

LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL.

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat Jaume I

CATY VIDALES RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universitat Jaume I

La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre reforma el Código penal en materia de seguridad vial supone, sin lugar a dudas, la modificación de mayor calado que ha experimentado este ámbito de la delincuencia desde la introducción de estas infracciones en el texto punitivo. El objeto de este breve comentario no es otro que analizar el alcance de las novedades que se introducen. La discusión político-criminal que rodea esta reforma ya la hemos tratado recientemente, por lo que debido a razones de espacio, allí nos remitimos¹.

I. REFORMA DE LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL

Se añade al artículo 47 CP un último párrafo que afecta a la pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y, en su virtud, cuando ésta tenga una

¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C.: "*Los nuevos delitos contra la seguridad vial*", en "*Seguridad vial*" (Coord. C. Vidales Rodríguez y Antonio MENA Redondo), Valencia (Tirant) 2008 , pags. 193 a 197. Puede verse también GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: "*¿Es adecuada la intervención penal en materia de seguridad vial? Líneas básicas del Anteproyecto de LO de Reforma del Código Penal de 2006*", en "*Seguridad del tráfico: riesgos y respuestas*", Academia Galega de Seguridade Pública, Xornadas nº 8, Pontevedra 2007, p. 29 y ss.

duración superior a dos años, la imposición de la misma comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción. De esta forma y en estos casos, se viene a hacer equivalente con las penas de inhabilitación, al contener ahora dos efectos distintos y acumulables: primero, la privación del derecho y la imposibilidad de obtenerlo durante el tiempo de la condena y, segundo efecto, la cancelación definitiva del permiso, lo que obligará al condenado, una vez transcurrido el tiempo de la condena, a someterse a las pruebas pertinentes para conseguirlo.

Esta medida se justifica no sólo por la gravedad de la pena impuesta, que obviamente expresa implícitamente la de la infracción cometida, sino también porque el transcurso del tiempo sin conducir comporta la disminución de las facultades y competencias requeridas para esta actividad, pues la deshabituación menoscaba la pericia. Tampoco es insignificante la necesidad de volver a examinar al conductor infractor, pues refuerza el control sobre el mismo, facilita su reeducación y ofrece efectos de motivación y prevención evidentes.

En relación con esto, conviene tener presente que la Disposición Adicional Decimotercera de la 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, dispone que quien haya sido condenado con la pena privativa del derecho a conducir un vehículo a motor o ciclomotor, deberá superar un curso sobre reeducación y sensibilización vial. Se trata, por tanto, de una obligación similar a la prevista en el artículo 83.1.5º en relación con la suspensión de las penas en este ámbito de la delincuencia², aunque en este supuesto se alude a programa formativo de educación vial.

Así, pues, si bien nada hay que objetar a la introducción de tal previsión, sorprende, sin embargo, que la eficacia de la misma se vea limitada a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y que, en consecuencia, se sustraiga de su ámbito de aplicación a la medida de seguridad que, con idéntico contenido, está prevista en el artículo 96.3.7º C.P.

II. REFORMAS ESPECÍFICAS DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

Por lo que a la reforma de la parte especial (Libro II) se refiere, la modificación comienza con la propia rúbrica del Capítulo IV del Título XVII que pasa a denominarse "Delitos contra la seguridad vial". Y, lejos de contentarse con este cambio, se reforman todos los preceptos que allí se contienen. Con el fin de lograr una mayor claridad expositiva, nos

² Sobre tal cuestión, véase DOLZ LAGO, M.J., "Los programas de educación vial ante los delitos contra la seguridad del tráfico: una alternativa eficaz", en *Actualidad penal*, nº 12, 1998, p. 257 y ss.

ocuparemos de tales modificaciones por separado; no sin antes advertir que lo que se pretende es hacer una breve descripción general del contenido de esta reforma, dejando meramente apuntados los importantes problemas interpretativos y aplicativos que a buen seguro se plantearán, y cuyo análisis detenido excedería de los límites propuestos en esta sede.

1. Exceso de velocidad y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas (Artículo 379)

El nuevo precepto tiene prevista idéntica pena - prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días, más la privación del derecho a conducir vehículos a motor por tiempo de uno a cuatro años - para dos supuestos distintos: la conducción a una velocidad excesiva y la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas. Con esta nueva redacción se evitan las imprecisiones de las que adolecía la anterior regulación y que propiciaban múltiples, variadas, dispares y en ocasiones contradictorias discusiones e interpretaciones de la ley penal con lo que, lógicamente, se veía seriamente resentido el principio de certeza. Se aboga ahora por establecer unos límites concretos y, al margen de la polémica sobre su cuantía, es evidente el proceso de objetivación que experimenta la descripción de la conducta típica.

En ambos apartados se opera con idéntica técnica: ofrecer un concepto penal, o si se prefiere, introducir presunciones *iure et de iure* de conducción temeraria, ya sea por exceso de velocidad o por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas. Se persigue igualmente trazar una línea de diferenciación cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, evitando solapamientos entre ambos órdenes normativos³. Si bien es preciso reconocer que únicamente se logra en los casos más graves e indiscutidos, dejando un muy amplio margen de discrecionalidad en la selección de los comportamientos penalmente relevantes.

En cuanto a la **conducción a velocidad excesiva**, no cabe duda de que se trata de una incriminación no exenta de polémica y que pudiera resultar innecesaria por cuanto que los casos más leves deben seguir siendo sancionados administrativamente y aquellos otros supuestos que entrañan una gravedad mayor, atendido el riesgo generado, deberían tener su sede en el delito de conducción temeraria siempre que se dieran los requisitos que allí se explicitan, lo que justificaría una respuesta penal más severa. Desde luego, con la introducción de esta figura se pone fin a una situación nada deseable desde la perspectiva de la seguridad jurídica y que motivó, incluso, la Consulta 1/2006, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado acerca de la posibilidad de considerar la conducción con una velocidad por encima de los 200 km/h como delito de conducción temeraria o, incluso, conducción

³ En atención a lo dispuesto en el art. 65.5.c) de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, modificada por la Ley 17/2005, de 19 de julio, se considera infracción muy grave el sobrepasar en más de un 50 por ciento la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 km por hora dicho límite máximo. La misma calificación merece la conducción habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las reglamentariamente establecidas o la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de análogos efectos (art. 65.5.a).

temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás. En ella se concluía que circular a una velocidad extremadamente elevada puede ser un indicio de una conducción delicativa pero que, en todo caso, tal calificación dependerá de las concretas circunstancias fácticas que concurren y más concretamente, de la existencia o no de una puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas. Así las cosas, no deben extrañar sentencias como la de la Audiencia Provincial de Burgos de 12 de marzo de 2007 en la que se absuelve a quien conducía su vehículo a 260 km/h.; aunque tampoco debe producir sorpresa la alarma social que han generado estos fallos absolutorios.

Ahora, en cambio, se objetiviza la conducta tipificada y ello parece obedecer a la innegable relación entre velocidad y siniestralidad. En efecto, como ha puesto de manifiesto MONTORO GONZÁLEZ, a mayor velocidad, mayores son las probabilidades de sufrir un accidente de tráfico y, asimismo, más graves son las consecuencias derivadas de éste, ya que un exceso de velocidad reduce el campo visual, disminuye la distancia de reacción del conductor y, lógicamente, amplía la distancia de frenado; además, en caso de producirse una colisión, incrementa considerablemente la violencia del impacto⁴.

Estas parecen ser las razones que han llevado al legislador a incriminar este comportamiento. Ahora bien, sin desconocer la importancia de tan contundentes argumentos, no puede obviarse el riesgo advertido por SILVA SÁNCHEZ de "administrativizar" el Derecho penal⁵. Y ello por cuanto que se ha creado un supuesto específico de conducción temeraria que dará lugar a una infracción penal cuando el exceso sea superior a 60 km/h. en vía urbana o en 80 km/h. en vía interurbana. El hecho de que tales límites hayan de ir referidos a la velocidad permitida reglamentariamente obliga a observar las limitaciones atinentes a la vía como a las relativas al tipo de vehículo y conductor. En este sentido se estructura como una ley penal con una cláusula de remisión normativa a la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial de 1990 y su reforma por Ley 17/2005, así como por el Reglamento de 2003.

Se construye, por tanto, un tipo de peligro abstracto o potencial - para algunos de peligro presunto -, pues basta comprobar el exceso de velocidad para que la conducta aparezca, siempre y en todo caso, como desvalorizada. De modo que la consumación no requiere demostrar la puesta en peligro concreto de personas, ni mucho menos la causación de resultados lesivos. Es más, en caso de darse, el precepto que se comenta devendría inaplicable pues, según entendemos, sería preferente el delito de conducción temeraria, en un caso, o los delitos de homicidio o lesiones, en el otro. Por tanto, las conductas descritas de exceso de velocidad pertenecen a una clase de acciones que la ley prohíbe al considerarlas siempre peligrosas en sí mismas⁶.

⁴ MONTORO GONZÁLEZ, L., datos extraídos de su Comparecencia ante la Comisión no permanente sobre Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico del Congreso de los Diputados, de 28 de marzo de 2006. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*; año 2006, VIII Legislatura, nº 537, p. 3 y 4.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 2001; p. 131 y ss.

⁶ Para evitar la aplicación automática de este precepto, CARBONELL MATEU proponía incluir una fórmula según la cual, debería exigirse la creación de un riesgo para la seguridad vial; de tal forma que quedasen excluí-

Estamos, sin duda, ante la medida más polémica de cuantas integran la reforma del texto punitivo. Y ello porque su inclusión pudiera contradecir las exigencias que derivan de los principios de ofensividad y de proporcionalidad. Pero es que, además, la presunción de la que parte puede no ser compatible con el derecho a la presunción de inocencia constitucionalmente consagrado, ni con los requisitos que se han establecido respecto de la prueba capaz de enervarla. Habrá que estar, en consecuencia, muy atentos a la aplicación jurisprudencial de esta cláusula, pues en todo caso tendrá que desarrollarse conforme a estos derechos fundamentales; esto es, de acuerdo a una interpretación constitucionalmente adecuada. Finalmente, y aunque ello constituye un reproche menor, no puede desconocerse que, en la práctica, va a tener una incidencia muy desigual puesto que al basarse la prueba únicamente en aparatos medidores de la velocidad, hay que tener presente, no sólo su fiabilidad, sino que la presencia de los mismos no se reparte por igual en todas las carreteras de la red viaria ni, claro está, en todos los municipios.

Desde otro punto de vista, la tipificación de esta conducta no significa que con ella se agoten los supuestos de temeridad por exceso de velocidad ni tampoco el propio concepto de temeridad. Es decir, en otros preceptos penales se castigan como conducción temeraria excesos menores de velocidad en ciertas circunstancias y con determinadas condiciones, y desde luego existen otras hipótesis de temeridad no vinculadas al exceso de velocidad⁷. Es de lamentar que estos otros supuestos sigan abandonados a la interpretación que se haga del laxo concepto de temeridad.

Por lo que a la **conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas** se refiere, dos son los aspectos a los que debemos referirnos: la conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas y la conducción con una tasa de alcoholemia elevada.

En cuanto al mantenimiento de la ya clásica fórmula de *conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas estupefacientes* hay que decir que, puesto que nada ha cambiado, parece que tengan que seguir vigentes los criterios hermenéuticos con los que se viene operando y que constituyen una práctica bastante asentada en nuestra jurisprudencia⁸.

dos aquellos supuestos en los que no haya peligro alguno. CARBONELL MATEU, J.C., "La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial", en *Derecho penal y Seguridad Vial*. Pamplona, 2007, p. 64.

⁷ Sobre el concepto de temeridad, ampliamente MORENO ALCÁZAR, M.A., Los delitos de conducción temeraria, Valencia, 2003, p. 84 y ss. Y, ya en relación con la reciente reforma, "La criminalización de las conducciones temerarias en el marco de la nueva reforma penal en materia de seguridad vial", en *Seguridad Vial*. Valencia, (Tirant) 2008, p. 229 y ss.

⁸ Así, como es sabido, se requiere la concurrencia de tres factores: primero, la ingesta de alcohol o drogas, y que su cantidad exceda los límites señalados administrativamente; segundo, que la conducción se realice *bajo la influencia* de tales sustancias, esto es, que haya una alteración de las facultades psíquicas y físicas de percepción, reacción y autocontrol; y, tercero la creación de un riesgo, aun potencial o abstracto, pero en todo caso real, para los bienes jurídicos protegidos. Paradigmática de esta interpretación es la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de enero de 2003, en cuyo Fundamento Jurídico 5º puede leerse que "para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor, y, consecuencia de ello, a la seguridad del tráfico, que es el bien

De este modo, puede concluirse que, a los efectos de apreciar la existencia de esta figura delictiva, es insuficiente la prueba de la alcoholemia por si sola⁹ exigiéndose, además, que la impregnación alcohólica haya influenciado la conducción¹⁰. No puede, por tanto, presumirse que se da el comportamiento típico a partir de una tasa de alcoholemia, ni tampoco que la constatación de ésta genere la puesta en peligro exigida.

La situación cambia radicalmente con la introducción del último inciso del precepto que se comenta. En efecto, al igual que se hiciera en el apartado primero, se articula un concepto legal, o presunción *iure et de iure* de afectación de las facultades por ingesta de alcohol a partir de una cantidad fijada en la norma penal: *tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg por litro de sangre o una tase de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro*; presunción ésta que, en opinión de CARBONELL MATEU, podría ser desvirtuada por una prueba en contra¹¹. No obstante, la dicción literal del precepto parece indicar que a partir de esta cantidad, siempre y cualquiera que sean las circunstancias del caso, la norma considera esa clase de conducción como peligrosa en si misma¹². Bastaría, pues, con probar que el sujeto conducía con esta tasa de alcohol para estimar consumada la infracción penal, al configurarse como un delito de peligro potencial.

Se da, así, un paso más en lo que ha sido calificado de proceso de objetivación de este delito¹³ acogándose, por tanto, la opinión de quienes consideran que una tasa elevada de alcohol produce una merma en la capacidad para desarrollar una conducción segura¹⁴. Tesis ésta que, aunque minoritaria, tampoco es extraña en nuestra jurisprudencia¹⁵. Y, de ser

jurídico por dicho delito". Además, esta interpretación posee un amplio respaldo y desarrollo doctrinal, por todos ver: GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupeficientes*, Barcelona 1998; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas*, Granada 2006.

⁹ STS de 9 de diciembre de 1999.

¹⁰ Entre otras muchas, ver las SSTS de 9 de diciembre de 1999; de 22 de marzo de 2002 y 15 de abril de 2002.

¹¹ CARBONELL MATEU, J.C., "La reforma...", *op. cit.*, p. 65.

¹² En este sentido ha indicado VARGAS CABRERA que "no hay margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que pese a conducir con la tasa indicada no se haya originado una situación de peligro". VARGAS CABRERA, B., "El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP", en *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 187.

¹³ GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito...* *op. cit.*, p. 44 y ss. Los argumentos en contra del criterio objetivo, pueden verse en DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal de la circulación. Delitos de violencia vial*. Barcelona, 2006, p. 221 y ss.

¹⁴ Al respecto, ha afirmado MONTORO GONZÁLEZ que el cien por cien de las investigaciones afirman que inevitablemente una tasa de un gramo de alcohol por litro de sangre afecta al tiempo de reacción, altera la trayectoria correcta del vehículo que se maneja; incide, asimismo, en la atención del conductor; deteriora la coordinación para el manejo del vehículo; interfiere de manera relevante en el procesamiento de la información, la toma de decisiones del conductor queda alterada; se deteriora seriamente la visión, desde la interferencia en la visión binocular hasta una alta propensión al deslumbramiento; se incapacita al sujeto para tener una percepción adecuada de lo que sucede a su alrededor; hay una fuerte afectación de las capacidades psicofísicas; y, sobre todo, disminuye la percepción del riesgo. MONTORO GONZÁLEZ, L. *Comparecencia...*, *op. y loc. cit.*

¹⁵ Así, en la SAP de Palma de Mallorca de 28 de junio de 2002 se afirma que "cuando la tasa alcohométrica acreditada entraña una medición que alcanza 0,75 miligramos por litro de aire espirado (1,50 gramos por litro de san-

así, no cabe duda de que el límite a partir del que se considera que la conducción deja de ser segura debe venir determinado por el legislador y no puede depender del arbitrio del intérprete. Además, se trata de una decisión político-criminal que armoniza mejor con lo dispuesto en la Resolución B(73) 26 del 18 de abril del Consejo de Europa que recomendó sancionar penalmente la conducción con una tasa de alcoholemia superior a 89 mg. por 100 ml. (0,8 por mil) y, asimismo, coincide con la técnica empleada en otros países de nuestro entorno. Ahora bien, no puede decirse que este exenta de reparos pues, como ha advertido FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, se corre el riesgo de que la dicción literal del precepto propicie una interpretación meramente "formal" que prescinda de constatar la creación de un peligro, aún abstracto, para los bienes jurídicos protegidos¹⁶. Es más, en opinión de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la concepción puramente formal de un delito de peligro abstracto podría no ser compatible con las exigencias constitucionales por afectar al derecho a la presunción de inocencia o al principio de proporcionalidad¹⁷.

Lo que parece innegable es que con la tipificación de esta nueva conducta cobra una especial relevancia la prueba de impregnación alcohólica y no va a poder seguir manteniéndose lo que con rotundidad afirma la STC 111/1999, de 14 de junio, al entender que "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" (F.J. 3º). Bastará ahora con esa comprobación para estimar la existencia de un comportamiento delictivo. Y ello, pese a que, como es de sobra conocido, la práctica de esta clase de intervenciones constituye una fuente constante de problemas.

En cualquier caso, lo que debe quedar claro es que, la conducción con una tasa de alcoholemia superior a la establecida es, en todo caso, delictiva; pero ello no significa que no pueda apreciarse el delito, conforme al inciso inicial, con tasas inferiores pero superiores a las constitutivas de la infracción administrativa, siempre que se demuestre además una reducción de las facultades psicofísicas, es decir, la tradicional comprobación de conducir bajo la influencia.

En otros términos, y a modo de resumen, el ordenamiento español, penal y administrativo, establece ahora tres niveles de intervención. Primero, la infracción administrativa, que constituye un ilícito meramente formal, en el que basta con rebasar la tasa señalada legalmente¹⁸. Segundo nivel, de intervención penal, que conforme al inciso inicial del

gre), es claro que concurre ya una tasa de concentración de alcohol elevada que, por sí misma entraña una presunción científicamente avalada de que los reflejos se encontraban seriamente afectados para la conducción" (F. Dº 2º). En igual sentido, las SSTs de 2 de mayo de 1981 y 19 de mayo de 1982 y el voto particular formulado en la STC 319/2006, de 15 de noviembre.

¹⁶ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R., "Alcohol y conducción: habitando la difusa frontera entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador", en *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia, 2007, p. 29.

¹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La conducción...*, op. cit., p. 21 y ss. y 101 y 102.

¹⁸ En atención a lo dispuesto en el art. 20 del Reglamento General de Circulación, no podrán circular por las vías

apartado segundo del art. 379, exige rebasar esa tasa fijada administrativamente y, además, comprobarse que ha incidido sobre las facultades psicofísicas del conductor y con ello se ha puesto en peligro la seguridad vial¹⁹. Y, finalmente, el supuesto que ahora se introduce y que supone un tercer nivel, de intervención penal, al castigar toda conducción con tasas de alcoholemia superiores a las establecidas al considerarse siempre, *iure et de iure*, como potencialmente peligrosa. Y, además, no puede descartarse que, como veremos, la conducción en esas condiciones pueda ser considerada como un supuesto de conducción temeraria - y, por consiguiente, merecer un reproche penal más severo - si se dan, claro está, los requisitos exigidos en esa otra figura.

2. Conducción temeraria (Artículo 380)

El nuevo artículo 380 del Código penal se articula en dos párrafos. El primero de ellos mantiene la tipificación de la conducción temeraria con idéntica redacción e iguales penas a las del derogado artículo 381, por lo que han de reproducirse los problemas interpretativos que la doctrina ha venido poniendo de manifiesto²⁰ y que derivan, principalmente del empleo del concepto indeterminado de "temeridad manifiesta". El segundo apartado modifica el párrafo final que fue introducido por medio de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y que consideraba la existencia de temeridad manifiesta en el supuesto de que concurriese una conducción con *altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad*. Desde luego, en una primera aproximación al precepto comentado, es de agradecer el esfuerzo del legislador por definir con mayor precisión la conducta penalmente sancionada pues, con una dicción literal tan poco rigurosa y taxativa no debe extrañar que se haya cuestionado la constitucionalidad de tal precepto²¹.

Se opta ahora por considerar manifiestamente temeraria la conducción en la que se superen los límites de velocidad reglamentariamente permitidos en 60 o en 80 km/h., en función de que la vía sea urbana o interurbana, siempre que, además, dicha conducción se haga con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 mg. por litro de sangre o una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gr. por litro. Sorprende, en relación con este supuesto, el hecho de que se haga alusión únicamente a las tasas de impregnación alcohólica

objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro. Límites aún más estrictos para el caso de tratarse de vehículos especiales (transporte de mercancías, viajeros, transporte escolar, etc.) o de conductores noveles.

¹⁹ Precisamente ahí es donde radica la diferencia entre el ilícito penal y el administrativo. En efecto, según se afirma STC 2/2003, de 16 de enero, mientras que la infracción administrativa es meramente formal y de aplicación automática - basta comprobar la conducción con una tasa de alcoholemia superior a la fijada -, para la existencia de un delito se requiere la constatación de una afección a la capacidad de conducir y, como consecuencia de ello, que dicha conducción sea peligrosa. (F.J. 5º).

²⁰ Por todos, MORENO ALCÁZAR, M.A., *Los delitos...*, op. cit.

²¹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La conducción...*, op. cit., p. 24 y ss. En sentido igualmente crítico, ALCÁZAR GUIRAO, "Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno al delito de conducción temeraria", *La ley penal*, 2004, p. 14 y ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal...*, op. cit., p. 413 y ss.; MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Derecho penal y seguridad vial",

y que, en cambio, se silencie toda referencia a la conducción bajo los efectos de cualquier otra droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica pese a que la afección a la capacidad de conducir puede ser similar. Por tanto, lo que se pretende es penalizar con mayor rigor un peligroso combinado de alcohol y velocidad que parece estar detrás de un alto porcentaje de muertes y/o lesiones en accidentes de tráfico. No obstante, según entendemos, y en esto radica la principal diferencia con su precedente, ahora no bastará la constatación de estos extremos para afirmar la existencia de tal delito ya que habrá de comprobarse que se ha originado un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

De ser así, esto es, de entender que en todo caso debe exigirse la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas, tenemos que se ve frustrado el propósito de sancionar más gravemente aquellos supuestos en los que concurre una tasa de alcohol elevada con una velocidad excesiva y ello porque la presencia de uno sólo de estos factores puede conducir a idénticos resultados. En efecto, dejando al margen los supuestos de temeridad no vinculados al exceso de velocidad o a la influencia de drogas tóxicas o bebidas alcohólicas (conducir por dirección prohibida, no respetar las señales de tráfico o semáforos, invadir la acera, adelantamientos indebidos, etc.), creemos que pueden alojarse en este precepto distintos supuestos. Así, puede considerarse temeraria:

a) la conducción con velocidad que exceda los límites señalados en el nuevo artículo 379.1, siempre que, además, se sobrepasen las tasas de alcoholemia cifradas en el inciso final del apartado segundo del referido precepto sin que sea necesario probar que el sujeto se hallaba influenciado por la ingesta de tales bebidas; a lo que hay que sumar la creación de la consabida situación de riesgo.

b) La conducción con velocidad que exceda dichos límites y, sin presencia de alcohol, para el caso de que se haya generado un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas.

c) a conducción con velocidad inferior a los límites referidos, pero superiores a los señalados administrativamente, siempre que pueda acreditarse la causación del mencionado peligro.

d) Y, por último, la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas - con independencia de la velocidad a la que se circule - si se constata la creación de un peligro concreto.

e) Para evitar estos desajustes penológicos podría entenderse que la concurrencia de las circunstancias aludidas (velocidad y alcohol), además de ser una conducción manifiestamente temeraria, produce siempre un concreto peligro para la vida o la integridad de las personas pero, en ese caso, asistiría la razón a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, al afirmar que se trata de una presunción inadmisibles²².

²² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., *La conducción...*, op. cit., p. 25 y 26.

3. Temeridad con manifiesto desprecio por la vida de los demás (Artículo 381)

El nuevo precepto incluye en los tres apartados en los que se articula, la totalidad de las previsiones contenidas en los hasta ahora vigentes artículos 384 (párrafos 1 y 2) y 385 (párrafo 3); englobando, por tanto, la llamada conducción homicida y la posibilidad de decomisar el vehículo o ciclomotor en tales hipótesis.

Comenzando por el primero de los apartados, se hace preciso señalar el considerable endurecimiento de las penas. Así, la pena privativa de libertad, de uno a cuatro años, se eleva de dos a cinco con lo que en la práctica, repercutirá inexorablemente en la posibilidad de suspensión y sustitución de la pena, pues al establecerse el límite inferior en dos años, hará muy difícil la aplicación de estos dos institutos. Igualmente, aunque ello tiene una importancia menor, se dobla la pena de multa, pasando de seis a doce meses hasta de doce a veinticuatro. Nada cambia, sin embargo, en relación con la pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que permanece con una duración entre seis y diez años.

Este incremento de la respuesta punitiva contrasta con las voces que, ante los nada desdeñables problemas aplicativos que supone un precepto de estas características, a caballo entre un delito doloso de peligro y una tentativa de homicidio/lesiones con dolo eventual²³, abogaban por su desaparición. Evidentemente, no ha sido así. Se ha optado por mantener la incriminación de unas conductas que, como es sabido, fueron introducidas por la reforma operada en el texto punitivo por medio de la L.O. 3/89, de 21 de junio, y cuyo confesado propósito fue el de apaciguar la alarma social que generaba este tipo de supuestos²⁴. Con el riesgo que entraña todo pronóstico, no parece que los referidos problemas exegéticos vayan desaparecer²⁵, pero, sin duda, contribuirá a minimizarlos la nueva redacción del precepto.

En efecto, la sustitución de la expresión "*con consciente desprecio*" por la de "con manifiesto desprecio" parece despejar algunas dudas interpretativas y apunta a que el presupuesto fáctico no es sino una tentativa de homicidio con dolo eventual²⁶, donde el sujeto da principio a la ejecución directamente con actos idóneos para ocasionar la muerte de otras personas, mediante una conducción temeraria, y lo hace asumiendo o comprometiéndose con el riesgo concreto de ocasionar la muerte de otros²⁷. Y, de este modo, se introduce un

²³ Sobre los mismos, BOIX, J./ORTS, E./VIVES, T.S., *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 63 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, P., "Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 340 bis d) del Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 39, 1989, p. 713 y ss; y MORENO ALCÁZAR, M.A., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 101 y ss.

²⁴ En el Preámbulo de la citada ley, se justificaba la incriminación de este supuesto en los siguientes términos: "recientes experiencias han puesto de manifiesto la necesidad político-criminal de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, alguno de los cuales, entre los que ha causado especial alarma social, el de los llamados conductores homicidas, alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio, valoración que explica su particular tipificación y la pena que se establece.

²⁵ MORENO ALCÁZAR, M.A., *La criminalización...* *op. cit.*

²⁶ En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J.C., "La reforma...", *op. cit.*, p. 67 y ss.

²⁷ Ver STSS de 25 de octubre de 1999 y 1 de abril de 2002.

parámetro objetivo, de forma que el desprecio por la vida de los demás no tiene ya que medirse acudiendo a indeterminadas instancias subjetivas del autor, sino a un juicio de experiencia. Así, "manifiesto" parece referirse a que el desprecio por la vida de los demás ha de ser patente, evidente, grave, atendiendo a la experiencia general (espectador objetivo) y no conforme a la representación del conductor (consciente)²⁸. El resto queda igual, exigiéndose en este primer apartado la creación de un peligro concreto. Se observa, en consecuencia, otro intento del legislador de dar respuesta a la insatisfactoria práctica judicial de rechazar la imputación dolosa en supuestos claros y en los que en otros ámbitos no duda en calificarlos así.

Por lo que al apartado segundo se refiere, que se diferencia del anterior porque no contiene la exigencia de ocasionar un peligro concreto, bastando pues el potencial o abstracto, no cambia nada, ni en el presupuesto ni en la penalidad con respecto a la redacción del hasta ahora vigente apartado segundo del artículo 384.

Finalmente, el apartado tercero del presente artículo establece, como hasta ahora, la posibilidad de decomisar el vehículo a motor o ciclomotor. Esta previsión expresa ha sido interpretada a *contrario sensu*; es decir, como el propósito de impedir la eficacia del artículo 127 respecto del resto de delitos contra la seguridad del tráfico - ahora seguridad vial - aduciéndose, para ello, razones que invocan el principio de proporcionalidad entre el comiso y la gravedad de la infracción. Si bien, esas mismas razones son las que en el artículo 128 facultan al Juez o Tribunal para no decretar el decomiso o decretarlo parcialmente por lo que, quizás, hubiese sido conveniente suprimir esta referencia expresa y no aislar este tipo de delitos del régimen general. Y, más teniendo en cuenta, que en numerosas ocasiones, las conductas generadoras de peligro de las que nos venimos ocupando, van a causar un resultado lesivo a título de imprudencia que, por ello, ven excluida esta posibilidad²⁹.

A modo de conclusión tenemos que la reforma afecta al primero de los apartados de este precepto y alcanza, de un lado, a la objetivación de la conducta y, de otro, a la respuesta penal que la misma merece y que experimenta un notable incremento. Además, conviene tener presente que estas penas más severas con las que se amenaza la realización del comportamiento típico no serán de aplicación - ni tampoco las que contempla el párrafo segundo - cuando la conducta generadora del peligro se traduzca en un resultado de lesión. Y ello,

²⁸ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER afirma que se "ha pretendido dar a la descripción típica una mayor objetividad, de modo que el canon de comprobación de si un hecho es típico estribe en constatar si para la generalidad de las personas, con la experiencia y saberes acumulados en nuestra sociedad, encierra ese grave y evidente peligro para la vida de los demás". ORTS BERENGUER, E., "Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás", en *Derecho penal y seguridad vial*. Estudios de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 269 y 270.

²⁹ A distinta conclusión debería llegarse si la reforma del Código penal que se comenta no se hubiera desgajado de la más amplia proyectada pues, en ese caso, se preveía, en cumplimiento de la normativa europea, el decomiso de instrumentos de delitos imprudentes, siempre que la pena privativa de libertad impuesta sea superior a un año. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Decomiso y embargo de bienes", en "La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa"; *Boletín de Información*. Ministerio de Justicia, suplemento al nº 2015, junio de 2006, p. 13.

porque a diferencia de lo que hasta ahora acontece, la cláusula concursal en esta materia, y de la que seguidamente nos ocuparemos, extiende su eficacia también a estos supuestos sustrayéndolos, en consecuencia, de la aplicación de las normas penológicas que rigen el concurso de infracciones.

4. Regla concursal (Artículo 382)

El nuevo precepto preserva el régimen penológico especial que hasta ahora ofrecía el derogado artículo 383, aunque, respecto de éste son importantes las modificaciones que se introducen.

En primer lugar, como decimos, mantiene idéntica solución concursal en hipótesis de concurrencia de infracciones de peligro y de lesión, aplicando únicamente la más gravemente penada; sin embargo, varía la respuesta penológica. En efecto, con anterioridad a la reforma, el concurso de infracciones comportaba que el delito castigado con mayor severidad *consumía* al sancionado más levemente, de modo que la pena del primero absorbía la pena del segundo. Se opta ahora, en cambio, por seguir la misma calificación, en el sentido de que el delito más gravemente penado *consume* al de menor sanción, si bien, la pena del primero ha de aplicarse en su mitad superior, esto es, agravada. De esta forma se abandona el criterio de la absorción y progresión penológica y se opta por la pena exasperada. En definitiva, lo que tal cambio supone es que se destierra su comprensión como un supuesto de concurso aparente de normas con su regla de subsidiariedad impropia (art. 8.4 C.P.) y se le da el tratamiento penológico que siempre debió tener, esto es, el de un concurso ideal o medial de infracciones (art. 77 C.P.). Aunque, preciso es advertirlo, no se trata de una coincidencia plena pues le separa de éste el hecho de que, como es sabido, el régimen general proscribía que la pena impuesta supere la que correspondería de sancionarse por separado las infracciones concurrentes.

Desde luego esta regla no puede ser entendida como un pretexto para calificar como un solo delito de imprudencia, la causación de varios resultados de homicidio o lesiones. Exclusivamente está destinada a solucionar la concurrencia entre uno o varios tipos de peligro, con la de uno o varios tipos de lesión, y con independencia de que los segundos sean dolosos o imprudentes. El criterio de selección es la gravedad de la pena, no el grado de imputación subjetiva que ya está expresado en ésta.

Quedan excluidos de este régimen penológico específico aquellos supuestos en los que el resultado lesivo producido sea constitutivo de falta y no de delito. Ello obedece a una enmienda aprobada durante su tramitación parlamentaria y presentada por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos. Se pretendía evitar así que la exacerbación de la pena resulte desproporcionada en relación con los resultados lesivos más leves. Si bien el propósito perseguido pudiera ser loable, no es de desear la situación de incertidumbre que se produce dado que para estas hipótesis, la falta de previsión legal expresa, obliga a tratarlas - dependiendo de las circunstancias concretas que concurren - o bien, como un supuesto de conflicto aparente de normas penales, o bien, en la mayoría de hipótesis, como un caso de concurso de delitos - ideal e, incluso, real si el delito de peligro ocasiona varios resultados lesivos constitutivos de falta - que, de ser así, harían aplicables las reglas generales de determinación de la pena y, por tanto, no se evitaría esa desproporción que se alega.

En segundo lugar, conviene destacar que, por vez primera, se excluye sin que, aparentemente haya razones para ello, la conducta consistente en la creación de un riesgo para la circulación (art. 385) que, por tanto, tendrá que derivarse al régimen concursal genérico. Y, también por primera vez, se incluye en esta cláusula concursal el delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás. En relación con esta figura, se hace preciso señalar que, al haber sufrido un considerable incremento en la respuesta penal con la que se amenaza la realización de tal conducta, no será infrecuente en la práctica que esa éste el precepto que haya de tomarse como base para la determinación de la pena pese a ser, el delito de peligro y no el de lesión. Nada impide, sin embargo, que de ser ese el precepto aplicable se de, en su caso, satisfacción a la responsabilidad civil que se haya originado pues el precepto que se comenta - como ya lo hiciera su predecesor - contiene una previsión expresa en ese sentido.

Finalmente, no puede pasarse por alto otra modificación de no menor importancia que las hasta ahora tratadas. Nos referimos a la supresión del último párrafo del derogado artículo 383 que excluía las reglas de determinación de la pena contenidas en el artículo 66 C.P. en relación con este tipo de delitos. Desde luego, se trataba de una medida de difícil justificación. No obstante, con el sometimiento de estos delitos a dichas reglas, siguen sin tener una solución satisfactoria los supuestos de reincidencia, multirreincidencia o habitualidad en los que el sujeto ha causado una o varias muertes o lesiones y comete alguna de estas infracciones; pues, como es sabido, sólo se aplican respecto de delitos dolosos. Distinta hubiera sido la situación de haberse aprobado el Proyecto de Código penal de 2006, dado que en su artículo 94 se daba una respuesta innovadora a hipótesis de reincidencia o habitualidad imprudentes, ya contempladas en otros ordenamientos europeos.

5. Negativa a someterse a las pruebas de control de la alcoholemia o drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Artículo 383)

La introducción de esta figura constituyó, sin duda, la novedad más importante y, a la vez, más polémica de la regulación que el Código penal de 1995 dispuso a los delitos contra la seguridad del tráfico. No es, desde luego, nuestra intención efectuar un análisis exhaustivo de la misma³⁰, pero no podemos dejar de hacer mención, en el marco de estas consideraciones genéricas, de los problemáticos aspectos que plantea su mantenimiento.

³⁰ A tal efecto puede verse ALONSO RIMO, A., "La negativa a someterse a las pruebas de detección del alcohol, drogas tóxicas o sustancias similares como modalidad de desobediencia penal (estudio del bien jurídico protegido en el art. 380 CP)", en *Revista de Derecho y proceso penal*, nº 10, 2003; GÓMEZ PAVÓN, P., "Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997, sobre la cuestión de constitucionalidad en relación con el artículo 380 del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 64, 1998; JUANATEY DORADO, C., "Sobre el control de alcoholemia.

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 1997", en *Actualidad penal*, nº 24, 2000; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., "El tipo del art. 380 del Código penal: una propuesta alternativa", en *Derecho penal y Seguridad Vial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007, p. 191 y ss.; SÁNCHEZ MORENO, J., *Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción*. Barcelona, 1991. VARONA GÓMEZ, D., "La negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia (artículo 380 del nuevo Código Penal): interpretación y límites", en *Actualidad Penal*, 1996-2. Y ya en relación con la reforma que se comenta, ALONSO RIMO, A., "El delito de negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas tóxicas desde la perspectiva de la reforma penal de 2007", *Seguridad Vial*. Valencia, 2008, p. 295 y ss.

Como puede apreciarse, la reforma no introduce modificaciones en la definición de la conducta, pues el cambio en la redacción es meramente terminológico o de mejora del lenguaje. Sí importa destacar que la pena ya no se señala en referencia al delito de desobediencia, sino que la realización de este comportamiento comporta una penalidad propia fijada autónomamente. Y, respecto de ella hay que decir que se mantiene la duración de la pena privativa de libertad - prisión de seis meses a un año - a la que hay que sumar, y eso sí constituye una novedad, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Se ha pretendido, por tanto, desvincular este delito del de desobediencia, zanjándose así las dudas que surgieron en torno a su naturaleza jurídica. Eso, unido a que ahora se apareje también la pena privativa del derecho a conducir, parece indicar que se ha pretendido primar su carácter de delito contra la seguridad vial; pese a que la afección que esta conducta entraña para dicho bien jurídico se antoja discutible.

Este reparo, con ser importante, no es, sin embargo, el único. En efecto, la principal objeción constitucional que se le hizo al ahora derogado art. 380 C.P. fue su posible contradicción con lo dispuesto en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; esto es, el derecho a no declarar y a no confesarse culpable. Como se recordará, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Pleno 161/1997, de 2 de octubre acoge las tesis defendidas en otras ocasiones y afirma 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, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haya 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 arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución" (F.J. 4°).

Tal entendimiento le lleva a concluir que "las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia de alcohol o de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable". Y, de ese modo, considera que dichas pruebas "no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa" (F.J. 7°).

Pues bien, la doctrina expuesta ha de ser necesariamente revisada si se toma en consideración que ahora la mera conducción con una tasa de alcohol en sangre superior a la establecida - 0,60 mg. en aire espirado o 1.2 gr. por litro de sangre - es constitutiva de delito; con lo que a través de la intimidación penal se obliga al conductor requerido a aportar una prueba que directamente le incrimina, con las repercusiones constitucionales que ello tiene.

De ser esto así, es de lamentar que se haya desaprovechado una buena ocasión de desterrar del texto punitivo un precepto cuya compatibilidad con los derechos constitucionalmente reconocidos haya sido tan cuestionada³¹.

6. Quebrantamiento de condena o de resolución administrativa y conducción sin permiso o licencia (Artículo 384)

El nuevo precepto contiene dos párrafos. En el primero de ellos se castiga con una pena de prisión de tres a seis meses o con una multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días la conducción de 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. Ni que decir tiene que esta decisión político-criminal obedece al deseo de reforzar el nuevo sistema administrativo de seguridad vial, y en particular su medida estrella del "permiso por puntos" que, hubiese quedado muy debilitado con la ausencia de tutela penal. Vendría a configurarse, por tanto, como una especie de quebrantamiento de resolución administrativa en el que el contenido de injusto radica en conducir habiendo sido privado administrativamente de este derecho.

Idénticas consecuencias penales ha de tener, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo, la conducción realizada por quien ha sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere sin haber obtenido nunca el permiso o licencia requeridos.

A la vista de la redacción típica, se hace preciso destacar, en primer lugar, que se equipara a efectos penológicos el quebrantamiento de una resolución administrativa al quebrantamiento de una decisión judicial. De este modo, el precepto que se comenta viene a dar solución a un evidente problema hoy existente y cuya incidencia había sido alertada reiteradamente. Ciertamente es que algunos supuestos ya se resolvían aplicando el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 C.P., tanto para condenas como para medidas cautelares. Pero no todas las hipótesis encontraban acomodo en esta sede y se asistía a cierta dispersión interpretativa, particularmente en materia de medidas cautelares³². Y desde luego esta solución sólo era aplicable en supuestos de quebrantamiento de una resolución judicial. Ahora pues, se otorga idéntica protección, mediante el recurso a la pena, a las resoluciones administrativas que a las judiciales.

Debe observarse que la conducta se sanciona como un puro delito de quebrantamiento, sin exigirse además una conducción peligrosa, o simplemente antirreglamentaria. Por consiguiente, se consuma desde el instante en que se infringe conscientemente la prohi-

³¹ No obstante, hay que tener en cuenta la opinión clásica de CARBONELL MATEU, para quien "el sometimiento a las pruebas de alcoholemia no es sustancialmente distinto, al menos a estos efectos, al de la comprobación de las huellas dactilares o al del registro domiciliario". CARBONELL MATEU, J.C., "La reforma...", *op. cit.*, p. 71.

³² Al respecto, de interés la Consulta 3/1998, de 3 de abril y la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, ambas de la Fiscalía General del Estado.

bición impuesta³³. La reforma supone un paso de clarificación y de reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales pero, como ha quedado dicho, también de las administrativas. En este sentido, conviene apuntar que la conducta que se analiza tiene un componente que trasciende del peligro para la seguridad vial y que lo emparenta con el delito de quebrantamiento de condena. Esta pluriofensividad serviría para explicar la mayor gravedad de la sanción prevista³⁴ pero, bajo otro punto de vista, resulta cuestionable que merezca un mayor reproche penal la desobediencia a una resolución administrativa que a una resolución judicial.

En segundo lugar, reaparece una figura que había sido destipificada con ocasión de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio de Reforma urgente y Parcial del Código Penal. Nos referimos a la conducción sin la obtención del preceptivo permiso o licencia. Como puede leerse en el Preámbulo de la mencionada ley, dicho delito "se suprime atendiendo así a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo". Y es que, como atestigua la evolución histórica que ha experimentado³⁵, nunca ha sido pacífica su inclusión como infracción administrativa o como ilícito penal.

Se trata, ciertamente, de una tipificación de dudosa conveniencia en la que parece haberse tomado en consideración la opinión de quienes considera que la conducción sin permiso pudiera considerarse, en sí misma y sin ulteriores requisitos, generadora de un riesgo potencial para la seguridad vial³⁶. Esto es, la ausencia de control administrativo previo, donde se verifican un conjunto de conocimientos, competencias, facultades y condiciones psíquicas y físicas, representa un peligro para la seguridad vial. A lo que hay que sumar el deseo de reforzar la obtención del permiso o licencia al no hacer de peor condición al conductor que ha perdido todos los puntos por cometer diversas infracciones frente al que nunca se ha sometido a dicho control administrativo³⁷. Sin embargo, y aunque el propósito perseguido pudiera merecer elogio y la razones atendibles, no es menos cierto que con tal medida pudiera quedar comprometida la vigencia del principio de proporcionalidad.

³³ Doctrina general en la STS de 5 de mayo de 2003.

³⁴ Cabe recordar que el art. 468 C.P. prevé una pena de prisión de seis meses a un año en caso de que quebrantaran la condena quienes están privados de libertad. Y, en los demás supuestos, ha de imponerse la pena de multa de 12 a 24 meses.

³⁵ En efecto, se sancionó administrativamente desde el Real Decreto de 17 de septiembre de 1900; durante la vigencia del Código penal de 1928 se consideró un comportamiento delictivo para volver a merecer dicha calificación con ocasión de la Ley del Automóvil de 9 de mayo de 1950. Con la reforma operada por Ley de 8 de abril de 1967 se incluyó en el Código penal del que ya no desaparecería hasta la reforma de este mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. Más ampliamente, CASABÓ RUIZ, J.R., "El delito de conducción sin habilitación legal", en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*. Valencia, 1975, p. 31 y ss.

³⁶ En este sentido y, en relación con el derogado delito de conducción sin carné, puede verse CASABÓ RUIZ, J.R., "El delito...", *op. cit.*, p. 36 y 37.

³⁷ A favor de la incriminación de esta conducta, CARBONELL MATEU, J.C., "La reforma...", *op. cit.* p., 71 y 72. MARTÍNEZ ARRIETA, A., "Derecho penal... *op. cit.*, p. 29 y 30.

7. Otras conductas de riesgo para la seguridad vial (Artículo 385)

El nuevo artículo 385 es el sucesor del hasta ahora vigente artículo 382³⁸. Y, con una descripción típica muy similar a la mantenida, castiga la creación de un grave riesgo para la circulación, siempre que tal situación se haga de alguna de las formas que en el precepto se exigen.

La primera novedad que se advierte es en la penalidad, pues aunque mantiene la misma pena de prisión, de seis meses a dos años, ahora añade a su alternativa de pena de multa - también idéntica, de 12 a 24 meses - la pena de trabajo en beneficio de la comunidad de 10 a 40 días. Asimismo, se hace preciso recordar que se sustrae este precepto a la aplicación de la regla concursal específica que contiene el nuevo artículo 382; por lo que, si el riesgo prevenido se materializa en un resultado lesivo, habrá que estar al régimen general del concurso de normas o de infracciones, en función de las circunstancias de cada caso.

En cuanto al presupuesto fáctico, se sigue requiriendo la causación de un riesgo que, y ello entraña importantes dificultades interpretativas, ha de ser grave para la circulación. Es, precisamente, en ese elemento valorativo de la gravedad donde habrá que situar la frontera entre el ilícito penal y el ilícito administrativo por lo que, como se ve, se trata de un criterio bastante endeble³⁹. Ahora bien, no la creación de cualquier peligro es típica a estos efectos, sino sólo aquella que coincide con las señaladas.

Así, la primera modalidad consiste en la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables o la mutación, sustracción o anulación de la señalización. Si bien, tales actos parecen meros ejemplos, pues el precepto se cierra con una con una expresión abierta referida a "cualquier otro medio". De un análisis comparativo entre el nuevo precepto y el derogado artículo 382, resulta que se ha suprimido la referencia a la "alteración de la seguridad del tráfico" puesto que, si lo que se castiga es la creación de un grave riesgo, dicha alusión resultaba superflua. En cuanto a las formas a través de las cuales se ha de producir esa situación de riesgo, se ha añadido a las ya existentes la sustracción de la señalización. Respecto de este último supuesto, no es difícil imaginar un solapamiento con los delitos de apoderamiento y, más concretamente, con

³⁸ Sobre los problemas interpretativos que plantea esta conducta puede verse, BELTRÁN BALLESTER, E., "La obstaculización al tráfico. Examen del art. 340 bis b) del Código penal español", en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*. Valencia, 1975, p. 13 y ss; y ya en relación con el Código penal de 1995, SPINOLA TÁRTALO, B., "Conductas no consistentes en circular con vehículo de motor o ciclomotor creadoras de grave riesgo para la seguridad del tráfico: el artículo 382 del Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 66, 1998, p. 695 y ss.

³⁹ En efecto, la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y Seguridad Vial considera infracción grave el arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios o accidentes de circulación; el realizar paradas y estacionamientos que por efectuarse en lugares peligrosos u obstaculizar el tráfico se califiquen reglamentariamente de graves y la realización y señalización de obras en la vía sin permiso, así como la retirada o deterioro de la señalización permanente u ocasional (art. 65.4).

la falta/delito de hurto o el delito de robo - incluso, con la modalidad agravada de éstos si se entiende que las señales de tráfico están destinadas a un servicio público y se acepta, asimismo, que su sustracción ocasiona al mismo un grave quebranto - si es que, claro está, en la realización de tal comportamiento, puede apreciarse un propósito lucrativo.

Pero, sin duda, lo más reprochable del precepto no es lo que modifica, sino lo que mantiene. En efecto, se ha desaprovechado una buena ocasión para eliminar una cláusula que, por su indeterminación y escaso rigor, contradice el mandato de taxatividad. Nos referimos a la posibilidad de que se incardinan en el tipo aquellos comportamientos que por *cualquier otro medio* generen un grave riesgo para la seguridad del tráfico. Desde luego, no es el momento ni la sede adecuada para referirnos a los nada desdeñables problemas que ocasionan descripciones típicas como las que se comenta. Baste decir, y ello ya constituye motivo bastante para cuestionar su compatibilidad con el principio de legalidad, que trasladan al juez la decisión de señalar los límites a la intervención penal propiciando, en consecuencia, una aplicación no uniforme de la ley⁴⁰.

Del mismo modo, se ha optado por continuar sancionando penalmente la modalidad omisiva de comisión; esto es, el no restablecimiento de la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo. Y, precisamente, es la exigencia de este requisito lo que ha provocado dudas acerca de quienes son los posibles sujetos activos de este delito. Así, no ha faltado quien entienda que los destinatarios de esta norma únicamente serán aquellos que, por su oficio o cargo, están incursos en ese deber⁴¹. Mientras que para otros, en cambio, ha de incluirse también a quienes, sin que su conducta tenga cabida en el primero de los apartados de este precepto, hayan generado fortuita o imprudentemente el riesgo prevenido⁴². Y, en este último sentido parece desprenderse de lo dispuesto en el art. 10.3 de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, que obliga a *quienes hubieran creado sobre la vía algún obstáculo o peligro a hacerlo desaparecer lo antes posible, adoptando entretanto las medidas necesarias para que pueda ser advertido por los demás usuarios y para que no se dificulte la circulación*.

⁴⁰ Sobre esta problemática, puede verse, VIDALES RODRIGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*. Valencia, 2001.

⁴¹ A los que habría que sumar los titulares de la vía, pues según establece el art. 57.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a motor y seguridad vial, corresponde a éstos la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y de la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales.

⁴² Este parece ser, asimismo, el entendimiento adoptado en la jurisprudencia en las escasas ocasiones que ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Así, en la SAP de Alicante de 22 de mayo de 1999, se condena al conductor que derramó gasóleo sobre la calzada y abandonó el lugar sin adoptar medida alguna. En parecidos términos se pronuncia la SAP de Segovia de 23 de septiembre de 2005, al afirmar que "la tipología del número primero es dolosa, mientras que en el segundo castiga a quienes de forma culpable han alterado la seguridad del tráfico y no la restablecen teniendo obligación de hacerlo".