia en el tráfico se ha de combatir también con el Derecho penal del enemigo, pero al mismo tiempo pone de manifiesto que un uso indiscriminado de éste (como el que hace el legislador en la LO 15/2007) puede ser contraproducente, pues el Derecho penal del enemigo contenido en el nuevo Derecho penal de la seguridad vial es más contundente y menos garantista que el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista, ya que éste exige la comprobación y la constatación de peligro real del conductor enemigo y así ha de procederse si no se quiere caer en el error que comete el legislador al “imputar como si fueran enemigos a sujetos que no lo son, sobre la base de un peligro que no es real, sino supuesto, y que no es constatado sino sospechado”⁵⁰².

3.8. La Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal

Con esta Ley Orgánica⁵⁰³ se producen modificaciones en los delitos contra la seguridad vial de menor calado que las que tuvieron lugar con la anterior de 2007, afectando esta nueva fundamentalmente a la penalidad, la previsión del comiso y el margen de discrecionalidad al juzgador en la imposición y en la individualización de la pena, siendo la finalidad de la reforma en este ámbito la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, dándoles así un trato más benévolo a estos delitos, equiparándose en primer lugar la pena de prisión prevista para los tipos recogidos en los artículos 379 y 384 y previéndose en segundo lugar un régimen alternativo entre las penas de prisión, la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, de manera conjunta con la de privación del permiso de conducir, pareciendo deducirse de esta exposición de motivos que con la excepción de estos dos artículos (379 y 384 CP) el resto de los delitos relativos a la seguridad vial son delitos de peligro concreto, por lo que no basta la mera realización del comportamiento unido al resto de los elementos típicos sino que

Lozano y José Zaragoza Huerta (México: Facultad de Derecho-UNAM, 2011), 698-700, <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

⁵⁰² *Ibid.*, 703-704.

⁵⁰³ España. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010).

es preciso que a consecuencia del mismo se produzca un resultado de riesgo para una o varias personas⁵⁰⁴.

Sí resulta relevante la modificación que la disposición final primera introduce en el artículo 796.1.7^a de la LECrim relativo a las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores y la determinación del test salival como prueba válida, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, así como las consecuencias jurídicas anudadas a su incumplimiento, dando de esta manera cobertura de Ley Orgánica a este tipo de intervenciones corporales al afectar al derecho fundamental a la intimidad y ajustándose así a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en Sentencias como la de 24 de septiembre de 2007 entre otras.

También se incorporan dos nuevos artículos en el ámbito de la seguridad vial: el artículo 385 bis, que establece que el vehículo será considerado instrumento del delito en todos los hechos ahora previstos en este capítulo, superando de este modo la anterior regulación que sólo lo contemplaba para el delito del artículo 381 CP; y el artículo 385 ter, que permitirá rebajar la pena de prisión en un grado en atención a determinadas circunstancias.

3.9. La Ley Orgánica 1/2015, que modifica el Código Penal

Esta última reforma introduce importantes modificaciones en el Código Penal, creando nuevas figuras delictivas o adecuando los tipos penales ya existentes y suprimiendo otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal, contemplando igualmente la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, en los que los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido. Por otra parte se van a suprimir las faltas que históricamente se regulaban en el Libro III del Código, si bien algunas de ellas se incorporarán al Libro II reguladas como delitos leves a fin de reducir el número de asuntos menores que, en gran parte, pueden

⁵⁰⁴ En este sentido, véase el estudio que realiza GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos...”, 143-148.

encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles, como se recoge en el Preámbulo de la LO 1/2015⁵⁰⁵.

La reforma introducida por esta Ley Orgánica en nada va a afectar a los delitos contra la seguridad vial, “efectuando una nueva división de las infracciones penales entre delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP), conservando la mayoría de los nuevos delitos leves⁵⁰⁶ la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y adoptando un nuevo procedimiento para su enjuiciamiento que va a venir a reproducir las características del anterior juicio de faltas”⁵⁰⁷.

La delimitación entre delito leve y menos grave va a venir determinada por el artículo 13 CP en sus apartados 3 y 4⁵⁰⁸ quedando acreditada la levedad de la infracción en el nuevo ordenamiento por el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, mientras que la frontera entre el delito grave y menos grave se va a delimitar en sentido inverso, en función del techo o límite máximo de cuantía o tiempo de la pena asignada a la correspondiente figura típica, planteándose serias dudas de catalogación en los delitos que tienen asignadas varias penas⁵⁰⁹. El criterio seguido aquí por la Fiscalía General del Estado será que “en el caso de los delitos con pena compuesta sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignada incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el artículo 33.4 CP⁵¹⁰, por el contrario si alguna o algunas de ella tiene prevista

⁵⁰⁵ España. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015).

⁵⁰⁶ Los nuevos delitos leves se dispersan ahora en el Código Penal integrando en algunas ocasiones subtipos atenuados de los correspondientes delitos menos graves.

⁵⁰⁷ Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015* (Madrid: CEJ. Ministerio de Justicia, 2015), 2.

⁵⁰⁸ Artículo 13 CP.

“3. Son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”.

⁵⁰⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2015...*, 5.

⁵¹⁰ Artículo 33.4 CP.

“Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

una extensión comprendida igualmente en los tramos menos graves del artículo 33.3 CP prevalecerá el artículo 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave⁵¹¹.

Es preciso destacar en este apartado que tras la derogación de la anterior falta del artículo 621 CP⁵¹² van a ser creados nuevos delitos leves directamente relacionados con los de seguridad vial (arts. 142.2 y 152.2 CP), a los que se hará referencia más adelante.

4. LA SEGURIDAD VIAL Y LA NECESARIA TUTELA PENAL

De lo visto hasta ahora se puede observar que existen una serie de realidades sociales, surgidas de la denominada sociedad del riesgo, capaces de lesionar bienes jurídicos considerados fundamentales (vida e integridad física) y que estas nuevas realidades presentan una necesaria funcionalidad que obliga a ponderar su uso en el marco de unas condiciones aceptables de riesgo para el conjunto de los integrantes de la sociedad. Esta convivencia, con actividades en algunos casos vitales para la sociedad, requiere de la determinación de unos parámetros en el ordenamiento jurídico que permitan establecer la tutela necesaria mediante el recurso a la técnica de los delitos de peligro, no siendo en este aspecto pacífica la doctrina respecto a la adecuación de muchas de las conductas recogidas en el Derecho penal a los principios inspiradores del *ius puniendi* del Estado.

Los bienes jurídicos colectivos aparecen modernamente referidos a determinadas actividades sociales, pero sin quedar totalmente desvinculados de los intereses individuales, constituyendo así su protección un plus de garantía para estos bienes de entidad considerable que puedan estar sometidos a un mayor riesgo de lesión, lo que en definitiva va a motivar la

c) Inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales de tres meses a un año.

d) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo inferior a seis meses.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

g) La multa de hasta tres meses.

h) La localización permanente de un día a tres meses.

i) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.”

⁵¹¹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2015...*, 11.

⁵¹² Falta de lesiones u homicidio prudentes (imprudencia grave o leve).

intervención del Derecho penal adelantando las barreras de punibilidad para cumplir más eficazmente su función preventiva, al eliminar mediante la intimidación de la pena las acciones peligrosas en el marco de la seguridad vial. El recurso instrumental para garantizar tal protección se va a materializar en la creación de los delitos de peligro, que se limitarán a castigar conductas que excedan del riesgo permitido en la realización de un comportamiento lícito, sin requerir por ello la materialización de un resultado lesivo, y la intensidad de la protección se va a graduar según el peligro constituya un elemento integrante del tipo penal o no, en la clásica distinción entre delitos de peligro *concreto* o de peligro *abstracto* respectivamente, entendiendo el peligro como un concepto normativo apoyado en el desvalor de la acción en función de la peligrosidad que entrañan determinados comportamientos como idóneos para lesionar bienes jurídicos.

No cabe duda que el boom automovilístico que se experimentó a mediados del pasado siglo en las carreteras españolas vino acompañado a su vez de un incremento en la siniestralidad vial, y que esta realidad social se vio influenciada a la vez por un incremento del transporte de mercancías y viajeros por carretera, del aumento de los desplazamientos de ocio de la sociedad española, de la ampliación y mejora de muchas de sus carreteras y de la modernización del parque móvil, con nuevos vehículos de mayores y mejores prestaciones mecánicas. De esta forma el legislador se vio en la necesidad de adaptar la normativa existente a estas nuevas realidades sociales, así como a las exigencias de una movilidad segura que, por otra parte, venía produciendo graves secuelas familiares, sociales, y económicas. Es la sociedad la que marca sus propias necesidades en su constante desarrollo y aquí, como en otros aspectos, no puede quedarse al margen el ordenamiento jurídico que, aunque un medio formal y subsidiario, debe intervenir en parcelas donde los valores o intereses vitales son demandados por la misma sociedad.

Siendo así necesaria la participación del Derecho en estas nuevas realidades no parece lógico que sea el propio Derecho, con sus postulados y límites impuestos en tiempos pretéritos y bajo otras necesidades y exigencias sociales, el que se autolimita las posibilidades que ofrece de solución a los

nuevos conflictos sociales, pues se llegaría a un peligroso desfase evolutivo entre la propia sociedad y su capacidad legal de autorregulación⁵¹³.

Está claro, por lo ya visto, que en la sociedad actual existen muchos intereses (individuales o colectivos) surgidos de las nuevas realidades que precisan ser defendidos, siendo el Derecho una de las herramientas de control idónea para la defensa de algunos de esos intereses, que al entrar en el ámbito del ordenamiento jurídico van a pasar a ser denominados bienes jurídicos. Va a ser entonces responsabilidad de todos los sectores del ordenamiento jurídico el brindarle la protección necesaria para su uso y consumo pacífico, debiendo tener en cuenta que si esa tutela merece ser reforzada, en atención a la naturaleza del bien o a la intensidad de la agresión, va a ser necesario acudir al Derecho penal como último recurso para lograr dicho cometido, llegando así a un concepto de bien jurídico-penal mucho más restrictivo que el de bien jurídico.

Se puede concluir pues que al Derecho penal le corresponde tutelar determinados bienes jurídicos respecto de determinados ataques, justificándose de este modo su intervención ante las agresiones más graves capaces de lesionar o poner en peligro los bienes más esenciales.

Es en esta línea donde 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 por la creación de nuevas figuras delictivas que reforzaran la protección ya existente, continuando de ese modo 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 y limitada a la pretensión de retribuir con un mal los comportamientos lesivos del pasado.

Una opinión interesante en este sentido es la aportada por CONDE-PUMPIDO, para quien el desarrollo del mecanicismo a mediados del pasado siglo llevó aparejada la “aparición de un nuevo factor criminógeno que transforma no sólo el aspecto estadístico de la producción de hechos generalmente antijurídicos, sino incluso el aspecto dogmático de las concepciones en torno a la estructura del delito y la culpa”, asistiendo al hecho curioso de que la delincuencia dolosa,

⁵¹³ De este parecer es VILLEGAS PAIVA, “Los bienes jurídicos colectivos...”, 6.

que venía representando la primacía en la esencia penal, se estaba viendo igualada e incluso superada por la delincuencia culposa⁵¹⁴. Este hecho obligaba a una revisión del tratamiento jurídico que tradicionalmente se venía dando a los hechos ilícitos con un arranque culposo o negligente y cuya punición se encontraba subordinada a la existencia posterior del resultado material lesivo de un bien jurídico⁵¹⁵.

La evolución de los delitos culposos va a culminar con la tendencia a resaltar el contenido de peligro de la propia acción, lo que ha provocado la proliferación del catálogo de delitos de peligro en base a conductas que de no ser penadas de esta forma serían consideradas como base de delitos imprudentes una vez provocaran el resultado lesivo⁵¹⁶. De esta forma, en el *iter criminis* que lleva desde la acción hasta el resultado dañoso se va a fijar la atención en el instante en que la misma peligrosidad de la acción crea la probabilidad de la producción de un daño, siendo elegido ese momento como integrador de la acción típica antijurídica sin tener que llegar a esperar que se produzca efectivamente el daño.

Siguiendo a CONDE-PUMPIDO, la imprudencia circulatoria era la que acaparaba principalmente la imprudencia punible, siendo aquí donde la criminalidad del tráfico encontraba la necesidad de utilizar ese nuevo instrumento penal de las tipologías de peligro y donde se observa un mayor asentamiento de esta evolución que se ha venido dando al tratamiento de la

⁵¹⁴ Resulta interesante incluir en este apartado algunas ideas aportadas por CONDE-PUMPIDO, "Don Eugenio Cuello Calón..." 532-540, para quien en esa época los posibles riesgos derivados de actos culposos eran muy remotos y representaban una escasa trascendencia social que se plasmaba en la inexistencia de una amenaza percibida por la sociedad, algo que iría cambiando a medida que el automóvil tomaba protagonismo y que comenzó a trasladar a la sociedad la existencia de un peligro latente hacia estas acciones peligrosas pero a la vez socialmente tolerables. El individuo ya no se sentía protegido por las sanciones que recibían estos hechos culposos exigiendo nuevas medidas tendentes a minimizar los posibles daños que estas acciones generaban, pero ahora desde el propio inicio de la ejecución de la acción.

⁵¹⁵ Los datos aportados revelan que en 1953 de 23.666 sentencias condenatorias 1.288 correspondían a delitos por imprudencia y 253 a delitos recogidos en la Ley del Automóvil de 1950, mientras que en 1959 de 20.995 sentencias 3.174 se correspondían a delitos imprudentes y 2.594 a delitos de la ley de 1950.

⁵¹⁶ El sistema punitivo aplicado a las acciones culposas del anterior Código penal, basado en la tesis denominada *crimen culpae*, permitía castigar cualquier conducta imprudente sólo cuando diera lugar a la producción de un resultado lesivo. Hoy día esta tesis ha sido abandonada en favor de la doctrina del *crimina culposa* que concibe la imprudencia como una modalidad típica del comportamiento (concepción finalista), sancionando sólo los comportamientos imprudentes expresamente tipificados.

criminalidad culposa, convirtiéndose los tipos objetivos de resultado en tipos subjetivos de peligro⁵¹⁷.

Pero este debate actual sobre la naturaleza de las infracciones delictivas en materia de seguridad vial en base a si el injusto de todos o parte de estos delitos es realmente un injusto criminal o se trata de un simple ilícito administrativo no es algo nuevo, habiendo sido ya planteado a la hora de la inclusión de determinadas conductas en el Código Penal mediante la Ley 3/1967, presentándose en aquel momento posturas en contra del carácter criminal de los delitos de peligro concreto y abstracto que la Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 1962 ya recogía en su articulado como ley especial.

En opinión de CEREZO MIR, no se puede poner en duda el carácter criminal de lo injusto de los delitos de peligro concreto en comportamientos como la conducción con temeridad manifiesta y con puesta en concreto peligro de la vida o integridad de las personas, o la creación de un grave riesgo para la circulación mediante la realización de determinadas conductas, creyendo el autor que este tipo de hechos no pueden estimarse irrelevantes desde el punto de vista ético-social (CEREZO MIR 1970, 593-598). Y en este sentido, la gravedad y la frecuencia de los accidentes de circulación han venido a producir una transformación de las concepciones o valoraciones ético-sociales en esta materia.

Pero CEREZO MIR va más allá en su planteamiento y afirma que los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes así como el de conducir sin haber obtenido el correspondiente permiso presentan igualmente relevancia ético-social, por lo que la punición en estos casos parece aconsejable por razones de política criminal, no resultando justa ni político-criminalmente oportuna una restricción del ámbito de la punibilidad en nuestro Derecho penal del tráfico. Para el autor habría incluso que estudiar la posibilidad de incriminar otras infracciones de peligro abstracto que ahora son meras infracciones del Código de la Circulación y que según las

⁵¹⁷ Para CONDE-PUMPIDO, a esta evolución experimentada por la doctrina penal en base a criminalizar conductas de peligro que antes quedaban prácticamente impunes a la vez que complementar el tratamiento de la culpa, va a responder la Ley de 9 de mayo de 1950 (Ley del Automóvil), definiendo una serie de conductas como delitos que sin llegar a causar daño directo y efectivo a bienes e intereses jurídicos, van a crear para ellos una situación de peligro.

estadísticas de accidentes presenten gran importancia en la causación de los mismos.

En un sentido opuesto al planteado por CEREZO MIR encontramos la crítica de CORCOY BIDASOLO, quien, aun reconociendo y justificando la expansión del Derecho penal, se centra en el hecho de que el merecimiento de pena, como fundamento y límite del injusto en materia de seguridad vial, se ha visto afectado por la actual política-criminal en varios aspectos negativos como son la inflación de tipos penales, la infracción del principio de proporcionalidad o el establecimiento de penas similares para conductas con desvalor diferente (CORCOY BIDASOLO 2013, 10-15).

Como se ha podido ver, tanto VILLEGAS PAIVA, como CONDE-PUMPIDO, CEREZO MIR o CORCOY BIDASOLO, entre otros muchos autores, van a coincidir en la necesidad y oportunidad de la intervención penal en el ámbito de la seguridad vial, algo que incluso la propia sociedad ha venido exigiendo prácticamente desde la aparición del automóvil en nuestras carreteras, como medio para paliar las graves consecuencias que la siniestralidad vial estaba originando y como instrumento de regulación del uso compartido de los espacios públicos dentro de unos márgenes de seguridad razonable, pero a su vez tanto estos como otros autores presentan discrepancias a la hora de considerar el conjunto de conductas que serían merecedoras de incardinarse como ilícitos penales.

En este apartado se coincide con CORCOY BIDASOLO en que el Derecho penal ha crecido desmesuradamente en el campo de la seguridad vial, en contra de la opinión de CEREZO MIR quien lo considera aún insuficiente, y se coincide también con CONDE-PUMPIDO al entender que la imprudencia circulatoria debe apoyarse en los delitos de peligro como medida preventiva ante la realización de conductas generadoras de un “peligro capaz de perturbar gravemente el sentimiento de seguridad pública, sentimiento que en todo Estado civilizado debe ser eficazmente protegido” (CONDE-PUMPIDO 1963, 539). Según esto, el reproche penal sólo debería encontrar justificación ante aquellas conductas que representaran una cierta y grave amenaza de la seguridad pública, ante la posibilidad de afectación de determinados bienes jurídicos individuales de importancia, siendo aquí donde entendemos que cualquier comportamiento que sea capaz de lesionar los bienes jurídico-penales vida o

integridad física podría encontrar su justificación. Pero esto no significa que cualquier comportamiento peligroso tenga cabida en el ordenamiento penal sino solamente aquel que representara un total y absoluto desprecio por los bienes tutelados de los demás, del grupo social en su conjunto, y todo ello por la difícil o imposible reparación de las posibles lesiones que este tipo de comportamientos pudieran suponer, haciendo uso para ello de la coloquial expresión: “más vale prevenir que curar”.

Es por ello que entendemos que todas las conductas que sobrepasaran los límites del considerado riesgo asumible, tolerable o razonable, en la ejecución de acciones lícitas y socialmente útiles o necesarias a la vez que consentidas por el grupo social, deberían entrar en la esfera del reproche penal. Pero este reproche penal no puede en ningún caso ejercerse ante cualquier conducta contraria a esas cautelas mínimas demandadas por la sociedad, sino que debe hacerse respetando el marco de las garantías del *ius puniendi* del Estado, evitando con ello una desproporcionada aplicación de los recursos formales de que dispone para asegurar un control social efectivo.

CAPÍTULO V

EL DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD VIAL

Abordamos en este capítulo un estudio preliminar de los diferentes tipos que nuestro ordenamiento penal recoge en el ámbito de la seguridad vial y que a modo de criba nos permita hacer una primera delimitación entre los que encuentran una clara justificación jurídico-penal de aquellos otros que podrían encontrar un mejor acomodo en el sector del Derecho administrativo sancionador.

De lo ya visto se podrían alcanzar algunas conclusiones sobre la necesidad de recurrir a los bienes jurídicos colectivos y a la técnica de los delitos de peligro para garantizar la tutela de determinados intereses considerados vitales para la sociedad, pero al mismo tiempo también se podría concluir que esta defensa no debe hacerse al margen de los principios que han venido inspirando el Derecho penal.

También hemos podido ver como la seguridad vial ha venido evolucionando en el Derecho penal español desde el Derecho administrativo sancionador, incorporándose en un primer momento como delitos de peligro en la legislación penal especial, como un paso previo para su inclusión posterior en el Código Penal ordinario. En este proceso la dogmática penal se ha esforzado en incardinar las nuevas tipologías delictivas, de origen culposo y sin resultado lesivo efectivo, en un texto legal regido por un sistema punitivo general de la imprudencia (“*crimen culpae*”) y donde los bienes jurídicos protegidos gozaban de un fuerte referente individual, forzando de este modo su inclusión como ilícitos penales ante la fuerte demanda social de tutela y la necesidad de dar respuesta a las nuevas realidades sociales.

Pero en la inclusión de estas nuevas tipologías, que recordemos ya procedían todas del Derecho administrativo sancionador, podemos identificar un grupo de ellas que aún se colocan en una franja intermedia de difícil justificación, donde se producen las discusiones más intensas. Es por ello objeto de estudio en este capítulo las diversas figuras delictivas contra la seguridad vial para tratar de ubicarlas correctamente, y para ello haremos uso

de una metodología deductiva sin perder de vista los principios que deben regir el *ius puniendi* del Estado.

No se pretende sin embargo hacer un profundo análisis de cada una de las tipologías, que serían objeto de sendos trabajos independientes, sino tratar de indagar sobre cuáles son las que se colocan en una posición más próxima al Derecho administrativo sancionador y por lo tanto deberían caer fuera de la regulación penal, para centrar después esta investigación en una de las más criticadas por la doctrina y la jurisprudencia: la conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas así como su tasa objetiva punible.

1. LA NUEVA REGULACIÓN PENAL

La dogmática jurídica ha venido agrupando en diferentes sectores independientes los diversos conjuntos de relaciones jurídicas surgidas de las relaciones sociales y que comparten estructuras similares, pudiéndose hablar así de un “Derecho automovilístico”, “Derecho del tráfico” o “Derecho de la circulación” que va a presentar el mismo objeto como denominador: el automóvil, encargándose este Derecho del estudio de las normas que rigen las relaciones jurídicas derivadas de su uso.

Bajo el lema de la concienciación social, la prevención de riesgos y así la evitación del mayor número de accidentes, va a tener lugar un extraordinario adelantamiento de las barreras de intervención penal y la objetivación de algunos elementos de este grupo de delitos, poniéndose de manifiesto así la cada vez más pronunciada proximidad del Derecho penal a la lógica del Derecho administrativo sancionador.

De este modo, la última reforma penal en materia de seguridad vial resulta de la conjugación de principalmente dos elementos: la marcada preocupación por la seguridad que caracteriza a la moderna sociedad del riesgo y las también preocupantes cifras de siniestralidad registradas en las carreteras europeas durante los últimos años. Y ante ello, la lectura político-criminal que puede hacerse de esta modificación es que, con ella, el Derecho penal adquiere una función esencialmente preventiva⁵¹⁸.

⁵¹⁸ De este parecer es MONTANER FERNÁNDEZ, “RESEÑA de: El nuevo Derecho penal...”, 217-218.

Nos adentramos así en un debate falto de consenso sobre la interpretación que habría que dar al concepto de “riesgo permitido”, debiéndose fijar para cada situación el nivel máximo de riesgo que la sociedad considera asumible en el marco de su funcionamiento, pues hay que partir de la base de la existencia de múltiples acciones que generan riesgos de lesión para los bienes jurídicos pero que no todas ellas deben ser sancionadas por el Derecho penal, sino más bien ponderadas en relación con los costes y beneficios que representan⁵¹⁹. De esta manera en el Derecho penal existen casos en los que resulta lícito poner en peligro un bien jurídico, cuando están en juego determinados valores cuyo precio es, justamente, la puesta en peligro de un bien jurídico, encontrándonos con riesgos abarcados por la libertad del sujeto tanto para crearlos como para neutralizarlos, siendo riesgos permitidos, tolerables y socialmente adecuados que nacen de la propia dinámica personal, como el de conducir en condiciones normales.

Los cambios introducidos por la LO 15/2007 en relación con la delincuencia en el tráfico viario y que supone la intensificación de la persecución penal de las conductas relacionadas con el tránsito rodado de vehículos, se van a orientar en tres direcciones: a) creación de nuevos tipos; b) limitación del arbitrio judicial en la valoración de la tipicidad de los ya existentes por medio de una concreción de sus elementos; y, c) elevación de las penas⁵²⁰.

1.1 Elementos comunes a los delitos contra la seguridad vial

El estudio de la normativa penal sobre los delitos contra la seguridad vial exige la previa definición de los conceptos que van a ser usados, lo que nos lleva inevitablemente a la normativa extrapenal que se ha ocupado de estas conductas, ante la inexistencia de definiciones jurídico-penales al respecto.

⁵¹⁹ Sobre el particular JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, “El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 49 nº 3 (1996): 915; también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal...*, 44-45.

⁵²⁰ Al respecto, véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, (2006): 170, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

1.1.1. El accidente de tráfico

Para la determinación de este concepto es preciso acudir a la Orden INT/2223/2014, que en su Anexo II.A).1 define el “accidente de tráfico con víctimas” como aquel que reúne las siguientes circunstancias:

- “a) Producirse, o tener su origen, en una de las vías o terrenos objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.
- b) Resultar a consecuencia de los mismos una o varias personas fallecidas o heridas.
- c) Estar implicado, al menos, un vehículo en movimiento. La definición de vehículo será la recogida en el punto 4 del anexo I del texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Se incluirán también, por tanto, los accidentes con tranvías, trenes y demás vehículos de raíles implicados, siempre que se produzca en vías o terrenos públicos aptos para la circulación, en los que resulte de aplicación el referido texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.”

Se excluyen de este concepto otros hechos provocados por muertes naturales, indicios o intentos de suicidio así como aquellos actos dolosos que sean tipificados como delito, debiéndose entender como accidente sin víctimas, a *contrario sensu*, todo aquel en el que no se dé el criterio recogido en el punto b).

Por otra parte, como vehículo implicado en un accidente de tráfico entiende la mencionada Orden que serán aquellos en los que concurren:

- “a) Entrar el vehículo en colisión con:
 - Otro u otros vehículos, en movimiento, parados o estacionados.
 - Peatones.
 - Animales.
 - Otro obstáculo.
- b) Sin haber entrado en colisión, haber resultado, como consecuencia del accidente, fallecidos o heridos el conductor y/o algún pasajero del vehículo, o haberse ocasionado sólo daños materiales.

- c) Estar el vehículo parado o estacionado en forma peligrosa, de modo que constituya uno de los factores del accidente.
- d) Sin haber sufrido el vehículo o sus ocupantes directamente las consecuencias del accidente, constituir el comportamiento del conductor o de alguno de los pasajeros uno de los factores del accidente.
- e) Haber sido arrollado el conductor o un pasajero del vehículo por otro en el momento en que subía o descendía de él, o después de haber caído desde el vehículo a la vía, en cuyo caso ambos vehículos se considerarán implicados en el accidente.”

1.1.2. El Conductor y el peatón

Para definir estos conceptos también debemos dirigirnos a la regulación existente en el ámbito administrativo y más concretamente a la recogida tanto en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 6/2015 como en la ya citada Orden INT/2223/2014, de este modo se entiende que:

“a) Conductor es la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, tiene la consideración de conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales.

b) Peatón es la persona que, sin ser conductor, transita a pie por las vías o terrenos a que se refiere el art. 2 LSV.

También tienen esta consideración de peatones quienes empujan o arrastran un coche de niño o de una persona con discapacidad o cualquier otro vehículo sin motor de pequeñas dimensiones, los que conducen a pie un ciclo o ciclomotor de dos ruedas, y las personas con discapacidad que circulen al paso en una silla de ruedas, con o sin motor.”

De ambas definiciones se puede concluir que conductor será toda persona que maneje los mandos de un vehículo o el que se encuentre a cargo de un animal de tiro, carga o silla, cabezas de ganado aisladas, en manada o rebaño (art. 50 LSV), así como las personas que vayan empujado un vehículo de cuatro ruedas asimilado a ciclomotor o incluso una motocicleta, a quienes se

les podrían exigir las obligaciones impuestas por la LSV y RGCir, incluida la obligación de someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de presencia de drogas en el organismo. Quedan excluidos por tanto los peatones como los acompañantes del conductor quienes, sin embargo, podrán ser responsables a título de partícipes (inductor, cooperador necesario o cómplice).

1.1.3. La conducción

En la mayoría de los delitos contra la seguridad vial la conducta típica consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor, siendo sujeto activo de estos delitos la persona que conduzca en las circunstancias que los distintos tipos penales prohíben.

En este sentido el Diccionario de la Real Academia Española ofrece varias acepciones del verbo conducir, de las cuales nos pueden interesar: 1ª.- transportar a alguien o algo de una parte a otra; 2ª.- guiar o dirigir a alguien o algo hacia un lugar; y, 3ª.- guiar un vehículo automóvil. A su vez guiar tiene el significado de “hacer que una pieza de una máquina u otro aparato siga en su movimiento determinado camino”. Esto implica necesariamente el manejo de los mecanismos de dirección con los que cuenta el vehículo produciendo un desplazamiento durante un cierto tiempo y espacio, existiendo en esto unanimidad doctrinal⁵²¹.

Sin embargo se plantean algunos debates contrapuestos en supuestos en relación con la exigencia de que los vehículos implicados en la circulación vial se hayan visto impulsados por su propio motor, siendo esta la postura mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia⁵²² y con la que coincidimos, en contra de quienes entienden que el deslizamiento de un vehículo durante un buen trecho manejando sólo la dirección aunque el motor esté apagado puede

⁵²¹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 794/2017 de 11 de diciembre, fundamento jurídico 2.

⁵²² De este parecer son GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 17-19, para quien no es necesario recurrir a la extensión del ámbito de los delitos contra la seguridad vial, más allá de lo que permite el sentido de los términos, entendiéndose que en el caso del desplazamiento o deslizamiento del vehículo, por inercia o por la fuerza de gravedad, subsistirá el delito imprudente de lesiones y homicidio, siempre y cuando concurren los elementos necesarios para ello; ORTOS BERENGUER Y FERRANDIS CIPRIÁN, “Elementos comunes...”, 8-9, quien considera igualmente que es preciso que el desplazamiento se produzca con los medios de dirección e impulsión del vehículo de motor; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 19; ANTONIO MORALES VILLANUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, Cuadernos de la Guardia Civil, nº 15 (1996): 317; y ÁLVAREZ-VALDÉS, *Derecho Penal...*, 520.

entrañar idénticos riesgos, si no mayores, a los que se producirían en las mismas condiciones pero con el motor en marcha⁵²³.

Pero además de la exigencia de la puesta en marcha del motor, el otro debate se centra en determinar cuándo se consuma el hecho por la conducción, no presentándose aquí uniforme la jurisprudencia menor, observándose dos posturas diferentes: 1ª.- la que exige la incorporación del vehículo a motor o ciclomotor al tráfico, defendiendo una posición restrictiva en base a una interpretación más teleológica que literal de los delitos contra la seguridad vial; y, 2ª.- la que interpreta que el simple movimiento del vehículo por la voluntad del conductor encaja en la acción típica consistente en conducir un vehículo, suponiendo esta acción una vulneración del bien jurídico protegido desde que el vehículo adquiere movimiento por la voluntad de quien está a sus mandos⁵²⁴.

En este apartado entendemos que el momento inicial de la conducción y por tanto la consumación del delito se produce cuando el vehículo se integra al tráfico rodado⁵²⁵. Esta interpretación se fundamenta en que los tipos de peligro deben interpretarse restrictivamente en base al criterio de lesividad, que apunta a que sólo pueden ser punibles las conductas que tengan un nivel de peligrosidad cualificado que llegue a suponer un riesgo efectivo aunque sea en abstracto, pues lo contrario nos llevaría a considerarlo un tipo delictivo formal⁵²⁶. Es por ello que las acciones carentes de peligro para el bien jurídico colectivo seguridad vial deberían quedar al margen del Derecho penal y

⁵²³ En este sentido, véanse DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 107; también RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 83-87, quien considera que la acción de conducir está compuesta de dos elementos: uno subjetivo del manejo de los mecanismos de dirección del vehículo; y otro objetivo de tránsito o desplazamiento espacial del vehículo de un lugar a otro, centrándose el problema en la determinación del riesgo mínimo exigible para que concurra el tipo del injusto. En este sentido el peligro abstracto exigido por el delito (art. 379.2 CP) no puede circunscribirse a la objetividad del tipo, sino que requiere además una peligrosidad real que se identifica con la idoneidad de la acción para provocar un accidente de circulación, siendo por tanto irrelevantes el espacio recorrido y el tiempo transcurrido. La interpretación por tanto debe responder a una visión teleológica de la exigencia típica, que pretende excluir conductas carentes de mínima entidad lesiva.

⁵²⁴ Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 109-110.

⁵²⁵ Se coincide en este parecer con MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 19.

⁵²⁶ Al respecto véase Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 436/2017 de 15 de junio, fundamento jurídico 5, para quien la acción de conducir incorpora unas mínimas coordenadas espacio-temporales que no precisan de una relevancia ni una prolongación determinada, sino que un mínimo desplazamiento, incluso inferior a 2 metros, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar un daño es considerada conducción.

permanecer como meras infracciones administrativas a la normativa que regula el tráfico y la circulación de vehículos. Una interpretación meramente literal acerca de la consumación del hecho por la conducción encajaría en la antijuridicidad formal del delito pero permanecería extramuros respecto al también elemento integrante del injusto y referido a la antijuridicidad material.

1.1.4. El vehículo de motor y ciclomotor

Una primera aproximación al concepto etimológico de automóvil es: “lo que se mueve por sí mismo”, representando el concepto usual un ámbito mucho más restringido que hace referencia a los vehículos movidos por su propio mecanismo que se utilizan en la conducción terrestre, quedando excluidos los que no tienen dirección independiente y circulan por carriles así como los que toman su energía a través de un conductor fijo.

Los conceptos legales de automóvil a lo largo de la historia del Derecho español han sido bastante variables⁵²⁷, pudiendo encontrar el primero en el artículo 2º del Reglamento para el servicio de coches automóviles por las carreteras de 1900: “Bajo el nombre de coche automóvil, o simplemente automóvil, se comprenden todos los carruajes movidos por fuerza mecánica”, y más tarde, de manera más concreta, en el artículo 4º g) del Código de Circulación de 1934, modificado posteriormente por Decreto de 22 de julio de 1958: “Automóvil es todo vehículo dotado de medios de propulsión mecánica propios e independientes del exterior, que circula sin carriles. Se excluye de esta designación los ciclomotores”.

En el plano internacional el Convenio de Ginebra sobre la circulación por carretera, de 19 de septiembre de 1949, introducirá en su artículo 4º la siguiente definición: “La expresión vehículo automotor significa todo vehículo provisto de un dispositivo mecánico de autopropulsión, utilizado normalmente para el transporte de personas o mercancías por carretera y que no marche sobre raíles o conectado a un conductor eléctrico. Los Estados que estén obligados por el anexo 1 excluirán de esta definición a las bicicletas con motor auxiliar del tipo descrito en dicho anexo”.

⁵²⁷ Sobre el particular ANTONIO DÍAZ BAUTISTA, “El arrendamiento de Automóviles”, *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)* (1974): 81.

En el espacio de la Unión Europea será la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de fecha 29 de julio de 1991⁵²⁸ donde se defina el vehículo de motor en su artículo 3.3 como “todo vehículo provisto de un motor de propulsión que circule por carretera por sus propios medios, con excepción de los vehículos que se desplacen por raíles”, y en el mismo apartado define el término motocicleta como “todo vehículo de dos ruedas concebido para rodar a una velocidad máxima superior a 50 kilómetros por hora o, si el vehículo está equipado con un motor térmico de propulsión, cuya cilindrada sea superior a 50 cm³. El sidecar se asimilará a este tipo de vehículo”.

En el caso del ordenamiento penal español el término “vehículo de motor” aparece por primera vez en la Ley del Automóvil de 1950, que justifica su redacción en base a la frecuencia con que se venían produciendo accidentes median el uso de vehículos de motor y la necesidad de sancionar adecuadamente tanto el uso imprudente de aquellos, que pueda determinar un peligro social, como la utilización ilegítima de dichos vehículos y los actos perturbadores o que impidan su circulación. Pero ninguna de las dos leyes penales especiales sobre circulación de automóviles promulgadas en España (la de 9 de mayo de 1950 y la de 24 de diciembre de 1962) harían referencia al concepto de vehículo de motor. No habiendo variado la situación en el actual ordenamiento penal español que obliga a recurrir al ámbito administrativo para definir una de las características propias de este grupo de delitos contra la seguridad vial.

Actualmente la referencia de las distintas conductas típicas a un vehículo de motor hace necesario acudir al Anexo I de la LSV y a su punto 12, donde se define el vehículo de motor como: “Vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida”.

En el apartado 13 del mismo texto legal se define el automóvil como: “Vehículo de motor que sirve, normalmente, para el transporte de personas o de cosas, o de ambas a la vez, o para la tracción de otros vehículo con aquel fin. Se excluyen de esa definición los vehículos especiales”. Alcanza la definición de automóvil y por tanto la de vehículo de motor a todos los

⁵²⁸ Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991, sobre el permiso de conducción. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. L 237 de 24 de agosto de 1991.

expresamente incluidos en las definiciones que le siguen: motocicleta, turismo, autobús o autocar (incluyendo el trolebús), camión, vehículo mixto adaptable, tractocamión y conjunto de vehículos.

También la LSV en su apartado 25 del Anexo I viene a definir el vehículo especial (V.E.) como: "Vehículo, autopropulsado o remolcado, concebido y construido para la realización de obras o servicios determinados y que, por sus características, está exceptuado de cumplir alguna de las condiciones técnicas reglamentariamente establecidas o sobrepasa permanentemente los límites establecidos en el mismo para masas o dimensiones, así como la maquinaria agrícola y sus remolques", incluyendo luego dentro de la categoría de vehículo especial autopropulsado al tractor de obras, tractor de servicios, tractor agrícola, motocultor, tractocarro, máquina agrícola automotriz y portador.

Según lo expuesto deben ser entendidos como vehículos de motor a efectos administrativos, tanto los considerados por la LSV automóviles como los vehículos especiales autopropulsados, con la única y expresa exclusión de los ciclomotores, los tranvías y los vehículos para personas de movilidad reducida.

En este apartado la doctrina penal viene considerando estos conceptos como orientativos pero no vinculantes, pues ni el tipo penal remite a dichos conceptos ni resulta satisfactorio asumir una noción cambiante que no admita la inclusión de otros tipos de vehículos que puedan también representar un grave peligro para la salud o la vida de las personas⁵²⁹. Según esto la normativa administrativa, sobre todo en materia de tráfico, está sometida a necesidades de adaptación de una regulación que garantice el derecho a circular con un mínimo de seguridad, por lo que adaptar el Derecho penal a las definiciones dadas por el Derecho administrativo supondría subordinar aquel a las diferentes modificaciones que sufrieran las normas administrativas. Es por ello que, atendiendo a la finalidad de las normas penales, el término vehículo de motor debe ser considerado como un término normativo que englobe a "cualquier artefacto destinado al transporte terrestre de personas o cosas, dotados de medios de propulsión mecánica propia, que, por participar en el tráfico o compartir la zona por donde discurran con otros usuarios, puedan generar un peligro penalmente relevante para los bienes jurídicos tutelados, por

⁵²⁹ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*,113.

lo que el concepto de vehículo de motor, en el seno de los delitos contra la seguridad vial, tendrían una amplitud mayor que la que le asigna la LSV⁵³⁰.

Para GÓMEZ PAVÓN, sin embargo, el término vehículo de motor debe ser entendido en un primer término desde el punto de vista gramatical como todo artefacto dotado de un mecanismo que aprovecha una fuerza que transforma en movimiento, pero esta primera delimitación no sería del todo válida sin acudir al dato del ordenamiento jurídico sobre la penalidad común de todos los delitos contra la seguridad vial y que no es otro que la privación del permiso de conducir, por lo que según esta autora, el concepto jurídico-penal referido al vehículo de motor sólo será aquel para el que requiera de permiso de conducir (GÓMEZ PAVÓN 2015, 20-22).

En contra de esta postura, y que consideramos más acertada, encontramos otras que no estiman oportuno establecer el criterio diferenciador en función de que el vehículo requiera o no permiso o licencia, pues los avances científicos demuestran que cada vez son más y más variados los nuevos aparatos puestos en circulación no recogidos en el Anexo I de la LSV sobre los que no se requieren permiso o licencia pero pueden ser generadores de riesgos para la seguridad vial (minimotos, kart, bicicletas eléctricas, segway, etc.)⁵³¹.

En lo que se refiere a los ciclomotores, si bien en un principio quedaban excluidos como medio de comisión de esta clase de delitos, será con la LO 17/1994 y posteriormente la LO 19/1995 del Código Penal cuando se incluya definitivamente como conducta típica la conducción de este tipo de vehículos en determinados ámbitos de la seguridad vial, pues como bien recoge su exposición de motivos, resultaba de todo punto ilógica y desacertada la exclusión de estas conductas del ilícito penal, teniendo en cuenta su importante incidencia en el origen de un elevado número de accidentes de tráfico, así como que el riesgo generado puede ser, incluso, aún mayor que el que se deriva de la conducción de un vehículo de motor.

⁵³⁰ De esta opinión ORTS BERENGUER Y FERRANDIS CIPRIÁN, "Elementos comunes...", 10.

⁵³¹ De este parecer son CARMEN REQUEJO CONDE, *El delito de conducir sin permiso: análisis jurisprudencial*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013): 63; también DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 116-117, en relación con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid d 3 de septiembre de 2007 que concluye que: "la minimoto es un vehículo de motor que su simple uso en la vía pública, aparte de significar una infracción administrativa, constituye un presupuesto objetivo de temeridad del artículo 381 CP".

Pero tampoco se encuentra una definición de ciclomotor en el ordenamiento penal debiendo acudir de nuevo a la normativa administrativa que lo define en su apartado 9 del anexo I de la LSV como:

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

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

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

1.1.5. El elemento espacial: la vía pública

En los actuales tipos penales referidos a la seguridad vial no se especifican los lugares en que el delito deba cometerse, encontrando sin embargo referencias tanto en el anterior art. 340 bis c), que castigaba al que condujera por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, como en las leyes especiales de 9 de mayo de 1950 en su artículo 2º referido a la conducción peligrosa y en el artículo 1º de la Ley de 1962 de forma más genérica, al exponer como finalidad de la Ley la de proteger la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes, en las carreteras, otras vías públicas y demás lugares transitables, intentando así extender su ámbito de

aplicación a otros lugares asimilados a vía pública siempre que se pudiera transitar por ellos.

En el plano administrativo será el Código de Circulación de 1934 el que dedique su artículo 5º a recoger una serie de definiciones bajo el epígrafe genérico de “vías públicas”, siendo éste más tarde modificado por el Decreto de 22 de julio de 1958⁵³² que pasaría a definir en su artículo 5.a) la vía pública como “todo camino que puede ser utilizado sin más limitaciones que las impuestas por el presente Código”.

El vigente artículo 2 de la LSV dedicado a su ámbito de aplicación específica que: “Los preceptos de esta ley son aplicables en todo el territorio nacional y obligan a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud, sean de uso común y, en defecto de otra normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios”. Definición amplia que no parece excluir ninguno de los supuestos en los que la seguridad vial pueda ponerse en peligro, concretándose algo más en el artículo 1 del RGCir, que excluye expresamente “los caminos, terrenos, garajes, cocheras u otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes”.

En atención a todo lo expuesto podemos encontrar un sector doctrinal que limita el alcance de los tipos penales a las vías públicas, excluyendo las vías privadas no dedicadas normalmente o cerradas al uso común o público de los vehículos de motor o ciclomotores, y otro sector que extiende el lugar de realización típica a cualquier tipo de vía o espacio abierto al público, siempre que la conducta suponga un peligro abstracto para las personas o los bienes, interpretándolo en función del bien jurídico protegido⁵³³.

La doctrina ha venido entendiendo que no resulta correcto restringir el lugar de comisión de estos delitos a las vías públicas, y en este sentido algunos autores defienden que lo específico de las puestas en peligro de los delitos contra la seguridad vial va referido en su aspecto material a la puesta en

⁵³² España. Decreto de 22 de julio de 1958 por el que se modifica la redacción de algunos artículos del Código de Circulación por Carretera, de 25 de septiembre de 1934, en relación con las señales (*BOE* núm. 223, de 17 de septiembre de 1958).

⁵³³ Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*,118-119;

peligro para la vida e integridad de las personas derivado del uso de vehículos de motor o ciclomotor, por lo que concluyen que siendo la vía pública el lugar idóneo de comisión éste no puede ser el único y exclusivo, siendo posible de este modo cometer la conducta típica en cualquier otra zona o superficie apta para circulación⁵³⁴.

Otros autores sin embargo defienden una postura más restrictiva⁵³⁵, pues aun reconociendo que la ya citada Ley de 1962 parecía indicar que su ámbito de aplicación debía ser el de todas las vías públicas y el de las privadas en las que se pudiera transitar, englobando así todos los supuestos de uso de vehículos de motor y no limitando el ámbito de aplicación de la ley a los lugares públicos⁵³⁶, esto no significa que se pueda extender la aplicación de la norma penal más allá de la vía pública. En este sentido se deben interpretar como lugares transitables aquellos en los que sea de aplicación el Código de Circulación, uniendo de este modo al requisito espacial de comisión del delito la necesidad del permiso de conducción, tanto por razones teleológicas como sistemáticas de interpretación del Código Penal que permitan no incurrir en la excesiva ampliación de una tipicidad contraria al sentido que justificó la creación de estos delitos.

La jurisprudencia por su parte tampoco ha tenido una respuesta unánime, habiendo sido distintas las interpretaciones dadas al lugar de comisión del delito desde las primeras sentencias, aunque la postura mayoritaria entiende que no se comete el delito cuando se conduce por una vía cerrada al público⁵³⁷, abarcando el término vía pública también los accesos y servicios a la misma⁵³⁸.

Sin embargo nos parece más acertada la posición que defiende una interpretación no restrictiva de los delitos contra la seguridad vial, resultando en este apartado relevante lo expuesto en la Sentencia de la Audiencia Provincial

⁵³⁴ De este parecer son ORTS BERENGUER Y FERRANDIS CIPRIÁN, "Elementos comunes...", 12; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 46-47; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 120; ÁLVAREZ-VALDÉS, *Derecho Penal...*, 519; MORALES VILLANUEVA, "Delitos contra la seguridad...", 317.

⁵³⁵ En esta línea GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 26-29; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 20-21.

⁵³⁶ Cita en este sentido GÓMEZ PAVÓN una sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1956.

⁵³⁷ Audiencia Provincial de Segovia (Sección 1ª). Sentencia núm. 27/2011 de 18 de mayo, fundamento jurídico 5.

⁵³⁸ Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 123.

de Asturias de 7 de octubre de 2004⁵³⁹, que entiende que la creación de los tipos penales de peligro responden a una opción legislativa que pretende adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos individuales (vida o salud) por medio de bienes colectivos, y aquí el bien jurídico seguridad vial tiene una función meramente instrumental.

En este sentido si bien algunos supuestos como el recogido en el actual artículo 385 CP se refieren expresamente a la vía, en el resto de tipos el Código Penal adopta una fórmula más amplia en donde el lugar de comisión del hecho no viene expresamente indicado ni exigido, por lo que resulta evidente que en cualquier lugar que resulte apto para la circulación o el tránsito de vehículos de motor o ciclomotores, sea público o privado, y que sea utilizado por una colectividad de usuarios puede realizarse la conducta.

1.2. El principio “*non bis in idem*”

El principio *non bis in idem* (o *ne bis in idem*) ha venido siendo objeto de estudio tanto acerca de su alcance y contenido en el Derecho sancionador como de la determinación de su significado, que poco aporta según la simplista identificación con la prohibición de una doble sanción por un mismo hecho. Junto a ello se discute también si este principio no supone a la vez la prohibición de ser sometido a una dualidad de procesos (incluso en el ámbito administrativo) así como en relación con la prevalencia de la vía penal sobre la administrativa. Se plantean dudas igualmente respecto al fundamento y naturaleza del mismo vinculándolo el Tribunal Constitucional al principio de legalidad, aunque resulta a la vez clara su conexión con los principios de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad⁵⁴⁰.

En el campo de la seguridad vial, la importancia y trascendencia de los accidentes de tráfico está fuera de toda duda, como vienen ratificando los datos estadísticos de los últimos años, siendo una materia compleja que se encuentra regulada tanto en el Derecho penal como en el Derecho

⁵³⁹ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8ª). Sentencia núm. 246/2004 de 7 de octubre de 2004, fundamento jurídico 2, sentencia citada por DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 127.

⁵⁴⁰ En este sentido, véase TOMÁS CANO CAMPOS, “*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador”, *Revista de administración pública*, vol. 156 (2001): 192.

administrativo sancionador, requiriendo a su vez también una necesaria confluencia con la regulación europea. Es por ello que la necesidad de establecer una política vial coherente precisa delimitar la intervención de los diferentes sectores del ordenamiento jurídico involucrados atendiendo a la gravedad de las conductas, respetando así el principio de *non bis in idem* tanto en el ámbito procedimental como sancionador.

Las fronteras entre ambas ramas del ordenamiento son difíciles de delimitar existiendo infracciones administrativas que comparten conductas similares a los correspondientes tipos penales, teniendo ambos como finalidad la protección del bien jurídico. La diferencia va a ser por tanto cuantitativa (gravedad de la sanción) y cualitativa (gravedad del ataque al bien jurídico) pero no de fundamento (bien jurídico implicado)⁵⁴¹. De este modo el Tribunal Constitucional ha tratado de corregir la posibilidad de aplicar una doble sanción (administrativa y penal) desde sus primeras sentencias por medio de la aplicación del principio *non bis in idem*, ante la inexistencia de referencias expresas en la Constitución, sobre la base de las tres identidades: identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento. Y es aquí donde la jurisprudencia constitucional vino a crear la polémica con dos sentencias contrapuestas, la primera STC 177/1999 de 11 de octubre que hacía prevalecer la vía administrativa sobre la penal, creando una errática doctrina que tuvo que venir a ser enmendada por una segunda STC 2/3003 de 16 de enero⁵⁴².

1.2.1. Antecedentes

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio *non bis in idem* se encuentra íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 CE, suponiendo éste la imposibilidad de infringir una duplicidad de sanciones en los casos en que exista una identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia hacen distinción entre el aspecto material, que se refiere a la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas, y el aspecto procesal, que se centra en las

⁵⁴¹ Véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 52.

⁵⁴² Sobre el particular DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 77; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 47; IGNACIO VILLAVERDE MENÉNDEZ Y BELÉN CUBA VILA, "Alcoholemias, tráfico y otras tribulaciones constitucionales. Punto y aparte en la Ley seca de la Sanción administrativa", *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285 (2009): 202.

relaciones entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador⁵⁴³.

Desde el punto de vista material se prohíbe la imposición de dos sanciones por una sola vulneración del ordenamiento jurídico, es decir por una única infracción, siendo indiferente que las sanciones sean todas de carácter penal, una penal y otra administrativa o ambas de este último carácter cuando con un mismo hecho se lesione sólo un bien jurídico, excluyéndose también la posibilidad de tener en cuenta circunstancias que ya hayan sido apreciadas como elementos constitutivos de la pena o sanción⁵⁴⁴.

Sin embargo desde el punto de vista procesal no parece estar tan claro pues algunos autores se identifican con la doctrina del Tribunal Constitucional que atribuyen prevalencia a la vía penal, vinculando a la Administración en relación con los hechos probados, mientras que otros entienden que la vertiente procesal de este principio lo que proscribire es el doble enjuiciamiento por los mismos hechos cuando estos afecten el mismo bien jurídico, independientemente de la vía iniciada, entendiendo la prevalencia de la vía penal como una regla de garantía del principio *non bis in idem* ajena y que no forma parte del mismo, basada en el concurso de normas sancionadoras⁵⁴⁵.

Sin pretender entrar en este debate doctrinal, que implicaría una mayor dedicación que la de un solo apartado en este trabajo, nos ceñiremos a las posturas jurisprudenciales y a su evolución en el ámbito de la seguridad vial en las ramas del ordenamiento penal y administrativo.

En este sentido, desde la perspectiva sustantiva se puede observar como las conductas recogidas en los tipos delictivos contra la seguridad vial presentan límites en algunos casos difusos respecto a las mismas conductas sancionadas en la LSV y así encontramos que junto a las infracciones penales de peligro el

⁵⁴³ Véanse ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, "Ilícito penal e ilícito administrativo...", 65-68; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 51.

⁵⁴⁴ En este sentido CANO CAMPOS, "*Non bis in idem...*", 196-197, apunta la importancia que tienen las numerosas leyes en blanco utilizadas en el Derecho penal que se sirven como complemento de otras normas administrativas sancionadoras, lo que obliga a la constatación previa de una infracción administrativa, la cual, sin embargo, no podrá ser sancionada por ser tenida ya en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

⁵⁴⁵ Según apunta CANO CAMPOS, "*Non bis in idem...*", 198-200, "mientras que la prohibición de enjuiciar dos veces unos mismos hechos es clara en el ámbito penal, donde el efecto negativo de cosa juzgada impide un ulterior proceso, algunos autores trasladan esta misma solución al Derecho administrativo sancionador afirmando que la prohibición de duplicidad no se refiere a condenas sino a enjuiciamientos, por lo que nadie puede ser enjuiciado dos veces con independencia del sentido que haya podido tener el primer enjuiciamiento".

ordenamiento jurídico contempla correlativas infracciones administrativas, pudiendo apreciar como las infracciones recogidas en los artículos 77 a) y c) de la LSV muestran similitudes con los delitos del artículo 379 CP, así como en el artículo 77 e), f) y g) LSV respecto a las de los tipos recogidos en los artículos 380 y 381 CP. El ilícito del artículo 77 d) LSV también tendría su correlativo con el delito del artículo 383 CP por una parte, mientras que por otra el del artículo 77 k) LSV lo tendría respecto del delito recogido en el art. 384 CP. Finalmente la infracción penal del art. 385 CP habría de ponerse en correlación con la infracción administrativa del art. 77 b) y n) LSV.

Se podría concluir que los delitos tipificados en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal tienen por objeto sancionar las infracciones más graves contra la seguridad vial en aquellos supuestos en los que se entiende que la mera sanción administrativa resulta insuficiente.

La práctica legal y jurisprudencial que posibilitaba la imposición conjunta de sanciones penales y administrativas sería modificada por el Tribunal Constitucional con su sentencia 2/1981⁵⁴⁶, donde se afirmaba que “el principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus conocidas manifestaciones, que no debe recaer duplicidad de sanciones (administrativa y penal) en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”⁵⁴⁷. Esta garantía en su vertiente material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador va a tener como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada respecto a la infracción cometida que quebraría la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la comisión de un hecho ilícito.

Otra de las garantías desde la vertiente procesal del principio, que engloba la prohibición de incurrir en *bis in idem*, consiste en la interdicción de un

⁵⁴⁶ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 2/1981 de 30 de enero, fundamento jurídico 4.

⁵⁴⁷ En este mismo sentido, véanse Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 154/1990 de 15 de octubre, fundamento jurídico 3; y (Sala Segunda). Auto núm. 329/1995 de 11 de diciembre, fundamento jurídico 2.

proceso penal con el mismo objeto⁵⁴⁸, pues según dictamina el propio Tribunal Constitucional “de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme”. Según esta doctrina, si en el orden jurisdiccional penal en un primer proceso ya se ha adoptado una resolución de fondo, no cabría otro posterior en aplicación de la institución procesal fundamental: la cosa juzgada.

Desde la perspectiva de la prevalencia de la norma penal, siempre que unos mismos hechos puedan ser incardinados como delitos e infracciones administrativas al mismo tiempo también cabría la posibilidad de recurrir a la teoría general del concurso de normas del artículo 8 CP, que como único apoyo legal permitiría disciplinar el concurso de infracciones de Derecho público (penal y administrativo sancionador)⁵⁴⁹, ante lo que RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ considera una deficiente argumentación del Tribunal Constitucional en su ya citada sentencia, a la que atribuye una incapacidad de conceptuar el principio *non bis in idem* y mezclar instituciones sustantivas y procesales (concurso de normas y cosa juzgada) sin una justificación dogmática (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ 2006, 62-63).

De lo ya visto parecía estar clara esta prevalencia de la norma penal siempre que concurriera con supuestos susceptibles de ser calificados como ilícitos administrativos y así ya se encargó de afirmarlo la STC 77/1983⁵⁵⁰, algo que también desde el propio sector del ordenamiento administrativo sancionador se ha venido reconociendo, encontrándose ahora recogido tanto en el artículo 133 de la Ley 40/2015⁵⁵¹, como en el artículo 85 del Real Decreto Legislativo 6/2015 (LSV) y en el artículo 2 del RD 320/1994⁵⁵².

⁵⁴⁸ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 159/1987 de 26 de octubre, fundamento jurídico 2.

⁵⁴⁹ Al respecto, véanse CANO CAMPOS, “*Non bis in idem...*”, 213-214; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 58-60.

⁵⁵⁰ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 77/1983 de 3 de octubre, fundamento jurídico 3.

⁵⁵¹ España. Ley 40/2015, de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

⁵⁵² España. Real Decreto 320/1994, de 25 de febrero por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1994)

Pero la doctrina impuesta por la posterior STC 177/1999⁵⁵³ aportaría confusión al consagrar la inaplicabilidad de la ley penal siempre que la Administración se anticipe en la sanción de hechos que pudieran también ser constitutivos de delito, quebrando así esta prevalencia de la vía penal sobre la administrativa que ya se venía aplicando. De este modo aun entendiendo que el principio *non bis in idem* efectivamente tiene una naturaleza material configurándose como un derecho fundamental, se va a prohibir una segunda sanción en otro procedimiento por la desproporción punitiva que ello supondría⁵⁵⁴, “independientemente del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”⁵⁵⁵, lo que otorgaba al sujeto el derecho a no verse sometido a procedimientos ulteriores independientemente de su naturaleza y primando entre ellos sólo el criterio cronológico, lo que a su vez obviaba la diferencia cualitativa que existe entre la norma penal y la administrativa sancionadora con el mayor desvalor de la primera que engloba a la segunda. Este hecho produciría una intolerable inseguridad jurídica al permitir que conductas idénticas pudieran ser castigadas de manera aleatoria, unas veces como delitos u otras como infracción administrativa, a la vez que colocaría a la actuación penal en una posición de subordinación a la potestad sancionadora

⁵⁵³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 177/1999 de 11 de octubre, fundamento jurídico 3.

⁵⁵⁴ Con esta afirmación la STC 177/1999 también reconoce que el fundamento de la prohibición de *bis in idem* se encuentra en el principio de proporcionalidad. Resultaría desproporcionado y arbitrario someter a un sujeto a dos enjuiciamientos por el mismo hecho e imponer una pena y una sanción administrativa a la vez.

⁵⁵⁵ JOSÉ MARÍA SUÁREZ LÓPEZ, “La incidencia del principio *Non bis in ídem* ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial”, en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 47.

de la Administración debido a la mayor lentitud del proceso penal como consecuencia de las mayores garantías propias del mismo⁵⁵⁶.

Esta STC 177/1999 también viene a corroborar la afirmación hecha por la anterior STC 2/1981 al considerar que el principio *non bis in idem* va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad (art. 25 CE), en base a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva del Estado, la cual no serviría de nada si se admitiera la posibilidad de una doble sanción por el mismo hecho. En opinión de CANO CAMPOS, este principio de legalidad impone que los hechos tipificados como sancionables sean excluyentes⁵⁵⁷, de tal forma que la sanción viene a expresar el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una conducta en contra de considerar que el único fundamento de dicha prohibición radica en el principio de proporcionalidad, principio este que permitiría la imposición de sanciones penales y administrativas cuando no resultaran desproporcionadas (CANO CAMPOS 2001, 208-209).

1.2.2. La doctrina impuesta por la STC 2/2003

Como recoge la propia STC 2/2003 de 16 de enero, hasta ese momento el Tribunal Constitucional sólo había reconocido expresamente la autonomía del derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador pero únicamente en el ámbito procesal penal, no habiendo adquirido relevancia constitucional la coexistencia de procedimientos sancionadores administrativo y penal. De este modo la relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal del principio *non bis in idem* se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser calificados simultáneamente como ilícitos administrativos y penales (STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 3).

⁵⁵⁶ En este sentido, véanse RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 65; CANO CAMPOS, *“Non bis in idem...”*, 220-221; SUÁREZ LÓPEZ, *“La incidencia...”*, 51-63.

⁵⁵⁷ El autor entiende que la idea de la sanción asignada al ilícito expresa todo el desvalor que el ordenamiento atribuye a una conducta, encontrando respaldo en el propio art. 25 CE cuando se afirma que nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. La conjunción disyuntiva “o” puede ser entendida como la consagración de esa función excluyente.

EL Tribunal Constitucional analiza en su sentencia la concurrencia de sanciones penales y administrativas trasladándose al ámbito de la infracción para determinar si existe concurrencia y una vez constatado dirige su atención a probar que el problema nuclear reside en el concurso de normas y reglas que lo disciplinan⁵⁵⁸.

En su argumentación el más alto Tribunal afirma que el delito contenido en el artículo 379.2 CP no constituye una infracción meramente formal, al contrario que la conducta típica del actual artículo 77 c) LSV que por su carácter formal se aplica de una manera que pudiéramos llamar automática al acreditarse, mediante la prueba de alcoholemia, la superación de una tasa de alcohol fijada reglamentariamente, no exigiéndose la acreditación de que dicha ingesta haya afectado en las capacidades psicofísicas del conductor y con ello al bien jurídico seguridad vial (STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 5). Para la citada sentencia esta diferencia entre la infracción y el delito justifica la exigencia derivada del principio de proporcionalidad de las sanciones, de modo que al imponer ambas sanciones de manera cumulativa dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas es el mismo (la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos).

La precitada sentencia en su fundamento jurídico sexto señala que “desde la perspectiva material del derecho fundamental garantizado en el artículo 25.1 CE, el núcleo esencial de la garantía en él contenida reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente; de modo que, ni de la infracción de una regla procesal, ni de la eventual falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada de la resolución sancionadora, deriva con carácter automático la lesión de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador”. Lo fundamental es pues que no se produzca la vulneración material de la proporcionalidad en la respuesta punitiva del ordenamiento sancionador y siéndole exigido a los órganos penales la obligación de condenar penalmente en el ejercicio de su función jurisdiccional. En el caso de la STC 2/2003 el

⁵⁵⁸ Véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 66-72.

órgano judicial se vio en la necesidad de adoptar una solución poco ortodoxa desde el punto de vista legal, pero en nada lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* al descontar la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir en una ulterior resolución judicial.

Admite así el Tribunal Constitucional la doble sanción aún en el caso de identidad de sujeto, hecho y fundamento, entendiendo que el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE, en su vertiente sancionadora, no prohíbe el “doble reproche afflictivo”, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto y que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente.

Finalmente es en el fundamento jurídico noveno de la STC 2/2003 donde se señala expresamente que “en los casos de concurrencia normativa aparente, de disposiciones penales y administrativas que tipifican infracciones, sólo la infracción penal es realmente aplicable, lo que determina que el único poder con competencia para ejercer la potestad sancionadora sea la jurisdicción penal”.

En este sentido es preciso constatar que si bien la Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, admitiéndola en su artículo 25 apartado tercero CE⁵⁵⁹, sí que la ha sometido a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos, estableciendo unos límites que de manera directa se encuentran contemplados en dicho artículo 25 CE y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones, que se van a transformar en derechos subjetivos para los ciudadanos y que consistirán en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de las autoridades que legalmente puedan imponerlas (STC 77/1983 de 3 de octubre, FJ 3). De todos modos, frente a la colisión entre una actuación jurisdiccional y otra administrativa la postura adoptada debe ser siempre a favor de la primera.

⁵⁵⁹ En este apartado es preciso apuntar que la STC 18/1981 ha declarado aplicables al procedimiento sancionador algunas de las garantías procesales del art. 24.2 CE, en concreto las que se refieren a los derechos de defensa, la actividad probatoria y la presunción de inocencia.

Y esto es así porque el órgano público en el que se sustancian los ilícitos penales goza de una garantía exigible de imparcialidad que en el mismo sentido no puede predicarse de la Administración sancionadora, no estando sujeta esta última tampoco a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba y siendo válidos como prueba de cargo los partes o informes recogidos en el expediente, mientras que en el proceso penal la ratificación del atestado policial en el juicio oral se presenta como necesaria. Por todo ello “en caso de dualidad de ejercicio de potestad sancionadora, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas por aquella” (STC 2/2003 de 16 de enero, FJ 10).

En opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la técnica del descuento de la pena ya existe en la normativa penal, aunque reservada a las medidas cautelares, siendo por ello una medida que goza de cierta cobertura legal. Por ello puede aplicarse analógicamente en beneficio del reo con mayor razón si lo que se pretende es hacer eficaz una garantía constitucional como el principio *non bis in ídem*, máxime cuando se trata de sanciones administrativas (multa y suspensión del permiso de conducir) asimilables a otras del Código Penal, entendiéndose el autor que en el caso del artículo 379 CP la técnica del descuento resulta plenamente aplicable (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ 2006, 79).

Pero la STC 2/2003 no está exenta de polémica, como refleja el voto particular emitido por el Magistrado PABLO GARCÍA MANZANO quien no considera erróneos los enfoques contenidos en otras dos sentencias anteriores (SSTC 177/1999 y 152/2001) y que ahora se rectifican, apartándose la nueva sentencia así de la tesis que venía sustentando en estas dos en el sentido, en primer lugar, de que antes se mantenía que el juicio de identidades de sujeto, hecho y fundamento (o bien jurídico protegido) incumbía a la jurisdicción penal, mientras que ahora esta apreciación judicial puede ser cuestionada por el TC en amparo. Para GARCÍA MANZANO, el principio de prevalencia de la jurisdicción penal es uno de esos principios que tiende a expandirse, y que su verdadera manifestación se circunscribe al aspecto sustantivo, en donde dictada una sentencia penal absolutoria, la Administración se va a ver vinculada por los hechos probados por aquella, opinando que cuando exista una sanción firme administrativa la posterior sanción penal viene a superponerse o a sumarse con

otra sanción distinta, rechazando de esta manera la opinión mayoritaria de que la sanción penal absorbe la ya impuesta por la Administración, al margen de que esta absorción o compensación, según apunta GARCÍA MANZANO, puede conducir a un resultado de cierta predeterminación de la principal pena configurada como alternativa a la de prisión, pues el órgano judicial va a verse abocado siempre a imponer, sin real margen de apreciación, la sanción pecuniaria para en ella realizar la indicada absorción.

Coinciden aquí otros autores⁵⁶⁰, al entender que “esta configuración del principio *non bis in idem* suscita en la práctica dificultades, resultando cuestionable la afirmación de que no se atenta contra este principio cuando los Tribunales penales proceden a descontar la sanción administrativa de la penal, pues aunque es cierto que no llega a imponerse una sanción desproporcionada el principio de legalidad sí que va a resultar lesionado”. Pero además tampoco se va a poder llevar siempre a cabo la compensación entre las sanciones, principalmente entre aquellas que resulten ser heterogéneas o en los casos en los que la sanción administrativa sea de mayor gravedad que la que se pretenda imponer con la pena, al margen de la ya apuntada posibilidad de suponer una predeterminación de la sanción penal que se va a ver forzada posteriormente para evitar la doble punición. Es por ello que la solución aportada por el TC no parece que sea respetuosa con el principio, pues no existe una única sanción sino dos y una de ellas (la sanción administrativa) resulta ser contraria a la legalidad.

Como acertadamente argumentan ALASTUEY DOBÓN y ESCUCHURI AISA la Administración incumple en un primer término la obligación de paralizar su actuación hasta que se alcance una resolución penal, lo que supone de entrada una actuación ilegal así como la vulneración de un derecho fundamental, pero es que además, aun reconociendo la nulidad de pleno derecho de la sanción administrativa, tampoco está clara cuál debería ser la fórmula adecuada para proceder a su eliminación, no correspondiendo esta tarea a los Tribunales penales sino a la jurisdicción contencioso-administrativa. Aportan las citadas autoras como posible solución a este dilema la posibilidad de que los jueces de lo penal impongan la pena correspondiente al margen de la sanción

⁵⁶⁰ Véase ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 83-85.

administrativa que ya haya sido impuesta, para luego hacer valer la nulidad de la sanción por medio del recurso extraordinario de revisión (art. 125 Ley 39/2015⁵⁶¹), algo que no debería cargarse al sancionado y que se debería promover de oficio⁵⁶².

Esta última postura es en nuestra opinión la más acertada desde el punto de vista práctico y la que daría un trato diferente a los dos tipos de ilícitos, administrativo y penal, sin vincular el segundo al primero y resolviéndose en sede judicial bajo los principios y criterios propios del proceso penal, pues no se puede dejar en manos de la Administración (que por error o falta de diligencia haya dejado finalizar un procedimiento previo sancionador) o en manos incluso del propio administrado (que efectúe el pago voluntario de la multa por internet o en una sucursal bancaria) la posibilidad voluntaria o involuntaria de vincular la posterior resolución judicial a la primera sanción administrativa ya firme.

Ante esta difícil tarea de deslindar una misma conducta como ilícito administrativo y penal el legislador ha venido buscado posibles soluciones, encontrando en este aspecto medidas concretas adoptadas por países de nuestro entorno como la ya implantada por el legislador francés en 2003, quien

⁵⁶¹ España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 236, 02 de octubre de 2015).

Artículo 125:

“1. Contra los actos firmes en vía administrativa podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano administrativo que los dictó, que también será el competente para su resolución, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

- b) Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

- c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

- d) Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

2. El recurso extraordinario de revisión se interpondrá, cuando se trate de la causa a) del apartado anterior, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

3. Lo establecido en el presente artículo no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 y 109.2 de la presente Ley ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan.”

⁵⁶² En este punto coinciden las autoras con lo recogido en el fundamento sexto de la STC 2/2003 en afirmar que “corresponde al legislador establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar que se produzcan situaciones de reiteración sancionadora y recoger las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento.”

en su empeño de hacer frente a la violencia vial y delimitar objetivamente el ilícito penal del administrativo vino a introducir una serie de elementos objetivos al tipo penal como: velocidad, impregnación de alcohol o drogas, etc., que dificultaba su concurrencia con sus correspondientes infracciones administrativas⁵⁶³. Siendo más tarde y siguiendo el modelo francés cuando también en España se aprobaría la modificación del Código Penal mediante la LO 15/2007 que pasaría a introducir estos elementos objetivos tanto frente a la conducción con velocidad excesiva como con una tasa determinada de alcohol punible.

En este apartado, la actual infracción muy grave en materia de conducción habiendo consumido alcohol del artículo 77 c) LSV, prevé la sanción de realizar esta actividad por encima de una tasa de alcohol determinada, coincidiendo también ahora con la regulación establecida en el artículo 379.2 CP que sanciona el sobrepasar un límite objetivo. Castiga así el derecho administrativo sancionador un grado de desvalor de la conducta mientras que el Derecho penal va a sancionar la misma conducta pero si es aún más desvaliosa, lo que va a depender ahora de una medida objetiva de antijuridicidad más gravosa. De este modo se posibilita una delimitación frente a los dos ámbitos del ordenamiento afectados en base a un criterio objetivo que evita solapamientos y permite distinguirlos con suma claridad. Sin embargo el legislador ha optado por mantener aún en el CP la cláusula general que castiga el genérico peligro que provoca la conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas y que vuelve a reproducir los mismos problemas con los que se encontraba la jurisprudencia ante el principio *non bis in idem*.

La situación que nos encontramos es que en la práctica se van a seguir produciendo escenarios anómalos derivadas de la no interrupción por parte de la Administración de los procedimientos sancionadores iniciados, con el resultado de que posteriormente los órganos judiciales penales van a tener que pronunciarse una vez impuesta la sanción administrativa. En este sentido, la existencia de un procedimiento sancionador abreviado regulado en el artículo

⁵⁶³ Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 79.

94 LSV⁵⁶⁴, puede dar origen a que tanto el agente denunciante como posteriormente el instructor del expediente no se percaten de la posibilidad de incardinar la conducta en un ilícito penal y proceder al cobro de la misma dando por concluido el procedimiento sancionador, no siendo esto impedimento para que se inicie posteriormente un procedimiento penal por entender que los hechos puedan ser constitutivos de delito.

A lo anterior habría que añadir que también se pudiera dar el caso de que el sancionado efectuara el pago voluntario de la multa por internet, a través de la página web de la DGT, dentro del plazo dado por el procedimiento abreviado, sin tener conocimiento de la posible incoación posterior de un proceso penal o con intención de vincular la posterior resolución judicial a la primera sanción ya firme en el ámbito administrativo.

2.- LA REFORMA PENAL DE LA LO 15/2007

Está claro que la conducción de vehículos de motor genera riesgos, pero a la vez una indudable utilidad social que confirma la licitud de dicha actividad y la califica como una conducta socialmente adecuada, conducta que quedará al margen del ordenamiento penal siempre y cuando no lesione o ponga en peligro bienes jurídicos concretos⁵⁶⁵.

En este sentido la STS 1550/2000⁵⁶⁶ viene 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

⁵⁶⁴ “Una vez realizado el pago voluntario de la multa, ya sea en el acto de entrega de la denuncia o dentro del plazo de veinte días naturales contados desde el día siguiente al de su notificación, concluirá el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:

- a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción.
- b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que se formulen se tendrán por no presentadas.
- c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago.
- d) El agotamiento de la vía administrativa, siendo recurrible únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- e) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se iniciará el día siguiente a aquel en que tenga lugar el pago.
- f) La firmeza de la sanción en la vía administrativa desde el momento del pago, produciendo plenos efectos desde el día siguiente.
- g) La sanción no computará como antecedente en el Registro de Conductores e Infractores del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico, siempre que se trate de infracciones graves que no lleven aparejada pérdida de puntos.”

⁵⁶⁵ Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial...”, 118.

⁵⁶⁶ Sentencia citada por DE VICENTE MARTÍNEZ, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm.1550/2000 de 10 de octubre, fundamento jurídico 2.

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. La entidad de esa violación nos dirá la imprudencia que existió. Y ello ha de medirse a través del examen conjunto de las diversas circunstancias concurrentes en el caso que fueron las determinantes de esa valoración negativa del comportamiento del conductor en el orden penal.

Cuando se trata de hechos relativos a la circulación de vehículos de motor son las circunstancias en que se produce la conducción las que en su apreciación global (con la suma de todas ellas) nos dirán la entidad (grave o no grave) de la imprudencia”.

El hecho de haber ido ganando terreno el bien jurídico protegido seguridad vial en el ámbito del Derecho penal ha motivado la aparición de zonas grises de difícil delimitación entre éste y el Derecho administrativo sancionador, lo que irremisiblemente comporta la aparición de discrepancias tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Es por ello que en el presente apartado vamos a tratar de hacer una aproximación a las posturas e interpretaciones existentes frente a los tipos penales recogidos en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal y su justificación como ilícitos penales, pretendiendo extraer de ellos aquellas figuras que comportan una menor justificación y una posible invasión del ámbito propio del ordenamiento penal.

Un primer acercamiento a estas conductas permitirá al lector apreciar la coexistencia de espacios comunes entre el derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, en donde tanto la doctrina como la jurisprudencia no se ponen de acuerdo sobre su incardinación en una u otra rama del ordenamiento jurídico. Y en este sentido son claras las coincidencias de conductas recogidas en el actual Código Penal, donde la reforma operada por la LO 15/2007 introdujo nuevas incriminaciones como 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 que motivó la ampliación o remodelación de otros tipos 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 LSV como ya se ha visto.

Siendo precisamente en esta franja fronteriza donde se colocan ilícitos penales como los ahora incluidos en los artículos 379, 383 y 384 CP, donde el recurso del legislador a las técnicas legislativas de delitos de peligro abstracto o normas penales en blanco, hace que existan serias dificultades de adecuación a los principios inspiradores del Derecho penal como límites al *ius puniendi* del Estado, lo que ha servido de impulso a todo el debate doctrinal sobre la expansión del Derecho penal y la relativación de sus principios.

2.1. Exceso de velocidad y conducción bajo la influencia (art. 379 CP)

2.1.1. El delito de exceso de velocidad punible (art. 379.1 CP)

Como ha quedado expuesto, la conducción temeraria y la conducción bajo la influencia de alcohol y/o drogas han venido constituyendo las dos infracciones penales más importantes en el marco de los actualmente denominados delitos contra la seguridad vial⁵⁶⁷.

Si bien desde el principio el legislador penal ha venido contemplado la conducción bajo influencia de determinadas sustancias como una de las conductas que se incardinaban en el marco de la conducción temeraria, será con la reforma penal operada por la LO 15/2007⁵⁶⁸ cuando se sume el exceso de velocidad como otra de las formas autónomas de esta conducción temeraria⁵⁶⁹, aglutinando de este modo el legislador en el artículo 379 CP a dos de las principales causas de la siniestralidad vial: la velocidad por un lado y el alcohol y las drogas por otro.

La regulación de la velocidad excesiva ha sido tratada tradicionalmente en nuestro país desde el punto de vista exclusivamente administrativo, encontrando la primera referencia en el ámbito penal en el artículo 2 de la Ley

⁵⁶⁷ Sobre el particular, véase HORTAL IBARRA, "El delito de conducción temeraria...", 121.

⁵⁶⁸ Hasta la reforma del Código Penal por la LO 15/2007 el exceso de velocidad era penalmente relevante pero a través del delito de conducción con temeridad manifiesta poniendo en concreto peligro la vida o integridad de las personas cuando se conduzca "con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos" (antiguo art. 381 CP) o esta conducción además se haga "consciente desprecio por la vida de los demás" (antiguo art. 384 CP).

⁵⁶⁹ Véase MARÍA A. TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 43-44.

del Automóvil de 1950 con la siguiente redacción: “El que condujere un vehículo de motor con 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, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de mil a cincuenta mil pesetas”, de donde se infiere en primer lugar la naturaleza de este tipo como un delito de peligro y en segundo lugar la admisión por parte del legislador de unos niveles de riesgo que eran considerados admisibles en este clase de conductas, no siendo hasta el año 2007 cuando se pase a una configuración objetiva del delito de conducción excesiva por superación de unos parámetros de velocidad cuantitativos, en lo que algunos autores ha considerado una configuración meramente formal de este nuevo tipo delictivo.

Según esto, va a ser este primer precepto del Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código Penal (art. 379 CP) el que sufra una de las modificaciones más importantes con la LO 15/2007, pues, aparte de la conducta de conducir bajo la influencia de alcohol o drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas ya recogida anteriormente a la reforma como única punible, ahora se van a tipificar dos conductas más y de forma objetiva, como son la de conducir a una velocidad superior a la determinada en el tipo y la de conducir con una tasa específica de alcohol, lo que le ha supuesto ser uno de los artículos más criticados por la doctrina.

El delito tipificado en el actual artículo 379 CP recoge en su primer apartado:

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

Este tipo delictivo se configura como un delito de simple actividad⁵⁷⁰ en el que la consumación se produce con la realización de la acción sin que sea necesario que se produzca un resultado lesivo, tratándose de un delito de peligro abstracto que no precisa tampoco que se ponga en peligro la vida o integridad de personas determinadas, es decir, la demostración de una puesta en peligro concreto, siendo por ello uno de los supuestos claros, para la mayoría de autores, de objetivar la responsabilidad penal y de “administrativizar” el Derecho penal⁵⁷¹. El legislador presume que determinada conducta resulta intrínsecamente intolerable y resuelve penarla con independencia de que pueda haberse excluido realmente el peligro, todo ello en base a que en discutibles términos estadísticos aparece la velocidad como una de las primeras causas de siniestralidad. Ante la difícil justificación de este tipo penal lo único que se puede afirmar, y que juega en su favor, es que el criterio cuantitativo que determina el correspondiente injusto facilita la distinción con el ilícito administrativo, ganando con ello seguridad jurídica⁵⁷².

Algunos autores entienden que la opción del legislador, al incriminar expresamente este tipo de conductas, ha resultado acertada y además efectiva, pues según los datos aportados por la DGT en los últimos años la velocidad media de los conductores ha disminuido, reduciéndose también el número de vehículos detectados por los radares circulando a más de 140 km/h, y en este cambio algo tiene que haber influido la nueva norma penal⁵⁷³. Pero a su vez no comparten la técnica legislativa utilizada, en donde “el legislador establece unos límites numéricos precisos a partir de los cuales la conducta constituye delito”, considerando la conducta *per se* peligrosa sin que se llegue

⁵⁷⁰ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 329, apunta que “algunos autores entienden que los delitos de peligro concreto son delitos de resultado, de proximidad de lesión, mientras que los de peligro abstracto son delitos de mera actividad peligrosa, pero ambos son verdaderamente delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.”

⁵⁷¹ De este parecer son DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho Penal de la Circulación...*, 499; MONTANER FERNÁNDEZ, “los nuevos delitos...”, 310; ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 17-19; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 53.

⁵⁷² DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial...”, 145-148; misma autora en, *Derecho Penal de la Circulación...*, 499-503.

⁵⁷³ VICTORIA GARCÍA DEL BLANCO, MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA MARTÍN LORENZO Y MARINA SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, “Delitos contra la seguridad vial”. En *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) en Madrid el 12 de junio de 2013*, www.simeprovi.com/jornadas.php.

a generar un riesgo concreto y sin ni siquiera llegar a valorar la peligrosidad de la conducta. Reconocen no obstante la ventaja de proporcionar certeza y seguridad jurídica así como la posibilidad de distinguir claramente entre los límites que constituyen la infracción penal y aquellos otros que constituyen infracción administrativa, a la vez que se facilita la prueba que normalmente vendrá determinada por la medición de los aparatos técnicos.

Con este tipo penal “se trata de criminalizar toda generación de un riesgo para la seguridad del tráfico que sea consecuencia de una infracción cualificada de las normas que rigen el comportamiento en la circulación en relación con la velocidad”⁵⁷⁴, estableciendo la criminalización de conductas a partir de una diferencia cuantitativa en relación con un exceso de velocidad concreta dependiendo del tipo de vía, lo que supone un planteamiento formal en el que el plus de velocidad es el único elemento que diferencia el delito de las infracciones administrativas.

El legislador sitúa de este modo en el centro del injusto una presunción *iuris et de iure* que constituye una conducción temeraria por el simple hecho de sobrepasar un límite máximo de velocidad sin hacer referencia concreta a la puesta en peligro de bien jurídico individual alguno, recurriendo al empleo de la técnica denominada “ley penal en blanco” que constituye una remisión expresa a la normativa reglamentaria en materia de velocidad⁵⁷⁵. Y el recurso a esta técnica compromete la legitimidad de la norma penal al atentar contra: 1º.- el *principio de lesividad u ofensividad*, que obliga a exigir la idoneidad del comportamiento de cara a la puesta en peligro el bien jurídico protegido⁵⁷⁶, creando meros delitos formales; 2º.- el *principio de igualdad*, en relación con el tipo de conductor (novel o veterano) o en función del tipo de vehículo (turismo, autobús o camión); 3º.- el *principio de legalidad*, al obviar el nuevo tipo penal la obligación de que las leyes penales revistan la forma de Ley Orgánica, recurriendo a la descripción de la conducta típica sobre la base de un texto con

⁵⁷⁴ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al anteproyecto...”, 171.

⁵⁷⁵ Como se puede observar la técnica legislativa utilizada es la de una norma penal en blanco, lo que en cierta medida puede comportar inseguridad jurídica al dejar en manos de otras normas de rango reglamentario la determinación del tipo penal, debiendo tener en cuenta que son varias las Administraciones Públicas las que pueden delimitar la velocidad permitida en determinadas vías de su titularidad, con lo que finalmente van a ser los reglamentos aprobados por las distintas autoridades los que irán conformando la conducta típica.

⁵⁷⁶ Véase GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos...”, 131.

rango inferior incluso al de una ley⁵⁷⁷; y, 4º.- el *principio de proporcionalidad*, al introducir un mecanismo objetivo de determinación de la responsabilidad penal que nada tiene que ver con la afectación de bienes jurídicos sino con la mera superación de una determinada cota de velocidad⁵⁷⁸.

Todo esto convierte el tipo en un caso flagrante de responsabilidad objetiva *ex lege* y en consecuencia de ausencia de antijuridicidad material, aunque, como opinan algunos autores y la propia jurisprudencia, “se trate de una opción legítima del legislador que en este ámbito ha decidido imponer un estándar de comportamiento en la conducción especialmente riguroso”⁵⁷⁹.

Para algunos sectores de la doctrina esta incorporación del exceso de velocidad al texto punitivo se atribuye a la presión mediática sobre la controversia creada por algunas resoluciones judiciales, como por ejemplo la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos de 12 de marzo de 2007⁵⁸⁰ que absolvía del delito de conducción temeraria a un conductor que circulaba a 260 km/h por una autovía (velocidad superior en 140 km/h a la exigida reglamentariamente), por ser una exigencia de la norma el que la conducta temeraria ponga en peligro concreto la vida o integridad de las personas, no apreciándose por el tribunal esta circunstancia en el caso concreto. Es por ello que algunos autores opinan que la tipificación de este delito ha venido a colmar la laguna de tipicidad suprimiendo la exigencia de peligro concreto, amparándose para ello en que la justificación de esta nueva regulación se sustenta en el hecho de que la velocidad aparece como la causa de un elevado porcentaje de accidentes.

Lo que sí puede afirmarse es que a partir de ahora la velocidad se ha convertido en un elemento objetivo que no precisa interpretación por el juzgador, quien simplemente debe condenar si se superan los límites marcados en el tipo penal. De este modo, lo único trascendente va a ser la determinación,

⁵⁷⁷ Sobre el particular véase la modificación introducida por el RD 15/2018, de 28 de diciembre, en el artículo 48 RGCir, donde a partir del 15 de febrero de 2019 el tipo penal se ve afectado por la reducción en las vías convencionales en 10 km/h, de tal manera que sin tener en cuenta otras circunstancias, lo que era una mera infracción administrativa el día 14 de febrero (circular por una vía convencional con limitación genérica de 100 km/h a 171 km/h, más el margen de error permitido) un día después constituirá sin más un ilícito penal.

⁵⁷⁸ En este sentido POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial...”, 686-689.

⁵⁷⁹ Véase CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al anteproyecto...”, 171-172

⁵⁸⁰ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª). Sentencia de 12 de marzo de 2007, fundamento jurídico 4.

de manera indubitada, de que el acusado conducía su vehículo con exceso de velocidad sobre los límites marcados en relación con el tipo de vía: urbana o interurbana.

Consideramos que el legislador debería haber introducido en el tipo alguna expresión en el sentido de exigir que la conducción excesiva presentara a la vez un riesgo para la circulación, no presumiéndolo por el simple hecho de superar unas cifras tasadas, pues en algunos casos la simple superación de esta velocidad considerada excesiva puede no representar riesgo alguno para la seguridad vial⁵⁸¹. En este sentido para DE VICENTE MARTÍNEZ la velocidad por sí sola no resulta ser el problema de la siniestralidad vial sino la velocidad inadecuada, es decir, la velocidad desproporcionada a las concretas condiciones del entorno por el que se transita en un momento determinado (presencia de peatones, circulación intensa, mal estado de la vía o del vehículo, etc.), por lo que no se considera suficiente la vinculación del ilícito penal a la sola calificación de la vía, como urbana o interurbana, y a su limitación, genérica o específica, de velocidad (DE VICENTE MARTÍNEZ 2008, 505).

Como ya ha quedado expuesto en otros apartados, el injusto requiere la afectación de un bien jurídico protegido, es decir, una antijuridicidad material sin la cual resulta imposible considerar una conducta como delito ante el riesgo de incurrir en una injustificable expansión del Derecho penal. Este principio de lesividad es uno de los que limitan el *ius puniendi* del Estado frente a la desmesurada e injustificada punición de conductas antisociales y que debe servir de jalón que deslinde la frontera entre el Derecho administrativo y penal, reservando la intervención de este último a los ataques que justifiquen su aplicación como *ultima ratio* y no lo degraden a un mero derecho formal.

Es por ello que, aun reconociendo que la velocidad es una de las principales causas de la siniestralidad vial y debería tener respuesta en el ordenamiento penal, consideramos que la técnica legislativa utilizada no es la más adecuada, debiéndose contemplar algún otro elemento que permita discriminar la mera infracción formal del ilícito antijurídico material. Pero esto debería ser objeto de otro estudio que sobrepasaría el objetivo de la presente tesis, que pretende

⁵⁸¹ De igual parecer son DE VICENTE MARTÍNEZ, "Seguridad vial...", 148; GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos...", 133.

centrarse en un aspecto muy concreto como es la conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas.

2.1.2. Conducción bajo la influencia de alcohol o drogas (art. 379.2 CP)

Este apartado será desarrollado en la parte final de este trabajo, por lo que simplemente se hará referencia aquí al problema que la norma presentaba al requerir acreditar la influencia de la ingesta de drogas o bebidas alcohólicas en la conducción, cuestión esta que a su vez planteaba el problema de la prueba y que suscitó encendidos debates doctrinales e incluso jurisprudenciales en torno a la posible existencia de una tasa que sin necesidad de otros aditamentos probatorios bastara para acreditar tal influencia. Es por ello que “la *ratio* justificativa de la incorporación de una tasa objetiva de alcohol punible al Código Penal sea para algunos la reducción del arbitrio judicial en la determinación de lo que sea una conducción bajo la influencia de la ingesta de esta sustancia”⁵⁸². De esta manera el legislador, ante los problemas que presentaba la prueba de la influencia, decidió solventar los mismos mediante el recurso a magnitudes típicas numéricas que aporten una mayor seguridad jurídica y una menor arbitrariedad judicial.

La inclusión de una tasa objetiva punible (conducir con una tasa de alcohol superior a 0,60 mg/l en aire o de 1,20 g/l en sangre) hizo aparecer los fantasmas de una tipificación formal, alejada de los postulados básicos inspiradores del Derecho penal, basados en la exigencia de una antijuridicidad material en la conducta para poder ser considerada como delito. Una tasa objetiva es plenamente lícita en el ámbito del Derecho administrativo sancionador pero presenta serias dudas en la rama del ordenamiento penal orientado a la tutela de bienes jurídicos ante ataques considerados graves, por lo que este tipo de conductas se colocan en una zona fronteriza que demanda justificación jurídico-penal con el apoyo de evidencias médico-científicas, capaces de probar que determinadas concentraciones de alcohol en el organismo influyen ciertamente en una conducción segura.

Los estudios sobre la influencia del alcohol en la conducción se vienen desarrollando prácticamente desde la aparición de las primeras normas

⁵⁸² De esta opinión DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial...”, 109.

sancionadoras, no así en lo referente a las drogas por su gran diversidad y la imposibilidad técnica actual de encontrar correlaciones entre su concentración en el organismo y su capacidad de influir en la conducción.

Ser capaces de determinar una tasa a partir de la cual se puede afirmar una influencia en la conducción no parece tarea difícil con los conocimientos actuales, lo cual justificaría la decisión del legislador apoyado en la evidencia científica⁵⁸³, lo que nos lleva a la necesidad de trasladar la atención en dotar de las máximas garantías procesales a la prueba de alcoholemia, algo que abordaremos con más extensión en el siguiente capítulo.

2.2. Delito de conducción temeraria (art. 380 CP)

El delito de conducción temeraria es introducido en nuestro ordenamiento jurídico-penal por la Ley 3/1967 que trasladó al Código Penal lo que antes se venía regulando en leyes especiales, unificando de este modo los delitos relacionados con la seguridad del tráfico (ahora seguridad vial) e incluyendo el artículo 340 bis a) con un primer apartado que castigaba la “conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes”, y con un segundo que lo hacía al que “condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida de la personas, su integridad o sus bienes”.

Este precepto sería modificado posteriormente por: 1º.- la LO 3/1989, en la que será eliminada la referencia que se venía haciendo al peligro concreto a los bienes; 2º.- la LO 10/1995, donde se endurecieron las penas previstas en el anterior artículo 340 bis a); 3º.- la LO 15/2003, que añadiría un nuevo párrafo al artículo 381 CP con una doble presunción en relación con los elementos típicos de temeridad manifiesta y concreto peligro “en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos”, duramente criticada por la doctrina al tratarse de una presunción *iuris et de iure* tanto de la temeridad como del resultado típico de la puesta en riesgo concreto

⁵⁸³ En este sentido véase, JOSÉ ANTONIO MINGORANCE SÁNCHEZ, “La seguridad vial en el ordenamiento penal: justificación y crítica”, Revista de Derecho UNED, nº 20 (2017): 449.

de la vida o salud de alguien⁵⁸⁴; y, 4º.- la LO 15/2007, pasando ahora a recogerse la conducta típica en el artículo 380 CP a la vez que se elimina la presunción relativa a la puesta en peligro concreto y se objetivan algunos de los supuestos en que concurre la conducción manifiestamente temeraria.

En este sentido hay quien entiende que “el legislador ha concluido un proceso de administrativación iniciado en 2003 objetivizando numéricamente los dos elementos sobre los que se construyeron las novedosas presunciones legales relativas a la temeridad manifiesta y la puesta en concreto peligro”⁵⁸⁵.

El delito de conducción temeraria recogido en el artículo 380 CP⁵⁸⁶ conserva su configuración como delito de peligro concreto, incorporando en su apartado segundo un supuesto específico de “temeridad manifiesta”, siendo su actual redacción:

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

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

Este tipo penal, como ya se ha visto, comparte orígenes con el delito de “conducción con velocidad excesiva” del artículo 2 de la Ley del Automóvil, que tipificaba ciertas formas de conducción peligrosa con independencia de que

⁵⁸⁴ Al respecto, véanse LORENZO MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”, en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 425, donde no le falta razón al autor al afirmar que con esta modificación el legislador transformaba por arte de magia una conducta de peligro abstracto en otra de peligro concreto por medio de una presunción *iuris et de iure*; también CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 98-99.

⁵⁸⁵ Véanse HORTAL IBARRA, “El delito de conducción temeraria...” 123-124; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 152-159.

⁵⁸⁶ Para POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial...”, 690-691, “a priori, el tipo penal del art. 379 parece describir un *tipo básico* mientras que el art. 380 parece incriminar un *tipo agravado*”. Siendo dos tipos idénticos que comparten el elemento típico referido a la temeridad manifiesta, la distinción material entre ambos habría que buscarla en el segundo de los elementos: el peligro concreto. Aunque concluye afirmando el autor que tampoco este es un elemento demasiado fiable al entender que ambos tipos penales se solapan.

generaran un resultado lesivo. De este modo el artículo 380.1 CP recoge sin variación el tipo tradicional de conducción con temeridad manifiesta y concreto peligro sin alterar ninguno de estos dos conceptos tradicionales. La norma no se estructura de este modo sobre la idea de *numerus clausus*, requiriendo el tipo objetivo una conducta consistente en conducir un vehículo de motor o ciclomotor dándose las dos circunstancias de hacerlo con una temeridad manifiesta y con un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas, lo que viene a configurarlo como un delito de peligro concreto.

En su apartado segundo se determina la presunción *iuris et de iure* de que se “reputará” manifiestamente temeraria cuando concurren cumulativamente el exceso de velocidad y la influencia de alcohol o drogas prevista en el artículo 379 CP⁵⁸⁷, requiriéndose además acreditar la puesta en peligro concreto para la vida o integridad de las personas⁵⁸⁸. No se excluyen sin embargo otros supuestos de conducción temeraria que seguirían encuadrándose en el apartado primero, como un cajón de sastre, pero sí dejando claro que la concurrencia de determinados factores como son la velocidad y el alcohol deben interpretarse como temeridad manifiesta⁵⁸⁹.

La conducción temeraria comparte reproche tanto en el artículo 77 e) LSV, calificada de infracción muy grave, como en los artículos 380 y 381 CP, pudiéndose identificar como aquella que vulnera las más elementales o básicas normas de cuidado en la conducción de vehículos, esto es, las que incluso observaría el menos diligente de los hombres⁵⁹⁰ y encontrando la delimitación entre el reproche administrativo y penal precisamente cuando esa conducción temeraria sea manifiesta, es decir, que sea evidente, notoria, palmaria, patente,

⁵⁸⁷ En este sentido MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 46; GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos...”, 135.

⁵⁸⁸ Véase ALFONSO SERRANO GÓMEZ Y ALFONSO SERRANO MAILLO, “La reforma de los delitos contra la seguridad vial”, *RDUNED*, nº 3 (2008): 60-61.

⁵⁸⁹ Se coincide en esta interpretación con GÓMEZ PAVÓN, “La reforma de los delitos...”, 135, en contra de la errónea opinión de algún autor que considera que la presencia en el precepto de una definición legal de temeridad manifiesta significa que no existen más modalidades de este tipo de conducción; también FERNÁNDEZ BERMEJO Y ROMERO JAIME, “El delito de conducción...”, 14-16.

⁵⁹⁰ Según afirma DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y derecho penal...”, 167, aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que “por conducción temeraria debe entenderse la conducción con imprudencia grave, infringiendo las normas elementales de tráfico y creando, así, un elevado riesgo de producir la muerte o lesiones de terceros, atendiendo a las circunstancias concretas en las que se produce la conducción, desde una perspectiva *ex ante* y atendiendo al criterio del hombre medio con los conocimientos especiales que, eventualmente, pudiera tener el autor”; la misma autora en, *Derecho penal de la circulación...*, 554; también FERNÁNDEZ BERMEJO Y ROMERO JAIME, “El delito de conducción...”, 20.

efectuándose esa valoración desde la perspectiva del ciudadano medio situado en el lugar del autor y teniendo en cuenta las circunstancias del momento⁵⁹¹. Pero este elemento por sí solo tampoco bastaría para rebasar la frontera del ilícito penal si al mismo tiempo no se diera el otro elemento del tipo objetivo que es la puesta en peligro concreto de la vida o integridad de las personas⁵⁹².

Como afirma DE VICENTE MARTÍNEZ, la temeridad se ha construido por la doctrina a partir de lo que antes era imprudencia temeraria y que hoy es equiparable a la imprudencia grave, por lo que los criterios centrales de este tipo de imprudencia deben ser también los que vengán a delimitar la existencia de lo que se considera una conducción temeraria (DE VICENTE MARTÍNEZ 2008, 558). Y aquí el Tribunal Supremo establece una diferenciación entre la imprudencia grave y la leve ponderando: “a) la mayor o menor falta de diligencia; b) la mayor o menor previsibilidad del evento; y, c) la mayor o menor infracción de los deberes de cuidado que, según las normas socioculturales vigentes, de él se espera. Concurrirá imprudencia grave, equivalente a temeraria, cuando se omitan las cautelas más elementales, y ello origine un peligro próximo de lesión, que efectivamente se traduzca en resultado lesivo”⁵⁹³.

En realidad este nuevo precepto “viene a sancionar la doctrina jurisprudencial tradicional según la cual los excesos de velocidad y la conducción bajo la influencia del alcohol ya suponían *per se* conductas

⁵⁹¹ Véanse TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 161; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 45-46; ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 35-39, según las autoras puede deducirse que generalmente la temeridad, desde el punto de vista penal, se hace depender de la combinación de varias infracciones administrativas graves o muy graves. Sirva como ejemplo que el propio art. 380.2 CP recurre a esta idea a la hora de identificar como conducción manifiestamente temeraria en los casos en que concurren las conductas contempladas en los arts. 379.1 y 379.2 CP; en un sentido distinto sobre la necesaria concurrencia de distintas normas administrativas y que estas sólo pueden constituir un mero indicio y no el fundamento se pronuncia HORTAL IBARRA, “El delito de conducción temeraria...” 127-129.

⁵⁹² En este sentido, véanse Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 363/2014 de 5 de mayo, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª). Sentencia núm. 454/2017 de 28 de junio; Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia núm. 78/2017 de 30 de marzo; Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4ª). Sentencia núm. 186/2016 de 16 de diciembre; Audiencia Provincial de Alicante (Sección 10). Sentencia núm. 113/2016 de 18 de marzo; Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª). Sentencia núm. 490/2015 de 10 de septiembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª). Sentencia núm. 479/2015 de 10 de septiembre; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª). Sentencia núm. 893/2004 de 22 de octubre, fundamento jurídico 2.

⁵⁹³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 2411/2001 de 1 de abril, fundamento jurídico 4.

temerarias que, al traducirse en resultado, daban lugar a la imprudencia grave de los artículos 142 y 152 (SSTS de 22 de marzo de 2002, 19 de mayo de 2006 y 24 de septiembre de 2008)⁵⁹⁴.

Pero esta reforma no está exenta de ciertas críticas como son: 1º.- el trato desigual que mantiene este apartado segundo del artículo 380 CP para las bebidas alcohólicas y el resto de sustancias que enumera el artículo 379.2 CP⁵⁹⁵; 2º.- la incorporación de una presunción que sólo hace referencia al alcohol y la velocidad e ignora otras situaciones también generadoras de riesgo (uso del teléfono, somnolencia, consumo de medicamentos, etc.); 3º.- el peligro que supone que otras situaciones en donde la velocidad o el alcohol no lleguen a las cifras máximas exigidas en el tipo queden al margen de esta calificación de temeraria; 4º.- la inclusión de una presunción (sea *iuris tantum* o *iuris et de iure*) en el Derecho penal, podría resultar contraria al principio de presunción de inocencia⁵⁹⁶; 5º.- el innecesario y superfluo apartado segundo del artículo 380 CP que describe una conducción manifiestamente temeraria que quedaría englobada dentro de la genérica conducta descrita en el apartado primero sin comportar un desvalor de acción y/o de resultado adicional⁵⁹⁷; o, 6º.- la posibilidad de que incluso superando las tasas de alcohol establecidas junto con un exceso de velocidad, no signifique necesariamente que una conducción resulte anómala o irregular exteriorizando así una conducción temeraria⁵⁹⁸.

Sin pretender entrar en el debate sobre la acertada o no redacción del tipo recogido en el artículo 380 CP ni si es innecesaria y superflua parte de ella, lo que sí podemos afirmar es que se observa una progresión en la puesta en peligro del mismo bien jurídico tutelado por el artículo 379 CP, que adelantaba las barreras de protección ante puestas en peligro abstractas, exigiéndose ahora la puesta en peligro concreta del bien jurídico seguridad vial como medio de protección de otros bienes individuales, como son la vida o la integridad de las personas, entendiéndose que la inclusión del tipo es respetuosa con las limitaciones impuestas al *ius puniendi* del Estado.

⁵⁹⁴ Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 31.

⁵⁹⁵ Sobre el particular GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos...", 136.

⁵⁹⁶ Al respecto HORTAL IBARRA, "El delito de conducción temeraria..." 154-155.

⁵⁹⁷ Véase TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 179.

⁵⁹⁸ En este sentido FERNÁNDEZ BERMEJO Y ROMERO JAIME, "El delito de conducción...", 20.

Igualmente se observa que es perfectamente delimitable la frontera entre el ilícito penal y el administrativo desde el punto de vista de la exigencia de la puesta en peligro concreta del bien tutelado, lo que impedirá arbitrariedades y falta de seguridad jurídica en la aplicación del Derecho.

2.3. Manifiesto desprecio a la vida de los demás (art. 381 CP)

Este nuevo delito sería introducido por la LO 3/1989 de 21 de junio (art. 340 bis d)⁵⁹⁹, pasando luego al artículo 384 en el CP de 1995 y finalmente al actual artículo 381 CP, como un supuesto agravado en la doble modalidad de concreto y abstracto, actuando como presupuesto objetivo de esta modalidad delictiva la conducción temeraria a la que se refería el núm. 2 del artículo 340 bis a). El nuevo tipo delictivo incluido en 1989 añadía un presupuesto subjetivo (consciente desprecio por la vida de los demás) para configurar un ilícito penal ante conductas homicidas o suicidas al volante (conducción suicida o kamikaze), donde la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia identifican la presencia de dolo eventual respecto del resultado lesivo⁶⁰⁰.

Así se pone de manifiesto en el preámbulo de la LO 3/1989 cuando se dice que este tipo especial de riesgo, creado para dar respuesta a la alarma social originada por los conductores homicidas (los que iban en autopista en dirección contraria), “alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio” diferenciándose del anterior en el tipo subjetivo, siendo el dolo eventual referido al resultado lesivo para la vida e integridad física frente al referido peligro típico para ambos bienes jurídicos el que justifica la mayor punición (DE VICENTE MARTÍNEZ 2010, 171).

Esta nueva figura delictiva no fue recibida con igual opinión por parte de la doctrina, que se vio dividida a la hora de considerar cuál debía ser la verdadera

⁵⁹⁹ Artículo 340 bis d).

“Será castigado con las penas de prisión menor, multa de 150.000 a 3.000.000 de pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de dos a diez años el que, con consciente desprecio por la vida de los demás realizare la conducta descrita en el número 2 del artículo 340 bis a).

Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las demás personas, la pena privativa de libertad será la de arresto mayor en su grado medio a prisión menor en su grado mínimo.

El vehículo de motor utilizado se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 48 de este Código.”

⁶⁰⁰ En este sentido, véanse HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro...”, 126-127; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 605; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 49; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 181-186.

naturaleza jurídica del delito entre: 1º.- los que entendían que la conducción suicida u homicida constituía una verdadera tentativa de homicidio con dolo eventual (postura mayoritaria)⁶⁰¹; y, 2º.- los que consideraban que la introducción del nuevo tipo penal se justificaba por el plus de desvalor subjetivo que representa la acción respecto al simple delito de conducción temeraria y ante la dificultad de probar el dolo respecto al resultado lesivo. A esto se añadía la resistencia de los Tribunales a apreciar dolo en comportamientos considerados como delincuencia menor, lo que suponía sancionarlos finalmente conforme al delito de conducción temeraria⁶⁰². Existiendo igualmente discrepancias sobre la necesidad de la creación expresa de un nuevo delito o si resultaba suficiente el recurso a los delitos de lesión y las reglas concursales para sancionar este tipo de conductas.

La anterior redacción incluida en el artículo 384 CP⁶⁰³ describía la conducta típica como aquella consistente en “conducir con temeridad manifiesta poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas”, a la que unía un “consciente desprecio por la vida de los demás”. Redacción no muy afortunada cuando se observa como en su párrafo segundo contrapone un peligro abstracto al peligro concreto contenido en el artículo 381 CP y a la distinción hecha en el párrafo primero al referirse a la vida y en el párrafo segundo cuando lo hace respecto de la vida o la integridad de las personas.

La modificación introducida en el artículo 381 CP por la LO 15/2007 vino a recoger el contenido del anterior 384 CP con algunas modificaciones que pretendían solventar su anterior problemática: a) se sustituía la expresión “consciente desprecio por la vida de los demás”, que no gozaba de consenso

⁶⁰¹ En contra de esta postura TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 190-191; GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos contra...”, quienes encuentra no obstante cierta incongruencia con el tratamiento de otros supuestos de tentativa de homicidio, al margen del ámbito de la seguridad vial, que viene a representar una tentativa específicamente tipificada y privilegiada.

⁶⁰² Sobre el particular, véanse DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 607; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 187 y siguientes; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 50; Fiscalía General del Estado, *Circular 10/2011...*, 32.

⁶⁰³ Artículo 384 CP con su redacción original de 1995:

“Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el artículo 381.

Cuando no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena de prisión será de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas”.

sobre su contenido interpretativo, por la fórmula “manifiesto desprecio por la vida de los demás”⁶⁰⁴; b) se elevaba la pena prevista para la modalidad recogida en el párrafo primero del artículo 381 CP; y, c) se sometía el delito a la nueva regla concursal prevista en el artículo 382 CP para todas las conductas de conducción temeraria.

La posterior LO 5/2010 no afectará sustancialmente a este artículo 381 CP, en el que únicamente será suprimido su apartado tercero, que posibilitaba el comiso del vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos sólo en este precepto, para pasar a integrar esta posibilidad en un nuevo artículo 385 bis CP que ahora afectará a todos los hechos recogidos en el Capítulo.

El nuevo delito así configurado constituye un delito de peligro concreto, que pretende castigar el mayor plus de temeridad que supone la conducta de quien contemplando como probable un resultado lesivo persiste en su forma de conducir, castigando una conducción temeraria en la que se pone de manifiesto un desprecio por la vida de los demás, pudiendo distinguir una figura principal en su apartado primero y otra subsidiaria en el segundo, o un tipo básico en el apartado segundo y otro agravado en el primero, como identifican algunos autores⁶⁰⁵, siendo su redacción actual:

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

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

El tipo objetivo del artículo 381.1 CP remite a la conducta descrita en el artículo 380.1 CP, de forma que requiere una conducción manifiestamente

⁶⁰⁴ Como afirma DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 610, “con esta modificación el legislador ha optado por una mayor objetivación del concepto, haciendo con ello descansar el tipo sobre un elemento más compatible con la seguridad jurídica”. El desprecio manifiesto habrá de ser valorado desde la perspectiva del ciudadano medio según las circunstancias objetivas del caso concreto.

⁶⁰⁵ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 610.

temeraria y la creación de un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas, quedando por tanto configurado como un delito de peligro concreto al que se añade además un específico elemento subjetivo constituido por “el manifiesto desprecio por la vida de los demás”⁶⁰⁶. Ante esta objetivación del dolo⁶⁰⁷, basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, no se puede alegar que se esperaba o confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado, pues si es percibido el elevado nivel de peligro concreto y no se desiste en el comportamiento, asumiendo y aceptando con ello el resultado muy probable de la materialización de un resultado de muerte o de lesión, sólo cabe entender que se actúa con dolo eventual homicida o de lesión⁶⁰⁸.

El tipo subjetivo está constituido por la conciencia y la voluntad de la infracción de la norma de cuidado relativa al tráfico, a la conducción de un vehículo de motor o a la seguridad vial y además por la conciencia y voluntariedad del resultado que eventualmente pueda ocasionar esa infracción⁶⁰⁹. Debe entenderse que cuando el sujeto conduce con manifiesto desprecio por la vida de los demás está asumiendo y aceptando el probable resultado lesivo y es este dolo eventual el que justifica la gravedad del hecho y la elevación del rigor penal en este tipo de peligro.

Mientras que el apartado primero del artículo 381 CP se configura como un delito de peligro concreto, en el apartado segundo del artículo 381 CP se prevé un tipo de peligro abstracto, castigando un supuesto intermedio entre la

⁶⁰⁶ Véase MÓNICA L. GRANADO TRAVIESO, “Los Delitos contra la seguridad vial y el atestado policial”, *Noticias Jurídicas*, 26 de mayo de 2012, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4762-los-delitos-contra-la-seguridad-vial-y-el-atestado-policial/>

⁶⁰⁷ Según opina TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 217, ahora la valoración de si concurre o no una conducción tan extrema se va a hacer desde un criterio objetivo, según la percepción de un ciudadano medio sobre la forma como se está desarrollando la conducción. Pero esta apreciación de una conducción claramente irregular de la que se pueda deducir que se está haciendo con un manifiesto desprecio por la vida de los demás, debe ser apreciada también por el conductor si se quiere ser respetuoso con el principio de responsabilidad subjetiva, debiendo ser abarcados todos los elementos típicos por el dolo del sujeto y excluir los supuestos en que éste presente una disminución de sus facultades; véase también DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 619-628.

⁶⁰⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 890/2010 de 8 de octubre, fundamento jurídico 2; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1019/2010 de 2 de noviembre, fundamento jurídico 4.

⁶⁰⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 561/2002 de 1 de abril, fundamento jurídico 3; ver también en este sentido Tribunal Supremo (sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1209/2009 de 4 de diciembre, fundamento jurídico 7; Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 11/2011 de 20 de septiembre, fundamento jurídico 5.

conducta castigada en el artículo 380 CP y la castigada en el artículo 381.1 CP, en donde se aprecia la temeridad manifiesta y el manifiesto desprecio por la vida de los demás, pero donde no hay concreto peligro para la vida o integridad de otras personas, tratándose de un tipo atenuado de aplicación subsidiaria al apartado anterior, que adopta la estructura propia de los delitos de peligro abstracto.

Sin embargo la naturaleza jurídica del tipo sigue girando sobre el mismo elemento, “el desprecio” por la vida de los demás pero ahora de una manera manifiesta, lo que nos permite alcanzar similares conclusiones a las ya apuntadas respecto al delito del artículo 380 CP y su justificación como ilícito penal desde la perspectiva de la exigencia de una efectiva afectación del bien jurídico protegido. Es esta exigencia del riesgo para el bien protegido, que se asimila a la tentativa de homicidio cometida con dolo eventual pero carente del dolo de matar⁶¹⁰, el que viene a configurar el artículo 381 CP como un auténtico delito de peligro que comparte conducta típica con el artículo 380 CP y por lo tanto en el marco de los principios que *a priori* parecen justificar el *ius puniendi* del Estado.

2.4. La regla concursal del artículo 382 CP

Los delitos contra la seguridad vial han venido siendo acompañados de una norma concursal desde la primera ley penal especial de 1950, que ya disponía en su artículo 13 que: “Lo dispuesto en los artículos anteriores se entenderá sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda cuando constituya otro delito más grave”.

Esta norma concursal pasaría luego a integrarse en el artículo 340 bis c)⁶¹¹ y más tarde en el artículo 383 CP⁶¹², siendo una norma criticada en su redacción

⁶¹⁰ Postura criticada por TRAPERO BARREALES *Los delitos contra la seguridad vial...*, 211; también MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico...”, 430-431, quien lo ve como un supuesto atenuado de tentativa de homicidio, alejado del objetivo del legislador ante las situaciones de alarma que producían la conducción suicida u homicida, habiéndose transformado por mor de una mala técnica legislativa en situaciones privilegiadas y abogando por ello incluso por su desaparición del texto legal.

⁶¹¹ Artículo introducido por LO 3/1989, de 21 de junio.

⁶¹² Art. 383 CP según la redacción original de la LO 10/1995:

“Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada,

por parte de la doctrina y la jurisprudencia que defendían la existencia de un concurso ideal entre los delitos de peligro y de resultado, al entender que se trataba de dos bienes jurídicos protegidos distintos. En este sentido, el peligro adicional dimanante de algunos delitos contra la seguridad vial no era valorado por medio del concurso de normas o leyes⁶¹³, resultando inaplicable el régimen del artículo 8.3 CP al no absorber los delitos de resultado el desvalor añadido del peligro creado para otros bienes jurídicos protegidos por los artículos 379 y siguientes del Código Penal⁶¹⁴.

Frente a la solución contemplada en el anterior artículo 383 CP, que privilegiaba al responsable siempre que el resultado lesivo se produjera en el ámbito de la seguridad vial, la actual redacción del artículo 382 CP pasa a un sistema punitivo propio de un concurso de delitos ideal-medial cualificado, aunque de una forma poco precisa⁶¹⁵ y que sigue sin resolver algunos problemas jurídicos, lo que hace que parte de la doctrina siga siendo crítica con esta nueva redacción a la que incluso ven innecesaria⁶¹⁶.

Coincidimos con GÓMEZ PAVÓN, en que los delitos de peligro constituyen un adelantamiento de las barreras de protección penal ante conductas peligrosas que sobrepasan el límite permitido, castigándose tanto la puesta en peligro concreto como abstracta de los bienes jurídicos protegidos sin que llegue a

condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66.”

⁶¹³ En este sentido, véanse ANTONIO OBREGÓN GARCÍA, “Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del artículo 382 del Código Penal”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25 (2012): 160-161, para quien el concurso regulado en el art. 382 CP sigue constituyendo un concurso de normas, aunque proporcione una solución penológica diferente (más rigurosa) de la que se pueda derivar de la aplicación de las reglas del art. 8 CP, convirtiéndose en un concurso de normas *sui generis*, que podría plantear objeciones graves desde el punto de vista de la vigencia de los principios de proporcionalidad y *non bis in idem* en casos en que dé lugar a una penalidad superior a la que resultaría de acumular las penas de cada infracción por separado; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 502-511.

⁶¹⁴ Sobre el particular FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 34-35; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 108.

⁶¹⁵ Véanse TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 502-503; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 653, quien entiende que en lo que afecta a la naturaleza de la cláusula concursal, si bien se utiliza una terminología propia del concurso de leyes lo que en el fondo se viene a imponer es la regla prevista en el art. 77 CP para el concurso ideal de delitos.

⁶¹⁶ De este parecer son CORCOY BIDASOLO, “Homicidio y lesiones...”, 110-111; también OBREGÓN GARCÍA, “Los concursos entre delitos...”, 157; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 108-109; POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial...”, 691-694; MORILLAS CUEVA, “Delitos contra la seguridad del tráfico...”, 431.

materializarse el resultado lesivo, por lo que resulta lógico que el delito de peligro ceda ante el de resultado que era el que se pretendía evitar, siendo así el delito de peligro subsidiario del de lesión (GÓMEZ PAVÓN 2015, 176).

El propio preámbulo de la LO 15/2007, que modificaba el Código Penal en materia de seguridad vial, hará referencia expresa a este artículo 382 CP al señalar que con la nueva reforma legislativa se viene a ofrecer una específica regla para salvar el concurso de normas, quedando la nueva redacción de la siguiente forma:

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

De este modo la nueva regla concursal introducida por el artículo 382 CP viene a resolver el conflicto entre la aplicación del tipo doloso de peligro y el imprudente de resultado lesivo, al sancionar sólo el delito castigado con mayor gravedad en su mitad superior⁶¹⁷, reorganizando a su vez el ámbito de aplicación concursal ampliándolo por una parte a la producción de resultados lesivos producidos en la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás, no contemplados en la anterior redacción, y excluyendo por otra las conductas generadoras de grave riesgo para la circulación mediante la colocación de obstáculos, que sí estaban incluidos antes⁶¹⁸.

⁶¹⁷ Al respecto, véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 641; la misma autora en, “Seguridad vial y derecho penal...”, 172-173.

⁶¹⁸ Para TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 499-500, esta exclusión no tiene justificación, ya que mientras los delitos de negativa a someterse a las pruebas de detección (art. 383 CP) y de conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP) no protegen la seguridad vial, no son delitos de peligro, ni concreto ni abstracto, para la vida e integridad de las personas, razón por la cual no están incluidos en la cláusula concursal del art. 382 CP, el delito de creación de un grave riesgo para la circulación (art. 385 CP) sí que representa un auténtico delito de peligro que queda ahora fuera de la cláusula concursal sin una razón aparente que lo justifique, cuando hasta ese momento sí que había estado bajo el radio de acción de la aplicación de la regla concursal especial. La autora apunta como posible explicación la de que el legislador ha aplicado en esta modificación la idea de progresión criminal existente entre los delitos de los artículos 379 a 381 CP y los delitos de resultado, partiendo de las conductas que comportan una peligrosidad *ex ante* para la vida e integridad, limitando este principio de progresión criminal a los preceptos que comparten un elemento

La LO 1/2015 suprimirá las faltas del Código Penal⁶¹⁹ e introducirá modificaciones en los artículos 142 y 152 CP para incluir nuevos delitos relacionados con la seguridad vial, con la intención de reconducir las anteriores faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la jurisdicción civil mientras que los homicidios y lesiones por imprudencia menos grave pasarán a constituir delitos leves. Es de destacar que, según contemplan estos tipos delictivos, para su persecución se requerirá la denuncia previa.

Por otra parte, “el artículo 130.1.5º CP, siguiendo el criterio del derogado artículo 639.3 CP, establece que la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del ofendido en los delitos perseguibles previa denuncia del mismo, perdón que se ha de otorgar de manea expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír antes de dictarla.

Por todo ello tanto la denuncia previa, como condición de procedibilidad en las figuras de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP) y las lesiones graves (arts. 149 y 150 CP) por imprudencia menos grave, como el perdón del ofendido, se convierten en instituciones que privatizan el ejercicio de la acción penal y asocian la oportunidad de su ejercicio a la voluntad del ofendido”⁶²⁰.

Por otra parte, ha sido la Audiencia Provincial de Madrid la que recientemente ha venido a establecer los límites a la hora de distinguir la imprudencia grave de la menos grave del artículo 152.1 y 2 CP en relación con las lesiones derivadas de los accidentes de tráfico⁶²¹, precisando que para que un accidente de tráfico se derive a la vía penal deben concurrir dos circunstancias acumulativas:

común: la conducción a velocidad excesiva y superando una determinada tasa de alcohol; también MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 109.

⁶¹⁹ Falta penal recogida en el derogado artículo 621 CP anterior a la reforma de la LO 1/2015.

- “1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones prevista en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.
2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.
3. Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de diez a treinta días”.

⁶²⁰ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2015...*, 20.

⁶²¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª). Auto núm. 165/2017, de 23 de febrero de 2017, fundamento jurídico 2.

- “1.- Que el hecho esté incluido en una de las conductas descritas en los arts. 76 (infracciones graves) y 77 (infracciones muy graves) de la LSV.
- 2.- Que además, según la conducta descrita existan lesiones que consten en los arts. 149 y 150 CP si la conducta es infracción grave (art. 76 LSV) o lesiones que consten en los arts. 147.1, 149 o 150 CP si la conducta es infracción muy grave (art. 77 LSV)”.

Debiéndose por lo tanto describir con claridad estos dos conceptos en la denuncia penal: 1º.- la conducta ocurrida como infractora (describiendo la acción como una posible infracción a los artículos 76 o 77 LSV); y, 2º.- las posibles lesiones que permitan encasillar el hecho delictivo bien en el artículo 152.1 o 152.2 CP. De lo que se deduce que si se trata de imprudencia menos grave se exigiría un resultado lesivo grave, mientras que si el hecho se comete con imprudencia grave bastaría con cualquier lesión incluida en el artículo 147.1 CP⁶²².

Queda manifiestamente palpable, por lo ya visto en el análisis de esta específica clausula concursal, la intención del legislador de dar un tratamiento especial a los delitos contra la seguridad vial apartándolos de las reglas generales de concurso, aunque esto no obvia para que se deba recurrir a una interpretación ajustada a los principios básicos de la teoría de concursos si se quiere ser respetuoso con los principios de proporcionalidad y de *non bis in idem*.

Sin aspirar a entrar en un mayor examen de esta cláusula concursal, sí que parece claro que su ubicación sistemática pretende delimitar su ámbito de aplicación a los delitos que tutelan el bien jurídico-penal seguridad vial, como

⁶²² En este apartado el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid recurre a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia 291/2001, de 27 de feb. 2001, para valorar la concurrencia de la imprudencia grave o menos grave: “La gravedad de una imprudencia depende, ante todo, de la gravedad de la infracción de la norma de cuidado que ha dado lugar a la producción de un resultado objetivamente ilícito. El desvalor de la acción es directamente proporcional a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. De la norma de cuidado que rige en cada caso se derivan dos deberes de cuidado que algún sector de la doctrina ha caracterizado como interno y externo. El deber de cuidado interno obliga a prever el peligro que con ciertas acciones y en determinadas situaciones se puede crear. El deber de cuidado externo obliga a comportarse de forma que el peligro advertido no se materialice en una lesión concreta. En la circulación vial, las normas de cuidado que debe respetar el conductor de un vehículo de motor no son puramente socio-culturales sino que se encuentran positivizadas en un texto legal y en su desarrollo reglamentario”; véanse también Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª). Sentencia núm. 710/2017 de 15 de noviembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia núm. 21/2018 de 16 de febrero, fundamento jurídico 1 y 2.

un bien jurídico colectivo intermedio que presta una protección adelantada a la de los bienes individuales vida e integridad de las personas. Es precisamente esta conclusión, que se deduce de la remisión expresa que se hace a los artículos 379, 380 y 381 CP, la que permite hacer una distinción entre éstos tipos penales y los recogidos en los artículos 383, 384 y 385 CP, en base a su posible identificación con el bien jurídico al que prestan protección⁶²³, y que suscita la duda sobre su posible adecuación a los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado al no quedar clara su exclusiva protección de un bien jurídico-penal.

Aunque más adelante se analizarán estos tipos penales, *a priori*, en base a la cláusula incluida en el artículo 382 CP, parece inferirse una deslegitimación de la inclusión en el ordenamiento penal de las conductas que no se encuentran incluidas en los artículos 379, 380 y 381 CP, especialmente de los delitos recogidos en los artículos 383 y 384 CP, al entenderse que no van referidos a la protección del bien jurídico-penal seguridad vial a pesar de su inclusión en el Capítulo dedicado a este tipo de delitos.

2.5. El delito de negativa a someterse a las pruebas (art. 383 CP)

Hasta su introducción en el Código Penal de 1995 a través del artículo 380 CP, la negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol, drogas y otras sustancias tóxicas únicamente había recibido tratamiento expreso en el ámbito administrativo, donde se introdujo por el Real Decreto 1467/1981, de 8 de mayo, siendo más tarde catalogada esa negativa como infracción grave por la Ley de Seguridad Vial de 1990 y pasando a ser muy grave por la Ley 5/1997.

La polémica figura recogida en el artículo 380 del Código Penal supuso un cambio radical al incorporar esta forma de desobediencia grave a la autoridad

⁶²³ Véanse TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 499; OBREGÓN GARCÍA, “Los concursos entre delitos...”, 157; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 109-110. Para algunos autores la exclusión del actual art. 385 CP del ámbito de aplicación de la cláusula concursal del art. 382 CP resulta incomprensible y se debe más a una arbitrariedad o error del legislador. El tipo delictivo del art. 385 CP, que castiga al que origine un grave riesgo para la circulación, venía recogido en el anterior art. 382 CP previo a la modificación introducida por la LO 15/2007, encontrándose bajo el ámbito de aplicación de la cláusula concursal que antes se ubicaba en el art. 383 CP. Pero tras la reforma operada por la citada LO, el anterior art. 382 CP pasó a ser el nuevo art. 385 CP mientras que la cláusula concursal pasaría al actual 382 CP. Por otra parte, compartiendo el art. 385 CP estructura básica idéntica a la de los arts. 379 y 380 CP y quedando fuera de la aplicación del art. 382 CP, se plantea la incógnita sobre la regla concursal que se debe aplicar con la consiguiente consecuencia penológica.

en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, lo que suscitó problemas de constitucionalidad que fueron zanjados por el Tribunal Constitucional en las SSTC 161/1997⁶²⁴ y 234/1997⁶²⁵ entre otras⁶²⁶, siendo reformado más tarde por la LO 15/2007 en la que no sólo se vino a incardinar en el nuevo artículo 383 CP sino que incluso se retocó su tenor de modo tal que se amplió su ámbito típico y severidad.

Este tipo penal se configura como una norma penal en blanco que remite, de forma expresa (“las pruebas legalmente establecidas”), a la normativa administrativa (art. 14 del Real Decreto Legislativo 6/2015 y arts. 21 a 28 del Real Decreto 1428/2003)⁶²⁷, siendo su actual redacción:

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

Los requisitos exigidos en el tipo penal van a ser: 1º.- un requerimiento por parte del agente de la autoridad para someterse a las pruebas de

⁶²⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 161/1997 de 2 de octubre, fundamento jurídico 4, en la que se afirma que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución Española”. No obstante, deja entrever aquí el Tribunal su posible desacuerdo con la tipificación de este tipo de conductas por entender que su criminalización pudiera haber invadido un ámbito más propio del ilícito administrativo, afectando con ello al “principio de proporcionalidad” que debe regir en la aplicación del Derecho penal. Esta Sentencia cuenta, no obstante, con dos votos particulares: uno formulado por el Magistrado GARCÍA MANZANO al que se adhiere GIMENO SENDRA, en relación con la posible vulneración del principio de proporcionalidad; y otro formulado por el Magistrado RUIZ VADILLO al que se adhiere GARCÍA-MON y GONZÁLEZ REGUERAL quienes junto a la posible vulneración del principio de proporcionalidad apuntan también a la vulneración del derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo.

⁶²⁵ Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 234/1997 de 18 de diciembre, fundamentos jurídicos 8, 9 y 10.

⁶²⁶ Véase por todas Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 1ª). Sentencia núm. 3/2000 de 11 de enero, fundamentos jurídicos 3 al 9.

⁶²⁷ Resulta interesante la crítica expuesta sobre este tema por TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 239-242.

comprobación de las tasas de alcohol y la presencia de drogas⁶²⁸; y, 2º.- la negativa de la persona requerida para efectuar dichas pruebas⁶²⁹.

Es preciso destacar igualmente la modificación introducida en el artículo 796.1.7º 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 indiciario 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 drogas⁶³⁰.

No está clara sin embargo la naturaleza jurídica del tipo contemplado en este nuevo artículo 383 CP, pues: 1º.- para algunos autores lo que se protege de modo indirecto es la seguridad vial y con ello la vida e integridad de las personas, descartando que la protección vaya dirigida al principio de autoridad⁶³¹; 2º.- otros sin embargo opinan que “la esencia del injusto sigue siendo una desobediencia o desacato a la autoridad, esto es, un delito *eminentemente administrativo* donde se afecta el bien jurídico tutelado de la coercibilidad de la función pública, y no el bien jurídico colectivo seguridad vial ni tampoco un bien individual”⁶³²; y 3º.- también existe una corriente de opinión intermedia que defiende la identificación aquí de un doble objeto de tutela: por un lado se protegería la seguridad vial, dado el emplazamiento de esta

⁶²⁸ En opinión de SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, “La reforma de los delitos...”, 65, “resulta suficiente para entender que existe requerimiento del agente, con la indicación que se haga al conductor para detener el vehículo en un control de alcoholemia identificado mediante el rótulo correspondiente, dando lugar la fuga del vehículo en estos casos al delito del art. 383 CP.”

⁶²⁹ En este sentido VILLAVERDE MENÉNDEZ Y CUBA VILA, “Alcoholemias, tráfico y otras tribulaciones constitucionales...”, 215-216, lo que “se sanciona es la infracción del deber de sometimiento a las normas que regulan una actividad intervenida”, identificando la conducta sancionada como una desobediencia a una orden de un agente de la autoridad y no una negativa a colaborar.

⁶³⁰ Sobre este particular, véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 44-45, “La práctica de pruebas que impliquen intervenciones corporales (análisis de sangre, orina, saliva) contra la voluntad del interesado precisan autorización judicial conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 16 de diciembre de 1996, 14 de febrero de 2005 y 24 de octubre de 2007), por lo que esta obligación de someterse a tales pruebas así como a sus consecuencias jurídicas requiere la cobertura de una Ley Orgánica al afectar al derecho fundamental a la intimidad, quedando cubierta esta exigencia con la reforma penal de 2010 que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de los controles de drogas en el marco del proceso penal”.

⁶³¹ Véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 55.

⁶³² De este parecer son POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial...”, 695; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 680; CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 107, quien lo define como un bien jurídico formal; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 268, para esta autora, la simple negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas no representa un peligro para la seguridad vial y sólo cuando exista la evidencia de la influencia en la conducción se podrá considerar que se ha creado un riesgo jurídicamente relevante.

conducta, y por otro otorgaría tutela o protección al principio de autoridad inherente a las funciones de policía o supervisión del tráfico que corresponde a la Administración⁶³³.

La doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la existencia de una naturaleza jurídica compleja que protege tanto al principio de autoridad como los bienes individuales vida y salud a través del bien jurídico colectivo seguridad vial, fundamentando la naturaleza pluriofensiva de este delito y entendiendo que implícitamente la intención del legislador ha sido precisamente la de vincular el tipo penal con la desobediencia grave, a pesar de la supresión literal a la que hacía referencia el anterior artículo 380 CP⁶³⁴.

Por su parte, el Tribunal Supremo reconoce que desde una perspectiva de política criminal no se puede negar su vinculación con la seguridad vial, pero que al descender al terreno del derecho positivo y al plano de la dogmática penal, esta conclusión se debe modular en el sentido de que ésta sería un objeto de protección mediato; muy mediato, siendo el bien jurídico directamente tutelado el principio de autoridad y de forma indirecta la seguridad vial. El contenido sustancial no se encuentra principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad, por lo que esta infracción pudiera nacer incluso en los casos en que el bien jurídico “seguridad vial” se encontrara ausente (negativa por contumacia, simple enfado, etc.), o inclusive en supuestos en los que se pueda acreditar plenamente que el sujeto se halla en perfectas condiciones para conducir. La protección del principio de autoridad resulta de esta manera evidente sin ser determinante que el ataque a la seguridad vial, se encuentre o no presente ésta⁶³⁵.

El debate sobre el bien jurídico protegido en el artículo 383 CP ha creado cierta polémica, pues, por una parte, de su ubicación se desprende que éste debe ser la seguridad vial, y, por otra, la eliminación de la referencia expresa al

⁶³³ Véanse FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 42; FERNÁNDEZ BERMEJO, “Algunas cuestiones...”, 153.

⁶³⁴ Al respecto, véanse DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO, “Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición del alcohol y drogas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 9 (2016): 124-125; SILVIA FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)”, en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 181.

⁶³⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 210/2017 de 28 de marzo, fundamento jurídico 7.

delito de desobediencia grave que hacía el antiguo artículo 380 CP parece desvincularlo del principio de autoridad y dotarle a su vez de una mayor vinculación a la seguridad vial, no obstante actualmente la doctrina mayoritaria y gran parte de la jurisprudencia siguen apostando por la tesis pluriofensiva.

Los defensores de esta postura se basan en que la finalidad del delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol y drogas sigue siendo la prevención de todo tipo de comportamientos en la vía pública que atente contra la seguridad vial, facilitando así la investigación de posibles conductas relacionadas con el artículo 379.2 CP. Y aun habiendo desaparecido la remisión expresa a la desobediencia, su contenido típico sigue siendo inherente al delito de negativa del artículo 383 CP ahora dentro del catálogo de los delitos contra la seguridad vial, gozando así de cierta autonomía⁶³⁶.

Según esto 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 del reforzamiento de una obligación administrativa, una desobediencia a la orden de la autoridad⁶³⁷, y que por lo tanto no resultaría adecuado el empleo del Derecho penal⁶³⁸, 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 tráfico⁶³⁹.

En esta misma línea para FERNÁNDEZ BAUTISTA la nueva redacción del artículo 383 CP pretende comprobar un dato objetivo como es la determinación de una tasa de alcoholemia que permita presumir la concurrencia de la influencia negativa en la conducción prevista en el artículo 379.2 CP, no siendo por ello necesario acreditar ahora dicha influencia sino que el mero hecho de la negativa ya puede ser considerada relevante a efectos penales, entendiendo

⁶³⁶ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 691; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 288.

⁶³⁷ Sobre el particular FERNÁNDEZ BERMEJO, "Algunas cuestiones...", 130, haciendo un análisis jurisprudencial también afirma que "parte de la jurisprudencia entiende que el elemento fundamental de este tipo delictivo sigue siendo la desobediencia de la autoridad", estableciendo penas tendentes a criminalizar al conductor de manera preventiva, como parte de una política criminal que se va a centrar en este sujeto que ha de ser controlado y vigilado.

⁶³⁸ Véase GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos...", 127.

⁶³⁹ De este parecer son GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 268; FERNÁNDEZ BAUTISTA, "El delito de negativa...", 183; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 258, quien opina que el delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas protege de manera inmediata el principio de autoridad y de manera mediata o indirecta (como *ratio legis*), la seguridad vial y/o la vida e integridad personales, concluyendo que para la protección de estos bienes jurídicos no resulta necesaria, ni justificada, la tipificación del tipo delictivo del art. 383 CP.

así que la nueva reforma viene a instaurar una interpretación formal de esta conducta (FERNÁNDEZ BAUTISTA 2008, 187-188).

La polémica también se centra en si el delito del artículo 383 CP debe aplicarse a cualquier negativa o sólo cuando se aprecien indicios externos de que el sujeto se halle bajo la influencia del alcohol o las drogas, pues si bien antes de la reforma de 2007 la interpretación del tipo era restrictiva⁶⁴⁰ y, atendiendo a las situaciones previstas en el artículo 21 del RGCir⁶⁴¹, sólo sería delito la negativa cuando se apreciaran síntomas de estar conduciendo bajo la influencia del alcohol o las drogas o aparecer el conductor como responsable de un accidente de circulación⁶⁴², tras la mencionada modificación legal la obligación parece ir orientada a la negativa por el simple hecho de conducir⁶⁴³.

Sin embargo todavía sigue existiendo una mayoría de la doctrina que, apuntando a la necesaria interpretación restrictiva del precepto, coincide en exigir que el sujeto presente indicios de una conducción influenciada, pues lo contrario convertiría el delito de negativa a someterse a las pruebas legalmente

⁶⁴⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 3/1999 de 9 de diciembre, fundamento jurídico 2. Según la anterior doctrina implantada por esta resolución, para la interpretación del antiguo art. 380 CP, se consideraba que el tipo penal sólo era aplicable “cuando hubiera síntomas 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”.

⁶⁴¹ Artículo 21. Investigación de la alcoholemia. Personas obligadas.

“Todos los conductores de vehículos y de bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación (artículo 12.2, párrafo primero, del texto articulado).

Los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podrán someter a dichas pruebas:

- a) A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación.
- b) A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas.
- c) A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en este reglamento.
- d) A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad.”

⁶⁴² Al respecto, véanse CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 109; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El delito de negativa...”, 191, para quien “la negativa a realizar la prueba de alcoholemia por parte de un conductor que, únicamente por azar, era detenido por los agentes en un control rutinario, preventivo o previo a la conducción en la vía pública, no podía en absoluto ser entendida como típica a los efectos del art. 380 CP, por bien que efectivamente presentase síntomas de haber ingerido dichas sustancias, siendo posible en estos casos únicamente la imposición de una sanción gubernativa”.

⁶⁴³ En ese sentido MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 58; también FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 43.

establecidas en un delito meramente formal en el que la tipicidad se limitaría exclusivamente a esta negativa, con independencia de si existía o no influencia en la conducción y su consiguiente afectación del bien jurídico protegido. Una interpretación no restrictiva impediría la diferenciación entre el ilícito penal y el administrativo y nos llevaría a una indeseable infracción de los principios de *ultima ratio* y *ne bis in idem*⁶⁴⁴.

También parte de la jurisprudencia parece seguir considerando válido este criterio a la hora de delimitar el ilícito administrativo del ilícito penal⁶⁴⁵, considerando que de todos los supuestos contemplados en el artículo 21 RGCir (accidente de circulación, existencia de síntomas, infracción de tráfico y control preventivo) la negativa en los casos de infracción de tráfico o control preventivo no deberían rebasar los límites de su correlativa sanción administrativa⁶⁴⁶, salvo si se apreciaran síntomas evidentes⁶⁴⁷.

Menos polémica parece despertar la referencia del artículo 383 CP a la obligación del conductor que, requerido por un agente de la autoridad⁶⁴⁸, se negare a someterse a “las pruebas legalmente establecidas”, obligando sólo al que sea conductor de un vehículo de motor o ciclomotor y no al resto de

⁶⁴⁴ Así opinan DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 681-688; misma autora “Seguridad vial y derecho penal...”, 178; ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 44-45; SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, “La reforma de los delitos...”, 66; FERNÁNDEZ BAUTISTA, “El delito de negativa...”, 192; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 270-272.

⁶⁴⁵ Véanse MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 58-59; ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 46.

⁶⁴⁶ Artículo 77 del Real Decreto Legislativo 6/2015 LSV.

“Son infracciones muy graves, cuando no sean constitutivas de delito, las conductas tipificadas en esta ley referidas a:

d) Incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos, y de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de tráfico o hayan cometido una infracción, de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo.”

⁶⁴⁷ Sobre el particular DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 704-707, la legitimidad del requerimiento realizado por los agentes de la autoridad sólo lo es en los casos previstos en el art. 21 RGCir, a fin de corroborar la “influencia” de la previa ingesta de sustancias en la conducción y su consiguiente lesión al bien jurídico-penal protegido, resultando la negativa a someterse a estas pruebas sólo penalmente relevante siempre que la persona obligada reúna las condiciones físicas óptimas para someterse a la prueba (art. 14.3 LSV y art. 22.2 RGCir); también TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 307.

⁶⁴⁸ En este apartado y atendiendo a una interpretación restrictiva, tal como apunta TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 292, debe entenderse que se refiere a los agentes encargados de la vigilancia del tráfico a que hace referencia la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su art. 12, respecto a la Guardia Civil, y art. 53, referido a las Policías Locales, así como a las Policías Autonómicas que tengan transferidas las competencias en esta materia.

usuarios de la vía (viandantes o ciclistas)⁶⁴⁹, siendo preciso que el requerimiento cumpla los siguientes requisitos formales: 1º.- el agente de la autoridad con competencia para practicar dichas pruebas y actuando en el ejercicio de sus funciones deberá advertir al conductor sobre el carácter obligatorio de la prueba; 2º.- este requerimiento debe efectuarse de manera expresa, clara y precisa; y, 3º.- se debe igualmente informar de las consecuencias jurídicas que acarrearía la negativa del conductor a someterse a dicha prueba⁶⁵⁰.

Respecto a la expresión “pruebas legalmente establecidas”, que como ya se ha dicho nos remite a la normativa administrativa, es preciso destacar lo expuesto por la STS 210/2017 en relación a que este tipo de pruebas no constituyen sólo una garantía del afectado y posible futuro investigado, sino también una garantía institucional con las que se quiere alcanzar un alto grado de objetividad y que como tales garantías del sistema no pueden ser renunciables, pudiéndose concluir que el mandato de los artículos 23 y 28 RGCir así como el del artículo 796.1.7ª LECrim van dirigidos no sólo al agente sino también al afectado, entendiéndose que nos encontramos realmente ante una única prueba cuya fiabilidad plena requiere dos mediciones con un intervalo de tiempo. Sin estas dos mediciones la prueba estaría incompleta desde el punto de vista legal. Por lo que la negativa a la segunda prueba, tras

⁶⁴⁹ El tipo penal obliga al conductor de un vehículo de motor o ciclomotor, en una interpretación sistemática con el resto de los delitos contra la seguridad vial, por lo que para los conductores que no lo sean de este tipo de vehículos así como para el resto de usuarios de las vías públicas este incumplimiento de la obligación de someterse a las pruebas de detección de alcohol o presencia de drogas en el organismo sólo será una infracción administrativa.

⁶⁵⁰ Al respecto, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 56; FERNÁNDEZ BERMEJO, “Algunas cuestiones...”, 133-134; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 308-309; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 691-708, en este sentido, la anterior remisión del art. 380 CP al delito de desobediencia del art. 556 CP exigía cumplir todos los requisitos formales del tipo genérico: 1º.- mandato expreso y legal de la autoridad o sus agentes, en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus competencias; 2º.- que la orden se hiciera conocer a sus destinatarios de forma clara, expresa y terminante; y, 3º.- actitud abierta negativa y no mera renuencia. No obstante y a pesar de la expresa exclusión de la referencia al art. 556 CP en el nuevo art. 383 CP, la doctrina sigue interpretando como equiparable la conducta de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia a una desobediencia a la autoridad. El requisito de advertencia al requerido de las consecuencias punitivas que se derivan del incumplimiento de la orden emitida por los agentes de la autoridad, viene siendo exigido por la jurisprudencia, aunque éste no forme parte del tipo del art. 383 CP, para poder sortear así un posible *error de prohibición* que al tener carácter de invencible excluya la responsabilidad criminal por aplicación del art. 14.3 CP; Véanse también en este sentido Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Auto núm. 138/2017 de 22 de diciembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Alicante (Sección 10ª). Sentencia núm. 196/2017 de 31 de mayo, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 1ª). Sentencia núm. 181/2017 de 11 de julio, fundamento jurídico 3.

haberse sometido a la primera de forma voluntaria, también se incardinaría en este tipo penal⁶⁵¹.

El carácter garantista y voluntario corresponde, en realidad, a las analíticas de sangre previstas en el artículo 14.5 LSV, derecho que asiste al interesado a unos análisis de contraste que surgen cuando éste se ha sometido a las pruebas reglamentarias, pues tal derecho lo es a contrastar las pruebas efectivamente realizadas.

Dejando al margen los requisitos procesales y garantistas exigidos a las pruebas para la detección de alcohol o drogas, lo que sí parece deducirse de todo lo expuesto es lo innecesario que parece resultar este artículo 383 CP al existir ya un ilícito penal que castiga la desobediencia grave (art. 556 CP), por mucho que el legislador le haya querido dotar de una naturaleza jurídica compleja que proteja tanto el principio de autoridad como el bien jurídico colectivo seguridad vial, incluyéndolo expresamente en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del CP. Con esta nueva redacción se ha pretendido recoger una desobediencia específica que lesiona el principio de autoridad en el ámbito concreto de los delitos contra la seguridad vial, ante la posible comisión de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas.

Este fundamento del tipo como delito de peligro abstracto con una naturaleza pluriofensiva, que ofrece preeminencia a la seguridad vial como elemento sustantivo objeto de protección, parece ir más bien dirigido a justificar la proporcionalidad en la aplicación del artículo 383 CP en relación con el artículo 379.2 CP, pues no resultaba muy lógico que el delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas en el conductor tuviera una pena superior a la establecida para el propio delito que castiga la conducción bajo la influencia de este tipo de sustancias. Por otra parte, la atribución de esta naturaleza compleja al artículo 383 CP también permite resolver problemas concursales con el propio delito del artículo 379.2 CP⁶⁵² y

⁶⁵¹ Véase Audiencia provincial de Barcelona (Sección 6ª). Sentencia núm. 793/2017 de 13 de noviembre, fundamentos jurídicos 2 y 3.

⁶⁵² La jurisprudencia anterior, considerando que el art. 380 CP (hoy art. 383 CP) no excluye la seguridad del tráfico como bien jurídico protegido, venía aplicando el concurso de leyes previsto en el art. 8 CP y entendía que la conducta del art. 379.2 CP quedaba absorbida por el tipo recogido en el art. 380 CP, por lo que sólo procedía la condena de los hechos conforme a este último a fin de no conculcar el principio "*non bis in ídem*", lo que viene a demostrar que incluso la jurisprudencia tampoco lo tenía muy claro hasta los recientes pronunciamientos del

posibilita así condenar al mismo tiempo las conductas proscritas por ambos tipos penales de manera aislada y autónoma, considerando de este modo que no se vulnera el principio *non bis in idem* al apreciarse un concurso real (STS 419/2017 de 8 de junio, FJ 2)⁶⁵³.

Igualmente resulta problemática la delimitación entre los ilícitos administrativos y penal ante la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas, no existiendo diferencia entre ambas conductas y estimándose como más coherente con los principios limitadores del *ius puniendi*, en especial los de subsidiariedad y fragmentariedad, apostar por la tesis de la interpretación restrictiva del tipo, o bien directamente por la supresión del artículo 77 d) LSV a fin de evitar arbitrariedad y ganar en certeza jurídica⁶⁵⁴.

Por mucho que el legislador haya querido vincular la negativa a someterse a unos controles encaminados a la detección de alcohol o drogas en los conductores al bien jurídico seguridad vial (necesarios para la determinación de una tasa o presencia de sustancias en el organismo), no se estima suficiente considerar la mera negativa como merecedora de reproche penal, máxime cuando la negativa a someterse a otros tipos de pericias no reciben el mismo tratamiento penal⁶⁵⁵, además de la posibilidad existente de apreciar la conducción bajo la influencia de alcohol o drogas por otros medios al margen de la evidente tasa objetiva delictiva. Por todo ello estimamos como más procedente la incardinación de esta negativa, cuando no existan otros tipos de indicios, en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Finalmente se aprecian fundadas dudas sobre la afectación real del bien jurídico seguridad vial siempre que el conductor simplemente se niega a someterse a este tipo de pericia, máxime cuando desde un punto de vista *ex ante* no llegue a ponerse de manifiesto si quiera la peligrosidad de la conducta,

Tribunal Supremo. Por todas Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª). Sentencia núm. 733/2002 de 23 de octubre, fundamento jurídico 5.

⁶⁵³ Véanse también Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Auto núm. 210/2017 de 22 de diciembre, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 401/2017 de 22 de noviembre, fundamento jurídico 4; Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª). Sentencia núm. 518/2017 de 14 de diciembre, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª). Sentencia núm. 560/2017 de 21 de diciembre, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª). Sentencia núm. 488/2016 de 5 de julio, fundamento jurídico 4.

⁶⁵⁴ En esta misma línea TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 281; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 58.

⁶⁵⁵ Véase GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 267.

entendiendo que éstas desobediencias, que sí lesionan claramente el principio de autoridad, ya resultan suficientemente castigadas en el artículo 556 CP.

2.6. Delito de conducción sin permiso de conducir (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 vial para conductas incumplidoras tanto de mandatos legales, como administrativos o judiciales, quedando su redacción actual del siguiente tenor:

“El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

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

El legislador instituye de esta forma una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad de ese tipo de conductas 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 ni se aprecie una peligrosidad real para la seguridad vial, dando con ello la impresión de que el legislador ha optado por la configuración de un tipo penal meramente formal⁶⁵⁶.

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*, deberían constituir sólo una infracción de un deber administrativo, constituyendo el tipo penal una mera desobediencia en cuya configuración no se ha tenido en

⁶⁵⁶ Coinciden en este parecer MONTANER FERNÁNDEZ, “los nuevos delitos...”, 313; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 748, para quienes estas conductas no comportan necesariamente peligro alguno para la seguridad vial.

cuenta la lesión de un bien jurídico⁶⁵⁷, infringiéndose también otros principios como son el de proporcionalidad o el de culpabilidad, al ser atribuida por el legislador idéntica relevancia a conductas que presentan un sentido jurídico-penal muy distinto⁶⁵⁸.

En la misma línea, para CORCOY BIDASOLO esta regulación es criticable, tanto por su ubicación sistemática como, sobre todo, por la equiparación del injusto penal de quebrantamiento de sanciones penales y administrativas, pues respecto de la ubicación sistemática, no era necesario haber hecho ninguna distinción respecto de otros quebrantamientos, aunque en el caso de optar por esta solución se podría haber creado un tipo especial de quebrantamiento de condena (CORCOY BIDASOLO 2013, 7).

2.6.1. La pérdida de vigencia por pérdida total de puntos

Figura penal sin antecedente histórico en la legislación española que requiere de un acto administrativo previo que de forma expresa sea notificado al interesado, sin el cual no llegaría a cumplirse el elemento objetivo del tipo⁶⁵⁹.

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

⁶⁵⁷ En ese sentido CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 84, opina que se trata de “delitos obstáculo” que buscan una criminalización anticipada ante conductas que ni siquiera implican un riesgo para el bien jurídico. Son delitos con una finalidad preventiva general en perjuicio del principio de ofensividad en atención a la relevancia del bien jurídico que se pretende tutelar.

⁶⁵⁸ Sobre el particular POLAINO-ORTS, “Delitos contra la seguridad vial...”, 695-697; LUIS CÁCERES RUIZ, “El delito de conducción sin permiso o licencia”, *Boletín Digital AJFV*, nº 16 (2017), 30, para quien el legislador ha utilizado el Derecho penal para resolver un grave problema social mediante el abandono de la teoría del delito, las garantías jurídico penales y la criminalización de conductas puramente administrativas, estableciéndose de esta manera un “derecho sancionador de oportunidad” más que un verdadero Derecho penal. El autor recurre muy gráficamente al ejemplo de la conducción de un vehículo en mal estado, conducta distinta a la de conducir sin haberlo sometido a la correspondiente inspección técnica (ITV), lo que no prueba que se encuentre en mal estado ni que constituya un peligro para la circulación.

⁶⁵⁹ Al tratarse de un delito doloso debe comprender obligatoriamente tanto el elemento volitivo como el intelectual, por lo que será preciso el conocimiento de que se está conduciendo careciendo del permiso por haber perdido la vigencia al haber agotado todos los puntos asignados legalmente, presentándose en estos casos el error como un posible supuesto de exclusión de la responsabilidad penal de acuerdo con lo previsto en el art. 14 CP.

sanción penal⁶⁶⁰. No obstante la justificación de la introducción de este tipo penal se haya en la peligrosidad que se supone al conductor, que de manera reincidente ha cometido diversas infracciones administrativas que le han llevado a la pérdida de la totalidad de los puntos asignados a su permiso de conducir⁶⁶¹. De ese modo la autorización para conducir estaría condicionada a la observancia de unos comportamientos respetuosos con las normas que regulan una actividad que entraña un cierto riesgo, concibiéndose así el permiso de conducir como crédito de confianza⁶⁶².

Para GÓMEZ PAVÓN la opción legislativa escogida no es la mejor, pues aunque se refuerce con ello el sistema del carnet por puntos, según la doctrina, nos encontraríamos ante un mero reforzamiento 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 seguridad (GÓMEZ PAVÓN 2012, 137).

La presunción de que el conductor no es apto para realizar una conducción segura en base a la constatación de que se han perdido todos los puntos asignados y que por lo tanto carece de los conocimientos, capacidades y habilidades que se necesitan para realizar esta actividad en el margen del riesgo permitido no resulta válida en la rama del Derecho penal, pues esta presunción, siendo válida en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, no puede sin embargo legitimar la intervención penal⁶⁶³.

2.6.2. 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, dentro del quebrantamiento de condena, aunque no se hiciera referencia expresa a la privación del permiso de conducir, “habiéndose mostrado ineficaz esta función de prevención general

⁶⁶⁰ Al respecto, véanse ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ilícito penal e ilícito administrativo...”, 53; GARCÍA DEL BLANCO et al., “Delitos contra...”; PRIETO GONZÁLEZ, “El delito de conducción...”, 254.

⁶⁶¹ En este sentido de VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial...”, 179.

⁶⁶² De este parecer son DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 751; FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 49.

⁶⁶³ Se coincide en esta opinión con TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 332.

negativa de la sanción penal ante la frecuencia de los correspondientes comportamientos punibles⁶⁶⁴, 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 artículo 384 CP pudieran subsumirse en el artículo 556 CP (desobediencia), para los supuestos de incumplimientos de sanciones administrativas impuestas en la jurisdicción contencioso-administrativa, y en el artículo 468.1 CP (quebrantamiento de condena)⁶⁶⁵, lo que la colocan ahora como una cualificación agravatoria dado su carácter pluriofensivo⁶⁶⁶.

En opinión de 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 el artículo 73 LSV⁶⁶⁷ sólo sería constitutivo de infracción administrativa (GARCÍA DEL BLANCO 2013), hecho este que plantea dudas a la FGE que también considera la conducción una vez cumplida la condena como una conducta incurrida en el tipo genérico de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP⁶⁶⁸.

Sin embargo nos parece más acertada la interpretación de MOLINA FERNÁNDEZ en relación a que las sentencias penales inferiores a dos años no

⁶⁶⁴ Al respecto, véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 58.

⁶⁶⁵ Véanse GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos...", 139; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 319-320.

⁶⁶⁶ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 758-760; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 62, para quien la conducción de un vehículo estando privado del permiso por decisión judicial aparece como una modalidad especial del delito de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP.

⁶⁶⁷ Artículo 73 LSV. *Obtención de un nuevo permiso o licencia de conducción posterior a la sentencia penal de privación del derecho a conducir vehículos a motor.*

1. El titular de un permiso o licencia de conducción que haya perdido su vigencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 47 del Código Penal, al haber sido condenado por sentencia firme a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener, una vez cumplida la condena, un permiso o licencia de conducción de la misma clase y con la misma antigüedad, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 71.2 para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados. El permiso que se obtenga dispondrá de un saldo de 8 puntos.

2. Si la condena es igual o inferior a dos años, para volver a conducir únicamente deberá acreditar haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del artículo 71.2.

⁶⁶⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 50.

entrañan la pérdida de vigencia del permiso o licencia y por lo tanto el que conduzca una vez cumplida la condena sin haber realizado el curso a que hace referencia el artículo 73 LSV incurriría sólo en una infracción administrativa, mientras que tras el cumplimiento de una condena superior a dos años si el sujeto vuelve a conducir sin haber obtenido un nuevo permiso estaríamos ante un supuesto del artículo 384 CP, pues según se desprende del artículo 47 CP tanto la pena como la pérdida de vigencia son consecuencias de la decisión judicial (MOLINA FERNÁNDEZ 2014, 64-65).

En este sentido, el hecho de exigir la superación de un curso de reeducación y sensibilización vial para obtener un nuevo permiso o licencia tras una condena no superior a 2 años, no obligando al conductor a someterse a las pruebas de conocimientos, capacidades y habilidades para recuperarlo, significa *a sensu contrario* que se reconoce como apto para seguir realizando dicha actividad una vez cumplida íntegramente la pena⁶⁶⁹.

A pesar de todo, parece manifiesto que la posesión o no del permiso o licencia no constituye indicio alguno de falta de capacidad para realizar una conducción segura, máxime en los supuestos en que previamente ya se había poseído, 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 demostrado 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 la posea⁶⁷⁰.

Por otra parte, el supuesto de conducir un vehículo de motor o ciclomotor tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial parece tener mejor encaje en el artículo 468 CP, ante la manifiesta lesión que se produce al correcto funcionamiento de la administración de justicia como bien jurídico protegido, y todo ello a pesar de que el legislador haya querido dotarlo de un carácter pluriofensivo al introducir esta conducta entre los delitos contra la seguridad vial. En este sentido, el legislador también hubiera tenido la opción de privilegiar este tipo de hechos en el propio artículo 468 CP, incluyéndolo expresamente tal como ya hizo con la

⁶⁶⁹ De igual parecer TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 333.

⁶⁷⁰ Sobre el particular MINGORANCE SÁNCHEZ, "La seguridad vial...", 446-447.

LO 1/2004⁶⁷¹ en donde su artículo 40 introducía una modificación incorporando el quebrantamiento de condena para los casos de violencia de género.

2.6.3. La conducción careciendo de permiso o licencia

La conducción sin permiso ya estuvo tipificada como delito desde 1928 hasta 1932 y desde 1950 a 1983, castigándose la conducción de vehículos de motor sin la certificación que acreditara la aptitud para ello, lo que implicaba por sí sólo la presunción de manifiesta impericia⁶⁷².

Esta figura aparece por primera vez en el artículo 574 del Código Penal de 1928, recogiendo luego en el artículo 3º de la Ley de 9 de mayo de 1950 que castigaba “la conducción de un vehículo sin estar legalmente habilitado para ello” y que pasaría más tarde al artículo 6º de la siguiente ley especial de 24 de diciembre de 1962, integrándose finalmente en el artículo 340 bis c) del Código Penal por la Ley 3/1967 de 8 de abril. Fue centro de críticas doctrinales y jurisprudenciales que motivaron su despenalización de la mano de la Ley Orgánica 8/1983, 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”⁶⁷³.

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

⁶⁷¹ España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2004).

⁶⁷² Esta conducta fue recogida en sus orígenes como una infracción administrativa en el Reglamento de circulación de 1900, estableciendo la necesidad de una habilitación especial para conducir automóviles o carruajes a motor (art. 5º).

⁶⁷³ Véanse PRIETO GONZÁLEZ, “El delito de conducción...”, 255-258; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 770-775.

vigencia por la pérdida total de los puntos asignados legalmente (conducta típica)⁶⁷⁴.

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.

Se podría afirmar que nos encontramos ante un tipo de delito de peligro abstracto que protege la seguridad de la vida y la integridad donde el legislador parte de una presunción de la peligrosidad de la conducta, existiendo numerosas razones que nos inclinan a pensar que estaríamos ante un tipo formal que pretende tutelar un orden administrativo concreto⁶⁷⁵ aunque en ocasiones esta conducta no llegue a ser real, pues no todo el que conduce sin permiso supone siempre un peligro para la seguridad vial, y de ahí que para algunos este nuevo delito lo que pretende es realmente incriminar una prohibición administrativa⁶⁷⁶.

Pero también podemos encontrarnos opiniones favorables a esta incriminación que estiman que generalmente la persona que no ha obtenido nunca el permiso de conducir carece de la pericia necesaria para la conducción de un vehículo de motor, de tal forma que esta conducción sin poseer la pericia necesaria debe ser considerada como una conducta relevante desde el punto de vista de la ética social⁶⁷⁷. En este sentido para la propia FGE el bien jurídico

⁶⁷⁴ Sobre el particular DE VICENTE MARTÍNEZ, “*Derecho penal de la circulación...*”, 744-745; la misma en “*Seguridad vial...*”, 62; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 320.

⁶⁷⁵ De esta opinión son PRIETO GONZÁLEZ, “*El delito de conducción...*”, 267; MONTANER FERNÁNDEZ, “*RESEÑA de: El nuevo Derecho penal...*”, 313.

⁶⁷⁶ Para DE VICENTE MARTÍNEZ, “*Derecho penal de la circulación...*”, 780, este es el motivo por el que el legislador italiano ha despenalizado esta conducta y la ha relegado al ámbito administrativo sancionador.

⁶⁷⁷ Véanse CEREZO MIR, “*Problemas fundamentales...*”, 597, cita este autor también a VIZCAÍNO MÁRQUEZ para quien esta infracción se podría convertir incluso en un delito de peligro concreto para la vida, la integridad corporal o los bienes; HELENA MARÍA PRIETO GONZÁLEZ, “*El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial*”, en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 269, quien admitiendo que “nos encontramos ante un tipo formal, que tutela un orden administrativo y que incorpora un fuerte componente de desobediencia, no obsta para que pueda considerarse que también se está protegiendo la seguridad vial y, en definitiva, la vida y la integridad de las personas”.

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 resulta ser mediatamente también objeto de tutela⁶⁷⁸.

De este modo también podemos encontrar un ejemplo de discrepancia judicial, aunque minoritaria en la interpretación de este tipo delictivo, en la SAP de Toledo, de fecha 8 de febrero de 2013⁶⁷⁹, que ha venido estimando que en “el delito contra la seguridad en el tráfico del artículo 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 al que trata de proteger la norma administrativa para poder hablar de delito.

No obstante posteriores sentencias del Tribunal Supremo⁶⁸⁰ han venido a corregir esta interpretación de la Audiencia Provincial de Toledo al admitir un recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal⁶⁸¹,

⁶⁷⁸ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 62.

⁶⁷⁹ Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia núm. 10/2013 de 8 de febrero, a partir de esta primera resolución se han venido dictando, por la misma Audiencia, otras en igual sentido como las sentencias núm. 99/2016, de 28 de septiembre; 141/2016, de 29 de septiembre; o más recientemente las sentencias núm. 15/2017, de 25 de enero; o 44/2017, de 15 de marzo. 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; o 35/2017, de 17 de febrero. Esta doctrina de la Audiencia Provincial de Toledo se posiciona en contra de la adoptada por la mayoritaria de las Audiencias Provinciales, que sí consideran la conducta de conducir un vehículo de motor sin haber obtenido nunca el permiso o licencia como una conducta típica, SAP Madrid (Sección 7ª), de 22 de enero de 2015; SAP Almería (Sección 3ª), de 20 de noviembre de 2015; SAP La Coruña (Sección 6ª), de 30 de noviembre de 2015; SAP Sevilla (Sección 1ª), de 15 de enero de 2016; SAP Madrid (Sección 16ª), de 4 de abril de 2016; SAP Barcelona (Sección 9ª), de 22 de diciembre de 2016.

⁶⁸⁰ Entre otras, Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia de 26 de abril de 2017, fundamento jurídico 5; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 834/2018 de 18 de diciembre, fundamento jurídico 3; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 3/2018 de 10 de enero, fundamento jurídico 1.

⁶⁸¹ Esta nueva modalidad de casación persigue homogeneizar la interpretación en todos los órganos de la jurisdicción penal, ensanchando las materias a debatir a otras que antes estaban excluidas (delitos menos graves), lo que venía suponiendo un serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de asuntos, acarreado con ello disfunciones y dispersión interpretativa. El legislador, mediante la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal y fortalecimiento de las garantías procesales, ha abierto la casación, sólo por infracción de ley del art. 849.1º (*error iuris*), a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo

interpretando en ella que la conducta recogida en el artículo 384 CP corresponde a un delito abstracto que se consuma cuando se conduce careciendo de la oportuna habilitación administrativa, sin que tenga incidencia el haberse cometido infracción vial alguna ni haberse realizado maniobra antirreglamentaria, no requiriendo por ello creación de riesgo concreto para la seguridad vial, presumiéndose puesto en peligro el bien jurídico seguridad vial cuando quien maneja el vehículo de motor no ha demostrado nunca las capacidades mínimas para realizar esa actividad⁶⁸². Finalmente ha sido el Tribunal Constitucional el que ha venido a zanjar el asunto inadmitiendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo, en relación con el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 384 CP por posible vulneración del principio de legalidad penal⁶⁸³, al entender el más alto Tribunal que los términos del precepto penal no son imprecisos, ni admiten fundadas interpretaciones diversas que lo hagan impredecible, dando así la razón a la Fiscalía General del Estado⁶⁸⁴.

El debate sobre la necesidad de inclusión de esta tipificación penal resurgió impulsado por sucesos de enorme eco en los medios de comunicación y gran conmoción social (Caso Farruquito) donde la conducción sin permiso fue valorada como indicio de grave imprudencia, siendo condenado así por un delito de homicidio por imprudencia grave argumentándolo en el hecho de que carecía de carné. Sin embargo esta tendencia jurisprudencial no es unánime, al

Penal, habiendo sido abordado posteriormente el asunto en el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 9 de junio de 2016. La expansión de la posibilidad de casación se considera de vital importancia de cara a la unificación interpretativa en el campo cada vez más extenso de los delitos contra la seguridad vial, de la que antes se adolecía con un claro menoscabo de los principios constitucionales de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de igualdad (art. 14 CE).

⁶⁸² Las sentencias del TS establecen el límite entre tipo penal que sanciona la conducción careciendo de permiso o licencia y el tipo administrativo, en que éste se refiere a carecer de autorización administrativa correspondiente, es decir, puede tenerse pero no es adecuada a las características del vehículo con el que se circula, conforme a las diferentes modalidades que se determinan legalmente y las circunstancias del caso.

⁶⁸³ El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Toledo considera que puede encontrarse vulnerada la obligatoriedad de taxatividad en la definición de los tipos penales, que deriva del principio de legalidad penal, al coexistir junto con el inciso segundo del párrafo segundo del art. 384 CP otra previsión como infracción administrativa muy grave en el art. 77 K) LSV, poniendo así en cuestión la seguridad jurídica de los conductores al impedirle conocer con certeza las consecuencias sancionadoras que derivan de conducir un vehículo a motor o ciclomotor sin permiso o licencia de conducción.

⁶⁸⁴ Tribunal Constitucional (Pleno). Auto de 20 de junio de 2018.

negarse que comporte necesariamente significado de peligro en la conducta concreta el hecho de conducir sin permiso⁶⁸⁵.

Este resulta ser el caso más dudoso de los tres que recoge el artículo 384 CP y de hecho el propio legislador tampoco lo ha tenido claro a la hora de incriminar este tipo de conductas que a lo largo de su historia ha pasado de un sector a otro del ordenamiento jurídico. Si bien en la reforma de 2007 se coló de forma novedosa y sorpresiva cuando la intención era la de dar cobertura penal al denominado carné por puntos. Esta nueva incriminación de la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor por carecer simplemente de la autorización administrativa correspondiente para ello no parece abarcar el desvalor requerido para hacerla merecedora de una sanción penal, lo que viene a traspasar los límites al *ius puniendi* del Estado convirtiéndola en una mera infracción formal de desobediencia más propia del derecho administrativo sancionador⁶⁸⁶.

El hecho de desempeñar una actividad peligrosa, como es la conducción de vehículos de motor justifica la intervención de la Administración en su control y su sanción, siendo perfectamente legítimo que en este sector del ordenamiento se haga uso de las presunciones sobre la peligrosidad de la conducta en caso de no obtener el permiso preceptivo, lo que no implica que este planteamiento sea trasladable al ordenamiento penal⁶⁸⁷, pues presupone la existencia de un peligro (hipotético) en la conducta del sujeto que no observa la exigencia de un deber administrativo como es la obtención de una mera autorización administrativa.

2.7. Delito de creación de grave riesgo (art. 385 CP)

El artículo 385 CP se configura como una norma de cierre de los delitos contra la seguridad vial que sanciona a quien origine un grave riesgo para la circulación en sus dos modalidades: activa y omisiva, pudiendo ser sujeto activo en este caso cualquier persona y no solamente los conductores, como se desprende del tenor literal del tipo.

⁶⁸⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 282/2005 de 4 de marzo, fundamento jurídico 2.

⁶⁸⁶ Así lo entiende MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 65.

⁶⁸⁷ En este sentido TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 329.

La reforma de 2007 se limitó únicamente a mejorar la redacción y a incorporar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena conjunta con la pena de multa⁶⁸⁸, quedando redactado de la siguiente forma:

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

- 1.^a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.
- 2.^a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.”

Se trata de un delito que ya existía en la regulación anterior (antiguo artículo 382 CP) consistente en originar un grave riesgo para la circulación mediante la colocación de obstáculos, derramando sustancias, etc., suprimiendo la expresión “alterando la seguridad del tráfico”, por innecesaria, y simplificando la redacción anterior que hacía referencia a “alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación” por la actual “colocando”, añadiendo ahora la pena de 10 a 40 días de trabajos en beneficio de la comunidad y manteniéndose iguales las otras penas.

Estamos ante un tipo de delito de peligro abstracto⁶⁸⁹ que sólo puede cometerse de forma dolosa en relación con la conducta peligrosa observada, abarcando el dolo todas sus posibles modalidades y exigiendo tanto el elemento volitivo como el intelectual de que se está alterando la seguridad vial de manera gravemente peligrosa⁶⁹⁰. Estas conductas pudieran a su vez

⁶⁸⁸ Así lo ve DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial...”, 117.

⁶⁸⁹ Sin embargo, para MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 77, la interpretación restrictiva del art. 385 CP exige que la creación de un grave riesgo sea equivalente a la creación de un peligro concreto, lo que permitiría una mejor coordinación del precepto con la conducción temeraria del art 380 CP, presuponiendo que se trata de dos ilícitos materiales equivalentes en atención a la similar gravedad de la pena que recogen ambos tipos penales, frente a la interpretación mayoritaria que hace la doctrina y la jurisprudencia que consideran suficiente la realización de un comportamiento abstracto o idóneamente peligroso para el bien jurídico protegido; en el mismo sentido TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 454-455.

⁶⁹⁰ Véanse DAVID CARPIO BRIZ, “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico (art. 385 CP)” en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código*

coincidir o solaparse con las sancionadas en los artículos 76 n)⁶⁹¹ y 77 n)⁶⁹² LSV, resultando clave en la delimitación del tipo de ilícito la “creación de grave riesgo para la circulación”, siendo este un requisito impreciso que dificulta esta delimitación con la infracción administrativa.

Pese a haber sido excluido este artículo 385 CP del ámbito de aplicación de la actual cláusula del artículo 382 CP, se considera que el nuevo sistema concursal lleva materialmente a la misma solución y que en el caso de concurrencia de resultado lesivo con el delito de peligro se llegaría a la misma solución del concurso ideal-medial *ex* artículo 77 CP⁶⁹³, problema que antes de la reforma de 2007 no se planteaba en aplicación del anterior artículo 383 CP que sí que lo incluía.

Este delito exige que se origine una situación de riesgo para la circulación de trascendencia importante y no sólo una situación momentánea de peligro, requiriendo un plus en la acción que supere la simple creación de incomodidades, estorbos o retrasos. Y aquí todos los autores coinciden en exigir una efectiva irradiación del peligro para el bien jurídico seguridad vial, por la necesidad de observar la efectiva lesividad de la conducta en el marco de un Derecho penal material frente a la mera contravención formal de la norma⁶⁹⁴, lo que justifica la inclusión de este tipo de conductas en su doble vertiente (como acción de alteración de la seguridad vial o como omisión de no restablecer la seguridad previamente alterada) dentro de la esfera de los ilícitos penales respetuosos con los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado.

penal en materia de Seguridad Vial, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 249; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 79; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 816; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 462.

⁶⁹¹ “Arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios o accidentes, o que obstaculicen la libre circulación.”

⁶⁹² “Realizar en la vía obras sin la autorización correspondiente, así como la retirada, ocultación, alteración o deterioro de la señalización permanente u ocasional.”

⁶⁹³ Al respecto, véanse DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 825; CARPIO BRIZ, “Creación de grave riesgo...”, 250.

⁶⁹⁴ Coinciden es esta opinión CARPIO BRIZ, “Creación de grave riesgo...”, 213; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 78; ALASTUEY DOBÓN Y ESCUCHURI AISA, “Ílícito penal e ilícito administrativo...”, 61-65; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 811-816; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 449.

2.8. El comiso en los delitos viales (art. 385 bis CP)

El comiso del vehículo de motor aparece por primera vez entre los delitos contra la seguridad vial en el artículo 340 bis d) CP, dedicado a la conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, tras la actualización del Código Penal introducida por la LO 3/1989, siendo incluido más tarde el ciclomotor por LO 17/1994. Con el Código Penal de 1995 pasará a ser recogido en un artículo aparte (art. 385 CP) y más tarde, tras la modificación operada por la LO 15/2007, quedará incluido en el artículo 381 CP, referido de nuevo a la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás⁶⁹⁵.

La redacción actual, tras la modificación experimentada por la LO 5/2010, incluye el comiso del vehículo en el artículo 385 bis, contemplándolo ahora para todos los delitos contra la seguridad vial⁶⁹⁶:

“El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128”.

La norma se refiere a “los hechos previstos en este capítulo”, sin excepciones, pudiendo incluirse los del artículo 385 CP cuando el vehículo detenido en la calzada se convierta en obstáculo típico (art. 385.1^a CP) constituyéndose así en instrumento del delito⁶⁹⁷, por lo que “atendiendo a una exégesis racional de los artículos 127 y 128 CP⁶⁹⁸ y del artículo 66.6 CP

⁶⁹⁵ Sobre el particular JORGE VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la seguridad vial: El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, nº 13 (2011): 2-3.

⁶⁹⁶ La reforma operada por la LO 5/2010 suprime el número 3 del art. 381 CP, que contemplaba el comiso del vehículo o ciclomotor únicamente para los casos de conducción con manifiesto desprecio para la vida o la salud de las personas, extendiéndolo ahora a todos los hechos previstos contra la seguridad vial. Esta reforma introdujo igualmente un nuevo número 2 en el art. 127 CP englobando también a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes.

⁶⁹⁷ Véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 77.

⁶⁹⁸ Artículo 127 CP

“1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias

aplicado analógicamente, los criterios para acordarlo serán: la naturaleza, gravedad, valor económico y las concretas circunstancias concurrentes en el hecho reveladoras de un mayor reproche objetivo o subjetivo de la conducta y la situación económica y personal del penado”⁶⁹⁹.

A pesar de que la actual regulación del comiso del vehículo afecta a todos los delitos contra la seguridad vial no nos parece adecuada su aplicación a todos los tipos recogidos en el Capítulo dedicado a ellos, en primer lugar porque se entiende que esta medida debería ejecutarse de manera restrictiva en atención a la gravedad del hecho y a la importancia del bien o bienes jurídicos⁷⁰⁰, y aquí se coincide con TRAPERO BARREALES en que no todos los tipos penales son auténticos delitos contra la seguridad vial, pudiéndose excluir *a priori* los artículos 383 y 384 CP, y en segundo lugar porque se trata de una medida que adoptada de forma indiscriminada estigmatiza al ciudadano como enemigo, entendiendo el binomio conductor/vehículo como un foco de peligro socialmente desestabilizador, adoptándose la medida del decomiso del objeto peligroso (vehículo) como si fuera un arma, un instrumento del delito (TRAPERO BARREALES 2011, 585).

Siguiendo a POLAINO ORTS, si bien el actual Derecho penal pone de manifiesto que la “violencia vial” se ha de combatir también con el Derecho penal del enemigo, el uso indiscriminado de éste puede llegar a ser contraproducente, pues se debe exigir la comprobación y constatación del peligro real del conductor enemigo y no caer en el error de imputar sobre la

provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.”

Artículo 128 CP

“Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.”

⁶⁹⁹ En este sentido, véanse FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 78; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 591-592; VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la seguridad vial...”, 25.

⁷⁰⁰ Para VIZUETA FERNÁNDEZ, “cuanto mayor sea la relevancia del bien jurídico que se pretende proteger y más elevado el peligro que para éste deriva del objeto, mayor será también el grado de injerencia que habrá de soportar el propietario”.

base de situaciones que no generan un peligro real sino más bien supuesto o sospechado⁷⁰¹.

Finalmente y como crítica a la actual regulación y sistematización de los delitos contra la seguridad vial, si se entiende que el vehículo debe ser considerado un instrumento del delito susceptible de comiso, con arreglo a la regulación del artículo 127 CP, el nuevo artículo 385 bis CP no parece aportar nada nuevo, pudiéndose considerar por ello una previsión superflua⁷⁰².

2.9. La reducción de la pena (art. 385 ter CP)

Este artículo, al igual que el anterior, fue añadido por la LO 5/2010, de 22 de junio, con el siguiente tenor:

“En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho”.

El nuevo precepto viene a conferir un mayor margen de discrecionalidad al juzgador a la hora de adecuar la pena a la gravedad del hecho, aportando poca efectividad práctica desde el punto de vista de la selección de la más grave de las posibles (prisión) para luego rebajarla en un grado en atención a la poca gravedad del hecho, lo que debería llevar desde un principio a la elección de otra de las penas en atención al principio de proporcionalidad. Por otra parte, la menor entidad del riesgo debiera ser interpretada desde el punto de vista cualitativo (vida o integridad de las personas) y no cuantitativo, planteándose dificultades en la aplicación de esta rebaja de la pena a los delitos de peligro abstracto en relación al mayor o menor riesgo soportado, obligando a realizar un juicio de valor en función de otras circunstancias concurrentes⁷⁰³.

⁷⁰¹ MIGUEL POLAINO ORTS, "Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española", en *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz* (México: Facultad de Derecho-UNAM, 2011), 698-704, <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>, como afirma el autor, se deben combatir como enemigos únicamente a quienes generen una peligrosidad real y alarmante impidiendo a los demás desplegar su personalidad en Derecho.

⁷⁰² Así lo entiende VIZUETA FERNÁNDEZ, "Delitos contra la seguridad vial..." 22.

⁷⁰³ Al respecto, véase GÓMEZ PAVÓN, "La reforma de los delitos...", 148.

La norma va inequívocamente dirigida a restringir el ingreso efectivo en prisión, lo que vuelve a poner de relieve el carácter de “*delitos light*” con el que el legislador ha querido dotar a este tipo de conductas, con lo que el cumplimiento efectivo ha de ser la excepción dado además el espíritu que inspira las normas de los artículos 80 a 87 CP claramente tendentes a evitar la ejecución de penas cortas de prisión⁷⁰⁴.

Por otro lado, la imputación de este tipo de delitos que se sustanciarán de manera inmediata conformándose el conductor con los hechos, ya que las posibilidades probatorias exculpatorias en algunos supuestos son mínimas o inexistentes, y beneficiándose así de la rebaja en la pena que supone la conformidad, unido a la práctica habitual consistente en no imponer penas de prisión ante estos delitos, hace que su contenido material sea muy similar al de las correspondientes sanciones administrativas⁷⁰⁵.

Todo esto hace replantearse las posturas defendidas por HASSEMER, SILVA SÁNCHEZ o MARTÍNEZ-BUJÁN, ya expuestas en el Capítulo II de este trabajo, en relación con la existencia de un cuerpo legislativo intermedio en el seno del Derecho penal⁷⁰⁶, donde los principios y garantías jurídico-penales se vean flexibilizadas o relativizadas frente a determinados hechos atraídos por un Derecho penal en expansión y con un patente riesgo de invasión del espacio propio del Derecho administrativo sancionador.

3. ESPECIALIDAD PROCESAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

3.1. El enjuiciamiento rápido de los delitos contra la seguridad vial

Desde la aparición de la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, que encuadra por primera vez en la esfera del derecho penal español determinadas conductas que afectan al uso imprudente de los vehículos, se vio la necesidad de propugnar un sistema que, dando amplitud a

⁷⁰⁴ Sobre el particular, véase VIZUETA FERNÁNDEZ, “Delitos contra la seguridad vial...” 28-33, y su crítica a la propuesta de la Fiscalía General del Estado sobre el comiso del vehículo de motor o ciclomotor como sustitutivo de las penas de prisión, apartándose así de las razones que deben orientar el decomiso de los instrumentos del delito (peligrosidad objetiva de la cosa).

⁷⁰⁵ En este sentido TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 139.

⁷⁰⁶ Otros claros ejemplos de esta intención del legislador de introducir en el ordenamiento penal delitos *light* o que incluso no merecen siquiera penas privativas de libertad, asimilándolos en este sentido a meras contravenciones administrativas, son el caso de los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332 a 340 CP), y en especial los tipos recogidos en los artículos 335 y 337 bis CP.

la defensa y garantía de acierto en el fallo, asegurase, sin embargo, la celeridad del juicio, publicándose así la Ley de 8 de junio de 1957, de reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecía un procedimiento de urgencia para la represión de determinados delitos.

Esta Ley vio la necesidad de arbitrar un procedimiento criminal que reuniera las cualidades de agilidad y rapidez cuando de determinados delitos punibles se trataba, surgiendo así un procedimiento de urgencia para: 1º.- los delitos flagrantes; 2º.- las infracciones de poca entidad y trascendencia, delineadas como delictivas en el Código penal ordinario y Leyes especiales, y que algunos denominan delitos menores; y, 3º.- por último se incluyó a los delitos cometidos con ocasión de la circulación por las vías públicas, “motivado porque su frecuencia y las dolorosas y muchas veces irreparables consecuencias producidas por los accidentes de tráfico, venían causando verdadera alarma en la opinión pública, que demandaba, con toda razón, el establecimiento de un sistema de represión más a tono con el ritmo de los tiempos que les había tocado vivir”⁷⁰⁷.

Más tarde la Ley 122/1962, consciente del constante aumento del tráfico y que éste constituye una seria preocupación para todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, va a recoger en un único texto legal tanto el ordenamiento penal de una serie de figuras punitivas relacionadas con la circulación de vehículos de motor en el primero como un ordenamiento procesal penal aún más sumario, continuando la Ley 3/1967 en esta misma línea introduciendo en el Título Tercero del Libro Cuarto un procedimiento de urgencia para este tipo de delitos.

El actual ordenamiento jurídico español va a contemplar una serie de procesos penales especiales introducidos por el legislador por razones de política criminal, estando destinados al enjuiciamiento de determinados delitos (*“ratione materiae”*) o de infracciones cometidas por determinadas personas (*“ratione personae”*). Y aquí, dando continuidad a este tratamiento diferenciado a los delitos contra la seguridad vial, estos se van a encuadrar dentro del procedimiento regulado en el Título III del Libro IV LECrim bajo la rúbrica “Del

⁷⁰⁷ Al respecto véase, JOAQUÍN BASTERO, “La Ley de 8 de junio de 1957, de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 2 (1957): 338.

procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos” (arts. 795 al 803 LECrim).

En este Título III se va a entender por “juicios rápidos” el proceso especial de la competencia de los Juzgados de lo Penal que se aplica a los delitos flagrantes, con instrucción sencilla o cuando se trate de alguno de los delitos recogidos en el artículo 795.1.2ª LECrim⁷⁰⁸, en los que su autor sea detenido o esté a disposición de la Autoridad Judicial, que haya sido incoado mediante atestado y se haya concentrado la instrucción en el Juzgado de guardia. Quedando así delimitado su ámbito de aplicación por un *criterio formal*, que comprende en primer lugar que el proceso penal sea incoado en virtud de un atestado policial, y por un *criterio cuantitativo material*, como es el que se trate de delitos de la competencia de los Juzgados de lo Penal, es decir, castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años en general⁷⁰⁹.

La preinstrucción de la policía judicial deviene en este sistema como algo esencial tanto por el requerimiento de la instrucción previa del atestado, como requisito para su incoación, como porque la instrucción concentrada en el Juzgado de guardia requiere de su actuación inmediata para la práctica de determinadas diligencias, debiendo concluirse en un plazo de tiempo que no debe superar el de la detención (art. 796.1 LECrim.).

3.2. El atestado policial como presupuesto básico

El atestado policial⁷¹⁰ representa el soporte de unos hechos que no van a poder ser reproducidos posteriormente en la fase de juicio oral, convirtiéndose

⁷⁰⁸ Artículo 795.1.2º LECrim:

- a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.
- b) Delitos de hurto.
- c) Delitos de robo.
- d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
- e) Delitos contra la seguridad del tráfico.
- f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código Penal.
- g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código Penal.
- h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código Penal.

⁷⁰⁹ Sobre el particular VICENTE GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Madrid: COLEX, 2010): 477-490.

⁷¹⁰ Artículo 292 LECrim.

“Los funcionarios de Policía Judicial extenderán, bien en papel sellado, bien en papel común, un atestado de las diligencias que practiquen, en el cual especificarán con la

por ello en un elemento de gran relevancia procesal que será examinado luego por el Juez junto al resto de pruebas obrantes en los autos⁷¹¹.

Presupuesto básico sin el que puede dar inicio el juicio rápido, en el que se debe plasmar la labor investigadora de la policía judicial mediante un conjunto de “diligencias de prevención” que van a tener el valor de simple denuncia⁷¹². Y esta actuación policial en modo alguno tiene eficacia probatoria de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que debe ser introducida en el procedimiento a través de la declaración testifical de los agentes⁷¹³ con valor suficiente como para enervar la presunción de inocencia⁷¹⁴.

La doctrina constitucional relativa al valor probatorio del atestado policial se puede resumir en dos apartados⁷¹⁵: 1º.- El atestado policial tan sólo tiene el

mayor exactitud los hechos por ellos averiguados, insertando las declaraciones e informes recibidos y anotando todas las circunstancias que hubiesen observado y pudiesen ser prueba o indicio del delito.”

⁷¹¹ En este sentido FERNANDO GONZÁLEZ MONTES, Especialidades procesales en los juicios penales por hechos de tráfico”, en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 603-606.

⁷¹² Al respecto véanse. SSTC 100/1985, de 3 de octubre, FJ 1º; 148/1985, de 30 de octubre, FJ 2º; ATC 837/1988, FJ 2º, entre otras, con especial referencia al art. 297 LECrim:

“Los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieron los funcionarios de Policía judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales.

Las demás declaraciones que prestaren deberán ser firmadas, y tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio.

En todo caso, los funcionarios de Policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán bajo su responsabilidad de usar medios de averiguación que la Ley no autorice”.

⁷¹³ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 138/1992 de 13 de octubre, fundamento jurídico 3; Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 31/1981 de 28 de julio, fundamento jurídico 2; Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 108/2009 de 11 de mayo, fundamento jurídico 3.

⁷¹⁴ Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª). Sentencia núm. 68/2018 de 1 de marzo, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª). Sentencia núm. 90159/2017 de 2 de junio, fundamento jurídico; Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1ª). Sentencia núm. 389/2017 de 20 de noviembre, fundamento jurídico 2.

⁷¹⁵ Sobre el particular, véanse Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 188/2002, de 14 de octubre, fundamento jurídico 2; también Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 23 de enero de 1987, fundamento jurídico 4, “En resumen, la valoración actual de los atestados, puede ser la siguiente: a) cuando se trate de opiniones o informes no cualificados de la Policía judicial, de declaraciones de los imputados, aunque se les haya instruido de sus derechos constitucionales y haya gozado de la asistencia de Letrado, de declaraciones de testigos, de diligencias de identificación o de reconocimiento, en rueda o fuera de ella; o de otras diligencias semejantes, efectivamente no se les puede, por sí solas, atribuir otro valor que el de meras denuncias; b) cuando se trate de dictámenes o de informes prestados por los Gabinetes de los que actualmente dispone la Policía, tales como los de dactiloscopia, identificación, análisis químicos, balística y otros análogos, tendrán al menos el valor de dictámenes periciales, especialmente si se ratifican, en presencia judicial, durante las

valor de denuncia, por lo que considerado en sí mismo se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba; y, 2º.- Las diligencias policiales que constan en el atestado y que por razón de su contenido pueden incorporar datos objetivos y verificables que pueden ser utilizados como elementos de juicio, siempre que se introduzcan en el juicio oral como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción serán consideradas como prueba documental.

3.3. La prueba preconstituida en el atestado policial

La reiterada jurisprudencia del TC viene recordando que el Tribunal sentenciador sólo puede fundar su sentencia en las pruebas practicadas en el juicio⁷¹⁶, pero por actos de prueba no sólo cabe entender los que se ejecutan ante la inmediación del Tribunal y bajo la vigencia de los principios de contradicción y publicidad sino también los actos de prueba sumarial anticipada y preconstituida⁷¹⁷, pues en ocasiones, debido a la circunstancia de que existen hechos irrepetibles o que no pueden ser trasladados al momento de celebrarse el juicio oral, deviene imposible practicar la prueba sobre los mismos en el juicio bajo la inmediación del Tribunal decisor, haciéndose necesario que el Juez de Instrucción o incluso la policía judicial, actuando “a prevención” del Juez, proceda al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la inmediación del Juez o bien asegurando las fuentes de prueba para

sesiones del juicio oral y con la posibilidad de que, las partes, puedan dirigir observaciones u objeciones o pedir aclaraciones a los miembros de los referidos Gabinetes; c) finalmente, tratándose de diligencias objetivas y de resultado incontestable, como la aprehensión “in situ» de los delincuentes, los supuestos en que, éstos, son sorprendidos en situación de flagrancia o cuasi flagrancia, la ocupación y recuperación de los efectos e instrumentos del delito, armas, drogas o sustancias estupefacientes, efectos estancados o prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante el transcurso de los mismos, siempre que mediara mandamiento judicial o asentimiento del morador o del que tiene el derecho a excluir, o de otros supuestos semejantes, el valor que debe atribuírseles es el de verdaderas pruebas, sometidas, como las demás, a la libre valoración de las mismas que corresponde e incumbe a los Tribunales de instancia, a cuya conciencia, encomienda tal misión el artículo 741 antes referenciado”.

⁷¹⁶ Artículo 741 LECrim.

“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.

Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.”

⁷¹⁷ Al respecto, véase GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 227-241.

poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento, encontrándonos en el primer supuesto ante una prueba instructora anticipada y en el segundo ante actos de prueba preconstituida, siendo la característica común de ambos su irrepetibilidad el día de celebración del juicio oral y, además, en el caso de la prueba preconstituida incluso se deben dar razones de urgencia para su práctica.

En este sentido es el propio TC quien aun admitiendo que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la jurisdicción penal, en el momento de dictar sentencia, las practicadas en el acto del juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad de armas, contradicción, inmediación y publicidad, también otorga valor de prueba a los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de una serie de requisitos⁷¹⁸, y en el caso de tratarse de los test de alcoholemia éstos deben supeditarse a dos circunstancias: 1^a.- que se hayan realizado con las garantías formales necesarias para preservar el derecho a la defensa; y, 2^a.- que se incorporen al proceso respetando los principios de inmediación, oralidad y contradicción, siendo imprescindible para ello la ratificación de los agentes en el acto del juicio oral⁷¹⁹.

Es este mismo tribunal el que en sus sentencias previas a la reforma del 2007, aun reconociendo la necesaria valoración de la influencia del alcohol en

⁷¹⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 148/2005 de 6 de junio fundamento jurídico 2, requisitos: “a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de Instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo; d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 141/2001, de 18 de junio, FJ 4; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4)”.

⁷¹⁹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 185/2005 de 4 de julio de 2005, fundamento jurídico 1; Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 3/1990 de 15 de enero, fundamento jurídico 1.

la conducción por el propio juzgador ponderando todos los medios de prueba, viene a atribuir a la prueba de alcoholemia el valor de prueba preconstituida, prueba que sin embargo debe rodearse de una serie de garantías dirigidas a no producir indefensión por parte del sometido a dichos controles de alcoholemia⁷²⁰.

De lo que se deduce que la doctrina del TC no desautoriza a la policía judicial a preconstituir actos de prueba, pues aunque “los atestados tienen el genérico valor de «denuncia», por lo que no se erigen en medio de prueba sino en objeto de prueba y los hechos en ellos afirmados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios como es la declaración testifical del funcionario de policía que intervino en el atestado, también habilita nuestro ordenamiento a los agentes en funciones de policía judicial a asegurar el delito así como a acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia. Y en lo que se refiere a tales actos de constancia el TC ha otorgado el valor de prueba preconstituida a todas aquellas diligencias que, como las fotografías, croquis, resultados de las pruebas alcoholiméticas, etc., se limiten a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa.

Pero para que tales actos de investigación posean la naturaleza de actos de prueba se hace preciso que la policía judicial haya intervenido en ellos por

⁷²⁰ Véase Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª). Sentencia núm. 339/2012 de 5 de julio, fundamento jurídico 1, según recoge esta Sentencia, “la doctrina del Tribunal Constitucional, iniciada con su Sentencia 145/1985, y formada entre otras, a través de las numeradas como 145/1987, 22/1988, 5/1989, 222/1991, se ha sintetizado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/99 en los siguientes términos: 1.- El tipo penal requiere no sólo la presencia de una determinada concentración alcohólica sino que además esa circunstancia influya o se proyecte en la conducción, 2.- El derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación de solamente uno de los elementos del delito –el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas- se presumieran realizados los restantes elementos del mismo. Por lo tanto, para presumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que sería también necesario comprobar su influencia en el conductor. 3.- Por ello, la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esta condena ni es una prueba imprescindible para su existencia. 4.- La prueba de impregnación alcohólica constituye una pericia técnica de resultado incierto, a la que puede atribuirse el carácter de prueba pericial lato sensu. Normalmente está incluida en el atestado policial y, por lo tanto, tiene el valor de denuncia; pero no cabe su reproducción en el juicio oral, por lo que puede llegar a producir los efectos de una prueba preconstituida. 5.- Al no ser posible la reproducción en el juicio oral, las garantías que rodean a los controles de alcoholemia en el momento de la práctica van dirigidas a garantizar la contradicción y a que no exista indefensión por parte del sometido a los mismos, todo ello con vistas a que eventualmente dichos controles puedan operar en su día como pruebas preconstituidas si son debidamente ratificadas en el juicio oral”.

estrictas razones de urgencia o de necesidad, ya que actúa en tales diligencias «a prevención» de la Autoridad judicial, pues una vez desaparecidas dichas razones de urgencia ha de ser el Juez de Instrucción quien, previo el cumplimiento de los requisitos de la prueba sumarial anticipada, pueda dotar al acto de investigación sumarial del carácter jurisdiccional (art. 117.3 CE) de acto probatorio, susceptible por sí solo para poder fundamentar posteriormente una Sentencia de condena”⁷²¹.

Como se puede observar la especialidad de este tipo de delitos se traslada igualmente al terreno procesal, donde se refuerza su carácter de “*delitos light*” en atención a su *criterio cuantitativo material* y en su presumible sencilla instrucción concentrada en el Juzgado de Guardia, lo que vuelve a trasladar la idea sobre la existencia de un Derecho penal intermedio, regido por unos principios y garantías jurídico-penales más flexibles e incluso con un alto componente de privatización, influenciado a su vez por la posibilidad de conformidad del sujeto beneficiado por la rebaja de la pena.

⁷²¹ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 303/1993 de 25 de octubre, fundamento jurídico 4.

CAPÍTULO VI

LA CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL O LAS DROGAS

Ha quedado expuesta la baja trascendencia que el propio legislador atribuye a los delitos contra la seguridad vial, reforzada por la posibilidad de reducción de las penas de prisión (art. 385 ter CP), y que contrasta con la importancia que desde colectivos sociales y medios de comunicación se les concede, lo que apunta a posibles impulsos legislativos movidos por motivos puramente conciliadores con la sociedad.

Se observa una errante política criminal que emergiendo del Derecho administrativo sancionador da el salto al Derecho penal, con figuras típicamente lesivas de bienes jurídicos y asociadas a factores determinantes como son la velocidad, el alcohol y las drogas. En esta evolución legislativa nuevas figuras serán introducidas (art. 383 CP); otras saldrán y entrarán de la esfera penal (art. 384 CP); tampoco aclara mucho la cláusula concursal del artículo 382 CP al distinguir unos tipos penales de peligro que concurren con otros lesivos para la vida o integridad, en una clara identificación con el bien jurídico protegido, pareciendo así diferenciarlos de otros que se alejan del bien jurídico seguridad vial por mucho que se pretenda asignarles una naturaleza pluriofensiva que justifique su inclusión; y por último asistimos a una tendencia a objetivar los tipos en pro de la seguridad y certeza jurídica.

A estas alturas de la investigación, ya se han podido alcanzar conclusiones sobre la escasa adecuación de un grupo de conductas a los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, dudas que el propio legislador ha exhibido en sus arduos debates parlamentarios y de los que la doctrina y la jurisprudencia se han hecho eco. Una de estas conductas que más ríos de tinta han hecho correr es la que se refiere a la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas así como su última modificación legislativa que identifica una tasa objetiva como punible, siendo este punto en el que nos centraremos en este último capítulo sirviéndonos de apoyo tanto los conocimientos y avances científicos respecto a la bioquímica del alcohol como el tratamiento

legal y procesal garantista dados en el derecho comparado y en nuestro propio ordenamiento jurídico.

En las siguientes páginas expondremos las conclusiones sobre los avances médicos en relación con la influencia del alcohol y sus diferentes concentraciones en el organismo, así como la posibilidad de conocer dicha tasa mediante cálculos retrospectivos, algo que sin embargo la ciencia actual no puede conseguir respecto a otras sustancias, coligiéndose de ello como de capital importancia centrar todos los esfuerzos en dotar a las diferentes pruebas de detección de las necesarias garantías procesales que preserven la evidencia obtenida sobre el terreno.

Trataremos finalmente de encontrar justificación médico-científica a la decisión adoptada por el legislador de establecer una tasa objetiva punible desde la perspectiva de la adecuación de los principios inspiradores del Derecho penal, así como si la tasa establecida resulta ser la adecuada para tutelar el bien jurídico seguridad vial.

1.- EL ALCOHOL Y LAS DROGAS EN LA CONDUCCIÓN

El alcohol y las drogas en la conducción resultan ser una de las principales causas de la siniestralidad vial, habiendo quedado clara la necesidad de recurrir al Derecho penal, como control social formal, ante conductas gravemente atentatorias contra el bien jurídico colectivo seguridad vial, pero destacando a su vez que esta necesidad no puede justificar cualquier tipo de intervención jurídico-penal.

1.1. Introducción al problema

Como ya se apuntó en el primer capítulo, acerca del problema que representa el elevado número de víctimas implicadas en siniestros viales, es preciso comenzar este apartado recordando que los accidentes de tráfico son una de las causas de muerte más importantes en el mundo y la principal causa de fallecimiento entre personas de edades comprendidas entre los 15 y 29 años, incluyéndose por ello entre las metas de los Objetivos de Desarrollo

Sostenible la reducción de muertes y traumatismos por este tipo de accidentes en un 50% para el año 2020⁷²².

En este sentido la OMS reconoce que conducir bajo los efectos del alcohol aumenta la probabilidad de accidente con sus graves consecuencias, afirmando que la promulgación y cumplimiento de las leyes que establezcan límites de concentración de alcohol en sangre en 0,05 g/dl puede contribuir a reducir considerablemente los accidentes relacionados con el consumo de alcohol, principalmente entre los conductores jóvenes y nóveles, siendo las leyes que establecen límites de concentración de alcohol en sangre inferiores a 0,02 g/dl para este tipo de conductores las que contribuyen a reducir el número de jóvenes involucrados en estos accidentes⁷²³.

En relación con el consumo de determinados tipo de drogas a nivel social, las encuestas llevadas a cabo por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en el año 2015, revelaban que las sustancias psicoactivas con mayor prevalencia de consumo en los últimos 12 meses fueron: el alcohol (77,6%), los hipnosedantes (12%), seguidos del cannabis (9,5%) y la cocaína (2%)⁷²⁴. En este apartado, el alcohol sigue siendo la sustancia psicoactiva más consumida, con una prevalencia del consumo diario que aumenta a medida que se incrementa la edad de la población (1 de cada 10 en el grupo de 35 a 44 años frente a 3 de cada 10 en de 55 a 64). Por lo que respecta a la prevalencia de las intoxicaciones etílicas, los datos obtenidos respecto a los 12 últimos meses del estudio en la población entre 15 y 64 años arroja un porcentaje del 16,8%, siendo el grupo de hombres entre 15 y 34 años el colectivo donde se registra una mayor extensión de las borracheras con un 37,5%. También en el policonsumo destaca siempre el alcohol mezclado con algún otro tipo de droga, especialmente cannabis (11,4%), hipnosedantes (11,3%) y cocaína (2,4%).

Otro estudio de prevalencia del consumo de sustancias psicoactivas elaborado por la DGT en 2015 reflejan el dato preocupante de que el 12% de

⁷²² Al respecto, véase ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe sobre la situación mundial...*, 1.

⁷²³ *Ibid.*, 7.

⁷²⁴ "Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España (EDADES 2015)", PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS - MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, 19, http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_EDADES.htm

los españoles que conducen turismos han consumido alguna droga de comercio ilegal y/o alcohol antes de conducir⁷²⁵, y respecto a los resultados de las pruebas para la detección de alcohol en el organismo efectuadas a los conductores implicados ese mismo año en algún accidente con víctimas en las vías interurbanas, se obtuvo que: el 9% de los heridos hospitalizados fueron positivos al test de alcohol; los heridos no hospitalizados arrojaron un 7% de positivos; y de los conductores que no precisaron asistencia sanitaria el 4% dieron positivo al test⁷²⁶.

En esta misma línea, un análisis efectuado en la primera década de la entrada en vigor del permiso por puntos⁷²⁷ llegó a la conclusión de que el 9% de las sanciones impuestas en este periodo habían sido debidas a conductas relacionadas con el consumo de alcohol o drogas⁷²⁸.

Por otra parte, la Memoria del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (INTCF) de los años 2005-2006⁷²⁹ en relación con los accidentes de tráfico, ya revelaba que previamente a la reforma del Código Penal de 2007 cerca del 30% de los conductores fallecidos presentaban unas tasas de alcohol en sangre superiores a 0,3 g/l, aunque ciertamente en este aspecto ya se venía observando una evolución descendente desde el año 2002 cuando el porcentaje fue del 37,4%. En relación con el consumo de drogas de abuso y psicofármacos sin estar asociados a un consumo de alcohol etílico superior a 0,3 g/l, los resultados fueron que: el 7% de los conductores presentaron un consumo de drogas de abuso y/o psicofármacos; el 3,4% presentaron consumo sólo de drogas de abuso; y el 2,4% presentaron consumo sólo de

⁷²⁵ “Estudio sobre la prevalencia del consumo de drogas y alcohol en conductores de vehículos de España (EDAP’15)”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 48-49, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/2015/estudio-sobre-prevalencia-consumo-drogas-y-alcohol-conducto.shtml>

⁷²⁶ “Las principales cifras de siniestralidad vial-España 2015”, DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, 117-120, <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/>

⁷²⁷ España. Ley 17/2005, de 19 de julio, por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2005). La parte referente al sistema del permiso y licencia de conducción por puntos entraría en vigor en julio de 2006 (Disposición final segunda).

⁷²⁸ Véase al respecto DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Con el permiso de todos, gracias a ti. 10º aniversario permiso por puntos*, (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2016), 29-31.

⁷²⁹ “Memoria Análisis Toxicológico Muertes en Accidente de Tráfico – Años 2005-2006”, INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/memorias>

psicofármacos, existiendo un gran porcentaje de conductores que dieron positivo al policonsumo de varias de esas sustancias mezcladas principalmente con alcohol, alcanzando el porcentaje del 39% los conductores fallecidos en accidente de tráfico que habían presentado resultados positivos a sustancias que afectaban al sistema nervioso central (SNC).

Más tarde, la Memoria del INTCF sobre las víctimas mortales en accidentes de tráfico de 2010 concluyó que el “42,46% de los conductores fallecidos presentaron resultados positivos en sangre a drogas y/o psicofármacos y/o alcohol”, apreciándose ligeros incrementos anuales en el estudio comparativo que se realizó entre los años 2006 y 2010 en el porcentaje de casos con resultado positivo según el tipo de sustancia detectada⁷³⁰.

La última Memoria del INTCF, referida al año 2017, muestra que el “42,1 % de los conductores fallecidos presentaron resultados positivos en sangre a drogas y/o psicofármacos y/o alcohol (resultado positivo: alcoholemia >0,3 g/l)” encontrándose el alcohol implicado en algo más del 66% los casos de policonsumo de drogas, datos estos que, lejos de indicar una solución al problema, demuestran que el alcohol y las drogas siguen teniendo una fuerte presencia en la siniestralidad vial⁷³¹.

Pero si bien todos los datos estadísticos aportados son reveladores de la influencia del alcohol y las drogas en la siniestralidad del tráfico y la importancia de incrementar las medidas de control, es preciso efectuar este análisis con cierta cautela⁷³², pues el altísimo porcentaje de conductores fallecidos en siniestros de tráfico que superaban la tasa legalmente permitida se ha obtenido partiendo del número de conductores fallecidos que han sido efectivamente

⁷³⁰ “Víctimas Mortales en accidentes de Tráfico - Memoria 2010”, INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/memorias>

⁷³¹ “Víctimas Mortales en accidentes de Tráfico - Memoria 2017”, INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES,
<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organismos-ministerio-justicia/instituto-nacional/memorias>

⁷³² En este sentido, véanse JESÚS BARQUÍN SANZ, “Seguridad en la conducción tras consumo moderado de bebidas alcohólicas”, en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 496-497; también JESÚS BARQUÍN SANZ Y JUAN DE DIOS LUNA DEL CASTILLO, “Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilómetro: evolución de la concentración de etanol en aire espirado tras consumo moderado de alcohol siguiendo el rito social; factores asociados con esta evolución y con la percepción de mareo y de incapacidad de conducción tras dicho consumo”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7 (2005): 6.

investigados, es decir, de aquellos a los que el médico forense practicó la autopsia y solicitó un análisis de etanolemia, lo que supone que se efectuó una selección previa donde se eliminó un porcentaje de casos en los que se descartó a priori la presencia de alcohol en la sangre del conductor. Según esto, partiendo del número total de fallecidos en siniestros viales y poniéndolo en relación con el número de personas analizadas por el INTCF parece que las cifras reales de conductores fallecidos superando la tasa prohibida de impregnación alcohólica no serían tan elevadas, además de estar incluida en esa cifra los casos, aunque sean pocos, de los conductores fallecidos que no fueron responsables del siniestro.

A pesar de todo no deja de ser relevante la importancia que representa el consumo de alcohol o drogas en la conducción y las consecuencias que originan los accidentes de circulación, en donde el factor humano es el causante de la mayoría de ellos. Y en este sentido existe poca discrepancia respecto del hecho de que la conducción bajo los efectos de cualquier tipo de sustancia es un grave problema social y de salud pública, ahora bien, sí que existe cierta discrepancia respecto del impacto de las medidas individuales orientadas al problema, y uno de los puntos de controversia se encuentra precisamente en dónde se debe establecer el umbral máximo de concentración de alcohol en sangre para los conductores que sirva de frontera a la vez entre la infracción administrativa y penal, atendiendo a la exigencia impuesta por el principio de intervención mínima como límite al *ius puniendi* del Estado.

Lo que sí se ha podido comprobar es que existen una serie de medidas que permiten reducir la incidencia del alcohol en la accidentalidad del tráfico y entre ellas se encuentran: el establecimiento de unos límites concretos de CAS; el hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones concernientes al CAS; el tratamiento de los infractores reincidentes; o, las mayores restricciones para los conductores jóvenes o inexpertos. En este sentido destacar las medidas impuestas en Francia en el periodo 2002 y 2004 en el que se redujo el nivel de alcoholemia permitida de 0,08g/100ml a 0,05g/100ml, como tasa general, intensificando el número de controles de alcoholemia en un 15% y aumentando las sanciones para las tasas de alcohol entre a 0,05g/100ml y 0,08g/100ml, lo que produjo una disminución de un 40% en los incidentes con personas que

conducían tras haber ingerido alcohol y estimando en un 38% de vidas salvadas entre 2003 y 2004⁷³³.

1.2. La ingestión de sustancias que afectan a la conducción

1.2.1. El alcohol

“El consumo de alcohol se encuentra extendido en diversos países del mundo asociándose con muchos aspectos de la vida social y cultural, llegando a formar parte incluso de los rituales de celebración festiva y de socialización con unos efectos a corto plazo valorados positivamente como alegría o euforia”⁷³⁴.

“Las bebidas alcohólicas, ampliamente difundidas en los países occidentales y concretamente en España, se utilizan como parte de la dieta alimentaria, pero también y cada vez con mayor intensidad fuera de la alimentación por resultar gratificantes en varias situaciones, utilizándose también con frecuencia como una droga y buscando en ella los efectos que produce por su acción en el sistema nervioso central como euforizantes y tranquilizantes”⁷³⁵, de tal manera que “cuando se consume una Unidad de Bebida Estándar (UBE, que equivale a 10 gramos de alcohol), los efectos comenzarán a los cinco minutos y alcanzarán el máximo a los 30-45 minutos. Pero a medida que el consumo vaya aumentando aparecerán otros efectos como la reducción de las capacidades cognitivas (pensamiento), sensoriales (audición, visión) y motoras (habla, destrezas motoras finas, lentitud de reacción, debilidad muscular)”⁷³⁶, de lo que se concluye que los efectos del alcohol se presentan de manera inmediata sobre el organismo aunque no llegue a manifestarse externamente.

El alcohol etílico o etanol es el único apto para el consumo humano, y a pesar de que el ordenamiento jurídico no haga expresa mención a él debe entenderse que cuando se hace referencia a la ingesta de bebidas alcohólicas parece indudable que el legislador lo está haciendo exclusivamente al etanol⁷³⁷. Del mismo modo, con el término usado por el ordenamiento jurídico referido a

⁷³³ Véase ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Beber y Conducir...*, 20-21.

⁷³⁴ Sobre el particular ANA SARASA RENEDO, LUIS SORDO, GEMA MOLIST, JUAN HOYOS, ANNA M. GUITART, Y GREGORIO BARRIO, “Principales daños sanitarios y sociales relacionados con el consumo de alcohol”, *Revista Española de Salud Pública*, vol.88, nº 4 (2014): 470.

⁷³⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 116.

⁷³⁶ Al respecto SARASA RENEDO et al., “Principales daños sanitarios y sociales...”, 471.

⁷³⁷ En este sentido GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 36-37.

las “bebidas alcohólicas” lo que se pretende proteger es la seguridad vial como bien jurídico intermedio, que de manera mediata otorga protección a los bienes jurídicos individuales vida e integridad de las personas, de lo que se deduce que resulta indiferente la forma que adopte el alcohol introducido en el organismo.

Este alcohol es un líquido aromático y combustible que procede de la fermentación de sustancias azucaradas, del almidón y de la celulosa, y constituye el elemento activo de las bebidas espirituosas o alcohólicas, siendo su intoxicación común el resultado de su ingesta en cantidad variable, bien de forma esporádica o de forma habitual, mientras que su intoxicación aguda puede presentar formas leves, habitualmente conocidas como ebriedad o embriaguez, o bien formas graves, que en algunos casos puede constituir directamente la causa de la muerte⁷³⁸. En las bebidas débilmente alcohólicas el porcentaje de alcohol oscila entre el 1% y el 8%, resultando de la fermentación de jugos vegetales que contienen almidones o azúcares poco fermentables (cerveza y sidra), transformándose, durante el proceso, la mayor parte del azúcar en alcohol. Las bebidas medianamente alcohólicas contienen un grado de alcohol que oscila entre el 10% y el 20% y proceden de la fermentación de los mostos de uva, cuyo alto contenido en glucosa les hace fermentar fácilmente y según la técnica de vinificación así como el tiempo de fermentación y de envejecimiento dará resultado a los distintos tipos de vinos. Por último, en la obtención de las bebidas fuertemente alcohólicas, con un grado de alcohol de hasta el 40% o el 50%, se van a suceder dos fases, una primera de fermentación seguida de una destilación del producto de la bebida fermentada, es decir, eliminando por el calor parte del agua que contiene, con lo que se enriquece considerablemente la concentración del alcohol (ron, whisky, vodka...)⁷³⁹.

El porcentaje de alcohol de una bebida alcohólica va a venir determinado por el grado alcohólico de la misma, de tal manera que un vino con 12 grados de

⁷³⁸ Véase JOSÉ GUILLERMO SANTIAGO-VARGAS Y RÉGULO NAVA-FRÍAS, “Incidencia de intoxicación alcohólica en pacientes lesionados atendidos en el Servicio de Urgencias del Hospital Central Militar durante el año de 1999. Estudio retrospectivo, observacional, descriptivo”, *Revista de Sanidad Militar*, vol. 56, nº 1 (2002): 6.

⁷³⁹ *Ibid.*, 7.

alcohol (o etanol) indica que en un litro de ese vino (100 centilitros) hay un 12 por ciento de alcohol puro, es decir, 12 centilitros (120 cc).

El alcohol es una sustancia química hidrosoluble que tras ser ingerida pasa directamente a la sangre (fase de absorción), donde comenzará a distribuirse rápidamente por los diferentes tejidos del organismo (fase de distribución) en relación directa con su proporción de agua, siendo posteriormente metabolizado en un 90/98 por ciento en el hígado y eliminándose el resto sin metabolizar por la orina, el sudor o por el aire espirado de los pulmones (fase de eliminación). En su fase de absorción (al pasar del estómago al intestino delgado) pasa rápidamente a la sangre, alcanzando las mayores concentraciones a los 30/90 minutos tras su ingesta, siendo distribuido luego entre todos los sistemas del cuerpo, donde ejercerá alguna modificación funcional, y ante su imposibilidad de ser almacenado en el organismo debe ser eliminado principalmente en el hígado, donde, con independencia de la cantidad que haya en sangre, al alcohol se oxidará a un ritmo constante de 12 miligramos por kilogramo de peso y por hora (8-12 mililitros/hora), por lo que mientras termina de ser quemado o metabolizado el alcohol permanece en la sangre y en los tejidos⁷⁴⁰.

Algunos autores opinan que “existe una evidencia, cada vez más sólida, de una conexión entre el consumo abusivo de alcohol, incluida la intoxicación etílica, y conductas de violencia y agresividad”⁷⁴¹, citando para ello teorías como la degeneracionista de BENEDICT AUGUSTIN MOREL (1809-1873); a CESARE LOMBROSO (1835-1909) y su tipología de “delincuente alcohólico”; o a LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (1889-1970) y su distinción entre la “embriaguez”, como un factor importante de la delincuencia, y el “alcoholismo”, que podría equipararse a una enfermedad mental. En este marco, la delincuencia como consecuencia de los efectos del consumo de alcohol ocuparía el lugar de lo que LÓPEZ MUÑOZ denomina la delincuencia inducida, siendo la relación existente entre la dependencia alcohólica y la criminalidad un hecho constatado por múltiples estudios.

⁷⁴⁰ Sobre el particular, véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*, 117-118.

⁷⁴¹ De este parecer es FRANCISCO LÓPEZ MUÑOZ, “Alcohol y Criminología: Un abordaje histórico”, *Actualidad Criminológica UCJC*, nº 3 (2016): 42 – 44.

A) Los efectos en el organismo

El efecto que produce el alcohol en una primera etapa es el de desinhibición que se traduce en una aparente estimulación, produciéndose a la vez una disminución de la capacidad de atención y de procesar la información sensorial que llega al cerebro aumentando así los tiempos de reacción ante situaciones que requieran una respuesta rápida, generalizándose progresivamente la depresión central y produciéndose una disminución de la capacidad auditiva y asociativa, pérdida de reflejos, sueño y reducción del campo visual⁷⁴².

Las dosis de alcohol etílico que pueden resultar tóxicas van a ser variables según las circunstancias individuales y, más especialmente, con el acostumbramiento del sujeto. No obstante, la experiencia y la clínica permiten conocer los valores medios de su toxicidad, aun cuando sólo se trate a título de orientación, y así la ingesta de 1,20 o 1,50 gr de alcohol por kilogramo de peso produce embriaguez en las tres cuartas partes de los sujetos, siendo la regla la embriaguez una vez superadas esas cifras, y pudiendo ser mortal la intoxicación en el caso de que la cantidad ingerida llegue a 5-6 gr/kg de peso⁷⁴³.

De igual modo se ha podido demostrar que el riesgo de sufrir un accidente de tráfico se va a ver incrementado progresivamente a partir de una tasa de alcoholemia de 0,2 gramos por litro en sangre y que con 0,5 gramos por litro este riesgo aumenta considerablemente, riesgo que se irá aumentando según la cantidad de alcohol en sangre y que resultará diferente según el conductor⁷⁴⁴.

En este sentido, el estudio realizado en Michigan (EEUU) en 1964, conocido como "Grand Rapids", reveló que los conductores que habían consumido alcohol corrían un mayor riesgo de sufrir un accidente y que dicho riesgo se incrementaba rápidamente al aumentar la concentración de alcohol en sangre, obteniendo unos resultados que fueron corroborados y perfeccionados por estudios posteriores y que sirvieron de base para fijar los límites legales de alcoholemia en muchos países del mundo. Estos estudios revelaron que el

⁷⁴² Al respecto DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2016), 122.

⁷⁴³ Sobre el particular ENRIQUE VILLANUEVA CAÑADAS, "Estudio toxicológico y médico-legal del alcohol etílico", en *Gisbert Calabuig Medicina Legal y Toxicología*, 6ª edición, (Barcelona: MASSON, 2004), 881.

⁷⁴⁴ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones...* (Edición 2017), 115.

riesgo de sufrir un accidente se incrementaba considerablemente con una concentración en sangre de 0,04 g/100 ml, siendo el riesgo relativo con una concentración de 0,10 g/100 ml cinco veces superior al de una concentración cero y llegando a ser este riesgo de más de 140 veces superior en el caso de una concentración de 0,24 g/100 ml, tal como se refleja en la ilustración 5⁷⁴⁵.

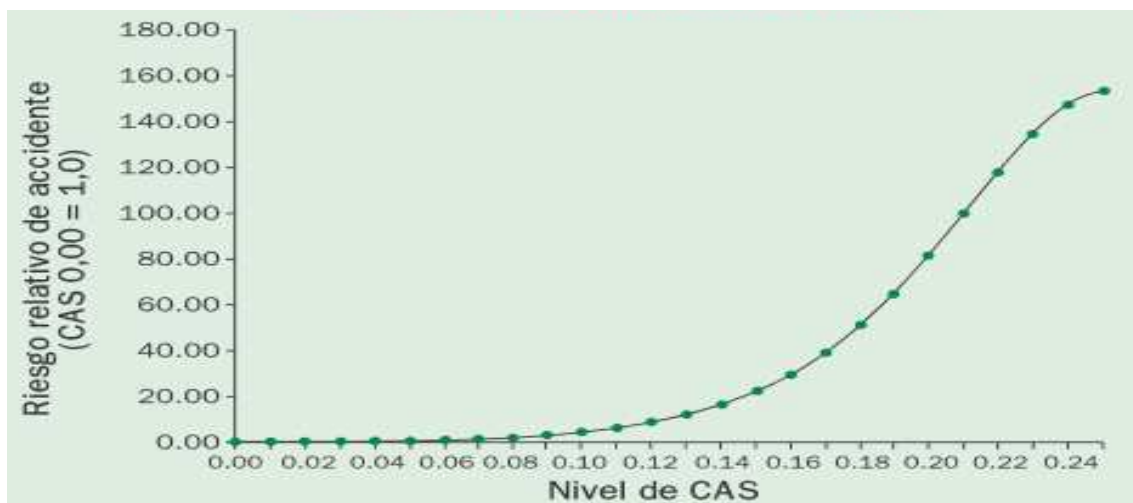


Ilustración 5. Evolución del riesgo. Organización Panamericana de la Salud (2010).

En la misma línea la OMS afirma que “son abrumadoras las pruebas de que el riesgo de un accidente de tránsito aumenta rápidamente con una CAS superior a 0,08g/100ml. Todo límite más elevado que este puede ser enérgicamente criticado desde el punto de vista de la seguridad vial, recomendándose por la Comisión Europea un límite máximo para la CAS de 0,05g/100ml”⁷⁴⁶.

En España el informe elaborado por la Comisión Clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas (DGPNSD) en 2007, sobre el riesgo del consumo de alcohol entre las personas que conducen vehículos, ya recogía en una tabla las alteraciones y la sintomatología clínica observada en relación con la tasa de concentración de alcohol en sangre, así como el efecto

⁷⁴⁵ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Beber y Conducir: Manual de seguridad vial para decisores y profesionales* (Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2010), 10. Obra basada en otra publicada en inglés por la Alianza Mundial para la Seguridad Vial en 2007 con el título: *Drinking and Driving: a road safety manual for decision-makers and practitioners*.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, 83, pudiéndose también consultar los cuadros incluidos en la pág. 158 sobre el menoscabo de las facultades debido alcohol, en unos cuadros diferenciados para hombres y mujeres según el peso corporal y la cantidad de alcohol ingerida, donde se recoge el estado de ebriedad desde el punto de vista legal a partir de una CAS de 0,08 así como la posible sanción por delito.

producido en el rendimiento psicomotor y la capacidad de conducción (Ilustración 6)⁷⁴⁷.

Concentración de alcohol en sangre g/l	Signos y síntomas clínicos
< 0,3 g/l	Desinhibición, euforia leve.
0,3 – 0,5 g/l	Borrachera leve. Logorrea, locuacidad, inyección conjuntival. Euforia. Afectación leve del rendimiento psicomotor
0,5 – 1 g/l	Borrachera moderada. Deterioro moderado del rendimiento psicomotor.
1 – 2 g/l	Borrachera intensa. Sedación, ataxia, disartria, diplopía, nistagmus, deterioro mental y físico, agresividad, excesiva euforia. Taquicardia, taquipnea, trastornos vasomotores, Náuseas, vómitos, Deterioro grave del rendimiento psicomotor.
2 – 3 g/l	Borrachera completa. Ataxia, sedación, confusión, vértigo, diplopía. Nauseas, vómitos. Deterioro muy grave del rendimiento psicomotor.
3 – 5 g/l	Coma sin signos de focalidad, hipotermia, hipotonía, hipoglucemia, midriasis bilateral poco reactiva, abolición de reflejos osteotendinosos. Braquicardia, hipotensión y depresión respiratoria. Imposibilidad de conducir.
> 5 g/l	Muerte.

Ilustración 6. Signos y síntomas de alcoholemia. Comisión Clínica. DGPNsD (2007).

En el mismo sentido los estadios de la intoxicación alcohólica aguda, según DUBOWSKI, K. H.⁷⁴⁸, se podrían clasificar en diferentes franjas que se superpondrían, al no existir una correlación exacta entre las cifras y grado de perturbación de la persona, tal como se observa en la Ilustración 7.

⁷⁴⁷ MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Comisión Clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. INFORME SOBRE ALCOHOL* (Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007), 55-59.

⁷⁴⁸ Referencia hecha por BERRO ROVIRA, "Siniestros de tránsito...", 26.

Nivel Estado de alcoholemia g/l	Influencia alcohólica
0,1 a 0,5	<p>Subclínico: Sin influencia aparente.</p> <p>Euforia: Disminución de la atención, juicio y control. Inicio de alteraciones sensorio motoras. Lento procesamiento de información.</p>
0,9 a 2,5	<p>Excitación: Trastorno de percepción, memoria y comprensión. Disminución de la respuesta sensorial. Aumento del tiempo de reacción. Reducción de la acuidad visual, visión periférica y recuperación al encandilamiento. Incoordinación sensorio-motora, alteración del equilibrio, somnolencia.</p>
1,8 a 3,0	<p>Confusión: Desorientación, confusión mental y mareos. Disturbios de la visión (diplopía) y de la percepción del movimiento, color, forma, movimiento y dimensiones. Incoordinación muscular, marcha bamboleante, apatía, letargo.</p>
2,5 a 4,0	<p>Estupor: Inercia general, próxima a la pérdida de funciones motoras. Marcada disminución de respuesta a estímulos. Marcada incoordinación muscular. Incapacidad de mantenerse en pie o caminar. Vómitos, incontinencia de orina y fecal.</p>
3,5 a 5,0	<p>Coma: Inconsciencia completa, coma, anestesia. Disminución o abolición de reflejos. Hipotermia. Trastornos circulatorio y respiratorio. Muerte posible.</p>
>4,5	<p>Muerte: Paro respiratorio.</p>

Ilustración 7. Influencia según la intoxicación alcohólica. (Berro Rovira 2013).

También la ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD concluye que los efectos inmediatos del alcohol en el cerebro producen un menoscabo sobre las facultades del conductor incrementando con ello la probabilidad de sufrir accidentes, pudiéndose comprobar que el riesgo se va a incrementar con rapidez al aumentar la concentración alcohólica y que incluso en el caso de los

motoristas se ha podido calcular que un nivel de alcoholemia superior a 0.05 g/100 ml puede aumentar hasta en 40 veces el riesgo de sufrir un accidente en comparación con una alcoholemia equivalente a cero (ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD 2010, 9).

En esta misma línea algunos autores vienen a afirmar que “la evidencia científica indica que el riesgo de sufrir una colisión aumenta a partir de alcoholemias iguales o superiores a 0,2 g/l y que se duplica a partir de 0,3 g/l”, así como que el establecimiento de unos niveles máximos de alcoholemia en conductores resulta un elemento básico de prevención⁷⁴⁹. Coincidiendo otros en que a partir de estas tasas de concentración de alcohol en sangre (0,3 g/l a 0,45 g/l) comienza la *zona de riesgo*, en donde la mayoría de los conductores presenta excitabilidad emocional, disminución de la agudeza mental, relajación, sensación de bienestar y deterioro de los movimientos oculares, entrando en la *zona de alarma* entre 0,5 g/l y 0,79 g/l en donde aparece en la mayoría de los individuos reacciones lentas, alteración de los reflejos o perturbaciones motrices, siendo el coeficiente multiplicador del riesgo 5, para alcanzar una zona que se denominaría de *conducción peligrosa* entre los 0,8 g/l y 0,14 g/l en donde el riesgo de sufrir un accidente se multiplicaría por 9, siendo el riesgo 20 veces mayor en tasas entre 1,5 g/l y 2,99 g/l y llegando a multiplicarse por 40 en el caso de tasas superior de alcohol en sangre a los 3 g/l⁷⁵⁰.

B) La ingesta desde el punto de vista penal

La conducta que se pretende evitar es la de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, de tal manera que se exceda así el margen de riesgo

⁷⁴⁹ De este parecer son JUAN R. VILLALBÍ, MARINA BOSQUE-PROUS, MIGUEL GILI-MINER, ALBERT ESPELT Y MARÍA TERESA BRUGAL, “Políticas para prevenir los daños causados por el alcohol”, *Revista Española de Salud Pública*, vol. 88, nº 4 (2014): 519.

⁷⁵⁰ Así opinan RODOLFO ANTONIO VÁZQUEZ PEDROUZO, “Causas de los accidentes de tránsito desde una visión de la medicina social. El binomio alcohol-tránsito”, *Revista Médica del Uruguay*, vol. 20 nº3 (2004): 183; SARASA RENEGO et al., “Principales daños sanitarios y sociales...”, 477-478; BARQUÍN SANZ Y LUNA DEL CASTILLO, “Ingesta moderada de alcohol...”, 55, donde se hace una referencia al estudio efectuado por West en 1993, que demostró que sólo a partir de 0,5 g/l de etanolemia se produce un retraso significativo en el tiempo de respuesta del conductor; BARQUÍN SANZ, “Seguridad en la conducción...”, 503; LÓPEZ MUÑOZ, “Alcohol y Criminología...”, 43, quien por su parte hace referencia a los trabajos realizados por el profesor Robert F. Borkenstein (1912-2002), de la Universidad de Indiana (EEUU) y a la estimación de que la conducción con 0,5 gramos de etanol por litro de sangre suponía casi el doble de probabilidad de sufrir un siniestro vial, así como que con 0,8 g/l el riesgo de un siniestro mortal era casi cinco veces mayor.

permitido para este tipo de actividad, pero no toda presencia de alcohol en sangre determina esa influencia y por ende la incapacidad para conducir de forma segura, siendo por ello que la jurisprudencia mayoritaria ha venido entendiendo antes de la reforma penal de 2007 que la sola determinación de una tasa concreta de alcohol en sangre no era suficiente para establecer dicha influencia, exigiendo por ello otros medios probatorios de tal influencia en la conducción.

Es en este apartado donde la ciencia médica ha jugado un papel decisivo a la hora de establecer de manera científica a partir de qué concentración en sangre se puede afirmar que cualquier persona presenta sus facultades lo suficientemente afectadas como para efectuar una conducción insegura⁷⁵¹. Y esta conducción peligrosa, desde el punto de vista normativo, se sintetiza en un juicio de previsibilidad de afectación de un bien jurídico desde una perspectiva *ex ante*, que aprecie un cierto grado de probabilidad de que se ocasione un resultado lesivo, así como que se constate la infracción del deber objetivo de cuidado respecto de esa probabilidad, lo que justificaría el contenido material del injusto. Los casos en que se demuestre que la acción jamás pudo poner en peligro el bien jurídico protegido deberían quedar excluidos de la punición de la conducta, debiéndose sólo contemplar los casos en que la acción fuera la adecuada para producir el peligro y además lo suficientemente peligrosa como para hacer necesaria la reacción jurídica, siendo por ello un problema de política criminal la determinación de este grado de peligro que va a exceder del legalmente permitido.

Pero también se pueden encontrar opiniones en contra⁷⁵² para los que ninguna droga produce un efecto único, no siendo el alcohol una excepción, produciendo todas ellas múltiples efectos en función de un amplio conjunto de variables dependientes en relación con la dosis, tipo de sustancia, mezclas, pureza, etc. o bien de las propias características individuales del conductor como la edad, o su estado psicofísico, a lo que une la propia manera de conducir o reaccionar de cada conductor ante las situaciones del tráfico. Otros

⁷⁵¹ Sobre el particular MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción...*, 142; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 38.

⁷⁵² Véanse DANIEL FERRANDIS CIPRIÁN, "La reforma del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre y 5/2010, de 22 de junio", *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 36, nº3 (2011): 370-371; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 98-99.

también cuestionan el nuevo modelo penal en base a una presunta lesividad material, exenta de una puesta en peligro real del bien jurídico-penal, que el legislador ha instaurado en base a una presunción legal que de ninguna manera puede ser concebida como medio probatorio⁷⁵³.

Según estas líneas de opinión la evaluación del riesgo atiende a múltiples circunstancias concurrentes en la concreta persona, no admitiéndose por tanto una respuesta apriorística o categórica basada en la afirmación de que a partir de una tasa determinada de alcohol en sangre cualquier persona vea necesariamente alteradas de modo significativo las facultades requeridas para una conducción segura, pero sin llegar a negar el dato objetivo de que la concentración de alcohol en sangre puede ser un indicio muy importante de la afectación, eso sí, sólo un indicio que se debería complementar con otros datos⁷⁵⁴.

La propensión o tendencia a la lesión del bien jurídico protegido también se va a mover entre una serie de valores oscilantes y que van a depender de las concretas circunstancias en las que la conducción se desarrolle, de tal manera que el conductor ha de dar respuesta a las exigencias mostradas por el entorno y el vehículo en base a sus capacidades y habilidades presentándose estas exigencias de una manera diferente en función del pavimento, trazado de la vía, luminosidad, climatología o densidad del tráfico, entre otras, de tal forma que las propensiones van a ir cambiando según las diferentes situaciones al igual que las propias capacidades del conductor, concluyendo que la propensión a la lesión del bien jurídico no se va a mantener nunca estable y va a ir variando según todas las circunstancias ya mencionadas, no pudiendo

⁷⁵³ Al respecto, véase JOSÉ-IGNACIO GALLEGO SOLER, "El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2)", en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 168-178; en la misma línea CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 92-93, considera que se produce una anticipación de la barrera defensiva mayor incluso que en los tipos de delito de peligro abstracto, no llegándose siquiera a probar la potencialidad lesiva de la conducta concreta de un conductor en particular, catalogándolo por ello como un "delito obstáculo" orientado a la "prevención sin riesgo".

⁷⁵⁴ De esta opinión es DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ, "La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del Código Penal", en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 209-215, quien califica la tasa de alcoholemia como otro elemento indiciario más que debe tenerse en consideración de manera grupal con otros vinculados a la misma acción. Para este autor, la tipificación expresa de una determinada concentración de alcohol junto a la calificación de peligro abstracto del delito del art. 379.2 CP aboca a un expansionismo del Derecho Penal y la sociedad del riesgo hacia ámbitos poco aconsejables.

adoptarse un grado de concentración etílica como criterio decisivo sino que habría que valorar también los elementos adicionales relativos a las circunstancias externas al sujeto y propias de su conducción⁷⁵⁵.

El argumento expuesto no está exento de razón pero opinamos que con él lo que se pretende es convertir un delito típico de peligro abstracto en otro de peligro concreto, al exigir unos elementos determinados de valoración de la influencia que sólo se van a poner de manifiesto cuando “las exigencias del entorno superen o sean eficazmente compensadas por las capacidades o habilidades exhibidas por el conductor”⁷⁵⁶, de tal manera que en un mismo tramo de carretera dos conductores con igual tasa de alcohol podrían tener un tratamiento diferente en razón al comportamiento externo de su conducción, pudiendo aquí incluso intervenir el componente del azar a la hora de elegir la maniobra adecuada, la experiencia en la conducción de cada uno de ellos o incluso el estar afectado por alguna enfermedad, y de igual manera un mismo conductor podría o no incurrir en un delito de conducción bajo influencia del alcohol dependiendo del tramo de vía por el que se encuentre circulando en ese momento, circunstancias estas que no parecen adaptarse al principio de seguridad jurídica que preconiza nuestra Constitución. Una seguridad jurídica que aporte claridad y no confusión a la norma, de tal manera que tanto los operadores jurídicos como los ciudadanos sepan a qué atenerse, huyendo de provocar situaciones objetivamente confusas y promoviendo y buscando la certeza respecto a qué es el Derecho, así como no introducir perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuales las consecuencias derivadas de las normas vigentes o incluso cuáles sean éstas⁷⁵⁷.

Parece claro que en este tipo delictivo existe un nexo de unión entre el bien jurídico protegido y la bioquímica del alcohol, en su comportamiento una vez dentro de nuestro organismo y su posible afectación a la conducción, siendo múltiples los estudios médico-científicos que han tratado de establecer las diferentes tasas de alcoholemia así como sus efectos y su posible implicación en la siniestralidad vial, coincidiendo todos ellos en que si bien bajas

⁷⁵⁵ En este sentido FERRANDIS CIPRIÁN, “La reforma del delito...”, 372-373.

⁷⁵⁶ Al respecto, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, “La influencia directa del alcohol...”, 194.

⁷⁵⁷ Sobre el particular Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 46/1990 de 15 de marzo, fundamento jurídico 4.

concentraciones de alcohol en sangre no resultan relevantes para la conducción, máxime teniendo en cuenta también la gran variabilidad personal⁷⁵⁸, no ocurre lo mismo para tasas de alcohol en sangre superiores a 0,8 g/l, en donde sí se hace evidente la influencia en la conducción así como el aumento del riesgo de verse implicado en un accidente de circulación⁷⁵⁹.

Es por todo ello que entendemos que la determinación por métodos científicos de una concentración alcohólica en el organismo, que sea capaz de influir de forma general en la conducción de vehículos de motor, no puede ser considerada sin más una presunción legal sino una evidencia científica de tal influencia. La constatación de que a partir de tasas bajas de impregnación alcohólica se puedan empezar a observar síntomas clínicos de intoxicación etílica hace incluso replantarse el límite legal actualmente establecido (1,2 g/l o 0,60 mg/l), teniendo en cuenta que son múltiples las investigaciones científicas que concluyen que con tasas de alcohol en sangre inferiores a ésta existe ya una influencia etílica moderada, independientemente del sexo, peso u otros factores⁷⁶⁰. A partir de una tasa en sangre de 0,8 g/l se multiplica la probabilidad de sufrir un siniestro vial con respecto a otra persona que no haya consumido alcohol, lo que justifica el recurso a la técnica del delito de peligro abstracto por entenderse vulnerado el bien jurídico seguridad vial ante la probabilidad dañosa de esta conducta.

Con esta medida se protege la seguridad vial, garantizando las condiciones mínimas que deben avalar el normal desenvolvimiento de la circulación de vehículos de motor basada en los principios de confianza, conducción dirigida y seguridad, dentro del riesgo considerado permitido o lícito en el desarrollo de este tipo de actividad.

⁷⁵⁸ Para BARQUÍN SANZ, "Seguridad en la conducción...", 500-501, los tres predictores independientes de la concentración de etanol en aire espirado son: el tiempo desde que se hizo la ingesta de alcohol, el sexo del individuo y el índice de masa corporal (IMC), siendo los demás predictores irrelevantes, aunque algunos de ellos como la edad o la costumbre precisan de estudios complementarios.

⁷⁵⁹ En este sentido, véase DÍAZ REVORIO, "La prueba de alcoholemia...", 123-124, quien muestra los resultados de algunos estudios ya conocidos antes de la modificación penal introducida por la LO 15/2007, aunque finalmente el legislador optó en aquel momento por establecer una tasa objetiva de 1,2 g/l a la hora de tipificar la conducción bajo la influencia del alcohol.

⁷⁶⁰ Al respecto MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción...*, 153.

1.2.2. Las drogas y los medicamentos

El término droga puede ser definido como “toda sustancia que introducida en un organismo vivo, puede modificar una o más funciones de éste”⁷⁶¹, siendo por tanto un concepto general que engloba a muchos otros (fármacos, medicamentos, etc.). La conducción bajo los efectos de drogas ilegales o el mal uso de medicamentos prescritos puede resultar tan peligroso o más que la conducción bajo los efectos del alcohol, resultando éstos diferentes en función de cada tipo de droga así como la forma que tiene cada una de ellas de actuar en el cerebro⁷⁶². Es conocido que algunas incluso en cantidades mínimas pueden tener un efecto notable sobre las funciones cognitivas, perceptivas o motoras, lo que motiva que en algunos Estados existan leyes de “tolerancia cero” a la conducción bajo la influencia de drogas por el simple hecho de detectar cualquier cantidad de ellas en sangre u orina, mientras que otros se encuentran a la espera de que las investigaciones sobre las drogas definan claramente cuáles son los niveles en la sangre que indican que una persona no está habilitada para conducir, de igual manera que se encuentran definidos los niveles de alcoholemia.

Siguiendo el criterio de la DGT, una clasificación clara y sencilla de estas sustancias psicotrópicas podría ser la basada en la acción predominante sobre el SNC, pudiéndose hablar o clasificarlas como:

- “1.- Drogas o sustancias depresoras del sistema nervioso central (también llamadas “psicolépticos”): como los barbitúricos, sedantes, hipnóticos u opiáceos.
- 2.- Drogas o sustancias estimulantes del sistema nervioso central (“timolépticos”, “timoanalépticos” o “psicotónicos”): como los anfetamínicos, la cocaína, la cafeína o la nicotina.
- 3.- Drogas que producen alucinaciones (“psicodislépticos”, “psicotomiméticos”, “psicotógenos” o “alucinógenos”): como el cannabis, el éxtasis, las colas o los disolventes.

⁷⁶¹ Así lo entiende JOAN MANUEL NIN H., “Drogas”, *Monografias.com*, (2005), <https://www.monografias.com/trabajos19/drogas/drogas.shtml>

⁷⁶² “Conducir bajo la influencia de las drogas”, NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE (NIDA), consultado el 9 de mayo de 2018, www.drugabuse.gov/es/publicaciones/drugfacts/conducir-bajo-la-influencia-de-las-drogas.

Los efectos de una determinada sustancia psicotrópica sobre la capacidad de conducción se va a manifestar de manera distinta según la sustancia de que se trate (tipo y dosis), la idiosincrasia personal y el momento en que se tome. No obstante, sí que se conocen los síntomas propios resultantes de la acción de cada sustancia sobre el organismo y que, en lo referente al sistema nervioso, pueden interferir con la capacidades precisas para una conducción segura”⁷⁶³.

En este sentido: 1º.- el grupo de depresores del SNC pueden producir errores en la toma de decisiones, alteraciones atencionales, alteraciones en la capacidad de identificación de estímulos, percepción visual deficiente o enlentecimiento en el proceso de la información; 2º.- el segundo grupo de estimulantes tendrían consecuencias para la conducción como la sobrevaloración de las propias capacidades, disminución de la sensación de fatiga, alteración de la toma de decisiones o la alteración en la valoración del riesgo; y, 3º.- por último el grupo de sustancias perturbadoras del SNC influirían en la percepción, la dificultad para fijar la atención, a la vez que producirían alteraciones de la coordinación motora, alteraciones de la personalidad o la disminución de reflejos⁷⁶⁴.

Aunque con una terminología diferente, puede afirmarse, que con carácter general los términos “droga”, “fármaco” y “medicamento” son análogos entre sí y que también “fármaco o medicamento psicotrópico” es sinónimo a “sustancia tóxica” y “estupefaciente”, siendo todos ellos desde el punto de vista de la seguridad vial sustancias que pueden modificar los procesos o funciones del organismo y por lo tanto pueden alterar las capacidades necesarias para la conducción de vehículos⁷⁶⁵.

En un proceso similar al seguido por el alcohol, desde que una sustancia tóxica penetra en el organismo debe recorrer necesariamente un camino hasta alcanzar los lugares donde va a actuar antes de acabar siendo eliminada y este movimiento del tóxico está representado por los procesos de: absorción, distribución, metabolismo y eliminación, siendo la biotransformación del producto el proceso más importante desde el punto de vista analítico, ya que la

⁷⁶³ Véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*..., 141.

⁷⁶⁴ Sobre el particular DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2017)*, 125-127.

⁷⁶⁵ En este sentido DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)*..., 140.

mayoría de los tóxicos sufren profundos cambios metabólicos en el organismo apareciendo posteriormente en la orina, la saliva u otros fluidos biológicos como productos de transformación. Por ello el conocimiento de la metabolización y de los factores que le afectan presenta un gran interés de cara a su detección en los fluidos biológicos.

En el proceso de metabolización de cualquier sustancia se producen una serie de metabolitos específicos que son eliminados por los fluidos corporales, y en este proceso es en el que se basan los diferentes equipos técnicos actualmente utilizados por los Agentes encargados de la vigilancia del tráfico para la detección de drogas en el organismo, ya que el análisis de muestras salivales, legalmente reconocidas, se presentan como pruebas no invasivas, higiénicas y fáciles de usar.

Es preciso destacar que el consumo de medicamentos, bajo prescripción médica o no, mientras se conduce pueden igualmente producir mareos, somnolencia, vértigos o alteraciones visuales, pues “a pesar de que es bien conocido su aspecto positivo (preventivo y curativo) no debe olvidarse que la mayoría de fármacos son sustancias extrañas al organismo humano y que, como tales, en ocasiones pueden producir efectos tóxicos. Los distintos grupos de fármacos, por sus efectos sobre el organismo humano, pueden influir e interferir con la capacidad de conducción y, en ocasiones, hasta ser los responsables de los accidentes de tráfico”⁷⁶⁶.

“El alcohol por sí sólo es ya uno de los principales agentes implicados en la aparición de accidentes de tráfico, pero su ingesta junto con un fármaco es aún más peligrosa pues potencia los efectos tóxicos (sedación, somnolencia, confusión, incoordinación motora, etc.) de una gran cantidad de medicamentos, incluso la ingesta de pequeñas cantidades de alcohol (una cerveza o un vaso de vino) produce un gran efecto en el individuo”⁷⁶⁷.

Es por ello que la adopción de una etiqueta de advertencia relativa a su posible afectación a la conducción en el embalaje de algunos medicamentos se inició, como siempre en materia de seguridad vial, en los Países Nórdicos, adoptándose más tarde por otros como Francia y España que han desarrollado una clasificación/etiquetado de todos los medicamentos disponibles.

⁷⁶⁶ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Cuestiones... (Edición 2016)...*, 144.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, 136.

En España el Real Decreto 1345/2007⁷⁶⁸, por el que se materializa la transposición de la Directiva 2004/27/CE, recoge un aspecto fundamental del medicamento como es el de hacer constar tanto en el etiquetado como en el prospecto del mismo su identificación e información, como garantía de su correcto empleo, promoviendo la seguridad y eficacia en su utilización. En este Real Decreto se establece también que los medicamentos de nueva autorización que puedan reducir la capacidad para conducir o manejar maquinaria peligrosa deberán incorporar en el envase un símbolo de advertencia (pictograma) en el que, sobre fondo blanco, se dibuje un triángulo rojo con el vértice hacia arriba y un coche negro en su interior con la leyenda en su parte inferior: “conducción: ver prospecto”.

1.3. La Unión Europea ante el problema

La Unión Europea comenzaría a reconocer el problema de la accidentalidad en las carreteras tras la Resolución adoptada por el Consejo y los representantes de los gobiernos de los estados miembros reunidos el 21 de junio de 1991, donde se solicitaba a la Comisión que elaborara y pusiera en práctica un programa comunitario de medidas concretas destinadas a realizar las nuevas iniciativas comunes así como a aproximar las experiencias nacionales que se estaban llevando a cabo en los distintos ámbitos de acción y de investigación relativas a la lucha contra los accidentes en carretera y sus consecuencias para las víctimas.

De este modo y en el marco de la política común de transportes, referida a la seguridad de los usuarios de las carreteras en los Estados de la Unión Europea, se adoptaría la Recomendación de la Comisión, de fecha 17 de enero de 2001⁷⁶⁹, tras reconocer los éxitos registrados en la disminución de accidentes y víctimas mortales en los países en los que se había reducido la tasa de alcoholemia, afirmando que para resolver el problema del alcohol al volante:

⁷⁶⁸ España. Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (*BOE* núm. 267, de 7 de noviembre de 2007).

⁷⁶⁹ Recomendación de la Comisión, de 17 de enero de 2001, sobre la tasa máxima de alcoholemia para los conductores de vehículos de motor. *Diario Oficial* n^o L 43, de 14 de febrero de 2001, p.3-36.

“Todos los Estados miembros deberían adoptar una tasa máxima legal de alcoholemia de 0,5 mg/ml, o incluso inferior, para los conductores de los vehículos a motor de todo tipo.

Todos los Estados miembros deberían adoptar una tasa máxima legal de alcoholemia más baja, de 0,2 mg/ml, o incluso inferior, para los siguientes grupos de usuarios de la carretera:

- a) Conductores sin experiencia;
- b) Motoristas;
- c) Conductores de vehículos de grandes dimensiones;
- d) Conductores de vehículos de transporte de mercancías peligrosas.

Todos los Estados miembros deberían adoptar pruebas aleatorias de alcoholemia en aire espirado para evitar que los conductores consuman alcohol, de tal forma que los conductores tengan una probabilidad⁷⁷⁰ estadística real de someterse a las pruebas al menos una vez cada tres años, de acuerdo con las mejores prácticas normalizadas actuales.”

Según recoge esta Recomendación, las investigaciones realizadas ya confirmaban que el riesgo relativo de accidente aumentaba de forma significativa con tasas de alcoholemia superiores a 0,5 mg/ml y que para el conductor medio el riesgo de verse implicado en un accidente, dentro de la franja de 0,5 a 0,8 mg/ml, era aproximadamente dos veces superior al riesgo que corría un conductor con una tasa equivalente a cero.

La Unión Europea toma de esta manera cartas en el asunto reconociendo que el problema del alcohol al volante es también un problema de salud pública y que según el artículo 152 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea ésta será competente en la medida que contribuya a la salud pública, volviendo más tarde a reconocer el Consejo, en su Resolución de fecha 27 de noviembre

⁷⁷⁰ Resulta de gran importancia trasladar al ciudadano la impresión de que existe un grado de aplicación de la ley incluso más alto del real mediante la acción policial, garantizando así la credibilidad de que puedan ser sometidos a un control relacionado con la seguridad vial en cualquier lugar, día de la semana y franja horaria influyendo de esta forma positivamente en el cumplimiento riguroso de la norma, pues las personas que no conocen bien los riesgos reales de la conducción bajo los efectos del alcohol van a tender a sobreestimar así las probabilidades de ser sorprendidos cometiendo una infracción.

de 2003⁷⁷¹, que las investigaciones científicas llevadas a cabo indicaban que las sustancias psicoactivas pueden perjudicar gravemente la capacidad de conducción, en particular alterando las funciones psicomotrices de los conductores, representando una de las causas de los accidentes viales.

Sin embargo es preciso destacar en este apartado el escaso valor vinculante de los documentos emitidos por la Unión Europea en materia de seguridad vial con carácter general, pues no suelen adoptar la forma de Reglamentos, que con su carácter general son obligatorios en todos sus elementos y son directamente aplicables en todos los Estados miembros, ni el de Directivas, que vinculan a todos los Estados en cuanto a su resultado final dejando libertad a los mismos en cuanto a la forma y medios para alcanzarlos, sino más bien suelen ser Recomendaciones o Comunicaciones sin carácter vinculante que la Comisión dirige al Consejo o al Parlamento Europeo, lo que no impide que a nivel Estatal se adquieran compromisos alineándose con la política que la Unión Europea proponga.

1.4. Posturas adoptadas por países del entorno

Las legislaciones internacionales vigentes en nuestro entorno han venido utilizando tres enfoques a la hora de determinar si un conductor se encuentra bajo los efectos de algún tipo de sustancia: 1º.- el primero es el enfoque tradicional, basado en el deterioro o influencia que provoca la sustancia consumida; 2º.- el segundo es un enfoque “*per se*”, con dos diferentes versiones, una basada en la *tolerancia cero* y otra basada en el establecimiento de unas *tasas o límites de concentración* en sangre o en fluidos corporales; y, 3º.- el tercero resulta ser una combinación de los dos anteriores, donde resulta ilegal conducir con una tasa superior a la establecida pero se agrava la sanción si además se observan signos de influencia. La superación de una tasa legalmente establecida supone ya una prueba legal de la incapacidad para conducir en los dos últimos supuestos⁷⁷².

En materia de conducción con presencia de alcohol en el organismo la Resolución (73) 7 del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros

⁷⁷¹ Resolución del Consejo de la Unión Europea 2004/C 97/01, de 27 de noviembre de 2003, relativa a la lucha contra el consumo de sustancias psicoactivas asociado a los accidentes viales. *Diario Oficial de la Unión Europea*, nº C 097, de 22 de abril de 2004, pp. 1-3.

⁷⁷² Al respecto, véase DGT, “Informe final alcohol, drogas y medicamentos...”, 6.

el 22 de marzo de 1973 durante la 219ª reunión de los Delegados de los Ministros relativa a la represión de las infracciones de tráfico cometidas conduciendo un vehículo bajo los efectos del alcohol, recomendaba a los Gobiernos de los Estados miembros que aplicaran el principio de que “toda persona que conduzca un vehículo de motor en la vía pública bajo los efectos del alcohol podrá ser objeto de sanciones penales si se demostrara su incapacidad para conducir o si su tasa de alcoholemia fuera al menos de 80 mg sobre 100 ml”⁷⁷³ y “este fue el modelo asumido por la mayoría de Estados europeos que prevén tipos penales articulados sobre concretas tasas de impregnación alcohólica”⁷⁷⁴.

En el Pleno del Congreso celebrado el 26 de junio de 2007, según los datos ya aportados entonces por el parlamentario MAYORAL CORTES representante del Grupo Socialista del Congreso en su intervención ante la modificación de la LO 10/1995⁷⁷⁵, ya se apuntaba que entre el 30 y el 50 por ciento de los casos de fallecidos en accidentes de tráfico el alcohol se encontraba implicado, y era por eso que nada tenía de extraño que en los países europeos se hubieran establecido límites precisos en lo que se refería a su punición penal, exponiendo ejemplos como el de Austria, Francia, Alemania, Grecia, Luxemburgo, Portugal y Reino Unido con tasas concretas de concentración de alcohol en sangre⁷⁷⁶.

De este modo en algunos países de nuestro entorno ya existía esa tasa objetiva de alcoholemia punible, como en Italia donde se incriminaba la conducción en estado de embriaguez, considerando embriaguez cuando la tasa alcohólica era superior a 0,5 gr/l de sangre, penándose igualmente la conducción con alteración física o psíquica derivada del uso de sustancias estupefacientes o psicotrópicos. Y en parecida línea se mostraba la legislación

⁷⁷³ MINISTERIO DE JUSTICIA, *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica* (Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992), 158-160.

⁷⁷⁴ Sobre el particular DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial...”, 110.

⁷⁷⁵ Véase CORTES GENERALES, *Sesión plenaria núm. 248 (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº 266, de 26 de junio de 2007)*, 13290.

⁷⁷⁶ En este sentido también GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 119-120, contempla que incluso cuando fue aprobada la “Ley del Automóvil de 1950”, ésta “se apartó de las tendencias imperantes en aquel momento en la legislación comparada, que consideraba punible la conducción con una determinada tasa de alcoholemia, sin que fuera precisa su influencia”, poniendo como ejemplo la ley noruega de 20 de enero de 1926 o la sueca de 7 de junio de 1934.

francesa que consideraba conducción en estado de embriaguez manifiesta cuando el conductor presentara determinados síntomas, aunque estos no se manifestaran en la conducción, acompañados de una tasa superior a 0,8 gr/l de sangre, elevando las penas cuando al consumo de estupefacientes se unía esta concentración de alcohol. También en el Reino Unido era incriminada tanto la conducción como el mero intento de conducir cuando se superaban tasas de impregnación alcohólica superiores a 35 microgramos de alcohol en 100 mililitros de aire espirado, 80 miligramos de alcohol en 100 miligramos de sangre o 107 miligramos de alcohol en 100 mililitros de orina, siendo considerada esta actividad como una conducción peligrosa que podía acarrear una multa de hasta 5.000 libras y/o 6 meses de prisión. En el caso de Alemania, si bien la ley no contenía referencia expresa alguna a las tasas de alcoholemia, la doctrina científica y la jurisprudencia parecían coincidir en considerar que existía una incapacidad absoluta para la conducción con seguridad a partir de una concentración de 1,1 gr/l de sangre (0,1 gr se añadía como margen de seguridad al valor básico de 1 gr/l) en el momento de la conducción o con posterioridad, no admitiéndose prueba en contrario salvo en supuestos de extraordinaria tolerancia al alcohol⁷⁷⁷.

En el ámbito administrativo un análisis comparado con países del entorno europeo actual respecto a los límites de alcohol⁷⁷⁸ nos permitiría establecer cuatro grupos: 1º.- en un primer grupo se incluirían los países con una tasa similar a la española⁷⁷⁹, donde se encontrarían Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Suiza; 2º.- un segundo grupo de países que, aun manteniendo también una tasa de 0,5 g/l como tasa general, sin embargo abogarían por una política de 0,0 como tasa para conductores noveles y profesionales, como es el caso de Alemania, Croacia, Eslovenia e Italia; 3º.- en otros casos sin embargo

⁷⁷⁷ Sobre el particular SERGI CARDENAL MONTRAVETA, "La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado" en *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 53-54; el mismo, "Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado", *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3 (2007): 19-23; BARTOLOMÉ VARGAS, "La Seguridad Vial...", 5.

⁷⁷⁸ "Viajar al extranjero", COMISIÓN EUROPEA, consultado el 9 de mayo de 2018, http://ec.europa.eu/transport/road_safety/going_abroad/index_es.htm#

⁷⁷⁹ Tasa máxima por alcoholemia de 0,5 g/l en sangre como tasa general y 0,3 g/l como tasa para conductores noveles y profesionales.

se mantienen unas tasas inferiores a la española⁷⁸⁰ como en Bulgaria, Eslovaquia, Estonia, Finlandia, Hungría, Lituania, Noruega, Polonia, República Checa, Rumanía y Suecia; y, 4º.- por último existiría un reducido grupo de países en los que la tasa de alcoholemia se situaría por encima de las tasas máximas española como son Liechtenstein, Malta y Reino Unido (salvo Escocia con tasa similar a la española). De todo ello se deduce que el tratamiento que en España se da a la conducción tras el consumo de alcohol es bastante tolerante desde un primer momento, observándose como incluso la regulación que del asunto se hace en el ámbito administrativo es más flexible en nuestro país en comparación con los de nuestro entorno.

En lo que respecta a las drogas al volante la normativa de los países de nuestro entorno es muy similar a la española, diferenciando sólo aquellos países que determinan el tipo de droga prohibida en la conducción de aquellos otros que no especifican ni concretan el tipo de sustancia y que dan el mismo tratamiento a todas las que disminuyan las facultades, no distinguiendo entre drogas legales e ilegales. Destacan sin embargo tres países (Bélgica, Dinamarca y Noruega) que establecen unos límites concretos de concentración en sangre para determinar límites de incapacidad comparables a la tasa de alcoholemia.

Si hacemos un análisis de lo que ocurre al otro lado del Atlántico, según datos del Observatorio Iberoamericano de Seguridad Vial (OISEVI)⁷⁸¹, en países como la República Argentina, Bolivia, Nicaragua y Perú se mantienen tasas similares a la española, mientras que en Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Paraguay y Uruguay, la ley establece tasas de concentración de alcohol inferior a 0,5 g/l en sangre y sólo en Costa Rica, Honduras, México y Panamá se permiten tasas superiores.

Si nos vamos a los Estados del norte⁷⁸², en Estados Unidos ahora todos tienen una tasa de 0,08% de concentración de alcohol en sangre (BAC)⁷⁸³

⁷⁸⁰ La tasa de alcohol permitida tanto para conductores en general como para conductores noveles y profesionales en el caso de Bulgaria, Eslovaquia, Hungría, República Checa y Rumanía es de 0,0.

⁷⁸¹ "Límites legales de alcohol en sangre (g/l)", OBSERVATORIO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD VIAL, consultado el 9 de mayo de 2018, <http://www.oisevi.org/a/>

⁷⁸² "DUI o DWI", DMV.ORG, consultado el 11 de mayo de 2018, <http://www.dmv.org/automotive-law/dui.php>

⁷⁸³ La concentración de alcohol en sangre (BAC) es una medida de la proporción que en Estados Unidos se refleja en gramos de alcohol por cada decilitro de sangre, de tal manera que

como límite legal de tasa de conducción bajo la influencia (DUI) o conducción estando incapacitado (DWI)⁷⁸⁴ para todos los conductores en general, reduciéndose a 0,04% para los conductores profesionales mientras que para todos los menores de 21 años existe la tolerancia cero como límite en la mayoría de ellos. Los sistemas de sanción van a depender de la tasa de alcohol detectada así como de la reincidencia del conductor, de esta manera podemos encontrar sanciones administrativas de suspensión del permiso de conducir de tres meses a un año, abonar una tasa administrativa, someterse a programas específicos de reeducación o incluso la obligación de instalar un sistema de arranque del vehículo con interlock (IID), que consiste en un mecanismo parecido a un alcoholímetro, instalado en el vehículo, que va a obligar al conductor a realizar una prueba espirando aire en el aparato y dependiendo del resultado le va permitir arrancar o no, mientras que las sanciones penales van a comprender sanciones económicas, trabajos en beneficio de la comunidad, prisión o libertad condicional, todo ello la primera vez que sobrepase la tasa máxima de alcoholemia establecida, agravándose estas sanciones en las sucesivas veces que sea descubierto conduciendo con una tasa superior a la permitida por motivo de reincidencia.

El problema es general y podemos ver como todos los países adoptan medidas legales para impedir que los conductores puedan circular con determinadas tasas de alcohol en el organismo y aquí es donde surgen las diferentes posiciones y tratamiento de los infractores, partiendo siempre de reproches sancionadores administrativos y finalizando en muchos casos con tipos penales vinculados a tasas objetivas de alcoholemia.

2. TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

2.1. Regulación en el sector administrativo

Partiremos de una exposición del régimen jurídico administrativo aplicable a la conducción tras haber consumido algún tipo de sustancia, por ser este el

0.08% viene a indicar una concentración de 0,8 g/l, o en el caso de aire espirado sería el equivalente a 0,4 mg/l.

⁷⁸⁴ En algunos Estados, conducir mientras se está intoxicado (DWI) y manejar bajo la influencia (DUI) son delitos separados, considerándose generalmente más grave el primero por entender que la persona se encuentra bajo una fuerte intoxicación frente a otra que presenta una cantidad moderada de alcohol.

ámbito que sirve de referencia para la posterior incriminación de las mismas conductas cuando se aprecie “influencia”, así como por la remisión expresa que hace el Código Penal respecto a las “pruebas legalmente establecidas” y que vincula procesalmente la prueba preconstituida desde el punto de vista garantista.

2.1.1. La intoxicación alcohólica

En el ámbito administrativo tanto el tratamiento de las bebidas alcohólicas como el de las drogas en la conducción se recoge en el artículo 14 LSV:

“Artículo 14. Bebidas alcohólicas y drogas.

1. No puede circular por las vías objeto de esta ley el conductor de cualquier vehículo con tasas de alcohol superiores a las que reglamentariamente se determine.

Tampoco puede hacerlo el conductor de cualquier vehículo con presencia de drogas en el organismo, de las que se excluyen aquellas sustancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 10.

2. El conductor de un vehículo está obligado a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta ley.

3. Las pruebas para la detección de alcohol consistirán en la verificación del aire espirado mediante dispositivos autorizados, y para la detección de la presencia de drogas en el organismo, en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente.

No obstante, cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la

realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

4. El procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas para la detección de alcohol o de drogas se determinarán reglamentariamente.

5. A efectos de contraste, a petición del interesado, se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado.

El personal sanitario está obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de estas pruebas al Jefe de Tráfico de la provincia donde se haya cometido el hecho o, cuando proceda, a los órganos competentes para sancionar de las comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, o a las autoridades municipales competentes.”

Encontrándose su desarrollo reglamentario en los artículos 20 y sucesivos del RD 1428/2003, siendo precisamente el artículo 20 RGCir el que establece las tasas reglamentarias según el tipo de vehículo y conductor.

El artículo 21 RGCir contiene las personas obligadas a someterse a las pruebas de detección de posibles intoxicaciones por alcohol, indicándose en los siguientes en qué consistirán estas pruebas (verificación del aire espirado mediante etilómetros oficialmente autorizados) así como el procedimiento legal y las garantías que deben acompañar a las mismas, garantías que por remisión del proceso penal deben ser tenidas en cuenta igualmente en la aplicación del artículo 379.2 CP como veremos más adelante.

El ilícito administrativo queda configurado de esta forma por la concurrencia de dos elementos: 1º.- uno subjetivo referido a la condición de conductor de vehículos o bicicletas por parte del infractor; y, 2º.- otro elemento objetivo que va a requerir a su vez dos condiciones: a) la conducción por una vía pública; y, b) rebasar la tasa máxima de alcoholemia, presentándose la prueba de alcoholemia en estos casos como algo prácticamente imprescindible desde el

punto de vista administrativo y confiriéndole un carácter meramente formal a la infracción.

Del procedimiento recogido en el artículo 23 RGCir se deduce que, para una mayor garantía del conductor, del resultado de las dos pruebas efectuadas sólo será tomada en cuenta la que menor concentración arroje⁷⁸⁵, debiendo ser ésta puesta en relación con los márgenes de error permitidos para este tipo de pericias⁷⁸⁶.

El resto del articulado se refiere a las diligencias que deben ser instruidas por los agentes de la autoridad en los supuestos de que el hecho pudiera ser considerado un ilícito penal, haciendo especial hincapié en la descripción precisa tanto del procedimiento seguido para efectuar la prueba, incluida la identificación de los instrumentos de detección empleados, como de las advertencias hechas al interesado para no causarle indefensión y que la prueba pueda ser así incluida en el proceso penal como prueba preconstituida.

2.1.2. La presencia de drogas en general

El tipo administrativo sancionador que describe como conducta infractora la conducción con presencia de drogas en el organismo figura rubricado en tal sentido con la indicación literal de “bebidas alcohólicas y drogas” en el ya citado artículo 14 LSV, tras la reforma operada por la Ley 6/2014 sobre el Real Decreto Legislativo 339/1990, y que antes se correspondía con la de “bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y similares” recogido en el anterior artículo 12, encontrando su desarrollo reglamentario en los artículos 27 y 28 del RGCir.

La nueva redacción dada por el artículo 14 LSV trata por separado las previsiones sobre bebidas alcohólicas y sobre drogas, imponiéndose al conductor de cualquier vehículo y a cualquier usuario de la vía implicado en un accidente de tráfico o que haya cometido una infracción recogida en la propia Ley la obligación de someterse a este tipo de pruebas, sustituyendo los

⁷⁸⁵ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 29ª). Sentencia núm. 404/2017 de 29 de junio, fundamento jurídico 1, este mismo criterio garantista se exige en el ámbito penal, debiendo tener en cuenta que al resultado obtenido en el test de alcoholemia habrá que aplicarle previamente el error máximo permitido para los etilómetros autorizados.

⁷⁸⁶ Es preciso apuntar que el denominado efecto “alcohol en boca” es descartado con los actuales modelos de etilómetros evidenciales o de precisión que garantizan que la medición se va a efectuar sobre el aire alveolar o pulmonar, descartándose los dos tercios iniciales de aire espirado y minimizando así una posible contaminación de la cavidad bucal.

términos “estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas” por el de “drogas”, referencia genérica que evita interpretaciones restrictivas en cuanto a las sustancias a las que se refiere la prohibición y evitando también la mención a la analogía.

La prohibición que se establece ahora para el conductor es la de “presencia de drogas en el organismo”, estableciéndose así en su nueva redacción del tipo infractor del art. 77 c) de la LSV, no exigiéndose ni tasas ni efectos, por lo que determinada la presencia en el organismo del conductor ya no resulta preciso probar sus efectos sobre la conducción como exigía su anterior redacción en el artículo 65.5.c), quedando excluidas de esta prohibición las medicinas siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción⁷⁸⁷.

Esta nueva regulación administrativa establece que las pruebas de detección se efectuarán mediante los dispositivos autorizados al efecto, de aire espirado para el alcohol y salival para las drogas, añadiendo en este último caso la necesidad de un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente, pasando luego a determinar que el procedimiento, las condiciones y los términos en que se realizarán las pruebas se establecerán reglamentariamente.

Por lo tanto para que se pueda considerar cometida esta infracción es bastante con que se haya detectado la “presencia de drogas” en el organismo del conductor y que el mismo estuviera, en el momento de la detección, conduciendo el vehículo, no exigiéndose ahora que esa presencia se evidencie por medio de signos externos ni que se alcance un determinado grado de intoxicación en el organismo del sujeto, siendo suficiente por lo tanto con el ticket acreditativo del resultado de las pruebas de ensayo del Drugtest, para acreditar la comisión de la infracción, unido al anexo de información de derechos al sometido a la prueba indiciaria de detección, del acta de signos externos y del resultado del informe de la analítica de la segunda muestra salival.

⁷⁸⁷ En relación con lo expuesto en los dos párrafos anteriores véase “La reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial por la Ley 6/2014. Efectos directos (y colaterales) en el procedimiento administrativo sancionador”, *ELDERECHO.COM*, artículo publicado en el *Boletín Derecho de la Circulación el 1 de abril de 2014*, <https://elderecho.com/la-reforma-de-la-ley-de-traffic-y-seguridad-vial-por-la-ley-62014-efectos-directos-y-colaterales-en-el-procedimiento-administrativo-sancionador>

La detección de drogas en todos estos casos supone someter al conductor a una prueba consistente en la toma de una o dos muestras de fluido oral y además la realización de una descripción de signos por parte del agente. La primera muestra de fluido oral tiene la consideración de *prueba indiciaria* de consumo o incorporación al organismo de drogas y su resultado se dará *in situ* al conductor con los equipos analizadores de que disponen los agentes encargados de la vigilancia del tráfico y si ésta arrojará un resultado positivo, indicativo de un consumo reciente, la segunda muestra se tomará inmediatamente después y tendrá la consideración de *prueba evidencial* a los efectos del artículo 28 del RGCir, siendo remitida a un centro toxicológico o laboratorio de referencia para su análisis, no siendo necesaria esta segunda muestra en el caso de que el equipo o dispositivo utilizado permita recoger una muestra de fluido oral en cantidad suficiente para efectuar el primer control *in situ* y remitir otra parte al laboratorio.

En este apartado y en el marco de las garantías exigidas de cara a una posible sanción administrativa, la gestión de esta segunda muestra, que representa la *prueba evidencial* de la presencia de drogas en el organismo del conductor, se deberá realizar conforme a los protocolos médico-legales de cadena de custodia recogidos en la Orden JUS/1291/2010⁷⁸⁸, debiendo ser remitida al centro toxicológico o laboratorio de referencia indicado para la realización de los análisis de las sustancias detectadas.

Estos procedimientos descritos, tanto en el caso de la determinación de la tasa de alcohol como en el de la presencia de drogas en el organismo, van a tener relevancia en el ámbito administrativo y penal como garantías procesales que han de cumplirse para poder desvirtuar la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24.2 CE, siendo uno de los aspectos formales que mayor interés presentan desde el punto de vista procesal.

2.2. Regulación en el sector penal

Como una forma de conducción temeraria, el delito de conducción bajo la influencia de cualquier tipo de sustancia aparece ya en la Ley de 9 de mayo de

⁷⁸⁸ España. Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 122, de 19 de mayo de 2010).

1950, donde se exigía en su artículo 1º la “incapacidad” para conducir con seguridad a la hora de poder incardinar esta conducta dentro del ilícito penal, lo que orientaba el tipo delictivo hacia la creación de un *peligro concreto* para la seguridad vial, evolucionando de esta etapa más rigurosa y modificándose por la Ley 24 de diciembre de 1962 que en su artículo 5 sustituye la exigencia de incapacidad por el “influencia manifiesta”, siendo la exigencia ahora que la influencia sea notoria, patente, clara y perceptible.

Del ámbito de la legislación especial, los delitos contra la seguridad vial pasarán a ser incluidos en el Código Penal por Ley 3/1967, donde en el artículo 340 bis a) en su apartado primero se suprimirá el término “manifiesta” para incriminarse ahora la “conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes”, iniciándose de este modo un proceso de objetivación legal al que acompañará una evolución jurisprudencial en el mismo sentido⁷⁸⁹, pasando así de una línea interpretativa minimalista a otra maximalista u objetivista⁷⁹⁰.

En esta evolución normativa, la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas mudará desde una configuración como *delito de peligro concreto* a otra que lo catalogará como un *delito de peligro abstracto*, exigiéndose ahora a la conducta un mínimo de peligrosidad capaz de generar un resultado de peligro para el bien jurídico colectivo seguridad vial, peligrosidad que debe ser valorada *ex ante* sin necesidad de que el peligro llegue a materializarse, pues en este último caso ya se hablaría de un peligro concreto⁷⁹¹.

El actual artículo 379.2 CP, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007, recoge dos tipos penales distintos⁷⁹², coincidente el primero de ellos

⁷⁸⁹ Sobre el particular, véanse RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 96-109; GALLEGOSOLER, “El nuevo delito...”, 163-164; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 41-45.

⁷⁹⁰ En este sentido véase VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto...*, 367-368.

⁷⁹¹ Así lo entienden GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 118-130; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 536; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 96-108; 13-16; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 41; MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción...*, 148; pudiendo encontrar también opiniones en contra como las de GALLEGOSOLER, “El nuevo delito...”, 159; FRANCISCO BUENO ARUS, “La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas en el Código Penal Español”. En ponencia presentada en las *Jornadas sobre Alcoholemia y su incidencia en la seguridad vial*, celebradas en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 1984, organizadas por la Dirección General de Tráfico, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, 15.

⁷⁹² Adopta así el legislador el criterio de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 3/2006 sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para la efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor* (Madrid: Ministerio Fiscal, 2006), 14-16.

con el que constituía la única conducta penalmente relevante antes de la citada reforma, quedando ahora en su redacción excluidos los ciclistas del ámbito penal:

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

Las penas a las que hace referencia son la de prisión de tres a seis meses o la de multa de seis a doce meses o la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días (penas alternativas), y, en cualquier caso (pena cumulativa), con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años⁷⁹³.

Como ya se ha visto el bien jurídico protegido es la seguridad vial, como un bien colectivo intermedio que protege a su vez los bienes individuales vida e integridad de las personas, consistiendo la conducta típica en la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor, por lo que el sujeto activo sólo puede serlo el conductor, siendo por ello un delito de propia mano⁷⁹⁴. Esta conducta, además, debe realizarse en la vía pública⁷⁹⁵ y tras la ingesta de determinadas sustancias que lo hayan colocado en un grado de intoxicación que suponga un peligro para el resto de los usuarios⁷⁹⁶.

Se trata por tanto de un delito doloso en el que el conductor ha de tener conocimiento de la ingesta de las sustancias mencionadas en el tipo y su

⁷⁹³ Con anterioridad a la LO 5/2010, de 22 de junio, que modificó el Código Penal en este aspecto, la única opción que se ofrecía era entre la pena de prisión o multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor (la negativa a la aceptación por parte del condenado a la pena elegida implicaría la prisión), de este modo y según el preámbulo de la propia Ley Orgánica, con la nueva regulación se buscaría una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concediéndose de esta manera un mayor grado de discrecionalidad al Juez en su decisión sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, pudiendo reservar la de prisión para los supuestos más graves, además de contar con la posibilidad de rebajar el grado atendiendo a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho (art. 385 ter CP).

⁷⁹⁴ Véanse GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 153-154; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 349.

⁷⁹⁵ De igual parecer RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 82.

⁷⁹⁶ En la misma dirección DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 351.

capacidad de influencia en la conducción, sin necesidad de conocer la concreta tasa de alcohol⁷⁹⁷.

2.2.1. La influencia en la conducción como elemento del tipo

En el primer inciso del artículo 379.2 CP se castiga la conducción “bajo la influencia”, debiendo entender por influencia la producción de ciertos efectos negativos sobre las condiciones físicas y psíquicas del conductor del vehículo aunque estos no se manifiesten en la conducción⁷⁹⁸. No resulta por lo tanto punible la conducta de quien habiendo tomado tales sustancias éstas no le afectan a su capacidad de conducir correctamente, lo que nos lleva una vez más ante el problema de la prueba.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido distinguiendo en este primer inciso, para entender la conducta como antijurídica, la concurrencia de dos elementos: 1º.- uno objetivo, que vendría determinado por el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo; y, 2º.- otro subjetivo, que se determinaría por la influencia del alcohol en la conducción. Influencia que no va a requerir exteriorizarse en una infracción a las normas de tráfico, lo que constituiría un delito de peligro concreto, o la producción de un resultado lesivo, que englobaría un delito de resultado, sino que basta que la conducción se efectúe con un nivel étílico que constituya un peligro “*in abstracto*” para la circulación⁷⁹⁹, elementos que siguen siendo válidos ahora para intoxicaciones étílicas en sangre inferiores a 0,60 g/l.

Y esta influencia tiene un carácter indiciario del que puede deducirse para cada caso concreto la peligrosidad *ex ante* de la conducta sin necesidad de que el peligro llegue a materializarse, exigiéndose siempre la existencia previa de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que posibilite el contacto con el bien jurídico protegido (desvalor potencial del resultado)⁸⁰⁰.

Por lo tanto las exigencias típicas de este primer inciso van a ser: 1ª.- un acto de conducción del vehículo de motor o ciclomotor por una vía pública de

⁷⁹⁷ En este sentido, véanse MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 42; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 413; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 147; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 146.

⁷⁹⁸ Sobre el particular, véanse MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción...*, 142-143; MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 41.

⁷⁹⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 636/2002 de 15 de abril, fundamento jurídico 2.

⁸⁰⁰ Al respecto, véase RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 109.

circulación; 2ª.- que la conducción sea llevada a cabo bajo la influencia de bebidas alcohólicas (inferior a 0,60 mg/l ya que si supera esta cantidad deviene el tipo presunto recogido en el último párrafo de este precepto); y, 3ª.- concurrencia del dolo cristalizada tanto en el conocimiento de que se ha ingerido una cantidad de alcohol superior a la legalmente permitida (desde la esfera del profano) como en la voluntad de conducir a pesar de la ingesta previa⁸⁰¹.

La influencia que determinará el riesgo tipificado es la que se presenta de manera negativa sobre las facultades psicofísicas del conductor en relación con sus niveles de percepción y reacción convirtiendo su conducta en peligrosa *ex ante* para los bienes jurídicos protegidos, sirviendo así de elemento delimitador entre el ilícito administrativo y penal. Pero esta determinación de la influencia, que ha de probarse para acreditar la existencia de un peligro abstracto para la seguridad vial, ha sido origen de “falta de seguridad jurídica y certeza en el derecho que ha llevado a disparidad de criterios por parte de los jueces y tribunales, que ante la misma situación en unos casos condenan y en otros absuelven”⁸⁰², habiendo obligado incluso al propio TC a recurrir en ocasiones a la prueba indiciaria a falta de prueba directa para considerarla acreditada⁸⁰³.

También ha pretendido la jurisprudencia clarificar la determinación de la influencia en base a la distinción de los diferentes signos apreciados en el conductor, asignándole distinta relevancia y calificándolos como: 1º.- equívocos, que serían los que tomados por sí solos pueden ser entendidos como accidentales, confusos e imprecisos por existir dudas en cuanto su origen, ya que podrían manifestarse con o sin la influencia del alcohol (halitosis notoria, aspecto apático, cansancio y abatimiento, rostro pálido, ojos apagados, conjuntiva roja y dificultad para fijar la mirada, así como comportamientos insultantes, irrespetuosos o agresivos); y, 2º.- inequívocos, que serían las señales que evidenciarían una sintomatología clásica, esencial, constante y patente que indicarían de manera indubitada una ingesta de alcohol (habla

⁸⁰¹ Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª). Sentencia núm. 151/2012 de 12 de diciembre, fundamento jurídico 2, en referencia a otra de SAP de Barcelona de fecha 17 de noviembre de 2008.

⁸⁰² Al respecto, véanse SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, “La reforma de los delitos...”, 51; BUENO ARUS, “La conducción...”, 8.

⁸⁰³ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 256/2007 de 17 de diciembre, fundamento jurídico 4.

pastosa, repeticiones de frases o ideas, tono de voz elevado, respuestas incoherentes y embrolladas, falta de conexión lógica en las expresiones o deambulación oscilante), elaborando una doctrina que sólo va a “limitar la posibilidad de condena en los casos en que se utilicen exclusivamente como prueba de cargo datos sintomatológicos equívocos, pues en este caso la duda debería de prevalecer a favor del reo”⁸⁰⁴.

Incluso algunos autores afirman la existencia de signos que pueden servir para acreditar la influencia en la conducción⁸⁰⁵, distinguiendo entre: “a) signos somáticos externos como: halitosis, ojos brillantes, dilatación pupilar, hablar titubeante o pastosa, deambular vacilante, etc.; b) características de la conducción: zigzagueante, velocidad inadecuada, invasiones de carril, elusión de señales de tráfico, colisiones, maniobras bruscas, etc.; y, c) además constituye igualmente un indicio de gran valor el reconocimiento ante la autoridad policial por parte del sospechoso de que había ingerido bebidas alcohólicas o cualquier otro tipo de sustancia que influyen en la conducción.”

Un aspecto relevante en este apartado y que no se puede obviar es la dificultad que entraña la apreciación de signos externos que determinen la posible influencia del alcohol en la conducción, debido a la carga de subjetividad y a la inconsistencia de algunos de ellos relativos al estado anímico o comportamiento del conductor, de lo que se puede deducir “la importancia de la prueba de alcoholemia como indicio supremo de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”⁸⁰⁶. Incluso algunos de los indicios objetivamente observados sólo pueden acreditar una previa ingesta de alcohol pero en ningún caso la influencia de éste en la conducción⁸⁰⁷, pudiendo encontrar así jurisprudencia contraria a apreciar influencia en la conducción ante determinados síntomas por considerarlos como apreciaciones de escasa fiabilidad⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª). Sentencia núm. 658/2002 de 8 de octubre, fundamento jurídico 2.

⁸⁰⁵ En este sentido MIGUEL DOMINGO OLMEDO CARDENETE, “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts.379 y 380 del Código penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4 (2002), http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04.html

⁸⁰⁶ Véase BARQUÍN SANZ, “Seguridad en la conducción...”, 499.

⁸⁰⁷ De este parecer es RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 111-112.

⁸⁰⁸ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª). Sentencia núm. 608/2012 de 21 de junio, que absuelve a un conductor que arrojó tasas de 0,60 y 0,57 mg/l, sin tener en cuenta las manifestaciones del agente sobre la irregularidad de la conducción así como sobre su

Por otra parte, el tipo penal del artículo 379.2 CP se refiere a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas pero también a la influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, quedando bien determinada la referencia hecha a las bebidas alcohólicas pero no tanto la que se hace al resto de sustancias, donde va a resultar decisivo el efecto que dichas sustancias puedan tener en la capacidad de la conducción segura⁸⁰⁹. Se puede afirmar de lo ya expuesto que el hecho no consistirá sólo en la ingesta de este tipo de sustancias acompañado de la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor, sino que además se exigirá que el sujeto lo haga bajo la influencia de ellas, siendo esta la cuestión principal que permitirá atribuir la relevancia jurídico-penal de la conducta y su delimitación con el ilícito administrativo⁸¹⁰.

Este delito de conducir bajo la influencia de drogas o estupefacientes aparecerá por primera vez en el ordenamiento penal español tras la reforma de 1967 (art. 340 bis a CP), manteniéndose a partir de ese momento en todas las reformas y Códigos posteriores, pero sin una aplicación práctica real hasta nuestros días, todo ello motivado, entre otras cosas, por la escasa persecución policial debido a la escasez de sistemas de detección y las dificultades de llevar a efecto los controles con las exigencias del artículo 28 RGCir⁸¹¹.

Por otra parte, en la concreción de qué debe entenderse por droga, ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo, pudiendo apreciarse dos posturas principales⁸¹²: 1ª.- una restrictiva que entiende que este concepto, de

sintomatología; Audiencia Provincial de Málaga (Sección 3ª). Sentencia núm. 450/2012, de 23 de julio, que igualmente absuelve a un conductor con tasas de 0,53 y 0,54 mg/l y con sistemas apreciados de ojos brillantes, habla pastosa, expresiones repetitivas y a criterio de los agentes ilógicas, así como fuerte halitosis alcohólica a corta distancia, pero presentaba una deambulación normal y no constaba que hubiera cometido irregularidad alguna con ocasión de la conducción del vehículo de motor que guiaba.

⁸⁰⁹ Al respecto, véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Seguridad Vial...*, 37.

⁸¹⁰ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 361-362.

⁸¹¹ Sobre el particular LUIS CARLOS RODRÍGUEZ LEÓN, "Delito de conducción bajo los efectos de las drogas: Criterios de remisión a la vía penal y coordinación con Policías Locales. Confección del Atestado: La importancia del acta de signos". En *Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial: Madrid, 17 y 18 de junio de 2013*. (Madrid: CEJ, 2013), <https://www.fiscal.es/>

⁸¹² Véase MARIO SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, "El Grupo de trabajo constituido por el Fiscal de Sala con Fiscales Delegados y Policías Locales: Proyecto de actuación en el ámbito urbano y resultados. Los controles de drogas en esta ámbito y la nueva regulación del art. 12 de la Ley de Seguridad Vial en la Ley 6/2014. La conducción a velocidad excesiva de los vehículos oficiales. Los atropellos a peatones y ciclistas: datos estadísticos, prevención y actuación penal. Modelos de educación vial y Planes de Movilidad. Experiencia comparada europea". En

acuerdo con el principio de legalidad, debe ser igual al de los tipos delictivos contra la salud pública recogidos en el artículo 368 CP, refiriéndose por tanto a las drogas de abuso o sustancias objeto de fiscalización que se recogen en los instrumentos o tratados internacionales sobre represión del tráfico ilícito de drogas⁸¹³; y, 2ª.- otra postura más amplia apoyada por otro sector de la doctrina que, bajo el prisma del bien jurídico protegido por el tipo penal, siguen un concepto amplio de drogas como cualquier sustancia que pueda poner en peligro la seguridad vial, incluyéndose en el tipo otras sustancias o medicamentos que puedan influir en la capacidad de conducción del sujeto.

Entendemos que desde la perspectiva jurídico-penal lo relevante para el artículo 379.2 CP “reside en la capacidad de la sustancia para influir negativamente en la conducción del sujeto”⁸¹⁴, resultando irrelevante por lo tanto si la sustancia es especialmente dañina para la salud, que sí podría tener importancia para otro bien jurídico (la salud pública)⁸¹⁵. Es por ello que la referencia hecha a las drogas en el ámbito de la seguridad vial no debe ser tomada como una lista cerrada sino más bien una referencia genérica a cualquier sustancia susceptible de influir negativamente en la capacidad de conducción segura⁸¹⁶.

Lo verdaderamente importante para el tipo penal del artículo 379.2 CP va a ser la conducción bajo los efectos del alcohol o las drogas, por lo que será suficiente con acreditar la influencia de cualquiera de ellas, no resultando necesario investigar sobre la presencia de la otra al resultar irrelevante en el Derecho penal español⁸¹⁷.

De todo lo visto se puede deducir la existencia de una falta de criterio sobre la “influencia”, que a su vez acarrea una falta de seguridad y certeza jurídica que aboca al conductor al azar del juzgado territorialmente competente por

Jornadas de Fiscales Especialistas de Seguridad Vial: Madrid, 16 y 17 de junio de 2014. (Madrid: CEJ, 2014), <https://www.fiscal.es/>

⁸¹³ España. Convención única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975 (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1981); España. Instrumento de adhesión de España al Convenio sobre sustancias psicotrópicas. Hecho en Viena el 21 de febrero de 1971 (BOE núm. 218, de 10 de septiembre de 1976).

⁸¹⁴ De este parecer son RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 94; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 73.

⁸¹⁵ En este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 354.

⁸¹⁶ De igual parecer GALLEGO SOLER, “El nuevo delito...”, 162.

⁸¹⁷ Sobre el particular, véase RODRÍGUEZ LEÓN, “Delito de conducción...”, 12.

razón de la materia, de tal forma que los mismos hechos incluso con el mismo sujeto podrían desembocar en resoluciones diametralmente opuestas dependiendo del lugar de comisión de la conducta, lo que en parte ha impulsado al legislador en la nueva redacción del artículo 379.2 CP.

2.2.2. La tasa objetiva punible

La reforma de mayor importancia y a la vez la que acarrea mayores discrepancias en esta materia es la introducida en el inciso segundo del artículo 379.2 CP, donde se castiga al que condujere con unas tasas de alcohol superiores a las indicadas (0,60 mg/l en aire espirado o 1,20 g/l en sangre), tratando así de establecer una seguridad y certeza para el justiciable y los profesionales del Derecho ante la falta de uniformidad y disparidad de criterios en torno a cuál debería ser el nivel de alcohol peligroso para la conducción.

El tipo penal en este segundo inciso del artículo 379.2 CP exige sólo la constatación de la concentración etílica para la perfección de este delito, decantándose la mayoría de la doctrina por determinarlo como un delito de peligro abstracto que supone un claro adelantamiento de las barreras de protección penal, aunque existe un sector doctrinal que exige un peligro real aunque genérico, o sea, un peligro abstracto pero real para los bienes jurídicos vida e integridad de los participantes en el tráfico, lo que nos lleva a las diferentes versiones existentes sobre la naturaleza del delito y su relación con el objeto de tutela ya visto.

La nueva fórmula típica no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0,6 mg/l en aire espirado, pues en estos casos lo que va a ser decisivo es la prueba de la influencia en la conducción, mientras que si la prueba de alcoholemia arroja un resultado positivo superior a esos 0,6 mg/l la imputación resultará automática. En este sentido y teniendo en cuenta que la comunidad científica coincide en determinar la tasa de 0,4 mg/l de aire espirado produce ya repercusión en las facultades para conducir, podrá ser acreditado en cada caso concreto el menoscabo de la capacidad para conducir con seguridad a partir de esta tasa mediante la valoración de otras causas concurrentes⁸¹⁸.

⁸¹⁸ SAP Guadalajara 151/2012 de 12 de diciembre, FJ 1: "la ingesta de alcohol resulta, incuestionablemente, de la prueba de detección alcohólica practicada que arroja un resultado

Las críticas, sin embargo, a esta nueva regulación le vienen por su carácter puramente formal, pudiendo llegarse a supuestos en los que proceda su aplicación aunque ni siquiera se haya afectado al bien jurídico protegido, entendiéndose que su función ahora es la de reafirmar la norma o como refuerzo del orden administrativo⁸¹⁹. También se critica que el legislador sólo se ha centrado en la tasa de alcohol sin contemplar los otros supuestos que también afectan a la seguridad vial como son las drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, “colocando así a los que conducen en tales circunstancias en mejor situación frente al Derecho penal que los que lo hacen con un alto índice de alcoholemia”⁸²⁰, pero sobre este aspecto resulta evidente que los estudios médico-científicos relacionados con los efectos del alcohol en la conducción han sido estudiados exhaustivamente, mientras que con respecto a las drogas no ha sido así y se carece de puntos de referencia legales para poder apreciar actualmente la influencia, lo que no debe llevarnos a exigir el mismo trato por analogía a otros supuestos suficientemente estudiados por la ciencia⁸²¹.

Hay quienes entienden que la seguridad jurídica cobre un gran protagonismo en este tipo delictivo proponiendo incluso la posibilidad de “dotar de un mayor contenido si cabe al delito de estudio a la hora de concretar cuándo va a tener relevancia penal la conducción irregular por debajo de la tasa ética

de 0,43 mg/l. En lo concerniente a la influencia en la conducción de dicha ingesta alcohólica (...) la examinada influencia no sólo se puede colegir de actos directos y objetivos patentizados y traídos al juicio por los testigos, sino que también se colige de la descripción de un estado físico de tal entidad que resulte incompatible con unos mínimos patrones de autocontrol, de un grado de impregnación alcohólica igualmente incompatible con la conducción ordinaria o, finalmente, de las propias manifestaciones del sujeto activo en cuestión o de su comportamiento con la fuerza actuante”; Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 706/2012 de 24 de septiembre, fundamento jurídico 1: “Que la tasa sea insuficiente (0,38 mg/l) para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del art. 379 vigente es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. Esto no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379, si se demuestra la repercusión en la conducción. Antes de esa reforma una praxis muy extendida, causa y fruto simultáneo de la Instrucción 3/2006 de la FGE, venía recogiendo esas orientaciones”; también Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 1ª). Sentencia núm. 90417/2012 de 23 de noviembre, fundamento jurídico 2.

⁸¹⁹ De este parecer RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *La conducción...*, 118; sin embargo para SALVADOR CONCEPCIÓN, “Cuestiones relevantes...”, 397-400, “este carácter formal del tipo es más bien un elemento garantista que asegura que la interpretación de la conducta punible se realiza a todas luces con un criterio objetivo, de este modo la conducción bajo una tasa objetivada de alcohol satisface tanto el elemento formal como el material de la antijuridicidad aportando a la vez seguridad jurídica ante la valoración claramente subjetiva de la influencia en la conducción.”

⁸²⁰ Al respecto, véanse SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAÍLLO, “La reforma de los delitos...”, 59; TRAPERO BARREALES, *Los delitos contra la seguridad vial...*, 129-130.

⁸²¹ Sobre el particular GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción...*, 73.

establecida penalmente⁸²², especialmente teniendo en cuenta las diferencias que podemos encontrar entre conductores que presenten idénticas tasas de alcohol según sus características personales, aparte de la subjetividad que representa la valoración de estos efectos por distintos observadores con diferentes criterios de valoración que no dejan de representar meros indicios. Y a todo ello también habría que añadir las diferencias de criterio entre los tribunales y su falta de adhesión a un criterio objetivo de interpretación, lo que va a llevar a que la condena dependa a su vez de la interpretación que el juzgador realice de estos signos externos apreciados por el agente en el atestado policial.

Es por ello que coincidimos con algunos autores en este apartado al afirmar que se debe fijar un límite de alcoholemia a partir del cual se considere que la conducción se efectúa bajo los efectos del alcohol⁸²³ y, aunque la determinación de esta tasa de alcohol no está exenta de críticas, también coincidimos en afirmar que atendiendo a los datos médico-científicos, que han venido señalando que es a partir de 0,8 g/l en sangre cuando encontraría justificación la incardinación de esta conducta como ilícito penal, la actual tasa penal fijada en 1,2 g/l en sangre podría ser rebajada sin incurrir en arbitrariedad, contribuyendo así a garantizar el principio de seguridad jurídica, y todo ello conforme a los principios de lesividad y fragmentariedad.

A) Jurisprudencia previa a la LO 15/2007

La discusión sobre la determinación de una tasa objetiva de alcohol en el organismo de la que se pueda deducir una influencia en la conducción no ha estado tampoco exenta de polémica en el ámbito jurisprudencial, como lo demuestra primero la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 que llevó a la doctrina legal a estimar la embriaguez del conductor y por tanto la consumación del delito, transformando la naturaleza de éste de un riesgo concreto a la de un riesgo abstracto, facilitando y objetivando la prueba⁸²⁴, y

⁸²² Véase SALVADOR CONCEPCIÓN, “Cuestiones relevantes...”, 402-406.

⁸²³ De este parecer son MÁRQUEZ CISNEROS, *La conducción...*, 170-175; JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, en *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva (Madrid, Dykinson: 2007), 394.

⁸²⁴ Véase BUENO ARUS, “La conducción...”, 11.

más tarde la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1984, que cuestionaba la conducción bajo esa influencia como la configuración de un delito autónomo⁸²⁵.

Otras sentencias, por el contrario, “exigían que la prueba alcanzara a la falta de pericia o de seguridad del conductor (STS de 22 de diciembre de 1959, 30 enero 1961, 29 enero 1962, 24 marzo, 9, 14 y 27 abril 1965 y 6 mayo 1966), o al peligro producido para la seguridad del tráfico (STS de 22 de diciembre 1959, 30 enero 1961, 29 enero y 19 noviembre 1962)”⁸²⁶

La jurisprudencia anterior a la modificación del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2007 no presentaba un criterio uniforme respecto a la prueba de alcoholemia, existiendo resoluciones, como la del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001⁸²⁷, en donde tras la afirmación de que no bastaba con la determinación de una tasa de alcoholemia sino que era menester que el conductor lo hiciera “bajo la influencia” del alcohol, reconocía al mismo tiempo la posible existencia de un límite penalmente permisible en cuanto cualquier persona podría ver disminuida su capacidad de percepción, criterio ya adelantado por el mismo Tribunal en su Sentencia de 22 de febrero de 1989⁸²⁸ al hacer referencia a la Resolución (73) 7 del Consejo de Europa.

De este modo podemos encontrar resoluciones admitiendo la doctrina emanada del TC sobre la necesidad de constatar la influencia en la conducción como elemento normativo del tipo penal⁸²⁹, mientras que otras recogen las conclusiones generalmente aceptadas a las que llegan los expertos en medicina legal en cuanto a la valoración médico-legal de la alcoholemia, reconociendo la existencia de un punto de polémica en determinados valores de alcohol en sangre previos a los 2 g/l, en donde todas las posibilidades entran en juego⁸³⁰.

⁸²⁵ Sobre el particular, véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación...*, 363-367.

⁸²⁶ BUENO ARUS, “La conducción...”, 11.

⁸²⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1133/2001 de 11 de junio, fundamento jurídico 1.

⁸²⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 22 de febrero de 1989, fundamentos jurídicos 1 y 4.

⁸²⁹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª). Sentencia núm. 272/2000 de 28 de junio, fundamentos jurídicos 1 y 2; Audiencia Provincial de Valencia (Sección 1ª). Sentencia núm. 139/2005 de 20 de junio, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Granada (Sección 1ª). Sentencia núm. 470/2005 de 20 de julio, fundamentos jurídicos 3 y 4.

⁸³⁰ Al respecto, véase MORILLAS FERNÁNDEZ, “La influencia directa del alcohol...”, 206.

Algunas Audiencias Provinciales apoyaban esta última tesis⁸³¹ yendo incluso más allá al llegar a afirmar que con determinada tasa de alcohol se creaba una situación de peligro concreto con respecto a la seguridad del tráfico, al aumentarse sensiblemente la probabilidad de la producción de un accidente de tráfico, lo que suponía ya la lesión de dicho bien jurídico protegido, abandonando así la concepción de un simple peligro abstracto⁸³².

Otras sentencias sin embargo desvinculaban abiertamente la tasa de alcoholemia del tipo penal de conducción bajo influencia del alcohol⁸³³, exigiendo la acreditación de la conducción bajo la influencia de su ingesta además de la comprobación del grado de impregnación alcohólica del conductor. Y especialmente polémica resultó aquí la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2006⁸³⁴ que estimaba una demanda de amparo de un conductor que en un control preventivo de alcoholemia arrojó una tasa de 1,16 mg/l y 1,17 mg/l en aire espirado, en la primera y en la segunda prueba realizada respectivamente.

La propia FGE también reconocía la problemática planteada sobre la suficiencia de una tasa para acreditar la influencia en la conducción sin necesidad de otros aditamentos probatorios, planteando de este modo la necesidad de unificar criterios a fin de ejercer la acción penal a partir de la tasa de 0,6 mg/l de 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 estos últimos, a la conducción irregular y demás circunstancia, limitando la

⁸³¹ Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 4ª). Sentencia núm. 156/2006 de 20 de abril, fundamento jurídico 6, viene a afirmar que “La praxis científica establece que a partir de 0,80 miligramos de alcohol por litro de aire espirado implica una importante concentración de alcohol, que constituye ya de por sí prueba bastante de que la persona está bajo la influencia de bebidas alcohólicas”; Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª). Sentencia núm. 367/2005 de 13 de diciembre, fundamento jurídico 1.

⁸³² Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª). Sentencia núm. 13/2006 de 3 de enero, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3ª). Sentencia núm. 493/2005 de 6 de septiembre, fundamento jurídico 1.

⁸³³ Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia núm. 1/2002 de 22 de marzo, fundamento jurídico 2; mismo Tribunal Sentencia núm. 3/1999, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª). Sentencia núm. 170/2000 de 28 de abril, fundamento jurídico 7; Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª). Sentencia núm. 45/2000 de 5 de junio, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª). Sentencia de 26 de mayo de 2000, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª). Sentencia núm. 118/2002 de 18 de mayo, fundamento jurídico 5

⁸³⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 319/2006 de 15 de noviembre de 2006, fundamento jurídico 2; también del mismo Tribunal en Sentencia núm. 68/2004 de 19 de abril, fundamento jurídico 2; Sentencia núm. 196/2007 de 11 de septiembre, fundamento jurídico 5; y Sentencia núm. 206/2007 de 24 de septiembre, fundamento jurídico 8.

acción penal por debajo de 0,4 mg/l de aire espirado a los supuestos excepcionales en que concurrieran con claridad otros datos probatorios⁸³⁵.

Como se puede ver, la jurisprudencia ni ha sido uniforme en el tratamiento del tipo delictivo de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas⁸³⁶, ni ha estado exenta de polémica en algunas de sus resoluciones previas a la modificación del Código Penal en 2007, habiendo sido este uno de los motores del cambio normativo y “la ratio justificativa del legislador para reducir el arbitrio judicial con la objetivación de las tasas de alcoholemia, tratando así de erradicar pronunciamientos judiciales en que se decretaba la absolución de algunos conductores con altas tasas de alcoholemia ante el problema que presentaba la prueba de la influencia en el plenario”⁸³⁷.

B) La jurisprudencia posterior a la LO 15/2007

En una etapa de transición podríamos ubicar la SAP de Las Palmas, de 12 de septiembre de 2007, que basándose en estudios médicos como los del U.S. Dep. of Transportation Washington DC, o los de Ades J. (1984), Dubowski (1980) y Jispert-Calabuig (Aspetos Médicos-Legales de la Alcoholemia), condenaba a un conductor con una tasa de alcohol en aire espirado de 0,53 mg/l y 0,51 mg/l, obtenidos en la primera y en la segunda prueba respectivamente⁸³⁸.

Pero sería algo más tarde cuando la LO 15/2007 modificaría el tipo recogido en el artículo 379.2 CP inciso segundo, adelantando la barrera de protección penal para el bien jurídico seguridad vial ante situaciones en que se conduzca un vehículo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg/l (1,2 g/l en sangre), a partir de la cual se entiende que las facultades del conductor se hallan siempre objetivamente afectadas. De ello se desprende que en el ordenamiento jurídico español se van a establecer tres niveles de intervención:

⁸³⁵ Al respecto, véase FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 3/2006...*, 15-16.

⁸³⁶ Sobre el particular véase también el amplio estudio realizado por BUENO ARUS, “La conducción...”, 9-11, que las agrupa entre: 1º.- las que siguen una tendencia objetivadora; 2º.- las que se refieren a una alteración de la facultades del conductor, aunque no es necesaria una absoluta incapacidad; 3º.- las que se fijan en la manera de conducir el vehículo, que es su consecuencia; y 4º.- las que conjugan todos los aspectos anteriormente mencionados.

⁸³⁷ Se coincide aquí con DE VICENTE MARTÍNEZ, “Seguridad vial y Derecho penal. En especial...”, 109.

⁸³⁸ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª). Sentencia núm. 215/2007 de 12 de septiembre, fundamento jurídico 4.

1º.- se consideraría la infracción administrativa como ilícito meramente formal, en la que basta rebasar la tasa reglamentaria señalada; 2º.- intervención penal, que exigiría rebasar la tasa fijada administrativamente y además probarse la influencia sobre las facultades psicofísicas del conductor; y, 3º.- supone igualmente la intervención penal al castigar toda tasa de alcoholemia superior a las establecidas por considerarlas potencialmente peligrosa⁸³⁹.

La reforma penal persigue de este modo incrementar el control sobre el riesgo tolerable, realizando una estimación de fuente de peligro por la que se van a regular diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, optando así el legislador por un modelo que ha venido a denominar de “control del riesgo tolerable” a partir de la consideración de que la superación de una determinada tasa de alcohol implica un peligro inaceptable para la seguridad del tráfico⁸⁴⁰.

El inciso segundo del artículo 379.2 CP condena “en todo caso” al que conduzca un vehículo de motor o ciclomotor superando una determinada tasa de alcohol, siendo el mencionado dato objetivo el que establece dicha influencia sin que se deba acudir a otros datos o elementos que pudieran definir y delimitar con más precisión la influencia en la conducción y ello es sin duda porque el legislador, basándose en evidencias científicas, ha entendido que por encima de esa tasa el conductor no está ya en condiciones objetivas de conducir suponiendo por ello un peligro para la seguridad de los demás conductores o usuarios de la vía⁸⁴¹.

Al conducir con una tasa superior a 0,60 mg/l de aire espirado (a la que habría que añadir el error máximo permitido) se cumplen todos los elementos típicos exigibles sin requerir de otras valoraciones sobre la influencia del consumo de bebidas alcohólicas en la conducción, tratándose de un delito en el que basta que el peligro sea abstracto para la seguridad vial sin precisar de un resultado lesivo. Lo único que se exige es la ingesta de alcohol por encima de

⁸³⁹ Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5ª). Sentencia núm. 564/2017 de 12 de septiembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 6ª). Sentencia núm. 199/2017 de 22 de noviembre, fundamento jurídico 2.

⁸⁴⁰ Véase el Preámbulo de la LO 15/2007.

⁸⁴¹ Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª). Sentencia núm. 62/2008 de 26 de marzo, fundamento jurídico 1.

un determinado grado, sin que sea preciso que la circulación sea si quiera peligrosa o violenta⁸⁴².

El delito se consuma con la acreditación de que se ha realizado la conducción de vehículo a motor o ciclomotor superada una cuantía de impregnación alcohólica establecida de manera objetiva y ello en la consideración, de carácter político-criminal, de que la superación de unas elevadas tasas de alcohol ya resulta generadora de importantes riesgos para la seguridad del tráfico rodado⁸⁴³. La tasa de alcohol se ha convertido así en un elemento del tipo (tasa típica) que no en una presunción legal que admita prueba en contrario, siendo así que conducir un vehículo con una tasa superior a la reseñada ya configura el delito, por considerar que la superación de ésta produce la afectación a la capacidades psicofísicas de modo relevante en cualquier individuo⁸⁴⁴.

Es por ello que se pueden diferenciar dos formas de aplicar el delito contenido en el artículo 379.2 CP: 1ª.- cuando se superen las tasas de alcohol de 0,6 mg/l en aire espirado o 1,2 g/l en sangre, sin que sea preciso acreditar ningún elemento típico más que la mera superación de las mismas; y, 2ª.- el resto de los casos, donde se tendrá que seguir exigiendo la prueba de la ingesta de alcohol y de la efectiva y real influencia en la conducción. Este modelo comporta que en el primer supuesto el legislador pretende dar por probada la lesividad material sin que se requiera por tanto probar la afectación de las capacidades del conductor, en orden a una supuesta influencia negativa que sí va a ser exigible en el segundo supuesto⁸⁴⁵.

⁸⁴² Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 1ª). Sentencia núm. 48/2012 de 9 de marzo, fundamento jurídico 5.

⁸⁴³ Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2ª). Sentencia núm. 63/2018 de 13 de febrero, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 16ª). Sentencia núm. 314/2017 de 19 de mayo, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9). Sentencia núm. 710/2017 de 18 de septiembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2ª). Sentencia núm. 813/2017 de 24 de noviembre, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª). Sentencia núm. 350/2017 de 22 de diciembre, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª). Sentencia núm. 637/2017 de 29 de diciembre, fundamento jurídico 1;

⁸⁴⁴ Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª). Sentencia núm. 81/2014 de 31 de marzo, fundamento jurídico 2; también Sentencia núm. 177/ 2014 de 30 de junio, fundamentos jurídicos 6 y 7.

⁸⁴⁵ Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª). Sentencia núm. 7/2018 de 12 de febrero, fundamento jurídico 1; Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª). Sentencia núm. 153/2018 de 27 de febrero, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª). Sentencia núm. 78/2017 de 6 de junio, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª). Sentencia núm. 434/2017 de 22 de septiembre, fundamento jurídico 2;

Consideramos que esta nueva incriminación resulta respetuosa con los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado, pues el bien jurídico protegido seguridad vial se ve afectado por la superación de una tasa que desde la evidencia científica permite ratificar el menoscabo de las facultades psicofísicas del conductor, lo que confirma una lesión que justificaría el establecimiento de la responsabilidad penal.

Junto al principio de lesividad, que marcaría el paso de la antijuridicidad formal a la material, cabría la reprochabilidad de la conducta al autor del acto y de este modo la atribución de la responsabilidad subjetiva o culpabilidad, principio que va a regir también en el Derecho administrativo sancionador respecto de las infracciones formales en materia de alcoholemia.

De este modo la afectación del bien jurídico seguridad vial en el ámbito del derecho administrativo y penal es perfectamente compatible con los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, pues este último no puede estar para sancionar ni todas ni cualquier afectación sino que debe reservarse su intervención sólo para aquellos comportamientos que de manera grave los ataquen, quedando el Derecho administrativo sancionador para las conductas de poca entidad. El bien jurídico protegido seguridad vial, en las conductas relacionadas con el alcohol o las drogas en la conducción, va a encontrar de este modo tutela en ambos sectores del ordenamiento, pero limitando el Derecho penal sólo para las más graves afectaciones y dejando las más leves para otras ramas del Derecho, pudiendo así considerarse como una manifestación del principio de intervención mínima.

3. LAS PRUEBAS DE ALCOHOL Y DROGAS

No podíamos finalizar este trabajo sin hacer una referencia a los actos de investigación que sirven de apoyo a la atribución de la culpabilidad, como la posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable, ya que estos actos han pasado a formar parte de la determinación de la tipicidad en la nueva regulación de la conducción bajo la influencia del alcohol, constituyendo así de uno de los requisitos de la antijuridicidad penal.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª). Sentencia núm. 703/2017 de 9 de octubre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 8ª). Sentencia núm. 494/2017 de 10 de noviembre, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2ª). Sentencia núm. 634/2017 de 29 de diciembre, fundamento jurídico 1.

En este sentido no toda antijuridicidad resulta ser antijuridicidad penal sino solamente aquella que requiere la tipicidad penal.

El nuevo tipo penal, introducido en el artículo 379.2 CP inciso segundo, exige la superación de una determinada tasa de alcohol capaz de probar la influencia en la conducción, por lo que este tipo de pruebas deben legitimarse y garantizar a su vez la defensa del sometido a ellas, así como contar con un apoyo científico.

En este último apartado se va a abordar el respaldo legal y jurisprudencial que da cobertura a las pruebas de detección de las diferentes sustancias que introducidas en el organismo pueden afectar a la conducción segura, efectuando una exposición de las posibilidades forenses actuales de determinación de la tasa de alcohol en diferentes situaciones y la dificultad por el contrario de esa misma determinación en el caso del resto de sustancias.

Siendo estas pruebas de detección uno de los aspectos más relevantes desde el punto de vista de la imputación o atribución del ilícito, que difícilmente pueden ser rebatidas en sede judicial, se impone la necesidad de dotarlas de las máximas garantías procesales que impidan la posible vulneración de los derechos fundamentales del sujeto sometido a las mismas, y es por ello que a lo largo de la historia éstas han sido el centro del debate sobre su posible inconstitucionalidad, que aún hoy sigue creando polémica y debate.

3.1. Alcoholemias

3.1.1. Legitimidad constitucional de las pruebas

Como ya se ha visto antes, la alcoholemia se ha convertido en la herramienta fundamental para detectar la tasa de alcohol en el conductor, siendo actualmente una pericia recogida en el artículo 796.1.7^a LECrim que puede ser introducida en el proceso penal como prueba preconstituida⁸⁴⁶.

La primera resolución del TC que se ocupó de una alcoholemia fue el ATC 62/1983⁸⁴⁷, permaneciendo de este modo ligada la historia constitucional sobre

⁸⁴⁶ Véase Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 100/1985 de 3 de octubre, fundamento jurídico1.

⁸⁴⁷ Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 62/1983 de 16 de febrero, fundamentos jurídicos 1 y 2, "el sumario y las «diligencias preparatorias» no son sólo un conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio y a reunir los elementos de convicción indispensables para que pueda ejercitarse la acusación contra persona determinada, sino que, además de su valor preparatorio, puede tener valor probatorio en todos

la validez de esta prueba a una temprana doctrina del más alto tribunal, pudiendo distinguirse varios hitos claros que van a venir marcados por una serie sentencias⁸⁴⁸.

De este modo la STC 107/1985⁸⁴⁹ abordaría la posible vulneración de los derechos recogidos en el artículo 17.2 CE⁸⁵⁰, considerando que se trata de una pericia técnica de resultado incierto que no exorbita las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito, no siendo esta verificación de la prueba un sometimiento no ilegítimo a las normas de policía desde la perspectiva constitucional⁸⁵¹.

Más tarde la STC 161/1997, con dos votos particulares, resolvió la cuestión de inconstitucionalidad del polémico artículo 380 CP (hoy art. 383 CP) que estableció el delito de negativa a someterse a las pruebas etilométricas⁸⁵², afirmando que “el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”, concluyendo que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas no

aquellos casos en que las prueba llevadas a cabo con anterioridad al juicio fueran irrepetibles en este.

En modo alguno puede decirse que la determinación del grado de alcohol en sangre constituya una prueba anticonstitucional, sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar, así como las presunciones que en ello se puedan fundar.”

⁸⁴⁸ Al respecto, véase VILLAVERDE MENÉNDEZ Y BELÉN CUBA VILA, “Alcoholemias, tráfico y otras tribulaciones...”, 186-203.

⁸⁴⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 107/1985 de 7 de octubre, fundamento jurídico 3; véase también al respecto FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/1986, de 14 de febrero, sobre conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el art. 340 bis a) del Código Penal* (Madrid: Ministerio Fiscal, 1986), 2-3.

⁸⁵⁰ “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”.

⁸⁵¹ Al no tratarse de una situación equiparable a la del detenido la práctica de la prueba no precisa de las garantías que el art. 17 CE fija para el mismo, no siendo por ello necesario que sea asistido de abogado para la eficacia y validez de la misma. Por otra parte el art. 520 LECrim deja la opción al detenido para renunciar a la asistencia letrada por hechos susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad vial a cambio de una inmediata puesta a disposición judicial y puesta en libertad.

⁸⁵² También es de destacar en este sentido la STC 234/1997, de 18 de diciembre, donde se vuelven a incluir los votos particulares del Magistrado don PABLO GARCÍA MANZANO, al que se adhiere el Magistrado don VICENTE GIMENO SENDRA, que únicamente discrepan del examen de la proporcionalidad del nuevo tipo penal y su pena, y del Magistrado don ENRIQUE RUIZ VADILLO, al que se adhieren el Magistrado don FERNANDO GARCÍA-MON y GONZÁLEZ-REGUERAL, que sí consideran contrario al artículo 24 CE el nuevo tipo penal al entender que vulnera los derechos a no confesarse culpable y a no autoincriminarse.

pueden suponer vulneración alguna de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 CE ni al de presunción de inocencia⁸⁵³.

Por su parte la STC 111/1999⁸⁵⁴, vino a plantear la imposibilidad de considerar los controles de alcoholemia como pruebas de cargo si no se practican con las debidas garantías, recogiendo en ésta la doctrina ya emanada de otras sentencias⁸⁵⁵, mientras que la STC 188/2002 abordaría el asunto sobre la eficacia probatoria de determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes e incorporadas al atestado, como es el caso de las pruebas de alcoholemia⁸⁵⁶.

⁸⁵³ Según recoge la sentencia en su fundamento jurídico 6, las garantías frente a la autoincriminación se refieren únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio, “no alcanzando a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva...”

⁸⁵⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 111/1999 de 14 de junio, fundamento jurídico 5.

⁸⁵⁵ “En primer lugar, es necesario que en su práctica se cumplan las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa en condiciones similares a las que se ofrecen dentro del proceso judicial, especialmente, el conocimiento del interesado a través de la oportuna información de su derecho a un segundo examen alcoholimétrico y a la práctica médica de un análisis de sangre. En segundo lugar, es preciso que la incorporación al proceso se realice de forma que resulten respetados, en la medida de lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción. En último término, no puede ser bastante para desvirtuar la presunción de inocencia la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que conste el dato objetivo del correspondiente control practicado, si no hay además oportunidad para el juzgador de examinar por sí mismo la realidad de las circunstancias que determinaron su práctica, singularmente a través de la ratificación y declaración complementaria de quienes la efectuaron o de otros elementos probatorios concernientes a la conducción realizada, y para el mismo acusado de rebatir en el cauce procesal la versión de la acusación sobre tales extremos. En relación con este último punto de la ratificación del resultado del control de alcoholemia, la STC 24/1992 resumió las posibilidades de tal ratificación, indicando que, además de que se produzca por los Agentes que verificaron el control, puede tener lugar por otros testigos (SSTC100/1985, 145/1987; AATC 797/1985, 1.421/1987, 191/1988), por el resultado obtenido con un control de extracción de sangre (ATC 304/1985), por la declaración del perjudicado (ATC 305/1985), por las propias circunstancias que rodearon la conducción (ATC 649/1985) y por la propia declaración del acusado (SSTC 145/1987, 89/1988; AATC 62/1983, 1.079/1987).

Las garantías que rodean a los controles de alcoholemia en el momento de su práctica van dirigidas a garantizar la contradicción y a que no exista indefensión por parte del sometido a los mismos, todo ello con vistas a que eventualmente dichos controles puedan operar en su día como pruebas preconstituidas si son debidamente ratificadas en el juicio oral”.

⁸⁵⁶ No obstante precisa la Sentencia que “a pesar de su carácter de prueba documental, las diligencias relativas a las pruebas de alcoholemia que constan en el atestado no pueden incorporarse al juicio oral mediante su lectura en los casos de ausencia de información al conductor del derecho a repetir la prueba y a contrastarla con un análisis de sangre, ni tampoco en aquellos otros en que se cuestione la fiabilidad del resultado de la prueba o el valor que al mismo quepa atribuir en orden a considerar acreditada la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas”.

Otros aspectos igualmente tratados por la doctrina constitucional han sido la posible vulneración del *derecho a la intimidad personal*⁸⁵⁷, cuya constitucionalidad se encuentra asentada en nuestra jurisprudencia debido a la esencial relevancia que presenta el bien jurídico protegido y la necesidad de efectuar las pruebas de detección para su preservación, debiendo ceder la intimidad del autor ante la comisión de un delito que podría conllevar unas consecuencias vitales⁸⁵⁸; o el *derecho a la integridad física* en el caso del sometido a las pruebas de extracción de sangre, algo ya descartado por la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) núm. 8278/1978, de 13 de diciembre de 1979⁸⁵⁹, donde se afirma que “una intervención tan banal como un examen de sangre no constituye injerencia prohibida por el artículo 2.1 del Convenio (derecho a la integridad física), aunque declara que la ejecución forzosa de un examen de sangre constituye una privación de libertad, incluso en el caso de que dicha privación sea de corta duración, justificada, sin embargo, para asegurar el cumplimiento de una obligación legal”⁸⁶⁰.

Es preciso destacar que en este último aspecto el TC viene diferenciando entre registros e inspecciones corporales por un lado e intervenciones corporales en sentido estricto por otro, en relación al derecho a la intimidad a que se ven afectadas las primeras y el derecho a la integridad corporal así como a la intimidad a que pueden verse afectadas las segundas. Derecho a la intimidad en su doble vertiente, tanto derecho a la intimidad corporal como derecho a la intimidad personal, éste último con una perspectiva más amplia que el anterior.

Del mismo modo distingue el propio TC entre intervenciones corporales leves o graves, en relación a la puesta en peligro del derecho a la salud o posibilidad de ocasionar sufrimientos a la persona que los padece, incluyendo dentro de las leves los análisis de sangre. Pero aun así todas las

⁸⁵⁷ Sobre el particular Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 143/1994 de 9 de mayo, fundamento jurídico 6.

⁸⁵⁸ En este sentido SALVADOR CONCEPCIÓN, “Cuestiones relevantes...”, 411-416.

⁸⁵⁹ Véase SUSANA I. ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “Vademécum de actuación policial y de instrucción: como evitar las nulidades en la obtención de la prueba (II)”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, vol. 57, nº 1939 (2003): 1262-1264.

⁸⁶⁰ Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 103/1985 de 4 de octubre, fundamento jurídico 3.

intervenciones corporales deben cumplir una serie de requisitos para que puedan ser consideradas legítimas desde el punto de vista constitucional⁸⁶¹.

Pero para que la prueba de alcoholemia pueda considerarse válida en el proceso penal debe igualmente revestirse de todas las garantías fijadas legalmente, capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y garantizar un proceso de acuerdo a los contenidos del art. 24 CE. Garantías que deben ser observadas incluso desde el propio momento de la investigación alcohólica⁸⁶².

3.1.2. Tasa de alcohol y curva de alcoholemia

Por alcoholemia se entiende la cantidad de alcohol contenida en la sangre, viniendo representado este nivel de alcohol en el organismo por una tasa que va a medir la “concentración de alcohol en la sangre” (CAS) bien en gramos de alcohol por cada litro de sangre (g/l) u otras equivalentes (g/100ml, mg/100ml, g/dl o mg/dl). También podemos encontrar esta tasa de alcohol en su relación con la concentración en aire espirado, que vendrá expresada como la cantidad de alcohol en gramos que hay en 210 litros de aire espirado (o en miligramos de alcohol que hay en 210 mililitros de aire espirado), siendo la actual tasa en España a partir de la cual se considera ilícita la conducción en general de 0,5 g/l en sangre o bien 0,25 mg/l en aire espirado, reduciéndose para los conductores noveles y profesionales a 0,3 g/l en sangre o 0,15 mg/l de aire espirado.

Los factores que pueden influir en la CAS son tan variados como: la cantidad ingerida, la rapidez de su ingesta, el consumo de otros alimentos que van a demorar la llegada del alcohol al intestino delgado, el tipo de bebida consumida, el sexo, el peso y la complexión corporal, el estado del hígado como responsable de metabolizar el alcohol, el uso de medicamentos, la genética (algunos individuos de ascendencia asiática tienen dificultades para metabolizar el alcohol) o la tolerancia que puede aportar una mayor capacidad de metabolizarlo o disminuir la sensibilidad del organismo al alcohol⁸⁶³.

Tras su ingesta, el alcohol alcanza directamente el torrente circulatorio sin ser modificado, al carecer de un proceso digestivo, absorbiéndose un 20-30%

⁸⁶¹ Al respecto, véase HELENA MARÍA PRIETO GONZÁLEZ, “Los controles preventivos de drogas: estado de la cuestión”, *Estudios Jurídicos*, nº 2008 (2008): 10-18.

⁸⁶² Véase CUESTA PASTOR, *El delito de conducción...*, 117-118.

⁸⁶³ Sobre el particular ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Beber y Conducir...*, 157.

en el estómago y el resto en el intestino delgado (duodeno principalmente), siendo absorbido totalmente y distribuyéndose en los tejidos en proporción a su contenido en agua, pasando rápidamente al torrente sanguíneo e iniciándose así la desintoxicación bioquímica de manera progresiva, entre unas 8 a 10 horas, a un ritmo de eliminación que va a depender del coeficiente de etiloxidación (constante β de WIDMARK), que expresa la cantidad de alcohol eliminado por minuto y kilogramo de peso de la persona⁸⁶⁴. Esto se puede representar gráficamente en lo que se conoce como curva de alcoholemia o de WIDMARK, donde se representa la absorción-eliminación mediante las determinaciones de alcohol en sangre y el tiempo transcurrido desde el acto de la ingesta. En esta representación gráfica se observa como predomina en un principio la absorción del alcohol, que irá aumentando así su concentración en sangre, pasando luego a un periodo de equilibrio, en donde la concentración alcanzará su nivel máximo, y finalizando con otra fase donde prevalece la eliminación del alcohol, lo que va a provocar la disminución de su concentración en la sangre.

En el primer tercio del siglo pasado, ya se había observado que el metabolismo del alcohol transcurría orgánicamente a una velocidad constante de entre 1 y 2 decigramos de alcohol por litro de sangre y por hora, lentamente e independiente de la concentración⁸⁶⁵. Tomando WIDMARK la velocidad media de metabolización de 0,15 gramos de alcohol por litro de sangre y hora generó una ecuación que es ahora ampliamente utilizada con fines forenses, principalmente para estimar la cantidad de bebida alcohólica ingerida a partir del conocimiento de la concentración etílica en sangre.

Como se puede observar gráficamente en la Ilustración 8, en una primera etapa aparecería una curva ascendente, que pone de manifiesto la absorción de alcohol desde el tracto gastrointestinal a la sangre y que duraría entre 90 a 120 minutos aproximadamente, representándose con una mayor o menor verticalidad dependiendo de la absorción (como sucede con bebidas de alta graduación). Esta curva alcanzaría luego una zona de meseta que indicaría el

⁸⁶⁴ En este sentido LUIS ALBERTO FERRARI, "Análisis toxicológico de etanol y su interpretación forense. Cálculos retrospectivos, pérdida o generación en tejidos humanos e indicadores biológicos de ingesta. Breve revisión", *Ciencia Forense Latinoamericana* vol. 2 nº 1-2 (2008): 9-12.

⁸⁶⁵ Al respecto, véase VÁZQUEZ PEDROUZO, "Causas de los accidentes de tránsito..." 184.

equilibrio entre el ingreso por difusión y eliminación oxidativa, continuando la curva descendente hasta la total eliminación del alcohol en el organismo.

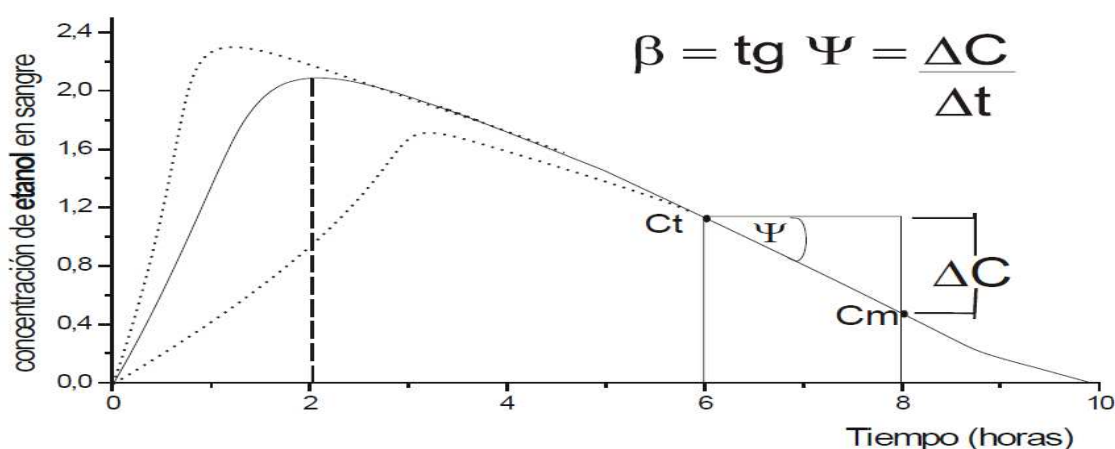


Ilustración 8. Curva absorción - eliminación de etanol en sangre. (ALBERTO FERRARI 2008).

En esta apartado, para aplicar los cálculos de alcoholemia retrospectiva, conforme al espíritu del Derecho y no perjudicar al acusado, puede tomarse el valor mínimo de $\beta = 0,1$ gramos por mil, si está expresado en horas, o bien 0,002, si está expresado en minutos⁸⁶⁶.

La importancia del coeficiente β , que sólo tiene validez en la etapa de eliminación representada con una curva descendente, radica en que nos va a permitir efectuar cálculos retrógrados de alcoholemia y determinar el alcohol ingerido un tiempo atrás, por lo que el cálculo de alcoholemia retrospectiva se convierte en un elemento probatorio de gran importancia ante hechos delictivos en los que las pruebas de alcoholemia no pueden ser efectuadas en el momento del hecho.

Hay que tener presente que la estimación retrospectiva de la tasa de alcohol en sangre partiendo de una tasa conocida posteriormente, sólo se va a poder llevar a cabo si se cumplen dos requisitos: 1º.- que la toxicocinética del alcohol etílico se encuentre en fase de eliminación; y, 2º.- que no hayan transcurrido más de tres horas entre la tasa obtenida y la que se desea conocer⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Estimación hecha por el Profesor español MANUEL REPETTO, citado por FERRARI, "Análisis toxicológico...", 11.

⁸⁶⁷ Véase ÁNGELS LÓPEZ ALEIXOS, CLEMENTE PASTOR TENDERO, AMPARO ARLANDIS NAVARRO Y ÁNGELA CALVO MENDOZA, "Repercusión clínica y jurídica de la ingesta de alcohol etílico. Resolución de casos prácticos", *Revista española de drogodependencias*, vol. 39, nº 1 (2014): 75.

De esta manera, la fórmula a aplicar para calcular la tasa estimada en sangre en un momento determinado anterior a la prueba de alcoholemia, teniendo en cuenta que la segunda prueba debe arrojar una tasa inferior a la primera para asegurar que nos encontramos en la etapa de eliminación, será:

$$C_t = C_m + \beta \times t$$

C_t : La tasa estimada en g/l sangre en el momento del hecho

C_m : La tasa arrojada en la prueba en g/l sangre

β : Coeficiente etil-oxidación para varones = $0,0025 \pm 0,00056$

β : Coeficiente etil-oxidación para mujeres = $0,0026 \pm 0,00037$

t : Tiempo transcurrido desde el hecho hasta la prueba en minutos

La determinación de la alcoholemia es el test más importante en toxicología forense donde la curva de alcoholemia o de WIDMARK sintetiza los procesos de absorción, equilibrio de difusión y eliminación del alcohol, presentando un gran interés médico-legal ya que representa la evolución de la concentración del alcohol en la sangre en el periodo de tiempo que sigue a la ingestión hasta su contabilización total⁸⁶⁸. En función del equilibrio de difusión que se alcanza entre la sangre y los tejidos es posible conocer la concentración del alcohol en sangre en un tiempo cero después de establecido el equilibrio de una dosis única de alcohol⁸⁶⁹.

Las investigaciones en materia de alcoholemia suelen realizarse sobre el terreno con equipos portátiles (etilómetros) al tratarse de procedimientos más sencillos y hoy día muy fiables, efectuándose la determinación de la tasa de alcoholemia *"in situ"* a través de equipos técnicos que miden la concentración de alcohol en el aire espirado, reflejando la concentración alcohólica de la sangre circulante a través de los pulmones. Este procedimiento se puede llevar

⁸⁶⁸ VILLANUEVA CAÑADAS, "Estudio toxicológico...", 882, para el autor, a partir de ciertas cifras de alcoholemia la conducción se hace sumamente peligrosa y este nivel debe establecerse en 1g/1.000 ml, mientras que la embriaguez plena como causa eximente de responsabilidad criminal se podría fijar sin riesgo de cometer errores en 2g/1.000 ml, cifra que produciría una grave perturbación de las funciones psíquicas.

⁸⁶⁹ Resulta de interés ver el tratamiento que la jurisprudencia le viene dando a este cálculo retrospectivo, recogido por MARIO SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, "El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas: actualización jurisprudencial". En *Curso sobre delincuencia vial: Madrid 2 y 3 de octubre de 2017*. (Madrid: CEJ, 2017), 4-7.

a cabo al conocer la correspondencia existente entre la concentración de alcohol en aire espirado y en sangre, partiendo de la base científica de que dos litros de aire alveolar, con una concentración de anhídrido carbónico igual a 190 mg, contiene exactamente la misma cantidad de alcohol que 1 ml de sangre⁸⁷⁰.

Inciendo aún más en la determinación de la tasa de alcoholemia a efectos penales resultan igualmente interesantes algunas consideraciones a tener en cuenta a la hora de efectuar el posible cálculo retrospectivo al objeto de practicar las diligencias de investigación:

“1.- De las tres fases de la curva de alcoholemia –absorción, distribución o meseta y eliminación-, la de distribución o meseta –en que existe equilibrio entre la absorción y la eliminación alcohólica- tiene una duración de entre 45 a 75 minutos, siempre que no haya más ingesta y existiendo variabilidad interindividual que puede determinar una mayor duración de ésta por encima de los 75 minutos, lo que puede provocar que incluso existiendo un periodo de tiempo elevado entre las pruebas de aire o entre estas y la de sangre, haya una persistencia en las tasas.

2.- La fase de absorción, también dependiente de una alta variabilidad interindividual (sexo, raza, edad, proporción grasa/agua corporal, presencia de alimentos en el estómago, consumo de bebidas carbonatadas y frías, operaciones de estómago, concentración de etanol de las bebidas, forma de ingesta, consumo de medicamentos o tabaco), concluye en torno a una hora después del último consumo con el estómago vacío y al menos tres hora después con el estómago lleno, de suerte que la mitad del alcohol ingerido se absorbe rápidamente durante los primeros 15 minutos y el resto hasta al menos una o tres horas

⁸⁷⁰ Según BARQUÍN SANZ Y LUNA DEL CASTILLO, “Ingesta moderada de alcohol...”, pág. 10, sobre la tolerancia y márgenes de error en la prueba del etilómetro, en la conversión de etanol en aire espirado a etanol en sangre, que es el utilizado en la normativa vigente en España, los tribunales admiten la relación de 2000 a 1, es decir, que 0,25 mg/l aire espirado equivaldrían a 500 mg/ en sangre, o lo que es lo mismo 0,5 g/l en sangre, pero que los estudios más fiables avalan que realmente existe una equivalencia media menos favorable para el conductor bebido, del orden de 2300 que puede llegar incluso a la relación de 2400 a 1. La combinación de este factor junto con el EMP del etilómetro confieren una mayor garantía a la prueba garantizándose que quien es denunciado o incurre en el delito de conducción bajo la influencia del alcohol (tasa superior a 0,60 mg/l según art. 379.2 CP), lleva verdaderamente tasas de etanol que superan con claridad la permitida; también BARQUÍN SANZ, “Seguridad en la conducción...”, 441-443.

después o incluso seis en algunos casos, lo que igualmente puede provocar que entre las pruebas de alcoholemia se podría estar aun absorbiendo el alcohol y dar lugar a una persistencia en la fase mesetaria.

3.- En la fase de eliminación, el coeficiente de etiloxidación es constate y equivale a 0,15-0,20 g/l por hora en adultos de 70 kg de raza caucásica sanos y no habituados, pero la bibliografía señala variaciones de hasta 20% en este coeficiente, de tal manera que aunque constate no significa que sea igual para todas las personas, debido a la variabilidad interindividual, pudiendo aplicarse sólo en la fase de eliminación, por lo que la correlación entre las tasas tiene un alcance relativo y debe valorarse con las debidas cautelas.

4.- La correlación entre las tasas y los signos clínicos también presenta una gran variabilidad interindividual y depende en gran medida de la habituación.

5.- La relación sangre/aire espirado se suele estimar en 1/2100 pero oscila entre 1/1900 y 1/2400, por lo que en la correlación entre las tasas en aire espirado y la sangre, se deberán tener en cuenta estos márgenes de error en las relaciones entre las dos matrices –aire espirado y sangre-.

6.- Debe tenerse en cuenta también el etilómetro utilizado, pues los efectos de alcohol en boca es descartado con los modernos equipos evidenciales que garantizan que la medición se efectúa sobre aire alveolar o pulmonar, al descartar los dos tercios iniciales de aire espirado y evitar así en sus mediciones las posibles interferencias del etanol volátil presente en las mucosas y cavidades del tracto superior del aparato respiratorio e incluso del aparato digestivo en el procedente del aire alveolar”⁸⁷¹.

De lo que se concluye que ante la alegación de posible falta de correlación entre las dos tasas de alcohol en aire espirado y/o de éstas con la sangre, va a resultar esencial el informe pericial forense y toxicológico que tenga en cuenta la duración de las fases de absorción y distribución, el coeficiente de

⁸⁷¹ Sobre el particular MARIO SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo los efectos del alcohol: la cadena de custodia en las analíticas de sangre. Incidencia de la curva de alcoholemia en la tipificación penal de las conductas”. En *Jornadas de Fiscales Especialistas de Seguridad Vial: Madrid, 17 y 18 de junio de 2013*. (Madrid: CEJ, 2013), 17-20, <https://www.fiscal.es/>.

etiloxidación, el cociente de conversión sangre/aire espirado, el grado de variabilidad interindividual así como las características del etilómetro empleado en la práctica de las pruebas, lo mismo que si ambas pruebas se dilatan alejándose en exceso del momento de la conducción⁸⁷². Problema que no se plantearía cuando la primera tasa, medida inmediatamente después de la conducción no alcanzara los 0,60 mg/l en aire espirado y sí lo hiciera la segunda, pues en tal caso nos encontraríamos en la fase ascendente o de absorción de la curva de alcoholemia en el momento del accidente y por tanto no conducía con tasa superior a la típica.

También es posible obtener hoy día de forma científica el cálculo teórico de la alcoholemia que presentaría un conductor en un momento determinado tras la ingesta de una cantidad de alcohol conocida anteriormente, sabiendo que el etanol cuando penetra en la sangre se distribuye a través del agua corporal en función del coeficiente de partición grasa/agua (0,018), por lo que la proporción de etanol a la que se llegue en cada tejido o fluido va estar en relación con la riqueza de agua del mismo⁸⁷³. De esta manera, conociendo la cantidad y graduación de la bebida alcohólica consumida por una persona, se podría calcular en primer lugar el valor en gramos de etanol ingeridos por medio de la siguiente fórmula:

$$C(g) = d(cc) \times de(g/cc) \times c$$

C: Cantidad del alcohol (g)

d: Volumen de bebida ingerida (cc)

de: Densidad del alcohol etílico (0,8 g/cc)

c: Graduación de la bebida alcohólica (% , vol/vol)

⁸⁷² Véase Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2ª). Sentencia núm. 90256/2017 de 22 de septiembre, fundamento jurídico 2, en este caso el Tribunal tiene en cuenta el excesivo plazo de tiempo transcurrido entre las pruebas realizadas en aire espirado y la de la analítica de sangre para justificar el descenso en la tasa observado en esta última, entendiéndose a la vez que el art. 379.2 CP no exige que el resultado obtenido en ambas prueba (en aire espirado y en sangre) sea superior a los límites en él establecidos sino que basta que lo sea cualquiera de ellas, debido al empleo de la preposición “o” en la redacción del tipo.

⁸⁷³ Al respecto, véase ALEXIOS, TENDERO, NAVARRO Y MENDOZA, “Repercusión clínica y jurídica...”, 76.

Una vez conocida la cantidad en gramos de alcohol consumida por el sujeto de estudio, se podría obtener la alcoholemia máxima que generarían esos gramos de alcohol etílico con la siguiente fórmula:

$$C(\text{g/l}) = \frac{d(\text{g})}{p(\text{kg}) \times Vd(\text{l/kg})}$$

C: Alcoholemia que se desea conocer

d: Dosis de alcohol ingerido (g)

p: Peso del individuo (kg)

Vd: Volumen de distribución del alcohol etílico en el cuerpo (estimado en 0,7 l/kg para varones y 0,6 l/kg para mujeres)

En la misma línea de estudios científicos llevados a cabo por la Universidad Complutense en la búsqueda de nuevos métodos de detección de niveles de alcoholemia permitidos⁸⁷⁴, se experimentó con 19 voluntarios (12 hombres y 7 mujeres) con una edad media de 25,6 años, quienes en intervalos de 60 minutos y durante 4 horas consumieron 27,5 ml de alcohol cada vez⁸⁷⁵, llevando a cabo registros de pupilometría mediante estimulación lumínica (luces blancas, azules, verdes y rojas) en donde se pudo comprobar cómo el diámetro basal de la pupila aumentaba significativamente a partir de concentraciones de alcohol en aire espirado iguales o mayores de 0,25 mg/l así como el valor de la amplitud a la constricción para la luz roja, demostrando igualmente que “el incremento del diámetro basal y la amplitud pupilar pueden ser utilizados como indicador del nivel de consumo de alcohol”.

⁸⁷⁴ Véase LUIS LUCIO LOBATO RINCÓN, MARÍA CARMEN CABANILLAS CAMPOS, JUAN JOSÉ NAVARRO-VALLS, CRISTINA BONNIN-ARIAS, EVA CHAMORRO Y CELIA SÁNCHEZ-RÁMOS RODA, “Utilidad de la pupilometría dinámica en el control de alcoholemia de los conductores”, *Adicciones*, vol. 25, nº 2 (2013): 137-139.

⁸⁷⁵ En el estudio llevado a cabo se realizó a los participantes una anamnesis previa con objeto determinar el número de Unidades de Bebida Estándar que consumían al día, estableciéndose en el caso español el valor de la UBE en 10 g, lo que equivale al contenido habitual de una consumición de cerveza o vino, excluyendo del estudio a los hombres que sobrepasaban 4 UBEs diarias y a las mujeres con más de 2 UBEs diarias, por no entenderlos como consumos ocasionales y de no riesgo. Todos los participantes efectuaron 4 ingestas de alcohol, salvo dos, y cada una de ellas consistía en una cerveza de un volumen de 500 ml con una graduación de 5,5% (110 ml de alcohol etílico al final de experimento), alcanzándose una tasa media de alcoholemia en aire espirado de 0,49 mg/l tras la última toma y sobrepasando claramente en la segunda el nivel de alcohol permitido de 0,25 mg/l en aire espirado.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que hoy día la determinación científica del comportamiento del alcohol en el organismo humano está más que demostrada, pudiéndose alcanzar conclusiones bastante acertadas desde el punto de vista médico-científico sobre la concentración de alcohol en momentos incluso anteriores al de estudio en base al conocimiento actual de distribución, metabolización o eliminación del mismo, pero eso sí, sólo cuando se trate de intoxicaciones en las que intervenga única y exclusivamente el alcohol etílico, algo cada vez menos usual ya que la experiencia viene demostrando que en los diferentes controles policiales de detección de alcohol y drogas en carretera es cada vez más habitual la detección del alcohol en combinación con alguna otra sustancias, siendo aquí cuando surge el problema para la valoración de su repercusión en las cualidades psíquicas en la conducción.

Es en este aspecto donde la ciencia no es capaz aún de acreditar en ningún caso si en el momento de los hechos el conductor se encontraba o no bajo la influencia de alguna de estas sustancias, debido al metabolismo propio de cada una de ellas en el organismo (cannabis, cocaína y opiáceos) y su eliminación en la orina, pero lo que sí se puede afirmar es que los efectos clínicos de este consumo combinado se va a ver reforzado⁸⁷⁶. Según lo anterior, la mezcla de cannabis u opiáceos con el alcohol etílico va a potenciar los efectos depresores de ambos, siendo más probable que aparezcan efectos secundarios que alteren la capacidad de conducción, mientras que la combinación de la cocaína con el alcohol etílico producen un efecto en el cerebro más duradero y más tóxico que cuando se consumen por separado, presentando un efecto sinérgico que potencia la toxicidad de ambas sustancias y que puede alterar de manera visible la capacidad de conducir.

3.1.3. La determinación de la tasa y su error máximo permitido

Como ya se ha visto, la tasa de alcoholemia representa el volumen de alcohol que hay en la sangre y se mide en gramos de alcohol por cada litro de

⁸⁷⁶ Sobre el particular ALEIXOS, TENDERO, NAVARRO Y MENDOZA, "Repercusión clínica y jurídica...", 79-80.

sangre (g/l) o en su equivalente en aire espirado (mg/l)⁸⁷⁷, y tanto en esta tasa como en la rapidez con que se alcanza van a influir múltiples factores como: el sexo o el peso de la persona, la rapidez con que se consuma la bebida alcohólica, si se trata de una bebida fermentada (cerveza, vino...) o destilada (ginebra, ron, whisky...), si se acompaña con bebidas gaseosas o se toma caliente, si se ha comido antes algo o no, la edad de la persona, la hora del día o incluso algunas circunstancias personales como la fatiga, la somnolencia, la ansiedad, el estrés u otras enfermedades, por lo que es muy probable que dos personas que hayan consumido la misma cantidad de alcohol presenten tasas de alcoholemia distintas⁸⁷⁸.

El procedimiento para la determinación de la tasa de alcoholemia va a consistir en una primera prueba con un etilómetro denominado de muestreo más ágil y rápido, pero a la vez menos preciso, que se efectuará sobre el terreno a los sujetos obligados a someterse a ella (art. 21 RGCir), y si en esta prueba se obtuviera una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,25 mg/l, el conductor vendrá obligado a someterse de nuevo a la prueba de alcoholemia con un etilómetro denominado de precisión con el que se obtendrá la prueba evidencial con todas las garantías legales⁸⁷⁹. Es esta segunda prueba con el etilómetro evidencial o de precisión la que va a tener virtualidad como prueba preconstituida en el proceso penal, siempre que se desarrolle conforme a lo dispuesto en el RGCir.

⁸⁷⁷ Véase MANUEL LÓPEZ-RIVADULLA, ANGELINES CRUZ LANDEIRA, ANA DE CASTRO RÍOS, MARTA CONCHEIRO GUIÁN Y OSCAR QUINTELA JORGE, *Estudio de correlación del etanol en aire espirado y saliva, a partir de muestras obtenidas en controles policiales a conductores de vehículos*, (Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2011), en este trabajo se concluye que existe dificultad para la precisión de la medida de alcohol etílico a partir de valores hallados en saliva así como que la práctica de la prueba en saliva no alcanza unos valores de concordancia individual que permitan su uso con fines administrativos o legales, al margen de que el procedimiento de la medición de alcohol en saliva no supone una mejora respecto a la práctica actual en aire espirado, pues la falta de lectura *in situ* del resultado en alcohol, podría anular un supuesto beneficio de su uso, ya que las fuerzas policiales no podrían adoptar la medida cautelar y necesaria de inmovilización del vehículo a falta de un resultado objetivo de la determinación de etanol, www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/.

⁸⁷⁸ Al respecto, véase DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *El alcohol y la conducción* (Madrid: Dirección General de Tráfico, 2014), 11-15

⁸⁷⁹ Véase Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª). Sentencia núm. 86/2017 de 6 de noviembre, fundamento jurídico 3, en relación con la exigencia del certificado de verificación correspondiente al etilómetro evidencial o de precisión para que sirva como prueba de cargo válida en la determinación del grado de impregnación alcohólica, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia en la determinación de la "tasa típica" exigida por el inciso segundo del art. 379.2 CP.

En la práctica sólo se procederá al ejercicio de la acción penal cuando las dos tasas obtenidas con el alcoholímetro evidencial superen en aire espirado el límite de 0,6 mg/l fijado en el tipo, no apreciándose el delito cuando una de las dos tasas sea inferior. Y esta segunda prueba no se trata de un derecho renunciabile por parte del conductor sometido a la prueba sino que se trata de un mandato legal que determina el modo en que necesariamente debe realizarse la misma, no considerándose suficientemente fiable el resultado si la tasa obtenida en una de las mediciones no queda avalada por la arrojada por la otra⁸⁸⁰.

Pero para una mayor garantía procesal, el resultado de estas dos pruebas de alcoholemia debe ser sometido igualmente a un factor de corrección previsto por la Orden ITC/3707/2006⁸⁸¹, resultándole por lo tanto de aplicación la normativa administrativa que regula el control metrológico de los etilómetros, que admite la existencia de unos márgenes de error en los resultados de las mediciones efectuadas por tales aparatos y fija unos errores máximos permitidos (EMP) en la verificación periódica de los mismos, dependiendo si se trata de: 1º.- etilómetros nuevos y que no han sufrido reparación o modificación en su primer año de servicio; o, 2º.- etilómetros que lleven más de un año en servicio y/o hayan sido reparados o modificados.

Por tanto para aplicar la figura delictiva que castiga la tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg/l se deberá tener en cuenta también la aplicación del EMP a la prueba de alcoholemia⁸⁸², lo cual indica que si dicha prueba se efectúa con un etilómetro nuevo y que no ha sufrido reparación o modificación durante el primer año, la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia deberá arrojar un resultado de algo más de 0,63 mg/l para garantizar que la tasa real sea superior a 0,60 mg/l,

⁸⁸⁰ En este sentido FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 10/2011...*, 26-27.

⁸⁸¹ España. Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado (*BOE* núm. 292, de 7 de diciembre de 2006).

⁸⁸² Al respecto véase SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, "Delito de conducción bajo la influencia...", 8-10, y la variada polémica existente en la jurisprudencia menor sobre la aplicación del EMP y el número de decimales a tener en cuenta tras la operación matemática para la determinación de la tasa medida por el etilómetro de cara a la determinación de la tipicidad de la conducta.

mientras que para el resto de etilómetros contemplados en la Orden ITC/3707/2006 se deberá alcanzar una tasa de al menos 0,65 mg/l⁸⁸³.

Esto no evitaría sin embargo la posibilidad del ejercicio de la acción penal en tasas superiores a 0,4 mg/l (0,45 mg/l tras la aplicación del EMP), en función de los signos de embriaguez concurrentes y de las anomalías en la conducción, todo ello en una clara aproximación a las evidencias científicas sobre las tasas de concentración alcohólica y su demostrada influencia en la conducción (FGE 2011, 26).

3.2. La prueba de detección de drogas

La detección de drogas de abuso en saliva o fluido oral (FO)⁸⁸⁴ vienen siendo objeto de estudio desde la última década del pasado siglo, como lo demuestran diversas publicaciones relacionadas con el tema así como el desarrollo de proyectos internacionales, como el ROSITA (ROadSlide Testing Assessment) en 16 países europeos durante 1999 al que le siguió después en 2003 un segundo proyecto (ROSITA 2) con la participación de 6 países europeos y 5 estados norteamericanos. Estos proyectos tenían por objeto la evaluación de diferentes kits de detección de drogas en saliva de conductores, no considerándose finalmente ninguno de ellos fiable.

Más tarde la Comisión Europea financiaría un nuevo proyecto denominado DRUID (Driving Under Influence of alcohol and Drugs), entre los años 2006 y 2011, con el objetivo de profundizar en el conocimiento del problema del consumo de alcohol, drogas y medicamentos, revisar las posibilidades de intervención y a la vez armonizar las actuaciones en el marco europeo, pretendiendo aportar un respaldo científico así como una base sólida de cara a la elaboración de una normativa europea sobre el asunto, finalizando de nuevo con la conclusión de que ninguno de los dispositivos analizados presentaban suficiente fiabilidad analítica para todas las sustancias ensayadas. A este estudio le siguió otro llevado a cabo durante las dos últimas semanas de los

⁸⁸³ Véanse Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª). Sentencia núm. 51/2018 de 29 de enero, fundamento jurídico 3; Audiencia Provincial de Alicante (Sección 2ª). Sentencia núm. 309/2017 de 7 de septiembre, fundamento jurídico 2.

⁸⁸⁴ En el campo forense se prefiere utilizar el término fluido oral al de saliva, como matriz adecuada para la realización de las pruebas *"in situ"*, debido a que las muestras que se obtienen no provienen sólo de las glándulas salivales, sino que se encuentran presentes también fluidos procedentes de las glándulas gingivales y secreciones orofaríngeas.

meses de mayo y noviembre de 2013 (DRUID-2013), con el objeto de estudiar la evolución con respecto al realizado en 2008, observándose en este caso un descenso en la prevalencia de casos positivos a sustancias (9,34%) en los conductores españoles respecto del estudio llevado a cabo en el año 2008 (14,05%), aunque considerándose sin embargo elevada la prevalencia del alcohol (4,16%), las drogas (5,79%) y los medicamentos (0,29%)⁸⁸⁵.

Al margen de la dificultad que entraña la obtención de una muestra suficiente y la realización de la prueba “*in situ*”, la ventaja del FO sobre otras muestras tradicionales es: su sencillez, el que no resulta invasiva y que puede ser efectuada por personal no cualificado, pudiéndose establecer modelos matemáticos teóricos para la predicción de la relación de concentración entre FO y sangre por medio de una matriz no demasiado compleja que además nos proporcione una estimación de la concentración real que circula en sangre en una ventana de detección que sólo varía entre 1 a 2 días, lo que hace que el FO pueda ser utilizado únicamente como un indicador de consumo reciente⁸⁸⁶.

Sin embargo, algunos autores consideran que la matriz ideal para investigar el consumo de drogas por parte de un conductor es la sangre⁸⁸⁷, aunque ésta también presentaría dificultades para establecer una concentración ligada a la posibilidad de sufrir un accidente y a la afectación al conductor. Igualmente podemos encontrar estudios dirigidos a la búsqueda de innovaciones en el ámbito de la detección del consumo de drogas a través de la pupilometría por infrarrojos (IRPG), aunque con resultados tampoco claros a la hora de clasificar correctamente a cada consumidor con el tipo de droga consumida, reconociendo finalmente la necesidad de seguir profundizando en este tipo de investigaciones⁸⁸⁸.

El modelo que finalmente se ha adoptado por la legislación española para la detección de la presencia de drogas en el organismo del conductor y así acreditar el tipo del artículo 379.2 CP, es el de la realización de una prueba

⁸⁸⁵ Al respecto, véase DGT, “Informe final alcohol, drogas y medicamentos...”, 59.

⁸⁸⁶ Sobre el particular ROSARIO GARCÍA-REPETTO, ÁNGELES PÉREZ-TORRES Y MARÍA LUISA SORIA-SÁNCHEZ, “Conducción bajo los efectos de sustancias psicoactivas: correlación de las concentraciones en fluido oral y sangre”, *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 38, nº 3 (2012): 92-94.

⁸⁸⁷ *Ibid.*, 97.

⁸⁸⁸ En este sentido LOBATO RINCÓN, et al., “Utilidad de la pupilometría...”, 137-145.

salival mediante un dispositivo autorizado, seguido de un posterior análisis en un laboratorio homologado (art. 796.1.7^a de la LECrim⁸⁸⁹).

En este apartado es preciso apuntar que si bien los controles de drogas se encuentran administrativamente regulados en los artículos 14 LSV y 27, 28 del RGCir, sólo con esta normativa la práctica de los mismos hubiera tenido que limitarse meramente a reconocimientos externos ya que el sometimiento a otro tipo de pruebas como el análisis de sangre, de orina o de saliva implicarían una intervención corporal, que en el caso de tener que efectuarse en contra del interesado precisarían autorización judicial⁸⁹⁰. En consecuencia con esta doctrina del TC la obligación de someterse a dichas pruebas requiere la cobertura de una Ley Orgánica, al verse afectado el derecho fundamental a la intimidad, habiendo optado por ello el legislador por regular este tipo de controles de detección de presencia de drogas en el organismo de los conductores en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Queda así regulada la prueba de detección de drogas mediante el test indiciario salival como primer instrumento, que además se practica “*in situ*” con dispositivos portátiles “*multitest*” y que generalmente detectan (cualitativamente pero no cuantitativamente) cinco grupos o familias de drogas de abuso: THC, cocaína, opiáceos, anfetaminas y metanfetaminas (existe la posibilidad de detectar también benzodiacepinas), debiendo ser seguido este test indiciario de una prueba similar pero confirmatoria que se efectuará posteriormente en un laboratorio homologado que sí va a cuantificar el resultado positivo de la primera y que va a tener ya carácter evidencial o confirmatorio⁸⁹¹.

⁸⁸⁹ “Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas. Cuando se practicaren estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.”

⁸⁹⁰ Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 207/1996 de 16 de diciembre; Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 25/2005 de 14 de febrero; Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 206/2007 de 24 de septiembre.

⁸⁹¹ Sobre el particular SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo la influencia...”, 20-21.

De este modo la prueba del test salival va a resultar válida para demostrar la presencia de drogas en el organismo, validez sólo desde el punto de vista administrativo sancionador pero no así desde el penal recogido en el artículo 379.2 CP donde se requiere además la “influencia”, siendo por ello validos en este apartado las exigencias impuestas para el caso del alcohol⁸⁹², cobrando en el ámbito de las drogas especial relevancia el acta de signos que debe elaborar el agente de la policía judicial encargado de la vigilancia del tráfico⁸⁹³ y al que el artículo 796.1.7^a LECrim exige como requisito legal una formación específica, requisito este último que debe ser exigido igualmente en el ámbito administrativo sancionador por mucho que el artículo 14 LSV no haga referencia al mismo⁸⁹⁴.

En esta línea de dificultad probatoria de la influencia y según estudios realizados, se ha podido comprobar que en el caso del consumo de cocaína no existe una asociación significativa entre éste y los signos clínicos apreciados, concluyéndose que la mayoría de las veces el individuo se encontraría en condiciones físicas que no demostrarían que su capacidad de reacción y conducción se hallaran alteradas⁸⁹⁵. Estudios estos, coincidentes con otros, en los que se observa que la presencia de signos de deterioro puede en algunos casos indicar el consumo de algún tipo de droga, pero que a su vez la ausencia de ellos no puede garantizar que el conductor no se encuentre bajo los efectos de este tipo de sustancias, concluyéndose que la observación de signos de deterioro tiene una utilidad muy limitada en la detección de la conducción bajo los efectos de las drogas⁸⁹⁶.

⁸⁹² Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1^a). Sentencia núm. 340/2017 de 25 de octubre, fundamento jurídico 4.

⁸⁹³ Al respecto, véanse RODRÍGUEZ LEÓN, “Delito de conducción...”, 17-21; SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo la influencia...”, 13-16, donde la jurisprudencia viene exigiendo, además de la acreditación de la presencia de drogas en el organismo, la influencia de tal ingesta en las facultades psicofísicas del conductor, lo que revela la importancia del acta o diligencia de signos elaborada por el agente.

⁸⁹⁴ Sobre el particular “Conclusiones de las jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial celebradas los días 16 y 17 de junio de 2014 en Madrid. Desarrollo: argumentos y matizaciones”, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, <https://www.fiscal.es/>

⁸⁹⁵ En este sentido AMPARO ARROYO FERNÁNDEZ, AGUSTÍ MORA FONT, MARTA SÁNCHEZ FITÉ, MARÍA BARBAL PAGÉS Y MARIONA PALAHÍ ADROHER, “Drogas de abuso en saliva de conductores: aspectos médico-legales”, *Revista española de medicina legal*, vol. 34, nº 1 (2008): 8.

⁸⁹⁶ Al respecto, véase F. JAVIER ÁLVAREZ GONZÁLEZ, INMACULADA FIERRO LORENZO Y M. TRINIDAD GÓMEZ TALEGÓN, “*Correlación entre los signos de deterioro y consumo de etanol, THC y cocaína*” (Valladolid: Universidad de Valladolid, 2012), www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/

Desde que el fluido oral se convirtió en matriz apropiada para explorar y determinar la presencia de drogas se han realizado sucesivos intentos de encontrar una relación fija o un factor de conversión entre la correlación de cada droga en la sangre y en el fluido oral, pero las amplias variaciones interpersonales no permiten aplicar esta relación para la mayoría de las drogas, por lo tanto la concentración de drogas en el fluido oral no podría utilizarse para estimar, de manera individual, la concentración de drogas en sangre con la suficiente precisión⁸⁹⁷, pudiéndose constatar igualmente una falta de acuerdo en la comunidad científica sobre donde establecer los niveles de concentración de cada tipo de droga para poder acreditar la influencia en la capacidad psicofísica del conductor⁸⁹⁸.

Si bien está admitido que tanto el alcohol como otras drogas pueden afectar a la capacidad de conducir con seguridad lo cierto es que sobre el consumo de alcohol se ha estudiado ampliamente y se conocen sus efectos, mientras que en el caso de las drogas no existe aún una clara relación entre la dosis ingerida, su concentración en la sangre y los efectos sobre el conductor, dependiendo de un complejo conjunto de variables como la cantidad y la calidad, mezclas simultaneas o cíclicas con otros productos, vía de administración o tipo de sustancia, entre otras, por lo que la falta de datos fiables sobre su toxicidad en el sistema nervioso central y sus efectos clínicos, así como la falta de definición de la correlación entre los valores en sangre y saliva, dificulta mucho el establecimiento de una legislación parecida a la existente en el caso del alcohol.

A pesar de todo lo anterior, los estudios sí que han podido revelar que en el caso del policonsumo de alcohol asociado con cualquier otro tipo de sustancia, los efectos negativos observados en las capacidades psicofísicas de los conductores se han visto potenciados incluso ante bajas concentraciones de intoxicación etílica. Y es por ello que estamos en condiciones de poder afirmar que la tasa penal, actualmente fijada para el caso de la alcoholemia en 1,20 g/l de alcohol en sangre, podría incluso rebajarse en atención a los estudios médico-científicos, encontrando plena justificación en el marco limitador del *ius puniendi* del Estado. Pero, no obstante, para el caso en que esto no se

⁸⁹⁷ *Ibid.*, 8.

⁸⁹⁸ Sobre el particular PRIETO GONZÁLEZ, "Los controles preventivos de drogas..." 7.

considerara oportuno, desde una perspectiva político-criminal más laxa en atención a la costumbre y normas socio-culturales⁸⁹⁹, lo que sí obtendría plena justificación jurídico-penal sería la criminalización de una tasa de 0,4 g/l de alcohol en sangre asociada al consumo de cualquiera otra sustancia, por el comprobado efecto multiplicador que este tipo de policonsumo produce en el sistema nervioso central y por ende en las capacidades de una conducción segura en los márgenes del riesgo socialmente asumido.

3.3. La toma de muestras y la cadena de custodia

Por medidas de intervención corporal pueden entenderse “todas aquellas actuaciones que tienen por objeto el cuerpo de una persona, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él, siendo requisito esencial e ineludibles para su admisibilidad que no revistan peligro para la salud y que sean practicadas por un médico, de acuerdo con la *lex artis*”⁹⁰⁰.

Antes de la modificación del artículo 796 de la LECrim, operada por la Ley 38/2002⁹⁰¹, no existía en nuestro ordenamiento una norma con rango de ley que autorizara la adopción de medidas de investigación corporal que supusieran la injerencia en los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad exigida por el principio de legalidad, lo que conllevó numerosas críticas a pesar de que la postura del TC era favorable a considerar la admisibilidad de estas intervenciones corporales si eran ordenadas por el Juez en resolución motivada⁹⁰², apoyándose para ello en la Decisión de la Comisión

⁸⁹⁹ Así lo entiende BUENO ARUS, “La conducción...”, 17, quien en base al *principio de utilidad* llega incluso a defender que en estos casos la sanción administrativa puede ser más eficaz e intimidante que la sanción penal para combatir la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.

⁹⁰⁰ Véase ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “Vademécum de actuación policial...”, 1261-1262, citando a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO.

⁹⁰¹ España. Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado (BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2002).

⁹⁰² Al respecto Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 37/1989 de 15 de febrero, fundamento jurídico 8, “Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios -STC 26/1981, fundamento jurídico 15º-, es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental -STC 13/1985, fundamento

Europea de Derechos Humanos de fecha 13 de diciembre de 1979 y supliendo así tan grave laguna legal en esta materia⁹⁰³. En este sentido, la modificación introducida en el artículo 796.1.7ª LECrim vino a paliar esta deficiencia al dar cobertura legal a la práctica de los análisis de sangre u otros análogos en el marco de las pruebas de detección alcohólica⁹⁰⁴.

Aun así estas analíticas de sangre, en los supuestos de muestras extraídas con fines terapéuticos en los servicios de Urgencias⁹⁰⁵, no están exentas de polémica por la posible vulneración de derechos fundamentales, ante la ausencia de una resolución judicial que justifique su incorporación al procedimiento. En este sentido si las extracciones se realizan dentro de un amplio abanico de pruebas con finalidad terapéutica y de forma no coactiva se entenderá que no se ha lesionado ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal, sin embargo sí que se verá lesionado el derecho más amplio a la intimidad personal por la información obtenida de esta analítica y que haría referencia a la esfera privada del sujeto en relación al consumo de alcohol o drogas⁹⁰⁶. De esto se puede concluir la necesidad de la providencia motivada dictada por el Juez instructor para poder incorporar al procedimiento penal el resultado de una extracción de sangre hecha con fines terapéuticos (STC 25/2005 de 14 de febrero, FJ 6).

Del mismo modo resulta de especial interés el garantizar la cadena de custodia de las muestras mediante la adopción de medidas capaces de asegurar que tanto el resultado como la validez de los análisis sean los

jurídico 2º-, y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho -STC 62/1982, fundamento jurídico 2º-, pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental.”

⁹⁰³ ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, “Vademécum de actuación policial...”, 1270.

⁹⁰⁴ Véase SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo la influencia...”, 16-18, el actual art. 14.3 LSV contempla la posibilidad recurrir al reconocimiento médico o análisis clínico, de manera subsidiaria, cuando existan razones justificativas que impidan realizar las pruebas de detección de alcohol o drogas en el conductor, pero la problemática se plantea en la interpretación de cuáles son esas razones justificativas.

⁹⁰⁵ Es preciso destacar que no es habitual contar con protocolos estandarizados en los servicios de Urgencias sobre cuando efectuar una determinación de alcohol o drogas en el organismo mediante el análisis de sangre, cómo realizarla y qué uso hacer luego de estos resultados, siendo fuente de confusión igualmente la responsabilidad ética del profesional en relación a la declaración o no de los resultados de la analítica.

⁹⁰⁶ Sobre el particular SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo los efectos del alcohol...”, 12.

correctos, debiendo seguir para ello el procedimiento legalmente establecido⁹⁰⁷, siendo en los artículos 12 y 14 de la Orden JUS/1291/2010⁹⁰⁸ donde se va a especificar este procedimiento en relación con los diferentes tipos de muestras para realizar los estudios toxicológicos en sujetos vivos, más concretamente para el caso de la sangre y de fluido oral.

La actual redacción del ya citado artículo 796.1.7^a LECrim recoge expresamente en su párrafo segundo, dedicado a la pruebas para la detección de presencia de drogas en los conductores, que la segunda muestra salival será “analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia”, incluyendo en su párrafo tercero la posibilidad de que el conductor pueda solicitar una prueba de contraste consistente en análisis de sangre preferentemente. Y aunque en este último párrafo no se haga referencia expresa a la cadena de custodia se ha de entender exigida igualmente para su validez como prueba.

Destacar aquí que la doctrina jurisprudencial parece posicionarse en este sentido a favor del carácter instrumental y presunción de regularidad respecto a la cadena de custodia en determinadas condiciones⁹⁰⁹, aunque, al igual que ocurre en otros casos, también podemos encontrar sentencias que vienen absolviendo ante la aplicación de protocolos meramente clínico-hospitalarios en un momento inicial de la extracción de sangre (ante heridos evacuados al servicio de urgencias donde no hay aún una intervención policial o judicial) aunque posteriormente pasen a aplicar el protocolo de la Orden JUS/1291/2010 tras la intervención judicial⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Al respecto, véanse DIEGO REAL DE ASÚA Y JESÚS GONZÁLEZ-CAJAL, “Implicaciones éticas y jurídicas de la determinación de alcoholemia en urgencias”, *Cuadernos de bioética: Revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica*, vol. 23, nº 79 (2012): 624-626; JOSÉ MANUEL VERGARA OLIVARES Y JOSÉ ÁNGEL REYES PARRAS, “Aspectos médico legales de las urgencias toxicológicas”, coord. José Ángel Reyes Parra, *Boletín S.U.E. 061 Ceuta. Dirección Territorial de Ceuta Atención Primaria*, vol. 12, nº 61 (2016), http://www.ingesa.msssi.gob.es/estadEstudios/documPublica/perioRevistas/pdf/2016/SUE_Ceuta_V12_N61_2016.pdf; también RODRÍGUEZ LEÓN, “Delito de conducción...”, 21-25.

⁹⁰⁸ España. Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban la normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (*BOE* núm. 122, de 19 de mayo de 2010).

⁹⁰⁹ En este sentido SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, “Delito de conducción bajo los efectos del alcohol...”, 9; véase también Audiencia Provincial de Valencia (Sección 3^a). Sentencia núm. 459/2017 de 7 de julio, fundamento jurídico 1.

⁹¹⁰ Sobre el particular véanse Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1^a). Sentencia núm. 81/2013 de 26 de febrero, fundamento jurídico 2; Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1^a). Sentencia núm. 62/2005 de 19 de mayo, fundamento jurídico 4; Juzgado de lo Penal nº 6 de

De todo lo visto se puede concluir que el modelo jurídico penal actual, adoptado por el legislador español respecto al delito de conducción bajo la influencia del alcohol y las drogas, requiere de una prueba pericial previa capaz de determinar la presencia o el grado de intoxicación del conductor de un vehículo de motor o ciclomotor, que en el caso del alcohol llega incluso a ser determinante para tasas en aire espirado superiores a 0,60 mg/l, por lo que este tipo de pruebas deben rodearse de una serie de garantías procesales y procedimentales que le permitan: 1º.- trasladar al plenario la certeza en relación a su obtención y custodia; y, 2º.- la posibilidad de acreditar la defensa del sometido a ellas en el momento de su práctica, garantizando de este modo la contradicción.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

CONCLUSIONES:

PRIMERA. Los comportamientos relacionados con el uso del vehículo de motor han despertado el interés de la sociedad desde su aparición, pudiéndose comprobar que, tanto dentro como fuera de nuestras fronteras, este hecho ha impulsado la adopción de medidas tendentes a paliar la sangría que determinadas conductas viene provocando.

Pero toda sociedad se va a dotar de las medidas necesarias en atención al riesgo o seguridad que considera aceptable, asumiendo a su vez las posibles consecuencias que lleva aparejado el desempeño de toda actividad. Es la propia sociedad la que se marca su propio límite en el desarrollo de sus relaciones vitales, en atención al binomio coste-beneficio considerado socialmente razonable.

SEGUNDA. Habiéndose manifestado la inseguridad vial como un problema social que demanda intervención estatal, es lógico su tratamiento desde múltiples enfoques orientados a los tres factores concurrentes: el hombre, la vía y el vehículo, debiendo enfatizar en el primero de ellos por ser el que se encuentra implicado en un mayor porcentaje de accidentes y a su vez el que precisa de una menor asignación de recursos. Y destaca en este sentido el ordenamiento jurídico como herramienta de control social formal, dirigida a dar respuesta a las diferentes conductas socialmente desviadas.

TERCERA. El ordenamiento penal va a ocupar un lugar destacado en el conjunto de las respuestas legítimas frente a los ataques a relaciones sociales consideradas vitales, pero este recurso debe ser reservado cuando otros no hayan sido capaces de reconducir estas conductas gravemente lesivas.

Si bien resulta legítimo acudir al Derecho penal, también es cierto que la intervención de éste debe circunscribirse a los casos más graves, cuando otros medios de control formal hayan resultado ineficaces, y siempre en el marco que delimitan los principios legitimadores de la intervención estatal. Una política

criminal expansiva, sin límites que encaucen la actividad legislativa de un Estado, convertirán un Estado Social y Democrático de Derecho en un Estado Dictatorial o Autoritario, regido por el capricho y la tiranía de sus gobernantes.

CUARTA. Está fuera de toda duda que la seguridad vial representa hoy día una de las realidades sociales surgidas de la denominada sociedad del riesgo, asentándose en nuestro ordenamiento jurídico como uno de los bienes necesitados de tutela ante las nuevas amenazas colectivas, habiendo recurrido el legislador a la técnica legislativa de los delitos de peligro para ello. Pero esta adaptación del nuevo Derecho penal a la realidad social debe hacerse con cautela, respetando los principios limitadores del *ius puniendi* del Estado.

De este modo podemos encontrar como el legislador ha hecho uso del Derecho administrativo sancionador para castigar conductas similares, recurriendo al reproche jurídico-penal cuando el plus de la gravedad el ataque, unido a la magnitud del bien jurídico protegido, hacían justificable su incardinación en el Derecho penal.

QUINTA. Del conjunto de conductas que recoge el ordenamiento jurídico en el ámbito de la seguridad vial, podemos delimitar una zona gris o de fricción entre la esfera administrativa y la penal, en atención al sometimiento al tamiz legitimador de la intervención estatal que representan los principios inspiradores del Derecho penal.

En este sentido encuentran difícil justificación tanto la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (art. 383 CP) como la conducción sin permiso o licencia (art. 384 CP), que parecen encontrar mejor acomodo en el Derecho administrativo sancionador, y todo ello por la exclusión del bien jurídico protegido seguridad vial de su ámbito de tutela, por mucho que desde una interpretación sistemática se le quiera atribuir esta función.

Respecto a la velocidad excesiva (art. 379.1 CP), la actual redacción la aproxima más a un derecho formal que material, pues si bien es cierto que la velocidad puede ser determinante para que algunas conductas atenten contra el bien jurídico seguridad vial, el simple hecho de superar unas cifras determinadas, sin tener en cuenta otras consideraciones, hace frustrar la antijuridicidad material exigible.

SEXTA. También encontramos en una zona intermedia la conducción tras haber ingerido alcohol o drogas (art. 379.2 CP), conducta que recoge tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal. En este caso la primera exigencia de la “influencia en la conducción” hace decantar este tipo de comportamientos del lado de la balanza del Derecho penal, precisamente por ese plus de peligrosidad que representa la merma de condiciones psicofísicas exigibles para una conducción segura y respetuosa con los bienes jurídicos del resto de los participantes en el tráfico viario.

SÉPTIMA. La inclusión de una tasa objetiva como punible, en el caso de la conducción tras haber consumido alcohol, obliga a replantearse el recurso utilizado por parte del legislador como una tipificación meramente formal, alejada de la obligada antijuridicidad material que demanda la justificación jurídico-penal.

Sin embargo, en el diseño de la política criminal, como materia reservada en exclusiva al legislador, es ineludible atender a los avances científicos que evolucionan en paralelo con la propia sociedad, pues de ello depende que sociedad y Derecho se ajusten a los mismos parámetros de racionalidad, coherencia y oportunidad. Y es aquí donde la ciencia médica ha sido capaz de determinar la relación existente entre la concentración de alcohol en sangre y los efectos sobre el organismo, pudiéndose alcanzar cierto consenso en el sentido de que a partir de 0,5 gr/l de alcohol en sangre el riesgo de sufrir un accidente de tráfico aumenta considerablemente de manera progresiva.

OCTAVA. La comunidad científica viene estableciendo que con concentraciones de alcohol en sangre superiores a 0,2 g/l comienzan a experimentarse ciertos signos y síntomas clínicos, aunque sin una influencia aparente, considerando que a partir de 0,3 g/l se entraría ya en una zona de riesgo, riesgo este que se haría más palpable a partir de concentraciones superiores a 0,5 g/l y que se convertiría incluso en una conducción peligrosa al superar los 0,8 g/l.

Estos datos han servido de apoyo al legislador a la hora de delimitar el injusto del simple ilícito administrativo, en atención al riesgo y a los diferentes grados de peligro asumibles, acudiendo para ello a la técnica legislativa de los delitos de peligro en los casos de niveles de riesgo no permitidos socialmente.

Y esta base médico-científica permite a su vez ponderar las diferentes opciones político-criminales desde los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, reservando el ordenamiento penal para aquellas infracciones más graves que afecten al bien jurídico seguridad vial, como criterio material delimitador del injusto, quedando reservado de este modo el Derecho penal como *ultima ratio*.

NOVENA. Hay que partir de la base de que la ciencia médica avalaría una política criminal más restrictiva en materia de consumo de alcohol en la conducción, permitiendo incluso reducir la tasa objetiva punible de los 1,2 g/l actuales a los 0,8 g/l de alcohol en sangre, y todo ello por la evidencia científica de que con esta concentración de alcohol las capacidades psicofísicas del conductor se verían manifiestamente perturbadas, colocando al bien jurídico seguridad vial en el radio de acción de una conducta peligrosa en abstracto, en base a la aptitud o potencialidad lesiva de un comportamiento que se manifiesta así como idóneo para producir esa situación de peligro.

Pero al mismo tiempo una sociedad cuyas costumbres y normas socio-culturales hacen del consumo del alcohol un elemento cotidiano en sus relaciones, celebraciones e incluso actos oficiales dificulta mucho la adopción de medidas legales más restrictivas e impopulares, políticamente hablando, dando pie a que sea la propia sociedad la que finalmente impulse las modificaciones legislativas al respecto en lo que se ha venido en llamar *teoría de la homeostasis del riesgo*, en base al interés colectivo y al nivel de riesgo que la sociedad está dispuesta a tolerar, asumiendo de este modo la producción de un porcentaje indeterminado de accidentes y de víctimas.

Es por ello que aun encontrando justificación médica y jurídica que permita reducir la concentración de alcohol en sangre a una tasa objetiva penal de 0,8 g/l, parece evidente que es desde el punto de vista social donde esta justificación no encuentra el sustento necesario.

DÉCIMA. El estudio de la bioquímica del alcohol ha permitido conocer cómo afecta éste a las capacidades cognitivas, sensoriales y motoras del conductor, siendo posible hoy día incluso efectuar el cálculo retrospectivo de una tasa en un momento anterior determinado, pero estos conocimientos no se extienden por igual al resto de las drogas, en donde la ciencia no ha podido aún alcanzar

conclusiones debido a la gran variedad de sustancias existentes y a su diferente comportamiento en el organismo, unido a que los métodos de detección actualmente conocidos no son tan ágiles ni fiables como los que se vienen utilizando en el ámbito del alcohol.

No obstante sí se ha podido comprobar que el policonsumo de otras sustancias mezcladas con el alcohol va a producir un efecto multiplicador sobre éste último, potenciando los efectos negativos y por lo tanto incrementando el riesgo de sufrir un siniestro vial.

PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*:

Conforme a las conclusiones ya expuestas se proponen a continuación posibles modificaciones legislativas en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial.

PRIMERA. La negativa recogida en el artículo 383 CP vino a reforzar la obligación administrativa de someterse a una pericia dirigida a investigar el consumo de sustancias que pudieran influir negativamente en la conducción, interpretación formal que en nada se diferencia de la recogida en el artículo 77 d) LSV.

Tampoco parece justificada la inclusión del tipo penal entre los delitos contra la seguridad vial, pues, por mucho que el legislador le haya querido dotar de una naturaleza pluriofensiva, resulta patente la carencia de lesividad para el bien jurídico seguridad vial ante conductas de mera desobediencia a una orden dada por un agente de la autoridad.

Es por todo ello que la simple negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas no debería sobrepasar el límite de la infracción administrativa, debiendo quedar el recurso al ordenamiento penal para aquellas conductas en las que se aprecien otros indicios que hagan sospechar la existencia de una conducción peligrosa para la seguridad vial.

SEGUNDA. En la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin permiso o licencia, conducta tipificada en el artículo 384 CP, se pueden distinguir supuestos tan disímiles como: el de la pérdida de vigencia por pérdida total de los puntos asignados; el quebrantamiento de sanciones

penales; o la carencia del permiso o licencia por no haberla obtenido nunca, habiendo sido incluido este precepto en el año 2007 con la única justificación de reforzar la eficacia preventiva de una norma administrativa como es la del “carné por puntos”. De hecho la conducción careciendo del permiso ya había estado tipificada como delito hasta 1983, en que fue despenalizado al no observarse en esta conducta relevancia penal alguna.

La mera posesión o no del permiso o licencia no implica necesariamente una conducción insegura, ni por lo tanto la afectación del bien jurídico seguridad vial, en especial en los supuestos en que ya se partía de la existencia de una habilitación previa que acreditaba la aptitud para conducir, habiendo sido luego cesado en este derecho por resolución judicial o administrativa. Esta presunción legal de peligrosidad convierte este tipo penal en meramente formal, constituyendo un *Derecho penal de autor* alejado del pretendido *Derecho penal del hecho* en atención a las circunstancias que concurren en el autor, al que se califica como potencialmente peligroso para el bien jurídico seguridad vial.

El conductor en estas circunstancias es visto como un enemigo para la sociedad y por lo tanto va ser combatido a toda costa, alejándose incluso del requerido principio de culpabilidad y forzando aún más, si cabe, la flexibilización de los principios inspiradores del *ius puniendi* del Estado en lo que algunos autores han venido a denominar “delitos obstáculo”, en los que se llegan a criminalizar conductas que no llegan a suponer siquiera un peligro para el bien jurídico al que pretenden proteger.

Es por ello que este tipo delictivo, al igual que el anterior, no debería sobrepasar la esfera del ilícito administrativo en los casos en que simplemente se observe un incumplimiento normativo de la habilitación necesaria para conducir, así como en los supuestos de simple pérdida de vigencia por pérdida total de puntos, pudiendo incardinar los casos de privación del permiso o licencia por decisión judicial como un quebrantamiento de condena de los previstos en el artículo 468 CP, introduciendo para ello la oportuna modificación legislativa en este artículo como ya se ha hecho en otros casos.

TERCERA. La tendencia a objetivar los tipos en materia penal tiene su causa en la certeza y seguridad que se aporta tanto a los operadores jurídicos

como a la propia sociedad, pero esta objetivación no debe hacerse a espaldas de la ciencia sino que el apoyo de ésta debe servir de justificación político-criminal.

La comunidad científica ha podido establecer relaciones claras entre las concentraciones de alcohol en sangre y los signos y síntomas clínicos que producen en el consumidor, algo que con el resto de drogas no se ha podido aún determinar debido a las múltiples sustancias existentes y a su gran variabilidad interindividual. Sin embargo sí que se han podido alcanzar conclusiones respecto del policonsumo para los casos en que el alcohol se encuentre mezclado con cualquier otro tipo de droga, comprobándose que los efectos de aquel sobre el organismo se han visto siempre multiplicados.

La exégesis jurídica del artículo 379.2 CP obliga a un análisis de su significado desde la perspectiva de los principios inspiradores del Derecho penal y en este apartado debemos partir del respaldo científico que avala que con una concentración de alcohol en sangre de 0,8 g/l el bien jurídico seguridad vial ya se vería lesionado en sentido amplio. Sin embargo para una mayor garantía jurídico-penal, teniendo en cuenta el grado de variabilidad interpersonal que el consumo de alcohol puede presentar y siendo cauteloso en la aplicación del tipo, es preciso apoyarse en lo que la evidencia científica ha podido concluir, y es que si además de esta concentración de alcohol se detecta el consumo de otro tipo de droga resulta patente que los efectos negativos en la conducción se verían en cierto modo potenciados, permitiéndonos en estos casos, ahora sí, reforzar la tesis de la conducción “bajo la influencia” del alcohol o las drogas.

Es por ello que una reducción de la tasa objetiva penal a 0,8 g/l en sangre (0,4 mg/l en aire espirado) unida a la presencia de cualquier otra sustancia en el organismo, incluidos los medicamentos aún bajo prescripción facultativa, encontraría justificación como ilícito en atención a la probada antijuridicidad material, siendo respetuosa además con los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad, dejando para el Derecho administrativo sancionador los supuestos de conducción en los que sólo se manifieste una tasa de alcohol en sangre inferior a 1,2 g/l (0,60 mg/l de aire espirado), salvo que concurren otras circunstancias que permitan probar la influencia, o sólo se detecte la presencia en el organismo de drogas.

En esta apartado la FGE viene ya exigiendo que por encima de la tasa de 0,4 mg de alcohol por litro de aire espirado se ejerza normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez, las anomalías en la conducción o en los casos de claros signos o síntomas, pero lo que aquí se propone es que esta atribución de la responsabilidad se efectúe de manera automática por la probada influencia que representa el policonsumo del alcohol y las drogas.

Por otra parte el principio de culpabilidad en este tipo de hechos exige igualmente una imputación dolosa, requiriendo tanto el conocimiento de que con esa conducta se está incrementando indebidamente el riesgo permitido para el bien jurídico seguridad vial, algo sobradamente conocido incluso en el caso de los medicamentos (elemento cognitivo), así como la voluntad de llevar a cabo la acción prohibida, colocándose de este modo en esa situación de peligro (elemento volitivo).

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A. "Acerca de la teoría de bienes jurídicos," *Revista penal*, vol. 18, nº 18 (2009): 3-44.

ADMINAITE, DOVILE; GRAZIELLA JOST, HENK STIPDONK Y HEATHER WARD. *Ranking EU progress on road safety 10th Road Safety Performance Index Report*. Bruselas: European Transport Safety Council, 2016. <http://etsc.eu/10th-annual-road-safety-performance-index-pin-report/>

AGÜERO RAMÓN-LLIN, ELENA. "¿Accidente de tráfico o violencia vial?". En *La reconstrucción de accidentes de tráfico. SIRAT 2014*. Valencia: Editorial Universitat Politècnica de València, 2014.

AGUILAR LÓPEZ, MIGUEL ANGEL. "Delitos de peligro e imputación objetiva", *Revista Iter Criminis*, nº 3 (2008): 11-23.

ALASTUEY DOBÓN, CARMEN Y ESTRELLA ESCUCHURI AISA. "Ilícito penal e ilícito administrativo en materia de tráfico y seguridad vial", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 31 (2011): 7-86.

ALPÍZAR CHAVEZ, ALBERTO. "El concepto de resultado", *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, nº9 (2017): 1-21.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, SUSANA I. "Vademécum de actuación policial y de instrucción: como evitar las nulidades en la obtención de la prueba (II)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, vol. 57, nº 1939 (2003): 1257-1287.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER; INMACULADA FIERRO LORENZO Y M^a TRINIDAD GÓMEZ-TALEGÓN. *Correlación entre los signos de deterioro y consumo de alcohol, THC y cocaína*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 2012. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/>

ANGULO, ZEUS. "Teoría del Delito, Imputación Objetiva y Derecho Penal del Enemigo", *Espacio dirigido a estudiantes de Derecho y Abogados en General*. Consultado el 01 de octubre de 2018, <http://zeusangulo-solucionesjuridicas.blogspot.com/2011/11/teoria-del-delito-imputacion-objetiva-y.html>

APARICIO IZQUIERDO, FRANCISCO; BLANCA ARENAS RAMÍREZ, JAVIER PÁEZ AYUSO Y ARTURO FURONES CRESPO. "Metodología integrada de investigación científica de accidentes de tráfico -MIICA-". En *La reconstrucción de accidentes de tráfico. SIRAT 2014*. Valencia: Universitat Politècnica de València, 2014. <http://hdl.handle.net/10251/46088>

ARAQUE MORENO, DIEGO. "¿Derecho penal del riesgo o Derecho penal liberal?", *Revista Cenipec*, nº 31 (2012): 13-33.

ARÁUZ ULLOA, MANUEL. "El bien jurídico protegido", *Revista de Derecho*, nº 6 (2014): 105-119.

ARROYO FERNÁNDEZ, AMPARO; AGUSTÍ MORA FONT, MARTA SÁNCHEZ FITÉ, MARÍA BARBAL PAGÉS Y MARIOLA PALAHÍ ADROHER. "Drogas de abuso en saliva de conductores: aspectos médico-legales", *Revista española de medicina legal*, vol. 34, nº 1 (2008): 3-10.

ARROYO ZAPATERO, LUIS. "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal* 1, nº 1 (2009): 1-15.

BARATTA, ALESSANDRO. *Criminología y sistema penal: Compilación in memoriam*. Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda., 2004.

BARBERO SANTOS, MARINO. "Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 26, (1973): 487-498.

BARQUÍN SANZ, JESÚS. "Seguridad en la conducción tras consumo moderado de bebidas alcohólicas". En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, 439-503. Madrid, Dykinson: 2007.

- BARQUÍN SANZ, JESÚS Y JUAN DE DIOS LUNA DEL CASTILLO. "Ingesta moderada de alcohol y prueba del etilómetro: evolución de la concentración de etanol en aire espirado tras consumo moderado de alcohol siguiendo el rito social; factores asociados con esta evolución y con la percepción de mareo y de incapacidad de conducción tras dicho consumo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7 (2005): 1-58.
- BASTERO, JOAQUÍN. "La Ley de 8 de junio de 1957, de reforma de la de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo un procedimiento de urgencia para la represión de ciertos delitos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 2 (1957): 338-348.
- BEADE, GUSTAVO A. "El concepto de riesgo y los delitos anticipatorios: una aproximación acerca de una distinción necesaria", *Nómadas*, vol. 17, nº 1 (2008): 97-106.
- BECK, ULRICH. "Retorno a la teoría de la sociedad del riesgo", *Boletín de la Asociación de Geógrafos Españoles*, nº 30 (2000): 9-20.
- . *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BERISTÁIN IPIÑA, ANTONIO. "Resultado y Delitos de Peligro". En *Cuestiones penales y criminológicas*. Madrid: REUS, 1979.
- BERRO ROVIRA, GUIDO. "Siniestros de tránsito, cumplimiento de las normas para más y mejor seguridad vial." *Biomedicina*, vol. 8, nº 1 (2013): 22-29.
- BERTONI, EDUARDO. *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*. Buenos Aires: CELE, 2010.
- BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ. "Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal", *Dikaioyne: Revista semestral de filosofía práctica*, nº 22 (2009): 29-52.

BINDER, ALBERTO M. "La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político-criminal", *Revista de Estudios de la Justicia* nº 12 (2010): 209-227.

BOTERO BERNAL, JOSÉ FERNANDO. "El Derecho Penal en Latinoamérica", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, nº 3 (2008): 25-46.

BUENO ARUS, FRANCISCO, "La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas en el Código Penal Español". En ponencia presentada en las *Jornadas sobre Alcholemla y su incidencia en la seguridad vial*, celebradas en Madrid los días 28 y 29 de septiembre de 1984, organizadas por la Dirección General de Tráfico, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial, 3-18.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. Y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de Derecho Penal (volumen II). Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

———. *Lecciones de Derecho Penal (volumen I). Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CÁCERES RUIZ, LUIS. "El delito de conducción sin permiso o licencia", *Boletín Digital AJFV*, nº 16 (2017): 1-36.

CANO CAMPOS, TOMÁS. "El procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico: evolución y perspectiva de futuro". En *II Foro nacional del derecho de la circulación*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2010.

———. "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de administración pública*, vol. 156, (2001): 191-249.

CAÑIZAR PALACIOS, JOSÉ LUIS. "Consideraciones sobre aspectos jurídico-legislativos en relación con las vías públicas de Hispania durante la Antigüedad Tardía", *Revista de la Universidad de Valladolid Hispania Antiqua*, nº 29 (2005): 225-236. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/9738>

- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”. En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva. Madrid, Dykinson: 2007.
- CARDENAL MONTRAVETA, SERGI. “La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado”. En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . “Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 3 (2007): 1-33.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL. “Derecho penal como *última ratio*. Hacia una política criminal racional”, *Ius et Praxis*, vol. 14 nº 1 (2008): 13-48.
- . “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 4, nº 1 (2000): 135-153.
- CARO CORIA, DINO CARLOS Y LUIS MIGUEL REYNA ALFARO. *Derecho Penal Económico. Parte General - Tomo I*. Lima-Perú: Juristas Editores E.I.R.L., 2016.
- CARPIO BRIZ, DAVID. “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico (art. 385 CP)”. En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- CARRERAS ESPALLARDO, JUAN ANTONIO. “Victimología vial: La prevención victimal en los siniestros de tráfico”, *Cuadernos de Criminología. Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, Año IV, nº 15 (2011), 6-14.
- . “Visión criminológica de los delitos contra la seguridad vial en España”, *Archivos de criminología*, vol. 7, nº 4 (2011): 1-8.

CARRERAS ESPALLARDO, JUAN ANTONIO Y JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

“Nuevo enfoque multidisciplinar de la Seguridad Vial. Introducción a la Criminología Vial”, *TEMA'S Revista Digital de Criminología y Seguridad*, Año III, nº 22 (2014): 27-63. http://revista-temas.blogspot.com.es/p/blog-page_21.html

CASTILLO MANZANO, JOSÉ IGNACIO; MERCEDES CASTRO NUÑO, LOURDES LÓPEZ

VALPUESTA Y DIEGO PEDREGAL TERCERO. *La contribución a la seguridad vial de la supervisión del cumplimiento de las normas de circulación*. Madrid: Fundación MAPFRE, 2017. https://www.fundacionmapfre.org/fundacion/es_es/publicaciones/destacadas/seguridad-vial.jsp

CEREZO MIR, JOSÉ. "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 10 (2002): 47-72.

———. "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* vol. 23, nº 3 (1970): 581-604. <https://www.boe.es/publicaciones/>

CIBOTTI, EMA. "La seguridad vial, entre los derechos humanos". *Clarín*, 11 de junio de 2016, https://www.clarin.com/opinion/seguridad-vial-derechos-humanos_0_4kjEuEVVZ.html

COLINA RAMÍREZ, EDGAR IVÁN. "La seguridad como bien jurídico", *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº 56 (2018): 41-60.

———. *Sobre la legitimación del derecho penal del riesgo*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2014.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO. "Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 16, (1963): 531-542.

- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. "Política criminal de la Seguridad Vial y garantías constitucionales". En *Jornades sobre trànsit i dret penal: Mollet del Vallès, 2012*. Mollet del Vallès: Institut de Seguretat Pública de Catalunya, 2013.
- . "Expansión del derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, nº 8 (2012): 45-76.
- . "Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales", *Revista Cenipec*, nº 30 (2011): 1-22.
- . "Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables". En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- . "Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos", *Revista crítica penal III*. Consultado el 13 de abril de 2018, <http://www.criticapenal.com.ar/revista-critica-penal/>
- . "Exigibilidad en el ámbito del conocimiento y control de riesgos: teorización", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13 (2003): 31-43.
- CORIGLIANO, MARIO EDUARDO. "Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el Derecho Penal", *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 18 (2006): 1-23.
- CUESTA PASTOR, PABLO. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Madrid: Dykinson, 2012.
- DE-GREGORIO, JOSU CRISTÓBAL; GASPAS ESCALONA MARTÍNEZ, MARÍA EUGENIA GAYO SANTA CECILIA, MERCEDES GÓMEZ ADANERO, JUAN ANTONIO GÓMEZ GARCÍA, MARÍA SALUD DE-GREGORIO BURGOS, JOSÉ LUIS MUÑOZ DE BAENA SIMÓN Y JUAN CARLOS UTRERA GARCÍA. *Teoría del Derecho*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2003.

DE LA CRUZ OCHOA, RAMÓN. "Control social y Derecho penal", *Revista El otro Derecho. Visiones sobre el crimen y el castigo en América Latina (ILSA)*, nº 29 (2003).

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO. "Seguridad vial y derecho penal: aplicación práctica de los nuevos delitos contra la seguridad vial". En *II Foro nacional del derecho de la circulación*, 135-192. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2010.

———. "Seguridad vial y Derecho penal. En especial el homicidio imprudente cometido con vehículo a motor", *Abogacía*, nº 1 (2009): 101-130.

———. *Derecho Penal de la Circulación*. Barcelona: Editorial Bosch, S.A., 2008.

DIAGO HERNANDO, MÁXIMO Y MIGUEL LADERO QUESADA. "Caminos y ciudades en España de la Edad Media al siglo XVIII". En *La España Medieval*, vol. 33 (2010): 347-382.

DÍAZ BAUTISTA, ANTONIO. "El arrendamiento de Automóviles", *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)* (1974): 73-169.

DÍAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER. "La prueba de alcoholemia y sus consecuencias en los ámbitos administrativo-sancionador y penal: el análisis desde la perspectiva constitucional", *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 4 (2000): 121-168.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. "La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 13 (2011): 1-36.

———. "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 7 (2005): 1-37.

———. "El bien jurídico protegido en el Derecho penal garantista", *Jueces para la Democracia*, nº 30 (1997): 10-19.

- ESCUADERO, JOSÉ ANTONIO. *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Politico-Administrativas*. Madrid: El autor, 2003.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO. "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", *InDret*, nº 2 (2008): 1-16
- . "La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español", *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, nº 4 (2003): 131-196.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA. "El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)". En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL. "Algunas cuestiones relativas al delito de negativa a someterse a las pruebas de medición del alcohol y drogas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 9 (2016): 119-154.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL Y DIEGO JESÚS ROMERO JAIME. "El delito de conducción manifiestamente temeraria. Algunas propuestas de mejora", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1 (2017): 1-20.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, HERNÁN OTONIEL. "La complejidad del problema de la inseguridad vial", *Carreteras: Revista técnica de la Asociación Española de la Carretera*, nº 196 (2014): 20-24.
- . "La complejidad del problema de la inseguridad vial: cómo explicarlo y cómo enfrentarlo", *Revista internacional de desastres naturales, accidentes e infraestructura civil*, vol. 13, nº 1 (2013): 105-118.
- FERRAJOLI, LUIGI. "Criminalidad y globalización". En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, coord. Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

———. "El principio de lesividad como garantía penal", *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, nº 79 (2013): 100-114.

———. "Criminalidad y globalización", *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 39, nº 115 (2006): 301-316.

———. "Criminalidad y globalización", *Iter Criminis-Revista de Ciencias Penales*, nº 1 (2005):71-87

———. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.

———. "El Derecho Penal Mínimo". En *Prevención y teoría de la pena*, dir. Juan Bustos Ramírez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995.

———. "Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales", *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, vol. 4, nº 5 (1992).

FERRANDIS CIPRIÁN, DANIEL. "La reforma del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre y 5/2010, de 22 de junio", *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 36, nº 3 (2011): 367-374.

FERRARI, LUIS ALBERTO. "Análisis toxicológico de etanol y su interpretación forense. Cálculos retrospectivos, pérdida o generación en tejidos humanos e indicadores biológicos de ingesta. Breve revisión", *Ciencia Forense Latinoamericana*, vol. 2, nº 1-2 (2008): 20-35.

FUENTES OSORIO, JUAN L., "Formas de anticipación de la tutela penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 8 (2006): 1-40.

GALLEGRO SOLER, JOSÉ-IGNACIO. "El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2)". En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta, 155-178. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

- GARCÍA ALBERO, RAMÓN MIGUEL. "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", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 9 (2007): 1-28.
- GARCÍA DEL BLANCO, VICTORIA; MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA MARTÍN LORENZO Y MARINA SANZ DÍEZ DE ULZURRUN LLUNCH. "Delitos contra la seguridad vial". En *Jornada sobre la responsabilidad penal en el ámbito de la seguridad vial*, SIMEPROVI: Madrid 12 de junio de 2013. <http://www.simeprovi.com/jornadas.php>
- GARCÍA-REPETTO, ROSARIO; ÁNGELES PÉREZ-TORRES Y MARÍA LUISA SORIASÁNCHEZ. "Conducción bajo los efectos de sustancias psicoactivas: correlación de las concentraciones en fluido oral y sangre", *Revista Española de Medicina Legal*, vol. 38, nº 3 (2012): 91-99.
- GIL NOBAJAS, SOLEDAD. "Globalización e inseguridad ciudadana: algunas repercusiones en el marco de las últimas reformas del Código Penal español", *Revista Cenipec*, nº 30 (2011): 1-27.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. Presentación a *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ROLAND HEFENDEHL. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- . Prólogos a *Código Penal*. 12ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2006.
- GIMENO SENDRA, VICENTE. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Colex, 2010.
- GÓMEZ PAVÓN, PILAR. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del artículo 383 del Código Penal*. Barcelona: Editorial Bosch, 2015.
- . "La reforma de los delitos contra la seguridad vial", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25 (2012): 119-148.

GONZÁLEZ MONTES, FERNANDO. Especialidades procesales en los juicios penales por hechos de tráfico". En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, 599-616. Madrid, Dykinson: 2007.

GORDILLO ÁLVAREZ-VALDÉS, IGNACIO. "Delitos contra la seguridad colectiva". En *Derecho Penal: Parte Especial*, coord. Carmen Lamarca Pérez. Madrid: Colex, 2005.

GRACIA BOGADO, MARÍA Y DÉBORA RUTH FERRARI. "Sociedad de Riesgo: Legitimación de los Delitos de Peligro Hipotético", *CIIDPE*, (2009). www.ciidpe.com.ar

GRACIA MARTÍN, LUIS. "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*, nº 3 (2010): 27-72.

———. "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado Derecho penal del enemigo", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº7 (2005): 1-43.

———. "El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 6 (2004): 1-22.

GRACIANO, AMBAR. "Los derechos humanos de tercera y cuarta generación", *Encuentro Jurídico*, 04 de enero de 2013, <http://www.encuentrojuridico.com/2013/01/los-derechos-humanos-de-tercera-y.html>

GRANADO TRAVIESO, MÓNICA L. "Los Delitos contra la seguridad vial y el atestado policial", *Noticias Jurídicas*, 26 de mayo de 2012, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4762-los-delitos-contra-la-seguridad-vial-y-el-atestado-policial/>

HASSEMER, WINFRIED. "Rasgos y Crisis del derecho penal moderno", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 45, nº 1 (1992): 235-250.

- . "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, nº 51 (1991): 17-30.
- . "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 18 (1982).
- HASSEMER, WINDFRIED Y FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- HEFENDEHL, ROLAND. "Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", *Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, nº 76 (2004): 67-78.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. "Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 47 (1994): 111-140.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS. "El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): Algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas". En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- HURTADO POZO, JOSE. *Manual de derecho penal*. Lima: Eddili, 1987.
- JAKOBS, GÜNTHER. "Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico". En Jakobs, Günther, *Estudios de Derecho Penal*, 293-324. Madrid: Civitas, 1997.
- . "El principio de culpabilidad", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 45, nº 3 (1992): 1051–1084.
- JAKOBS, GÜNTHER Y MANUEL CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

JIMÉNEZ DÍAZ, MARÍA JOSÉ. "Sociedad del riesgo e intervención penal", *Revista electrónica de Ciencia y Criminología*, nº 16 (2014): 1-25.
<http://criminet.ugr.es/recpc/>

KIERSZENBAUM, MARIANO. "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", *Lecciones y Ensayos*, nº 86 (2009): 187-211.

KINDHÄUSER, URS. "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1 (2009): 1-19.

———. "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva", *InDret*, nº 4 (2008): 1-35.

LOBATO RINCÓN, LUIS LUCIO; MARÍA CARMEN CABANILLAS CAMPOS, JUAN JOSÉ NAVARRO-VALLS, CRISTINA BONNIN-ARIAS, EVA CHAMORRO Y CELIA SÁNCHEZ-RAMOS RODA. "Utilidad de la pupilometría dinámica en el control de alcoholemia de los conductores", *Adicciones*, vol. 25, nº 2 (2013): 137-145.

LÓPEZ ALEIXOS, ÁNGELS; CLEMENTE PASTOR TENDERO, AMPARO ARLANDIS NAVARRO Y ÁNGELA CALVO MENDOZA. "Repercusión clínica y jurídica de la ingesta de alcohol etílico. Resolución de casos prácticos", *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 39, nº 1 (2014): 74-83.

LÓPEZ LÓPEZ, JOSÉ ANTONIO. "Los accidentes de tráfico, un grave factor de inseguridad ciudadana", *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº 21 (1999): 107-120.

LÓPEZ MUÑOZ, FRANCISCO. "Alcohol y Criminología: Un abordaje histórico", *Actualidad UCJC*, nº 3 (2016): 42-44.

LÓPEZ PUERTA, REBECA. "Teorías del control social", *Centro Crímina para el Estudio y Prevención de la Delincuencia* (2015),
<http://crimina.es/crimipedia/topics/teorias-del-control-social/>

LÓPEZ-RIVADULLA, MANUEL; ANGELINES CRUZ LANDEIRA, ANA DE CASTRO RIOS, MARTA CONCHEIRO GUISÁN Y OSCAR QUINTELA JORGE. *Estudio de correlación*

del etanol en aire espirado y saliva, a partir de muestras obtenidas en controles policiales a conductores de vehículos. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2011.
<http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/>

LÓPEZ SÁNCHEZ, ROGELIO. "El garantismo y los derechos humanos en la reforma penal constitucional". En *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios de homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, coord. Fernando Gerardo Campos Domínguez, David Cienfuegos Salgado, Luis Gerardo Rodríguez Lozano y José Zaragoza Huerta, 643-460. México: Facultad de Derecho-UNAM, 2011.

MALO CAMACHO, GUSTAVO. "Delitos de lesión y delitos de peligro", 225-232, en *Memoria del Primer Congreso Mexicano de Derecho Penal (1981)*, coord. Javier Piña Palacios. México: UNAM, 1982,
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/854-memoria-del-primer-congreso-mexicano-de-derecho-penal-1981>

MADRIGAL NAVARRO, JAVIER. "Delitos de peligro abstracto, fundamento, crítica y configuración normativa", *Revista Judicial, Costa Rica*, nº 115 (2015): 169-187. <https://poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/>

MALDONADO FUENTES, FRANCISCO. "Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados *delitos de peligro* en el moderno derecho penal", *Revista de estudios de la justicia*, nº 7 (2006): 23-63.

MANSO PÉREZ, VIOLETA. "La educación y la Seguridad Vial desde la Dirección General de Tráfico". En *Educación y Seguridad Vial. La aportación de los agentes sociales en la movilidad segura*, coord. Violeta Manso Pérez y Manuel Castaño Pardo. España: ETRASA, 2008.

MARCHAL ESCALONA, A. NICOLÁS. *El Atestado. Seguridad Vial*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009.

MÁRQUEZ CISNEROS, ROLANDO. *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. "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*, nº 7 (2003): 953-985.

———. *Derecho penal económico. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MENDOZA BUERGO, BLANCA. "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9 (2002): 39-82.

MIDDENDORFF, WOLF. "Problemas generales de la seguridad del tráfico", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, nº 2 (1978): 277-298.

MINGORANCE SÁNCHEZ, JOSÉ ANTONIO. "La seguridad vial en el ordenamiento penal: justificación y crítica", *Revista de Derecho UNED*, nº 20 (2017): 425-449.

MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor, 2016.

———. En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

———. "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 3 (2003): 1-19.

———. "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*", *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 14 (1989): 203-216.

MOHAN, DINESH; GEETAM TIWARI, MELECKIDZEDECK KHAYESI Y FREDERICK MUYIA NAFUKHO. *Prevención de lesiones causadas por el tránsito. Manual de capacitación*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2008.

- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Delitos contra la Seguridad Vial: su aplicación jurisprudencial*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2014.
- MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL. "los nuevos delitos contra la seguridad vial: una muestra de la Administrativación del Derecho Penal", *Documentación administrativa*, nº 284-285 (2009): 305-322.
- . "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*, nº 2 (2009): 217-228.
- MONTORO GONZÁLEZ, LUIS. "La complejidad del factor humano como causa de los accidentes". *Mapfre seguridad: Número Especial Monográfico sobre Seguridad Vial*, (2004): 61-62.
<http://www.fundacionmapfre.org/documentacion/publico/i18n/consulta/busqueda.cmd>
- . "Factor humano, seguridad vial y accidentes de tráfico", *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 6 (1991): 41-50.
- MONTORO GONZÁLEZ, LUIS; JOSÉ IGNACIO LIJARCIO CÁRCCEL, ANA MARTÍ-BELDA BERTOLÍN, PATRICIA BOSÓ SEGUÍ, CONSUELO LÓPEZ OSMA, NACHO MARTÍNEZ LLOSÁ, M^ª ÁNGELES DÍAZ SERRANO, JUAN CARLOS GONZÁLEZ LUQUE Y JUAN MARTÍ-BELDA BERTOLÍN. *Programa de intervención, sensibilización y reeducación vial. Manual del Alumno. Volumen 1*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2017.
- MONTORO GONZÁLEZ, LUIS; ROSA BAÑULLS EGEDA Y PILAR TEJERO JIMENO. "Los accidentes de tráfico como problema de salud pública", *Cuadernos de la Guardia Civil: La Guardia Civil en defensa de la vida*, nº 12 (1995): 61-75.
- MORALES VILLANUEVA, ANTONIO. "Delitos contra la seguridad del tráfico", *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº 15 (1996): 309-332.

MORILLAS CUEVA, LORENZO. "Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global". En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, 407-435. Madrid, Dykinson: 2007.

MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID LORENZO. "La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del Código Penal". En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, 179-215. Madrid, Dykinson: 2007.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Introducción al derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial BdeF Ltda, 2001.

NAVARRO OLIVELLA, PERE. Presentación a *Plan de Actuaciones 2006*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2006.

NIN H., JOAN MANUEL. "Drogas", *Monografias.com*, (2005), <https://www.monografias.com/trabajos19/drogas/drogas.shtml>

OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO. "Los concursos entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo tras las últimas reformas penales: estudio del artículo 382 del Código Penal", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº 25 (2012): 149-165.

OLMEDO CARDENETE, MIGUEL DOMINGO. "Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4 (2002).

ORTS BERENGUER, ENRIQUE Y DANIEL FERRANDIS CIPRIÁN. "Elementos comunes de todos o algunos de los delitos contra la seguridad vial", *Securitas Vialis*, vol. 2, nº 1 (2010): 21-32.

PALAZZO, FRANCESCO, "Principio de última ratio e hipertrofia de Derecho penal". En *Homenaje al Dr. Mariano Barbero Santos in memoriam*, coord. Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, vol. 1 2001.

- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL. "El riesgo como una construcción conceptual: sobre el uso y el abuso de las ciencias sociales en el discurso político-criminal del «derecho penal del riesgo»", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, nº 13 (2003): 11-29.
- . "Sobre el concepto de Derecho penal del riesgo: algunas notas", *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, nº 4 (2003): 111-130.
- . "El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho Penal: ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. 49 nº 3 (1996): 909-942.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO. "La Declaración Universal y las funciones de los Derechos", *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº XXI (1999): 55-59.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL. "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", *Pensar en Derecho*, vol. 1 (2012): 169-211.
- . "El concepto de dolo en el Derecho penal. Hacia una abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental", *Cuadernos de derecho penal*, nº 6 (2011): 11-49.
- POLAINO ORTS, MIGUEL. "Delitos contra la seguridad vial: visión crítica de la nueva regulación española". En *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*, 681-705. México: Facultad de Derecho-UNAM, 2011. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>
- PRIETO GONZÁLEZ, HELENA MARÍA. "El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial". En *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, dir. Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, coord. Sergi Cardenal Montraveta. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

———. “Los controles preventivos de drogas: estado de la cuestión”, *Estudios Jurídicos*, nº 2008 (2008): 1-28.

REAL DE ASÚA, DIEGO Y JESÚS GONZÁLEZ-CAJAL. “Implicaciones éticas y jurídicas de la determinación de alcoholemia en urgencias”, *Cuadernos de bioética: Revista oficial de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica*, vol. 23, nº 79 (2012): 621-630.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, *Medio Ambiente y Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, nº 11 (2004).
<http://huespedes.cica.es/gimadus/11/consideraciones.htm>

REBOLLO VARGAS, RAFAEL. “Función real y función simbólica de los delitos societarios”, *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 26 (2006): 213-242.
<http://hdl.handle.net/10347/4062>

REQUEJO CONDE, CARMEN. *El delito de conducir sin permiso: análisis jurisprudencial*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013.

RESTREPO RODRÍGUEZ, DIANA. “Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 6, nº 75 (2013): 131-193.

RODRÍGUEZ LEÓN, LUIS CARLOS. “Delito de conducción bajo los efectos de las drogas: Criterios de remisión a la vía penal y coordinación con Policías Locales. Confección del Atestado: La importancia del acta de signos”. En *Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial: Madrid, 17 y 18 de junio de 2013*. Madrid: CEJ, 2013, <https://www.fiscal.es/>

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO. *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2006.

ROJAS, IVONNE YENISSEY. “La proporcionalidad en las penas”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, Cuarta época*, nº. 3 (2008): 85-99.

- ROXIN, CLAUS. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 15 (2013): 1-27.
- SALMON, ELIZ. "Derecho Subjetivo". Consultado el 01 de octubre de 2018. <https://leyderecho.org/derecho-subjetivo/>
- SALVADOR CONCEPCIÓN, ROSA. "Cuestiones relevantes de la prueba de alcoholemia en el proceso penal", *RDUNED*, nº 13 (2013): 391-436.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, OLGA. *Los principios en el derecho y la dogmática penal*. Madrid: Dykinson, 2004.
- SANTIAGO-VARGAS, JOSÉ GUILLERMO Y RÉGULO NAVA-FRÍAS. "Incidencia de intoxicación alcohólica en pacientes lesionados atendidos en el Servicio de Urgencias del Hospital Central Militar durante el año de 1999. Estudio retrospectivo, observacional, descriptivo", *Revista de Sanidad Militar*, vol. 56, nº 1 (2002): 5-9.
- SANZ FERNÁNDEZ-VEGA, MARIO. "El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas: actualización jurisprudencial". En *Curso sobre delincuencia vial: Madrid 2 y 3 de octubre de 2017*. Madrid: CEJ, 2017. <https://www.fiscal.es/>
- . "El grupo de trabajo constituido por el Fiscal de Sala con fiscales delegados y policías locales: proyecto de actuación en el ámbito urbano y resultados. Los controles de drogas en este ámbito y la nueva regulación del art. 12 de la Ley de Seguridad Vial en la Ley 6/2014. La conducción a velocidad excesiva de los vehículos oficiales. Los atropellos a peatones y ciclistas: datos estadísticos, prevención y actuación penal. Modelos de educación vial y planes de movilidad. Experiencia comparada europea". En *Jornadas de Fiscales Especialistas de Seguridad Vial: Madrid 16 y 17 de junio de 2014*. Madrid: CEJ, 2014. <https://www.fiscal.es/>
- . "Delito de conducción bajo los efectos del alcohol: la cadena de custodia en el análisis de sangre. Incidencia de la curva de alcoholemia en la tipificación penal de las conductas". En *Jornadas de Fiscales*

Especialistas de Seguridad Vial: Madrid 17 y 18 de junio de 2013. Madrid: CEJ, 2013. <https://www.fiscal.es/>

SARASA RENEDO, ANA; LUIS SORDO, GEMA MOLIST, JUAN HOYOS, ANNA M. GUITART Y GREGORIO BARRIO. "Principales daños sanitarios y sociales relacionados con el consumo de alcohol", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 88, nº 4 (2014): 469-491.

SCHÜNEMANN, BERND. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 49, nº 1 (1996): 187-218.

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO Y ALFONSO SERRANO MAÍLLO. "La reforma de los delitos contra la seguridad vial", *RDUNED*, nº 3 (2008): 43-70.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "El populismo punitivo", *Escritura Pública*, nº 55 (2009): 15-15.

———. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

———. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SOTO NAVARRO, SUSANA. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 58, nº 3 (2005): 887-918.

SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO Y DIANA MARÍA RESTREPO RODRÍGUEZ. "El debate sobre la modernización del derecho penal: Materiales de investigación", *Cuadernos de Investigación*, nº 53 (2007): 1-77.

SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA. "La incidencia del principio Non bis in ídem ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial". En *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, coord. Lorenzo Morillas Cueva, 37-49. Madrid, Dykinson: 2007.

- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA. "Política criminal con bases empíricas en España", *Política criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, nº 3 (2007): 1-16.
- TENA SÁNCHEZ, JORDI. "El impacto de las nuevas políticas de seguridad vial sobre la conducta de los conductores", *Aposta: Revista de Ciencias Sociales*, nº 57 (2013): 1-35. <http://www.apostadigital.com/>
- . "Cambios en la política de seguridad vial en España entre 2004 y 2010: Un análisis centrado en el diseño institucional", *Estudios de Deusto*, vol. 58, nº 2 (2010): 247-298
- TENA SÁNCHEZ, JORDI Y FRANCISCO JOSÉ LEÓN. "Nuevas políticas de seguridad vial y motivación de los ciudadanos", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 138 (2012): 63-88.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN. "Peligro Abstracto y Garantías Penales", *Nuevo Foro Penal*, vol. 12, nº 62 (1999): 67-94.
- TRAPERO BARREALES, MARÍA A. *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- VARGAS, BARTOLOMÉ. "La Seguridad Vial y el Derecho Penal", *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, nº 38 (2008): 1-7.
- VARGAS PINTO, TATIANA. *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2007.
- VÁZQUEZ JARAVA, PEDRO. "Delitos contra la seguridad colectiva", *Cuadernos de la Guardia Civil*, nº15 (1996): 261-277.
- VÁZQUEZ PEDROUZO, RODOLFO ANTONIO. "Causas de los accidentes de tránsito desde una visión de la medicina social. El binomio alcohol-tránsito", *Revista Médica de Uruguay*, vol. 20, nº 3 (2004): 178-186.

- VERCELLI, ARIEL Y HERNÁN THOMAS. "Repensando los bienes comunes: análisis socio-técnico sobre la construcción y regulación de bienes comunes", *Scientiae Studia*, vol. 6, nº 3 (2008): 427-442.
- VERGARA OLIVARES, JOSÉ MANUEL Y JOSÉ ÁNGEL REYES PARRAS. "Aspectos médico legales de las urgencias toxicológicas", *Boletín S.U.E. 061 Ceuta. Dirección Territorial de Ceuta Atención Primaria*, vol. 12, nº 61 (2016): 1-4.
- VIEIRA MORANTE, FRANCISCO J. Prólogo a *Delitos de Tráfico. Criterios y respuestas de los Tribunales Penales en Seguridad Vial*, M^a Cruz Álvaro López y Araceli Perdices López. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- VILLALBÍ, JUAN R.; MARINA BOSQUE-PROUS, MIQUEL GILI-MINER, ALBERT ESPELT Y M^a TERESA BRUGAL. "Políticas para prevenir los daños causados por el alcohol", *Revista Española de Salud Pública*, vol. 88, nº 4 (2014): 515-528.
- VILLANUEVA CAÑADAS, ENRIQUE. "Estudio toxicológico y médico-legal del alcohol etílico". En *Gisbert Calabuig Medicina Legal y Toxicología*, 878-895. Barcelona: MASSON, 2004.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO Y BELÉN CUBA VILA. "Alcoholemias, tráfico y otras tribulaciones constitucionales. Punto y aparte en la ley seca de la sanción administrativa", *Revista de Documentación Administrativa*, nº 284-285 (2009): 181-218.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL. "Qué es el principio de intervención mínima?", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, nº 23 (2009): 1-10.
- VILLEGAS PAIVA, ELKY ALEXANDER. "Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho Penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales", *Editorial Astrea* (2010): 1-27. https://works.bepress.com/elky_villegas/1/download
- VÍQUEZ A., KAROLINA. "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?", *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº 3 (2007): 1-18.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR. “Principios penales y dogmática penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”, *Derecho y Cambio Social*, nº 22 (2011): 1-21. <http://www.derechocambiosocial.com>

VIZUETA FERNÁNDEZ, JORGE. “Delitos contra la seguridad vial: El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del Código Penal”, *Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, nº 13 (2011): 1-42.

BIBLIOGRAFÍA

INSTITUCIONES / ORGANIZACIONES

ABC MOTOR. “El tráfico y la Seguridad Vial entre lo que más nos preocupa”.

Consultado el 28 de febrero de 2018,

http://www.abc.es/motor/reportajes/abci-traffic-seguridad-vial-traffic-y-seguridad-vial-entre-mas-preocupa-201512091906_noticia.html

ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD. Resolución WHA57.10 Seguridad vial y salud,

de 22 de mayo de 2004. <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación SEC (2006) 221, de

10 de febrero de 2006, sobre el Programa de acción europeo de seguridad

vial. Balance intermedio. [http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-y-organizaciones-internacionales/union-europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.pdf)

[y-organizaciones-internacionales/union-](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-y-organizaciones-internacionales/union-europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.pdf)

[europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-y-organizaciones-internacionales/union-europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.pdf)

[pdf](http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/paises-y-organizaciones-internacionales/union-europea/programa_accion_europeo_seg_vial_2001_2010_balance_interm.pdf)

———. Comunicación COM (2001) 370, de 12 de septiembre de 2001, *La*

política Europea de transportes de cara al 2010: la hora de la verdad.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52001DC0370>

———. Comunicación de la Comisión al Consejo para un programa de acción

en materia de seguridad vial, COM/93/0246 final, de 09 de junio de 1993.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex:51993DC0246>

———. Comunicación COM (92) 494 final, de 2 de diciembre de 1992, *El curso*

futuro de la política común de transportes. Un enfoque global para la

elaboración de un marco comunitario de movilidad sostenible. [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51992DC0494)

[lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51992DC0494](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:51992DC0494)

COMISIÓN EUROPEA. “Viajar al extranjero”. Consultado el 9 de mayo de 2018,

http://ec.europa.eu/transport/road_safety/going_abroad/index_es.htm#

CONSEJO DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Resolución 91/C 178/01, de 21 de junio de 1991, relativa a un programa de acción comunitaria en materia de seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 178/1, de 9 de julio de 1991, p 1.

———. Directiva 91/671CEE, de 16 de diciembre de 1991, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el uso obligatorio de cinturones de seguridad en vehículos de menos de 3,5 toneladas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº L 373, de 31 de diciembre de 1991, pp. 26-28.

———. Resolución de 19 de diciembre de 1984, relativa en particular al año 1986 de la seguridad vial en la Comunidad. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 341/1, de 21 de diciembre de 1984, p. 1.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, de fecha 03 de noviembre de 2006, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-anteproyecto-de-Ley-Organica-por-el-que--se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal>

CORTES GENERALES. *Sesión plenaria núm. 248. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 266, de 26 de junio de 2007.

DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO. “Historia”. Consultado el 6 de octubre de 2018. <http://www.dgt.es/es/la-dgt/quienes-somos/historia/>

———. *Cuestiones de seguridad vial – Edición 2017*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2017.

———. *Anuario estadístico de accidentes 2016*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/>

———. *Con el permiso de todos, gracias a ti. 10º aniversario permiso por puntos*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2016.

-
- . *Cuestiones de seguridad vial, conducción eficiente, medio ambiente y contaminación – Edición 2016*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2016. <http://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/formacion-vial/cursos-para-profesores-y-directores-de-autoescuelas/XIX-curso-de-profesores/Seguridad-Vial-Ed.-2016.pdf>.
- . *Series Históricas Accidentes 30 días – 2016*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/>
- . *Normas y señales reguladoras de la circulación*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2015.
- . *Estudio sobre la prevalencia del consumo de drogas y alcohol en conductores de vehículos de España (EDAP'15)*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/>
- . *Informe final alcohol, drogas y medicamentos en conductores de vehículos de España (Junio 2015)*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/investigacion/estudios-informes/>
- . *El alcohol y la conducción*. Madrid: Dirección general de Tráfico, 2014.
- . *Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2011. http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/politicas-viales/estrategicos_2011-2020/
- . *Estrategia de Seguridad Vial 2011-2020. Resumen Ejecutivo*. Madrid: Dirección General de Tráfico, 2011.
- . *Plan de Acciones Estratégicas Claves 2005-2008*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/>
- . *Medidas Especiales de Seguridad Vial 2004-2005*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/>
- . *Las principales cifras de la Siniestralidad Vial. España 2004*. <http://www.dgt.es/es/seguridad-vial/>

ELDERECHO.COM. “La reforma de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial por la Ley 6/2014. Efectos directos (y colaterales) en el procedimiento administrativo sancionador”. Artículo publicado en el *Boletín Derecho de la Circulación* el 1 de abril de 2014, <https://elderecho.com/la-reforma-de-la-ley-de-trafico-y-seguridad-vial-por-la-ley-62014-efectos-directos-y-colaterales-en-el-procedimiento-administrativo-sancionador>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria Fiscalía General del Estado 2018*, Madrid: Ministerio Fiscal, 2018. <https://www.fiscal.es/>

———. *Circular 1/2015, sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves tras la reforma penal operada por la LO 1/2015*. Madrid: CEJ. Ministerio de Justicia, 2015.

———. “Conclusiones de las jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial celebradas los días 16 y 17 de junio de 2014 en Madrid. Desarrollo: argumentos y matizaciones”, <https://www.fiscal.es/>

———. *Circular 10/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial*. Madrid: Ministerio Fiscal, 2011.

———. *Instrucción 3/2006 sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para la efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor*. Madrid: Ministerio Fiscal, 2006.

———. *Circular 2/1986, de 14 de febrero, sobre conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el art. 340 bis a) del Código Penal*. Madrid: Ministerio Fiscal, 1986.

INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES. *Víctimas Mortales en accidentes de Tráfico - Memoria 2017*. <http://institutodetoxicologia.justicia.es>

———. *Víctimas Mortales en accidentes de Tráfico - Memoria 2010*. <http://institutodetoxicologia.justicia.es>

- . *Memoria Análisis Toxicológico Muertes en Accidente de Tráfico – Años 2005-2006*. <http://institutodetoxicologia.justicia.es>
- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*. Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992.
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA. Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los Servicios (AEVAL). *Evaluación del Plan Estratégico de Seguridad Vial 2005-2008*, coord. José Antonio Errejón Villacieros. Madrid: AEVAL, 2009. <http://www.aeval.es/comun/pdf/evaluaciones/E16-2009.pdf>
- MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Comisión clínica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. INFORME SOBRE ALCOHOL*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007.
- NACIONES UNIDAS (Asamblea General). Resolución 64/55 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 2 de marzo de 2010. <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>
- . Declaración de Moscú, aprobada al término de la Primera Conferencia Ministerial Mundial sobre Seguridad Vial, de 20 de noviembre de 2009. <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>
- . Resolución 62/244 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 31 de marzo de 2008. <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>
- . Resolución 58/289 Mejoramiento de la seguridad vial en el mundo, de 14 de abril de 2004. <http://www.un.org/es/roadsafety/documents.shtml>
- NATIONAL INSTITUTE ON DRUG ABUSE (NIDA), “Conducir bajo la influencia de las drogas”. Consultado el 9 de mayo de 2018. www.drugabuse.gov/es/publicaciones/drugfacts/conducir-bajo-la-influencia-de-las-drogas.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)/INTERNATIONAL TRANSPORT FORUM (ITF), *Road Safety Annual Report 2016*. Paris: OECD, 2016. <http://dx.doi.org/10.1787/irtad-2016-en>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Informe sobre la situación mundial de la Seguridad Vial 2015*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2015.

———. *Plan Mundial para el Decenio de Acción para la Seguridad Vial 2011-2020*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2011.

———. *Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito: Resumen*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

———. *La seguridad vial no es accidental. Folleto para el Día Mundial de la Salud, 7 de abril de 2004*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

———. “Día Mundial de la Salud: ¡La seguridad vial no es accidental!”. Consultado el 07 de marzo de 2018. <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2004/pr24/es/>

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Beber y Conducir: Manual de seguridad vial para decisores y profesionales*. Washington: Organización Panamericana de la Salud, 2010.

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución A3-0014/93, de 12 de marzo de 1993, sobre un programa de acción comunitario en materia de seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 115, de 26 de abril de 1993.

———. Resolución de 13 de marzo de 1984, sobre la adopción de un programa comunitario de medidas para promover la seguridad vial. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, nº C 104, de 16 de abril de 1984. <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html>

PLAN NACIONAL SOBRE DROGAS – MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “Encuesta sobre alcohol y otras drogas en España (EDADES

2015)”. http://www.pnsd.msssi.gob.es/profesionales/sistemasInformacion/sistemaInformacion/encuestas_EDADES.htm

RACE. “Los políticos debaten sobre tráfico y Seguridad ante las elecciones del 26-J”. Consultado el 28 de febrero de 2018, <http://www.race.es/notas-de-prensa/politicos-debaten-sobre-trafico-y-seguridad>

———. “Un 13,2% de la Red de Carreteras del Estado presenta un nivel de riesgo elevado, según el informe EuroRAP”. Consultado el 12 de marzo de 2018, <https://www.race.es/notas-de-prensa/carreteras-del-estado-presenta-un-nivel-de-riesgo-elevado-eurorap>

———. “Conoce el principio ético sobre la visión cero”. Consultado el 10 de marzo de 2018, <http://www.race.es/seguridadvial/formacion-race/vision-y-conduccion/vision-0>

TRAFIKVERKET, SWEDISH TRANSPORT ADMINISTRATION. “Seguridad Vial - La Visión Cero en camino”. Consultado el 10 de marzo de 2018, <http://trafikverket.ineko.se/en/tv17168>

JURISPRUDENCIA CITADA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

ATC (Pleno) de 20 de junio de 2018.
 STC núm. 108/2009 de 11 de mayo.
 STC núm. 256/2007 de 17 de diciembre.
 STC (Sala Primera) núm. 206/2007 de 24 de septiembre.
 STC (Sala Primera) núm. 196/2007 de 11 de septiembre.
 STC núm. 319/2006 de 15 de noviembre.
 STC (Sala Primera) núm. 185/2005 de 4 de julio.
 STC núm. 148/2005 de 6 de junio.
 STC núm. 137/2005 de 23 de mayo.
 STC (Sala Primera) núm. 25/2005 de 14 de febrero.
 STC núm. 68/2004 de 19 de abril.
 STC (Pleno) núm. 2/2003 de 16 de enero.
 STC (Sala Primera) núm. 188/2002, de 14 de octubre.
 STC (Pleno) núm. 148/2000 de 1 de junio.
 STC (Sala Primera) núm. 177/1999 de 11 de octubre.
 STC núm. 111/1999 de 14 de junio.
 STC (Pleno) núm. 234/1997 de 18 de diciembre.
 STC (Pleno) núm. 161/1997 de 2 de octubre.
 STC (Sala Primera) núm. 207/1996 de 16 de diciembre.
 STC (Pleno) núm. 55/1996 de 28 de marzo.
 ATC (Sala Segunda) núm. 329/1995 de 11 de diciembre.
 STC (Sala Primera) núm. 143/1994 de 9 de mayo.
 STC (Sala Primera) núm. 303/1993 de 25 de octubre.
 STC (Sala Primera) núm. 138/1992 de 13 de octubre.
 STC (Sala Primera) núm. 246/1991, de 19 de diciembre.
 STC (Pleno) núm. 150/1991 de 4 de julio.
 STC (Sala Primera) núm. 154/1990 de 15 de octubre.
 STC (Pleno) núm. 46/1990 de 15 de marzo.

STC núm. 3/1990 de 15 de enero.
STC (Sala Primera) núm. 37/1989 de 15 de febrero.
STC (Sala Primera) núm. 159/1987 de 26 de octubre.
STC núm. 107/1985 de 7 de octubre.
STC núm. 103/1985 de 4 de octubre.
STC núm. 100/1985 de 3 de octubre.
STC (Sala Segunda) núm. 77/1983 de 3 de octubre.
ATC (Sala Segunda) núm. 62/1983 de 16 de febrero.
STC (Sala Primera) núm. 31/1981 de 28 de julio.
STC (Pleno) núm. 11/1981 de 8 de abril.
STC (Sala Primera) núm. 2/1981 de 30 de enero.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 3/2018 de 10 de enero.
ATS /Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 138/2017 de 22 de diciembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 834/2017 de 18 de diciembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 794/2017 de 11 de diciembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 436/2017 de 15 de junio.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 419/2017 de 8 de junio.
STS (Sala de lo Penal) núm. 369/2017 de 22 de mayo.
ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 210/2017 de 22 de mayo.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 26 de abril de 2017.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 210/2017 de 28 de marzo.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 363/2014 de 5 de mayo.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 706/2012 de 24 de septiembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1019/2010 de 2 de noviembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 890/2010 de 8 de octubre.
STS (sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1209/2009 de 4 de diciembre.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 81/2008 de 13 de febrero.
STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 867/2006 de 15 de septiembre.
STS (Sala de lo Penal) núm. 282/2005 de 4 de marzo.
STS (Sala de lo Penal) núm. 636/2002 de 15 de abril.
STS (Sala de lo Penal) núm. 561/2002 de 1 de abril.

STS (Sala de lo Penal) núm. 1/2002 de 22 de marzo.
 STS (Sala de lo Penal) núm. 1133/2001 de 11 de junio.
 STS (Sala de lo Penal) núm. 2411/2001 de 1 de abril.
 STS (Sala de lo Penal) núm.1550/2000 de 10 de octubre.
 STS (Sala de lo Penal) núm. 1033/2000 de 13 de junio.
 STS (Sala de lo Penal) núm. 3/1999 de 9 de diciembre.
 STS (Sala de lo Penal) núm. 358/1997 de 21 de marzo.
 STS (Sala de lo Penal) de 22 de febrero de 1989.
 STS (Sala de lo Penal) de 23 de enero de 1987.
 STS (Sala de lo Criminal) de 9 de octubre de 1984.

Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

SAP Alicante (Sección 2ª) núm. 68/2018 de 1 de marzo.
 SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 153/2018 de 27 de febrero.
 SAP Toledo (Sección 1ª) núm. 21/2018 de 16 de febrero.
 SAP Asturias (Sección 2ª) núm. 63/2018 de 13 de febrero.
 SAP Soria (Sección 1ª) núm. 7/2018 de 12 de febrero.
 SAP Madrid (Sección 3ª) núm. 51/2018 de 29 de enero.
 SAP A Coruña (Sección 2ª) núm. 637/2017 de 29 de diciembre.
 SAP A Coruña (Sección 2ª) núm. 634/2017 de 29 de diciembre.
 SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 350/2017 de 22 de diciembre.
 SAP Barcelona (Sección 8ª) núm. 560/2017 de 21 de diciembre.
 SAP Córdoba (Sección 2ª) núm. 518/2017 de 14 de diciembre.
 SAP Barcelona (Sección 2ª) núm. 813/2017 de 24 de noviembre.
 SAP Asturias (Sección 2ª) núm. 401/2017 de 22 de noviembre.
 SAP A Coruña (Sección 6ª) núm. 199/2017 de 22 de noviembre.
 SAP Cantabria (Sección 1ª) núm. 389/2017 de 20 de noviembre.
 SAP Madrid (Sección 6ª) núm. 710/2017 de 15 de noviembre.
 SAP Barcelona (Sección 6ª) núm. 793/2017 de 13 de noviembre.
 SAP Barcelona (Sección 8ª) núm. 494/2017 de 10 de noviembre.
 SAP Guipúzcoa (Sección 3ª) núm. 86/2017 de 6 de noviembre.
 SAP Burgos (Sección 1ª) núm. 340/2017 de 25 de octubre.
 SAP Barcelona (Sección 6ª) núm. 703/2017 de 9 de octubre.

SAP Vizcaya (Sección 2ª) núm. 90256/2017 de 22 de septiembre.
SAP Tarragona (Sección 2ª) núm. 434/2017 de 22 de septiembre.
SAP Barcelona (Sección 9ª) núm. 710/2017 de 18 de septiembre.
SAP Barcelona (Sección 5ª) núm. 564/2017 de 12 de septiembre.
SAP Alicante (Sección 2ª) núm. 309/2017 de 7 de septiembre.
SAP Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 181/2017 de 11 de julio.
SAP Valencia (Sección 3ª) núm. 459/2017 de 7 de julio.
SAP La Rioja (Sección 1ª) núm. 78/2017 de 6 de julio.
SAP Madrid (Sección 29ª) núm. 404/2017 de 29 de junio.
SAP Madrid (Sección 17ª) núm. 454/2017 de 28 de junio.
SAP Vizcaya (Sección 1ª) núm. 90159/2017 de 2 de junio.
SAP Alicante (Sección 10ª) núm. 196/2017 de 31 de mayo.
SAP Madrid (Sección 16ª) núm. 314/2017 de 19 de mayo.
SAP Islas Baleares (Sección 1ª) núm. 78/2017 de 30 de marzo.
SAP Toledo (Sección 1ª) núm. 44/2017 de 15 de marzo.
AAP Madrid (Sección 1ª) núm. 165/2017 de 23 de febrero.
SAP Toledo (Sección 1ª) núm. núm. 15/2017 de 25 de enero.
SAP Pontevedra (Sección 4ª) núm. 186/2016 de 16 de diciembre.
SAP Toledo (Sección 1ª) núm. 141/2016, de 29 de septiembre.
SAP Toledo (Sección 1ª) núm. 99/2016 de 28 de septiembre.
SAP Madrid (Sección 23ª) núm. 488/2016 de 5 de julio.
SAP Alicante (Sección 10) núm. 113/2016 de 18 de marzo.
SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 490/2015 de 10 de septiembre.
SAP A Coruña (Sección 2ª) núm. 479/2015 de 10 de septiembre.
SAP Las Palmas (Sección 1ª) núm. 177/ 2014 de 30 de junio.
SAP Las Palmas (Sección 1ª) núm. 81/2014 de 31 de marzo.
SAP Burgos (Sección 1ª) núm. 81/2013 de 26 de febrero.
SAP Toledo (Sección 1ª) núm. 10/2013 de 8 de febrero.
SAP Guadalajara (Sección 1ª) núm. 151/2012 de 12 de diciembre.
SAP Vizcaya (Sección 1ª) núm. 90417/2012 de 23 de noviembre.
SAP Málaga (Sección 3ª) núm. 450/2012, de 23 de julio.
SAP Burgos (Sección 1ª) núm. 339/2012 de 5 de julio.
SAP Barcelona (Sección 5ª) núm. 608/2012 de 21 de junio.
SAP Las Palmas (Sección 1ª) núm. 48/2012 de 9 de marzo.

SAP Segovia (Sección 1ª) núm. 27/2011 de 18 de mayo.
SAP Córdoba (Sección 3ª) núm. 62/2008 de 26 de marzo.
SAP Las Palmas (Sección 1ª) núm. 215/2007 de 12 de septiembre.
SAP Burgos (Sección 1ª) de 12 de marzo de 2007.
SAP Valencia (Sección 3ª) núm. 13/2006 de 3 de enero.
SAP Valencia (Sección 3ª) núm. 493/2005 de 6 de septiembre.
SAP Granada (Sección 1ª) núm. 470/2005 de 20 de julio.
SAP Valencia (Sección 1ª) núm. 139/2005 de 20 de junio.
SAP Albacete (Sección 1ª) núm. 62/2005 de 19 de mayo.
SAP Barcelona (Sección 5ª) núm. 893/2004 de 22 de octubre.
SAP Asturias (Sección 8ª) núm. 246/2004 de 7 de octubre.
SAP Madrid (Sección 16ª) núm. 733/2002 de 23 de octubre.
SAP Girona (Sección 3ª) núm. 658/2002 de 8 de octubre.
SAP Girona (Sección 3ª) núm. 118/2002 de 18 de marzo.
SAP Madrid (Sección 16ª) núm. 272/2000 de 28 de junio.
SAP Córdoba (Sección 1ª) núm. 45/2000 de 5 de junio.
SAP Barcelona (Sección 3ª) de 26 de mayo de 2000.
SAP Madrid (Sección 16ª) núm. 170/2000 de 28 de abril.
SAP Guipúzcoa (Sección 1ª) núm. 3/2000 de 11 de enero.