

# **SEGURIDAD VIAL Y DERECHO PENAL. EN ESPECIAL EL HOMICIDIO IMPRUDENTE COMETIDO CON VEHÍCULO A MOTOR**

Rosario de Vicente Martínez  
Universidad de Castilla-La Mancha  
rosario.vicente@uclm.es

## **I. UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD: LAS ESTADÍSTICAS SOBRE SINIESTRALIDAD VIAL**

El automóvil que nace como un factor de progreso se ha convertido en un grave problema social aunque no sea percibido como tal por la sociedad, tal y como demuestran los barómetros oficiales de opinión del CIS en los que no aparece reflejado el reconocimiento social del fenómeno. El terrorismo, la vivienda, el paro, la inseguridad ciudadana, etc., son las principales preocupaciones de los españoles. En el estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas no hay ni rastro de los accidentes de tráfico, una de las principales causas de muerte en las sociedades modernas, y ello a pesar de que los mismos constituyen, junto a los accidentes laborales, una auténtica plaga de los países industriales.

En el siglo XX, según el Instituto Universitario de Tráfico y Seguridad Vial (INTRAS), 35 millones de personas perdieron la vida en el mundo por causa de un accidente de tráfico

En la Unión Europea el parque automovilístico se ha triplicado en 30 años, lo que supone un aumento de tres millones de automóviles al año. Cada año se producen 1.300.000 accidentes que causan más de 40.000 muertes y más de 1.700.000 heridos en el conjunto de la Unión Europea. La preocupación del Parlamento Europeo está más que justificada ante los bajos niveles de seguridad vial en algunos Estados miembros, en particular en muchos de los diez nuevos Estados miembros. Fruto del desvelo de la Unión Europea por poner freno a las altas cifras que arrojan las estadísticas es el gran número de Comunicaciones, Recomendaciones, Decisiones y Resoluciones dictadas, así como la puesta en funcionamiento de la Carta Europea de la Seguridad Vial que obliga a muchos colectivos a colaborar activamente contra la siniestralidad en las carreteras. Asimismo la Comisión aprobó el 19 de marzo de 2008 una Propuesta de Directiva para facilitar la aplicación en el espacio europeo de la normativa sobre seguridad vial. Con esta Directiva se trata de evitar que las infracciones cometidas por extranjeros que circulan por España y que residen fuera de nuestro país se salden tan solo con el abono de una multa, quedando en lo demás impunes.

A pesar de los avances realizados, en 2007 se produjeron 43.000 muertes en accidentes de circulación y aunque la cifra es menor que en 2001, año en el que perdieron la vida 54.000 personas en las carreteras europeas de los 27 países que son actualmente Estados miembros de la Unión, el número de 43.000 sigue siendo preocupante. En el período comprendido entre 2001 y 2007, el número de víctimas mortales disminuyó un 20 %, mientras que habría sido necesaria una reducción del 37 % para alcanzar el objetivo fijado para 2010: no superar la cifra de los 25.000 fallecidos.

En España, en 2006, según consta en el informe *Las principales cifras de la siniestralidad vial. España 2006*, se produjeron 99.797 accidentes de circulación con víctimas en los que fallecieron 4.104 personas, resultaron heridas 143.450, de ellas 21.382 lo fueron gravemente, es decir, necesitaron más de 24 horas de hospitalización. Las cifras de fallecidos en 2006 respecto de 2005 han descendido tanto en carretera como en zona urbana, lo que supone un 7,6% menos que el año anterior. Por lo que respecta a 2007, según el Balance de siniestralidad (datos provisionales) el número de fallecidos alcanzó la cifra de 2.741, si bien esta cifra es de muertes ocurridas en accidentes mortales en carretera y computadas a 24 horas. Faltaría computar las muertes ocurridas en los 30 días siguientes al accidente y las ocurridas en zonas urbanas.

En el año 2007 y por cuarto año consecutivo se ha observado un descenso en la accidentalidad en carretera. Sin embargo el resultado final esconde la triste realidad de que el mismo sigue siendo una cifra intolerablemente alta.

En verano de 2008 ha sido, en resultados, el mejor verano desde 1964. Durante el último verano fallecieron en nuestras carreteras 450 personas, 89 menos que el año anterior, destacando el descenso de la mortalidad en jóvenes, motoristas y peatones. Ese descenso ha tenido su inmediata repercusión en los trasplantes de órganos al disminuir los donantes un 3% debido a la reducción de los accidentes de tráfico.

## **II. LA RESPUESTA LEGISLATIVA**

En los últimos años existe una creciente normativa, tanto europea como nacional, en relación con la seguridad vial, cuya finalidad no es otra que la de evitar o al menos reducir el gran número de accidentes de tráfico que se producen. De ahí que se pueda observar una tendencia generalizada de los países europeos hacia el reforzamiento de la respuesta jurídico-penal ante los delitos de tráfico, que una vez más, y de forma muy discutible, ven en el Derecho penal la vía de solución más eficaz.

El elevado número de muertes y lesiones en nuestras carreteras ha llevado al legislador español a adoptar una serie de medidas legislativas en un intento de reducir al máximo y eficazmente las cifras que arrojan año tras año las estadísticas oficiales. Así es de destacar en materia de derecho administrativo sancionador, en primer lugar, el conocido popularmente como “carné por puntos” que se aprobaba en el verano de 2005. Desde el 1 de julio de 2006- fecha de su entrada en vigor- a 1 de julio de 2008: 7.000 conductores se han quedado sin permiso y 10.000 sin saldo. Se han perdido 4.200.000 puntos y se han salvado 1.339 vidas; en segundo lugar, por Orden de 2 de julio de 2007 se creaba el Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas con sede en León. Este Centro, siguiendo el modelo francés, se encarga de tramitar aquellos procedimientos sancionadores que se incoan como consecuencia de infracciones detectadas mediante el empleo de medios técnicos de captación y reproducción de imágenes. Y, finalmente, por Real Decreto 64/2008, de 25 de enero, se modificaba el Reglamento General de Conductores, modificación que responde al aumento de la siniestralidad en las motocicletas.

En el ámbito del Derecho penal y próximas las Navidades de 2007 entraba en vigor la reforma del Código penal mediante Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, en materia de seguridad vial, excepto el apartado segundo del artículo 384 que entraría en vigor el 1 de mayo de 2008.

Con estos cambios legislativos se espera una mayor conciencia social en la población respecto a la seguridad vial y, como consecuencia de ello, una continua disminución en el número de víctimas de accidentes de tráfico.

Pero no toda la solución se halla en el ámbito legislativo, ni mucho menos en el ámbito penal. La mayor parte de la doctrina penal ve con recelo, cuando no con abierto rechazo, la actual tendencia a la “mano dura” que predomina en la actualidad, considera que quizás sea la vía de aprovechamiento de las posibilidades de reducción de la impunidad de las infracciones y de aseguramiento de la aplicación efectiva de las sanciones que hoy en día es posible en el tráfico viario la más recomendable –mucho más que la ampliación de los delitos y la agravación de las penas-, para hacer compatible la necesaria protección de las personas con el mantenimiento del principio según el cual el Derecho penal debe ser la *ultima ratio*, el último recurso, y no el primero o el único que se nos ocurre por falta de imaginación. No es de extrañar que se aluda al proceso de resquebrajamiento de la teoría del delito, de las garantías jurídico penales, de la “pancriminalización” de conductas puramente administrativas, de la objetivación del Derecho penal como manifestación de lo que se ha venido a llamar “derecho penal de excepción” o “del enemigo” o manifestación del nuevo “derecho sancionador de oportunidad”.

El propio Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008 considera que “la reforma penal representa una opción de política criminal que hay que respetar, sin que ello quiera decir que los preceptos de la reforma estén justificados”.

El legislador parece olvidar cuando se enfrenta al tema de la siniestralidad vial que junto al factor de la conducción intervienen 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 en nuestras carreteras de un mayor número de radares, erradicación de los pasos a nivel, utilización de los últimos avances tecnológicos en la fabricación de vehículos (el alcohol-lock -mecanismo que impide arrancar el vehículo si el conductor supera la tasa permitida-), los limitadores de velocidad), mejor y suficiente señalización, mejor formación del conductor, mayor número de agentes de tráfico, cambio de los actuales sistemas de protección anti-salida o también llamados guardarraíles o quitamiedos, mejora de los medios de asistencia que deben intervenir cuando se produce un siniestro, etc. Porque es mejor prevenir que sancionar el Programa de Acción Europeo de Seguridad Vial (2003-2010) actúa en la mejora de los mecanismos de seguridad de los vehículos como en el fomento de las estructuras viarias.

En el aspecto de la prevención queda mucho por hacer, así y según se desprende de un estudio de la Asociación Española de la Carretera (AEC), un tercio de las carreteras españolas se encuentra en un estado de conservación “deficiente”. Según este mismo estudio sería necesaria una inversión de 4.000 millones de euros para solucionar los problemas de deterioro, tanto del pavimento como de la señalización, balizamiento y barreras metálicas. De la última auditoria sobre el estado de las carreteras españolas que realizó la Asociación Española de la Carretera se desprende que el 35% de las carreteras españolas está en situación deficiente y su conservación ha empeorado en los dos últimos años. Asimismo, la señalización de las vías, sobre todo la vertical, suspende en el estudio. Sin dejar de asumir que el factor humano está presente en los accidentes, no cabe la menor duda de que con la mejora de las vías públicas se ayuda a que la cifra de accidentalidad se reduzca. Esto se observa fácilmente en la práctica: cuando en España se ha invertido más en infraestructuras se ha conseguido disminuir el número de accidentes. El binomio: a mayor inversión en infraestructuras mayor reducción en accidentes, nunca falla.

En el ámbito de la prevención no hay que olvidar el papel relevante que cumplen los medios de comunicación. Se necesitan mensajes y programas especializados en seguridad vial y un código de conducta que evite, por ejemplo, en series de ficción para jóvenes, las conductas como el exceso de velocidad, imprudencias e incumplimientos de la obligación de ponerse cascos y cinturones de seguridad.

Asimismo en materia de publicidad sería necesario hacer uso con más frecuencia del artículo 52 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que dispone:

*Se prohíbe la publicidad en relación con vehículos a motor que ofrezca en su argumentación escrita o verbal, en sus elementos sonoros o en sus imágenes, incitación a la velocidad excesiva, a la conducción temeraria, a situaciones de peligro o cualquier otra circunstancia que suponga una conducta contraria a los principios de esta Ley o cuando dicha publicidad induzca al conductor a una falsa o no justificada sensación de seguridad. Esta publicidad estará sometida al régimen de autorización administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en la legislación reguladora de la publicidad.*

Se trata de evitar comportamientos temerarios. Baste recordar el anuncio de Suzuki donde dos jóvenes se pican con un motorista y uno de ellos finge que se ha quedado sin manos y el coche va sin control. El final del anuncio dice: “115 caballos pueden ser muy divertidos”.

También es necesario un mayor control de los videojuegos relacionados con los coches y la velocidad como un mayor control de Internet para evitar que se “cuelguen” de la red videos con conducción temeraria. Y finalmente, como medio preventivo muy útil y eficaz es preciso hacer hincapié en la educación.

### **III. LA REFORMA PENAL DE 2007 EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL**

El Código penal de 1995, con la excusa de sus diez años de vigencia, es, una vez más, objeto de una propuesta de modificación global plasmada en el Proyecto de reforma del Código penal aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007.

No obstante, la falta de calendario para llevar a buen término la reforma global, al encontrarnos en la recta final de la legislatura, llevó a limitar el alcance de la proyectada reforma única y exclusivamente a los delitos relativos a la seguridad vial. De esta forma, el Parlamento español llegaba a un acuerdo para tramitar por vía de urgencia la reforma de los delitos de tráfico y así el 22 de junio se presentaba por los Grupos Parlamentarios Socialista del Congreso, Catalán (Convergencia i Unió), de Izquierda Republicana (ERC), de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, de Coalición Canaria-Nueva Canarias y Mixto, la Proposición de Ley Orgánica, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial.

Unos días más tarde, el 27 de junio, el Pleno del Congreso aprobaba por 296 votos a favor, dos abstenciones y uno en contra, la toma en consideración de la Proposición de Ley Orgánica para reformar el Código penal en materia de seguridad vial.

Pocos meses después, el Boletín Oficial del Estado del día 1 de diciembre de 2007 publicaba 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. La citada Ley Orgánica se centra exclusivamente en la reforma del artículo 47 y

del Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal y es la culminación de un procedimiento sancionador que se inicia con la modificación de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial y con el nuevo sistema conocido como permiso por puntos.

La urgencia y precipitación por modificar el Código penal en esta materia, como si de ello dependiera una minoración drástica de las muertes y heridos en las carreteras, dejó fuera de la Proposición de ley de modificación del Código penal en materia de Seguridad Vial y, por tanto, fuera de la Ley Orgánica 15/2007, la reforma del homicidio imprudente que contemplaba el Proyecto, en el sentido de considerar delito todas las causaciones de la muerte de otra persona aunque no sea por imprudencia grave, cuando precisamente había sido esta modificación la que se había solicitado en reiteradas ocasiones y con especial insistencia tanto por la doctrina como por distintas Fiscalías como se observa en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2005, donde entre las propuestas realizadas, se alude a la necesidad de “tipificar de nuevo como delito el homicidio y las lesiones muy graves causadas por imprudencia leve antirreglamentaria, para acabar con esa sensación de impunidad”, que a veces, no es sino consecuencia de la mala redacción de los atestados.

El Proyecto de reforma de 2007 en realidad no contemplaba medida novedosa alguna sino que se limitaba a volver la vista atrás, en concreto al Proyecto de Código penal de 1980 y a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, donde el homicidio culposo o imprudente no era constitutivo de falta sino siempre de delito, independientemente de si la imprudencia era grave o leve.

Por lo que respecta al artículo 47, la reforma añade un apartado tercero con el objetivo de que conductas que han sido penadas por juzgados y tribunales que rebasen un umbral de gravedad determinado *a priori ex lege* (más de dos años) tengan como consecuencia práctica que el penado no recupere sin más, por el simple transcurso o cumplimiento de la pena, el derecho a «conducir» del que había sido privado y tenga, por tanto, que volver a efectuar las pruebas teórico-prácticas que le habiliten administrativamente para «conducir» vehículos a motor y/o ciclomotores si desea nuevamente conducir.

Las modificaciones respecto al Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal no se hacen esperar puesto que comienzan en la propia rúbrica del Capítulo que pasa a denominarse “De los delitos contra la Seguridad Vial”, frente a la denominación tradicional “De los delitos contra la seguridad del tráfico”. El cambio de rúbrica 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 donde se recurre a la expresión “Seguridad Vial”. No obstante, esta nueva rúbrica no goza de aprobación general pues, por ejemplo, el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, considera que la nueva rúbrica resulta más imprecisa, puesto que el concepto “seguridad vial” en la legislación de tráfico tiene una significación más amplia ya que viene referida no sólo a la circulación de automóviles sino a las normas sobre control técnico y de fabricación, licencias, autorización y permisos.

Tras el cambio de rúbrica, la Ley Orgánica 15/2007 modifica ampliamente la redacción de algunas conductas típicas e incorpora al Capítulo IV del Título XVII del Código penal, nuevas figuras delictivas, provocando la invasión de ámbitos que tradicionalmente pertenecieron al Derecho administrativo. Estas modificaciones y nuevas incorporaciones, que convierten el Código penal en un listado de infracciones formales administrativas con consecuencias penales, se insertan, en definitiva, en el

proceso creciente de criminalización al que asistimos impávidos y que parece condenado a no tener fin.

### **1. El artículo 379: el delito de conducción a velocidad excesiva, el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y el delito de conducción con elevados índices de alcohol en sangre**

El legislador ha pasado en el artículo 379 de un solo tipo penal a tres: el delito de conducción a velocidad excesiva o exceso de velocidad, nuevo tipo penal previsto en el apartado primero del nuevo artículo 379, el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, previsto en el primer inciso del apartado segundo y el delito de conducción 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, previsto en el segundo inciso del apartado segundo.

Este cambio justifica el que la reforma del artículo 379 fuera la más discutida en el seno de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación.

En la incorporación al texto punitivo del nuevo delito de conducción a velocidad excesiva, ha jugado un papel destacado la preocupación social existente ante la captación por los nuevos dispositivos tecnológicos de control de velocidad en la red viaria de vehículos que circulan a velocidades excesivas, superando los 200 kilómetros por hora, hechos que ya dieron lugar a la Consulta 1/2006, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado “sobre la calificación jurídico-penal de la conducción de vehículos de motor a velocidad extremadamente elevada”. En esta Consulta se plantea cuál debe ser la respuesta penal a la conducción a más de 220 km/hora. Para la Fiscalía General del Estado la respuesta hay que encontrarla o bien en el artículo 381.1, por lo que se trataría de un delito de conducción temeraria, o bien en el artículo 384 del Código penal, por lo que se estaría ante un delito de conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás.

Lo cierto es que la legislación penal española no ha conocido nunca la conducción a velocidad excesiva, entendiendo por ella la que se realiza con la superación de determinados parámetros marcados en el propio tipo penal, como tampoco ha conocido nunca la conducción alcohólica, entendiendo por ella la que se realiza con una determinada cantidad de alcohol, siempre, por el contrario, en la conducción ética se han exigido dos requisitos: uno objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción.

En cuanto a los límites de velocidad hay que recordar que fue la Proposición de Ley Orgánica de modificación del Código penal en materia de seguridad vial la que incrementó respecto al Proyecto los límites de velocidad en 10 kilómetros, lo que revela la incertidumbre y dudas que existen en torno a la fijación de una concreta magnitud numérica. La Proposición de Ley Orgánica de 2007, frente a los 50 kilómetros por hora en vía urbana que preveía el Proyecto, fija el límite en 60 kilómetros por hora y frente a los 70 kilómetros por hora en vía interurbana del Proyecto pasa a los 80 kilómetros por hora.

Un problema añadido lo constituyen las travesías, al no dejar claro la propia Ley lo que debe entenderse por las mismas, surgiendo el problema de dónde encajar las travesías si en las vías urbanas o en las vías interurbanas. Cuestión nada baladí por el diferente límite de velocidad que opera en cada tipo de vía.

Las dudas sobre qué es travesía y, por tanto, qué límites de velocidad rigen en la misma, ha llevado al Juzgado de Instrucción de Albacete a sobreseer el asunto.

No es aceptable dar por sentado que en todos aquellos casos en que se conduzca con velocidad excesiva habrá un peligro, aunque sea abstracto, para la seguridad vial, lo cual probablemente suceda en un buen número de ocasiones, más no en todas por las propias circunstancias del tráfico, la hora del día, la conducción de un tramo muy breve extremando la precaución, la conducción por un espacio cerrado al uso común, la conducción por una carretera desierta a las 3 de la madrugada, etc. Ocasiones todas ellas que habría que excluir de la tipicidad porque el peligro para la vida o la integridad de las personas no es imaginable ni siquiera desde una perspectiva objetiva *ex ante*.

Para salvar estas objeciones, el legislador tendría que haber introducido en el tipo penal alguna expresión en el sentido de que conducir con velocidad excesiva o con exceso de alcohol debe suponer un riesgo para la circulación y no presumir, como hace la nueva redacción, que el solo hecho de superar las cifras tasadas en el tipo penal siempre va a suponer un riesgo, puesto que puede suceder que, aún superando esa velocidad o esa tasa de alcohol, no exista un riesgo para la seguridad vial. No puede defenderse que el solo hecho de conducir a más de 200 km/h en autovía o a más de 180 km/h en carretera o a más de 110 km/h en vía urbana o conducir con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, criminalice al sujeto que realiza dicha conducción.

Se ha pretendido justificar la oportunidad de la nueva regulación en el hecho de que la velocidad aparece como la causante de un elevado porcentaje de accidentes. No obstante y a pesar de que se señale a la velocidad como la causa de un elevado porcentaje de accidentes, existen estudios que revelan que los excesos de velocidad tienen una mínima repercusión como causa de los siniestros, aunque es cierto que la velocidad es un factor que agrava considerablemente las consecuencias de cualquier accidente. La anterior afirmación se constata con los datos que ofrece el Balance de Seguridad Vial –Operación Semana Santa de 2008-, donde los detenidos por conducir a más velocidad de la permitida fue de 115 frente a los 5.939 detenidos por conducir con una tasa de alcohol superior a la permitida. Según este mismo Balance, las denuncias remitidas a los Juzgados desde el 2 de diciembre fueron de 6.054.

Una solución al exceso de velocidad pasa por la incorporación de limitadores de velocidad en los vehículos a motor y en los ciclomotores.

En la práctica los abogados usan los fallos de los cinemómetros o las señalizaciones incorrectas para obtener la absolución de sus defendidos. Y esto es lo que ha sucedido en las primeras sentencias dictadas sobre este nuevo delito donde el Ministerio Fiscal ha acusado por el delito de conducción a velocidad excesiva. Se trata de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Pamplona de 28 de enero de 2008. Dice la citada sentencia: “no cabe considerar acreditada la comisión por parte del acusado del delito contra la seguridad vial, en la modalidad de conducción a velocidad excesiva, que se le imputa por el Ministerio Fiscal.

Dicho delito existe, en lo que aquí nos interesa, cuando se conduce un vehículo de motor en vía interurbana a velocidad superior en 80 km/h a la permitida reglamentariamente. Según el relato del escrito de acusación, en un tramo con limitación a 50 km/h el acusado circulaba a 136 km/h.

La discrepancia se centra en este caso no en el hecho de la conducción de un vehículo de motor ni en el carácter interurbano de la vía, sino en la limitación de velocidad existente en el tramo por el que circulaba el acusado, por una parte, y en la velocidad a que lo hacía, por otra, circunstancias ambas fundamentales para determinar si existía o no un exceso de velocidad igual o superior a los 80 km/h.

En cuanto a lo primero, los agentes de la Guardia Civil con carnés profesionales núms. NUM003 y NUM004, el primero de los cuales se encontraba en un coche dotado de un equipo de detección de velocidad (cinemómetro) situado en el punto kilométrico 41'100 de la carretera N-240 y el segundo unos centenares de metros más adelante en dirección a Pamplona con la función de detener a los coches que el primero le indicara, manifestaron en el acto del juicio que el límite de velocidad que debía respetar el acusado era de 50 km/h. La fotografía que aparece el folio 12 del atestado no es prueba de ello, pues está tomada en el sentido hacia Jaca, es decir, el contrario al que llevaba el vehículo de Fidel, por lo que la señal vertical de limitación de velocidad a 50 km/h que aparece en dicha foto no le afectaba. Y al comienzo de la vista la defensa aportó un acta notarial de presencia en la que se hace constar que pasado el km. 42, según el sentido de marcha del Land Rover del acusado, hay una señal de limitación a 80 km/h, y unos metros más adelante otra de 50 km/h, pero situada esta última "en el interior de un carril de desvío de la carretera N-240 para acceder a Liédena". Vista la fotografía nº 3 de las que acompañan al acta, se deduce que la señalización es, cuando menos, confusa. Resulta absurdo que quienes circulan en dirección a Jaca vean limitada la velocidad a 50 km/h en un tramo recto (f. 12 del atestado policial y fotografía nº 1 del acta notarial) y quienes van en dirección a Pamplona puedan circular a 80 km/h con una peligrosa curva a la izquierda (fotos núms. 2 y 3 del acta), pero esa es la conclusión que cabalmente se saca de la forma en que están colocadas las señales, debiendo resaltarse que la de limitación a 50 km/h de la fotografía nº 3 no tiene equivalente en el lado izquierdo de la calzada, a diferencia de lo que ocurre con la previa de limitación a 80 km/h, con lo que parece que efectivamente sólo afecta a quienes se desvíen hacia Liédena. Por ello, la velocidad a que circulaba el acusado según el escrito de calificación del Ministerio Fiscal rebasaba la permitida en "sólo" 56 km/h, lo cual descarta la existencia de delito.

En cuanto a lo segundo, el cinemómetro que midió la velocidad a la que circulaba el acusado está identificado en los folios 11 y 13 del atestado policial, y según testimonio del agente que lo operaba está debidamente homologado y verificado. Ahora bien, no constando en el atestado documentación específica sobre el aparato, y por tanto su concreto margen de error en las mediciones, deberá estarse a lo dispuesto en el apartado 4 del anexo III de la Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor, en el que, para los cinemómetros destinados a medir la velocidad instantánea de circulación de los vehículos a motor desde instalaciones a bordo de vehículos, se establece, para ensayos en carretera (tráfico real) y velocidades superiores a 100 km/h, un error máximo permitido de 7 % arriba o abajo en las verificaciones periódicas. Si aplicamos este porcentaje a la velocidad de 136 km/h a que fue detectado el acusado por el cinemómetro utilizado en el caso que nos ocupa, nos da como resultado que iba a entre 126'48 y 145'52 km/h, de forma que no puede darse por acreditado que circulara a al menos 130 km/h, velocidad a partir de la cual existiría delito si, como se señala en el escrito de acusación, hubiera limitación a 50 km/h.

En definitiva, y por todo lo expuesto, procede dictar sentencia absolutoria, sin perjuicio lógicamente de las sanciones a que pueda hacerse acreedor el acusado en el ámbito administrativo”.

Al mismo final, la absolución, llega igualmente la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Jerez de la Frontera o la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 13 de junio de 2008. Para esta última: “la constatación material de la velocidad excesiva, que es el elemento constitutivo del delito enjuiciado, se lleva a cabo normalmente - salvo supuesto de accidentes donde los agentes profesionales



puedan reconstruir la velocidad antes del impacto por ej. midiendo huellas de frenada - por medio de determinados elementos de precisión denominados cinemómetros, ( en el presente caso se trata de un cinemómetro por Efecto Doppler, según anexo III de la citada Orden ), los cuales, debidamente numerados e individualizados, son sometidos -o deben serlo- a revisiones periódicas que garanticen su adecuado funcionamiento y fiabilidad. Es un hecho reconocido por el legislador, que en la medición existen errores, y de ahí su concreta regulación. Y dado que en el ámbito del derecho Penal, cualquier duda generada ha de ser interpretada a favor del reo, ha de establecerse con generosidad dicha dicho margen de error, y nunca fijarlo, como se hace en la sentencia impugnada con matemática precisión, y menos en aparatos, que según su uso (móvil o fijo) el margen de error oscila entre tres y siete por ciento.

En el presente caso, como se ha dicho, se trata de un cinemómetro marca Multinova modelo 6F-MR, y si bien nada se aportó en el atestado respecto al soporte o instalación, ( según el Anexo I, la instalación de los cinemómetros en un lugar fijo crea incertidumbre relativa del sistema de medida que no debe ser mayor que el más menos 0,5 %, según punto 5 letra i del Anexo III ), en el acto de la vista se aporta por el Ministerio Fiscal, certificado de ensayos de verificación después de reparación o modificación , señalando que es un radar " móvil y estático", lo que determina que la pericial practicada por la parte, y aportada a la vista, y que partió de la consideración del radar como móvil, - al señalarse en la certificación unida al atestado que se encontraba instalado en el bastidor de un vehículo oficial y que había superado el control de verificación periódica -, careciese de efectividad, pues con grave quebranto del principio de defensa, no fue sino hasta el momento de la vista donde los agentes de la Policía Local ( 144 y 240), declaran que : "dicho radar se encontraba instalado en el vehículo oficial y estaba siendo utilizado como estático", " se encontraba en el vehículo oficial estacionado".

Por lo que respecta al nuevo delito de conducción etílica, la *ratio* justificativa de su incorporación al Código penal es reducir el arbitrio judicial en la determinación de lo que sea una conducción "bajo la influencia" de la ingesta de alcohol. Con esta objetivización de las tasas de alcoholemia se quieren erradicar los pronunciamientos judiciales en que se decretaba la absolución de algunos conductores que, habiendo ingerido elevadas cantidades de alcohol, no se había acreditado en el plenario que lo hicieran con sus facultades psicofísicas mermadas (negativamente "influenciado") y, por tanto, que lesionaran el bien jurídico-penal seguridad en el tráfico viario.

Asimismo se simplifica enormemente la labor policial y judicial porque con su introducción se produce la incriminación de la conducción tras el consumo de bebidas alcohólicas cuando arroje el conductor una determinada tasa de alcohol, por lo que ya no será preciso demostrar o acreditar que el sujeto llevaba a cabo la conducción con disminución de sus facultades para el manejo del vehículo; basta con la constatación de que se ha ingerido previamente bebidas alcohólicas y que se conduce alcanzando una tasa objetiva que así lo acredita: tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. A esta *ratio* se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 de mayo de 2008: "La novedad del referido art. 379. 2 del Código Penal radica en su último inciso, en donde se articula un concepto legal de afectación de las facultades por la inmoderada ingesta de alcohol a partir de la superación de una cantidad fijada en la referida norma penal, una tasa de alcohol superior a 0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, equivalente a 1'2 gramos de alcohol por litro de sangre; a partir de esas cantidades, cualquier que sean las circunstancias del caso, se considera esa clase de conducción, "iuris et de iure", especialmente peligrosa, y por ello, delictiva. De esta

manera únicamente deberá acreditarse por parte de la acusación que el sujeto conducía con la referida tasa para estimar consumada la infracción penal; a partir de ella, siempre y en todo caso existe delito, y la tradicional comprobación de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que permanece como actividad delictiva en el artículo 379. 2 primer inciso del Código Penal, para estimar la existencia del delito solo será necesario para tasas inferiores.

Así pues, a tenor de lo establecido en el artículo 379. 2 del Código Penal, redactado conforme a la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007 de 30 Noviembre, en vigor desde el 2-12-07, se recogen dos tipos penales distintos, aunque estrechamente relacionados. El primero se corresponde en términos idénticos al anterior artículo 379, en cuyo caso será importante precisar qué grado de afectación o limitación de las facultades es necesario, no bastando con el mero consumo de alcohol si no incide en la merma de la capacidad para conducir, y en el segundo se estructura un delito de peligro abstracto basado en la conducción con la tasa de alcohol concretamente especificada en la norma.

La expresión "... en todo caso será condenado..." es lo suficientemente explícita de la rotundidad con la que se concibe el nuevo tipo, sin que haya margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que pese a conducir con la tasa señalada en el precepto no se haya originado una situación de peligro porque las condiciones físicas del sujeto no se hayan visto afectadas de modo relevante para la conducción".

Además como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 19 de marzo de 2008. "la tasa de alcoholemia deja de ser un dato probatorio para convertirse en el elemento del tipo y ya no es necesario los signos de embriaguez ni la conducción irregular, lo que es acorde con el hecho de que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 se señale que la reforma sobre los delitos contra la seguridad vial tiene como contenido básico, entre otros, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de niveles de ingesta alcohólica que se han de tener como peligrosos". La Audiencia Provincial de Girona condena con base al nuevo delito ya que la primera prueba arrojó un resultado de 0.80 miligramos de alcohol por litro en aire espirado y la segunda 0.76 miligramos de alcohol por litro en aire espirado.

No ha sido tarea fácil fijar la tasa de alcohol por encima de la cual el hecho de conducir sea delito. Cabe recordar que el Consejo de Europa en su Resolución de 18 de abril de 1973 recomendó a sus Estados miembros la sanción penal de la conducción con tasas superiores a 0,8 gramos de alcohol por 1.000 cc. de sangre. Éste ha sido el modelo asumido por la mayoría de Estados europeos que prevén tipos penales articulados sobre concretas tasas de impregnación alcohólica. A partir de 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre es delito conducir en Austria, en Bélgica y en Italia. En Francia el límite es de 0,80 gramos de alcohol por litro de sangre, al igual que en los Países Bajos; en Alemania y Grecia, el límite se sitúa en 1,1 gramos de alcohol por litro de sangre y en Luxemburgo, Portugal y Reino Unido, el 1,2, la tasa más elevada.

En España, en un principio, la tasa propuesta por la Comisión General de Codificación fue de 1 g. por litro. Pero, finalmente prosperó, por considerarse más adecuada, la tasa de 1,2 gramos por litro, equiparándonos de esta manera a nuestro país vecino, Portugal o al Reino Unido. Dicha tasa de 1,2 gramos parece que responde a la cantidad que aconsejaron los expertos.

Al igual que sucedía con los cinemómetros, los abogados están aprovechando los fallos o errores de los etilómetros para buscar la absolución de su defendido tal y como ha sucedido en la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Pamplona de 11 de febrero de 2008, donde según los hechos probados el acusado conducía el vehículo matrícula....-BXV, por la carretera NA-4000 entre Lesaka y Oyarzun, cuando fue

detenido por agentes de la Guardia Civil que se encontraban realizando un control preventivo de alcoholemia.

Sometido el acusado a la prueba de detección del grado de alcoholemia, ésta arrojó un resultado positivo de 0,63 miligramos por litro de aire espirado en las dos pruebas que se le practicaron. El acusado no realizó ninguna maniobra extraña con su vehículo y su conducción no llamó la atención de los agentes.

El Ministerio Fiscal acusó por el segundo párrafo del artículo 379. La defensa no contradujo ni el hecho de la conducción, ni la previa ingesta de alcohol, ni los resultados del test de alcoholemia. Su línea defensiva se basó en la propia normativa que regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en aire espirado, la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio del 22 de noviembre de 2006 (BOE de 7 de diciembre de ese año).

Para la Audiencia Provincial: “Como acertadamente ha expuesto el letrado de la defensa en su meritorio esfuerzo dialéctico y de aportación de prueba documental, el artículo 15 de la indicada orden se remite al anexo II de la misma respecto a los errores máximos permitidos en la verificación periódica de los etilómetros en servicio que son de 0,030 mg/l para todas las concentraciones menores o iguales a 0,400 mg/l, y del 7,5% del valor verdadero de la concentración para toda concentración mayor de 0,400 mg/l y menor o igual de 1 mg/l.

En el caso que nos ocupa el acusado arrojó una tasa positiva de 0,63 mg/l, por lo que el margen de error máximo de esa cantidad podría ascender hasta un 7,5% de dicha tasa, es decir, hasta 0.047 mg/l de aire espirado.

Por lo tanto, partiendo del hecho de que la detención del acusado fue en un control preventivo de alcoholemia que no fue motivado por un accidente o una maniobra extraña en su conducción (lo que motivaría la posibilidad de condena en atención al 379.2), y que ninguna de las dos tasas de alcohol positivas reflejadas en el relato de hechos probados llega al 0,65 mg/l de aire espirado (lo que también conllevaría la aplicación automática del tipo legal); debemos concluir que la única prueba con la que contamos es el resultado positivo de las pruebas de alcohol en el que la tasa arrojada es de 0,63 mg/l de aire espirado, estando esas 0,03 unidades por las que supera el mínimo previsto para la aplicación automática del tipo penal, dentro del margen de error máximo permitido en los etilómetros en servicio por la normativa vigente antes expuesta”.

Finalmente recordar que una vez más los grandes olvidados en la reforma han sido las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas al no existir consenso sobre los niveles de concentración a partir de los cuales se puede hablar de afectación y por los problemas de su medición.

## **2. El artículo 380: el delito de conducción temeraria**

El legislador de 2007 mantiene inalterada la redacción del apartado primero. La reforma innova el apartado segundo que cambia radicalmente su contenido.

Esta modificación responde a que el viejo apartado segundo, obra de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal fue objeto de numerosas críticas.

Este segundo apartado no sólo es innecesario, confuso y ambiguo sino que además va a plantear problemas prácticos pues al establecer unos determinados límites de velocidad y de alcohol se corre el riesgo de que Jueces y Tribunales entiendan que sólo y exclusivamente pueda ser calificada de temeraria la conducción en la que concurran ambas circunstancias como, por otra parte, ya ha sucedido.

El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Barcelona ha absuelto a un conductor que circulaba a gran velocidad por encima de la acera al interpretar que el Código penal exige para castigar por conducción temeraria el circular sobrepasando la tasa de alcohol y la velocidad máxima permitidas conjuntamente. El Auto dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Barcelona de 13 de enero de 2008 califica como no manifiestamente temeraria la conducción de quien, a gran velocidad, colisiona con dos vehículos y circula por la acera obligando a tres peatones a saltar hacia la calzada para evitar su atropello, argumentando el magistrado su decisión en: “tampoco concurre el supuesto típico del artículo 380 del Código penal, toda vez que para cumplir o ejecutar los elementos típicos de dicho artículo, se requiere “temeridad manifiesta”, concepto éste, que la reforma del Código penal dada por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, normativiza, estableciendo que “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”(no además o en todo caso), es decir, aquella conducción a una velocidad superior a 60 Km/hora a la permitida por vía urbana y además, con una tasa de alcohol en aire expirado superior a 0,60 miligramos por litro, circunstancias éstas, que como se ha examinado en el anterior fundamento no han concurrido en el conductor citado, considerando por lo tanto la conducta descrita como atípica por falta de alguno de sus elementos, siendo procedente, por tanto el sobreseimiento libre de las actuaciones en base al artículo 637.2 Lecrim”.

El Auto no tiene en cuenta que el legislador, en el apartado segundo del artículo 380, no realiza una enumeración taxativa de los supuestos que cabría encuadrar en la conducción temeraria del artículo 380 del Código penal. El apartado segundo no excluye, por tanto, otros supuestos de conducción temeraria pues, sí así fuera, el legislador debería haber suprimido el apartado primero del artículo y lógicamente no lo ha hecho por entender que el apartado segundo del precepto identifica un supuesto concreto encuadrable en la genérica descripción del apartado primero, pero que no la sustituye. La finalidad de este segundo apartado es, más bien, dejar claro que la concurrencia de determinados factores combinados como son la velocidad y el alcohol, deben interpretarse por el juzgador como conducción con temeridad manifiesta.

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2008 estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Barcelona. La Audiencia Provincial, tras señalar que “tal interpretación no puede ser compartida por la Sala, la cual comparte el criterio del Ministerio Fiscal”, añade que “el apartado segundo no contempla, como elementos normativos del tipo básico, las dos circunstancias que recoge. Lo que establece este apartado, es que en todo caso se considerará manifiestamente temeraria la conducción, en la que concurra el exceso de velocidad y la tasa de alcohol, recogidos en el art. 379 del Código penal. Entendiendo la Sala, que también debe concurrir el peligro concreto para la vida o la integridad de las personas”.

### **3. El artículo 381: el delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás**

La reforma incide en el artículo 381 de dos maneras. En primer lugar eleva las penas previstas. Este incremento de las penas tiene su razón de ser o justificación en el hecho de que nos encontramos, en realidad, en presencia de un dolo eventual de homicidio.

La segunda modificación está relacionada con la adjetivación del término “desprecio”. Fue el Proyecto de reforma de 2007 quien se encargó de cambiar la

expresión “consciente” del viejo artículo 384 por el nuevo término “manifiesto” al considerar que el “consciente desprecio” estaba siendo interpretado mayoritariamente como elemento subjetivo de mayor intensidad que la imprudencia. Posteriormente hubo un intento por parte de la Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código penal en materia de seguridad vial de 2007, de volver a los orígenes del viejo artículo 384 retomando el vocablo “consciente” en la redacción del tipo penal, sin embargo, en el dictamen de la Comisión de Justicia sobre dicha Proposición de Ley Orgánica, el Grupo Parlamentario Socialista propuso una enmienda *in voce* al artículo 1.5, en el artículo 381, apartado 1, del Código penal. Dicha enmienda “propone sustituir el término consciente por manifiesto, referido al desprecio por la vida de los demás. Se trata de una mejora técnica legislativa que se adecua más a la doctrina penal, que ya estaba reflejada en el Proyecto de Ley de reforma del Código penal elaborado por el Gobierno y que permitirá, como ustedes, juristas de reconocido prestigio de esta Comisión, entenderán, sancionar conductas de dolo eventual de manera más clara”. Lo que pretende el legislador con el cambio de expresiones es precisamente objetivizar el dolo eventual. También con este cambio terminológico se logra una homogeneización entre los dos preceptos vinculados, 380 y 381 del Código penal, al emplear el mismo adjetivo para calificar la conducción y la actitud del conductor y se acoge asimismo la terminología utilizada en la legislación administrativa, coordinando ambos ordenamientos sancionadores.

Por su parte, el apartado tercero del artículo 381 considera el vehículo a motor como instrumento del delito. En realidad, el legislador lo que ha hecho ha sido trasladar a este apartado tercero el contenido del viejo artículo 385. A este respecto la Fiscalía de Seguridad Vial estudia desde hace unos meses si hay fundamentos legales para pedir que se decomisen los vehículos de los conductores que hayan cometido infracciones relacionadas con la seguridad vial.

#### **4. El artículo 382: la regla concursal**

La reforma de 2007 diseña un régimen penológico que no es el del artículo 8, pero tampoco el del artículo 77 por no permitir la punición alternativa de los delitos por separado. La nueva norma es imprecisa pues dice que “apreciarán sólo”, expresión alusiva al concurso de normas del artículo 8, pero establece un sistema punitivo propio de un concurso ideal cualificado. En efecto, no se remite al artículo 77 sino que impone en todo caso la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

La regla concursal, en cualquier caso, se ajusta a la necesidad de no privilegiar los homicidios y lesiones imprudentes derivados de delitos contra la seguridad vial que ahora cuentan con penas notablemente reforzadas en algunos casos.

#### **5. El artículo 383: el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia**

El legislador ha desvinculado el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del delito de desobediencia grave previsto en el artículo 556 del Código penal. También ha aprovechado la reforma para incorporar al delito, tal y como había solicitado la mayoría de la doctrina, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que será por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

La controversia suscitada en la relación entre el viejo artículo 379 y este delito llevó el 25 de mayo de 2007 a los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia

Provincial de Madrid a adoptar el siguiente acuerdo: “Condena por delito contra la seguridad del tráfico y delito de desobediencia (arts. 379 y 380 del CP) cuando existe negativa a someterse a la prueba de alcoholemia.

Sí son compatibles estos dos delitos y pueden penarse conjuntamente”.

El acuerdo fue adoptado por mayoría: 30 votos a favor y 5 en contra.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007 refleja perfectamente la doble posición jurisprudencial: “En cuanto al delito del artículo 380 la jurisprudencia de Audiencias mayoritaria y los criterios de la Fiscalía consideran el delito en concurso real con el del artículo 379. Para otras Audiencias nos hallamos ante un concurso de normas pues el delito del artículo 380 tiene como finalidad evitar los riesgos del artículo 379 que ya se han producido. La clave está en los bienes jurídicos protegidos”.

Toda esta polémica debe quedar aparcada tras la nueva redacción dada al delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia por la reforma penal de 2007. El legislador de 2007 al suprimir la remisión penológica al delito del artículo 556 ha despejado las dudas que dicha remisión suscitaba acerca de la exigibilidad o no de los requisitos del delito de desobediencia. Se trata de un auténtico cambio cualitativo en la configuración del precepto dándole una mayor vinculación con la seguridad vial como bien jurídico protegido. Además, en la nueva redacción dada al delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, el legislador ha incluido expresamente la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. En la anterior redacción de este delito únicamente se recogía la pena de prisión de seis meses a un año, lo que constituía un obstáculo a la hora de aplicar, acudiendo a la solución que ofrece el concurso de normas, únicamente la pena prevista para el delito descrito en el viejo artículo 380. Todo ello por la imposibilidad de aplicar al sujeto que incurriese en dicha conducta la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Con la nueva redacción dada al delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia por la Ley Orgánica 15/2007, no hay objeción alguna para mantener la solución del concurso de normas en el caso de concurrir el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y así lo ha entendido la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 13 de mayo de 2008 que mantiene que el concurso es de normas tras la eliminación de la referencia al delito de desobediencia.

El mayor problema, sin embargo, que presenta la nueva redacción dada al artículo 383 es si la misma ha extendido su ámbito de aplicación a todos los supuestos del artículo 21 del RGCir y en concreto a los controles preventivos sin signos de embriaguez. Para el Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial, la respuesta debe ser afirmativa ya que lo es para comprobar una determinada tasa de alcohol. Si esta afirmación prosperase además de que sería muy difícil trazar las fronteras entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, nos encontraríamos que ya no sería de aplicación la doctrina anterior manifestada claramente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 1999 y según la cual los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico podían someter a las pruebas de alcoholemia a los conductores en los cuatro supuestos previstos en el artículo 21 del RGCir. Ahora bien, la negativa en el supuesto del apartado a) –conductor implicado en un accidente de circulación como posible responsable- y del apartado b) –conducción con evidentes síntomas de embriaguez- constituye delito mientras que la misma negativa en los casos del apartado c) –denuncia por infracción de tráfico- y d) –control preventivo de alcoholemia-, sólo constituirán delito si se advierten síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

Ahora parece que la simple negativa para comprobar una tasa de alcohol supone ya el cumplimiento del artículo 383 del Código penal aunque se efectúe en un control preventivo.

## **6. El artículo 384: el delito de conducción con permiso retirado o suspendido o sin permiso de conducción**

Este precepto es una de las novedades más significativas de la reforma de 2007 y contempla varios supuestos:

### **6.1. El delito de conducción con permiso o licencia sin vigencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente**

El sujeto que ha perdido todos sus puntos manifiesta una peligrosidad en su conducción que se hace necesario prohibirle bajo amenaza de sanción penal que conduzca en el futuro hasta que obtenga de nuevo la validez de su permiso o licencia por los medios reglamentariamente previstos.

El delito sólo requiere para apreciar su comisión la comprobación de la pérdida de vigencia del permiso o licencia por la causa citada y que ello haya sido debidamente notificado al conductor afectado, pues faltaría el tipo subjetivo si se aplicase el delito con la sola constatación de la pérdida de los puntos del conductor, por ello habrá de acreditarse en el proceso penal que el anterior ha tenido cumplido conocimiento de la resolución administrativa que conlleva la pérdida de los puntos y que no está autorizado por tanto para pilotar un vehículo de motor o ciclomotor.

### **6.2. El delito de conducción siendo titular de permiso o licencia de conducción, pero habiendo sido privado cautelar o definitivamente de los mismos por decisión judicial**

En realidad no se trata de novedad alguna ya que estos hechos se castigaban antes de la reforma conforme al delito de quebrantamiento de condena.

### **6.3. El delito de conducción sin permiso o licencia**

La Ley de 9 de mayo de 1950 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor ya castigaba en su artículo 3.º con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 10.000 pesetas el conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello. La respuesta a las críticas doctrinales y jurisprudenciales vertidas sobre el artículo 340 bis c) del Código penal llegó de la mano de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código penal, que derogó dicha conducta.

En la actualidad, una vez que se ha reintroducido en el Código penal, además de otros problemas, se divisan los siguientes:

Primero: el sujeto que conduce con un permiso caducado. ¿Se debe entender que realiza la conducta típica y por ende es autor de un delito de conducción sin permiso o licencia?

Deben quedar fuera del tipo delictivo los que conducen con el permiso caducado al no encajar en la conducta típica: conducir “sin haber obtenido nunca” el permiso o licencia de conducción. El sujeto que conduce con el permiso o licencia caducado “ha obtenido” el citado permiso o licencia, es titular de una autorización de conducción aunque esté caducada. Si bien es necesario recordar que un permiso caducado no

habilita para conducir y que este hecho supone estar cometiendo una infracción grave, sancionada con multa de hasta 300 euros.

Segundo: otro supuesto que se plantea con frecuencia en España como consecuencia del fenómeno de la inmigración de personas y trabajadores extranjeros es el del sujeto que conduce con un permiso extranjero sin haber procedido al canje del mismo. ¿Se debe entender que realiza la conducta típica y por ende es autor de un delito de conducción sin permiso o licencia?.

Según la literalidad del precepto penal habrá que entender que el sujeto que conduce con un permiso extranjero sin haber procedido al canje del mismo debe quedar excluido del delito, dado que el tipo se refiere al que “sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción” pero no especifica conforme a qué legislación

Tercero: el sujeto que conduce con un permiso de otra categoría. ¿Se debe entender que realiza la conducta típica y por ende es autor de un delito de conducción sin permiso o licencia?.

En este tercer problema se insertan aquellos supuestos de conducción de un vehículo con un permiso de una categoría que no es la adecuada según el tipo de vehículo, esto es, aquellos casos en los que no existe la debida correlación entre la clase de permiso de conducción y la categoría o clase de vehículo conducido

El legislador de 2007 no tuvo en cuenta ni el antecedente legislativo español ni la regulación del derecho comparado, por lo que habrá que entender que los casos de inadecuación del permiso a la categoría del vehículo quedan fuera del tipo penal pues entender lo contrario supone una interpretación extensiva y contraria al principio de legalidad. Castigo en la vía administrativa.

Sin embargo, existe un supuesto más complicado de resolver y que puede dar lugar a discrepancias no ya sólo doctrinales sino también jurisprudenciales. Se trata del sujeto, poseedor de una licencia, que conduce un vehículo para el que es necesario, conforme a la normativa administrativa, el correspondiente permiso como, por ejemplo, el sujeto que teniendo licencia de ciclomotor conduce un camión. En este caso parece que sí debe entenderse incluida esta conducción en el tipo del artículo 384 del Código penal, no sólo por la obvia peligrosidad de la conducta descrita sino porque el tipo penal se refiere al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. Parece, por tanto, que la palabra “permiso” va referida a la expresión vehículo a motor y la palabra “licencia” al vocablo ciclomotor. No obstante, hay que tener en cuenta que existen, asimismo, licencias de conducción para otro tipo de vehículos que no son ciclomotores como son los vehículos especiales agrícolas autopropulsados y los coches de minusválidos, a los que no se refiere el tipo penal y que podrían generar, asimismo, problemas interpretativos. Hay que traer a colación el artículo 8 del Reglamento General de Conductores que dispone: *Para conducir vehículos especiales agrícolas autopropulsados, ciclomotores y coches de minusválidos se exigirá estar en posesión de la correspondiente licencia de conducción, salvo que se posea el permiso a que se refieren los apartados 7, párrafo primero, y 8 del artículo 6 de este Reglamento.*

Lo mismo sucede con los llamados “microcoches” para cuya conducción es precisa una licencia de ciclomotor.

Parece que mientras sigan existiendo ambas clases de autorizaciones: permisos y licencias de conducción, habrá que seguir distinguiendo a efectos penales; esto es, si el sujeto poseedor de una licencia de conducción está habilitado para conducir un ciclomotor y conduce un vehículo a motor para el que se precisa permiso de conducción, habrá que entender que incurre en el tipo penal del delito de conducción sin permiso puesto que “el permiso” no lo ha obtenido nunca y el poseer sólo “la licencia”



no le confiere el derecho a conducir vehículos para los que es necesario poseer el permiso de conducción.

La conducción de un vehículo con un permiso que no habilita para ello es, conforme al artículo 65.5.j) de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, una falta muy grave que, según el artículo 67.2, será sancionada con multa desde 301 hasta 1.500 euros y la imposibilidad de obtener el permiso o licencia durante dos años. Según el Anexo II de la misma Ley, esta infracción lleva consigo la detracción de 4 puntos, por tanto, la comisión de tres infracciones de este tipo llevaría consigo la pérdida de todos los puntos.

En cualquier caso, por tanto, en los supuestos de inadecuación del tipo de permiso el infractor será sancionado en la vía administrativa con una multa y su correspondiente detracción de puntos, por lo que, de persistir en su conducta infractora, llegaría a perder todos los puntos, lo cual acarrearía la pérdida de vigencia del permiso y, a la postre, si continuase conduciendo a pesar de ello, el infractor incurriría en el tipo del artículo 384 párrafo primero.

### **7. El artículo 385: el delito de creación de grave riesgo para la seguridad vial**

Respecto a este delito hay que señalar que la reforma de 2007 se ha limitado únicamente a mejorar la redacción y a incorporar la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena conjunta con la pena de multa.

### **8. Algunos datos judiciales**

#### Diligencias Previas incoadas por delitos contra la seguridad del tráfico:

	2007	2006	2005
Conducción alcohólica/drogas.....	39.798	34.376	30.246
Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.....	1.155	670	954
Conducción temeraria .....	1.329	1.514	1.888
Conducción con desprecio a la vida de los demás .....	138	100	178
Riesgos para la circulación .....	1.506	1.037	1.187
Total Diligencias Previas ....	43.926	37.697	34.453

#### Tres primeros meses de la entrada en vigor de la reforma de 2007

Diligencias Previas Dic 2007 a feb 2008

Artículo 379.1 CP .....	20
Artículo 379.2 CP .....	940
Diligencias urgentes	
Artículo 379.1 CP ....	93
Artículo 379.2 CP .	12.293

Artículo 384 CP (Se incluyen los 3 supuestos comprendidos en el artículo 384 sin diferenciación y durante los 15 primeros días de mayo)

Conformidades	
Madrid.....	36
Barcelona .....	56
Sevilla .....	81
La Coruña .....	53
León .....	12

#### **IV. EL HOMICIDIO IMPRUDENTE COMETIDO CON VEHÍCULO A MOTOR**

##### **1. El riesgo en el tráfico.**

El motor propulsor de la regulación de los delitos contra la seguridad vial lo constituye el riesgo en la circulación. Nadie duda de que el automóvil genera riesgos pero, teniendo en cuenta su indudable utilidad social, dicha actividad es claramente lícita. Estas conductas conocidas como “conductas socialmente adecuadas” vienen a delimitar la impunidad de determinadas acciones u omisiones que por su utilidad y al no tratarse de conductas que lesionan directamente un bien jurídico quedan fuera del ámbito penal. Ahora bien que se admitan determinadas conductas no quiere decir que cuando ponen en peligro bienes jurídicos concretos de una forma específica no se incurra en responsabilidad. El riesgo y la diligencia aparecen en la conducción como los principales elementos para poder fijar la posible responsabilidad penal. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 señala: “la circulación de vehículo de motor constituye siempre un riesgo para la vida y la salud de las personas, pero tal riesgo se encuentra permitido si esta actividad se desarrolla con observancia de las debidas precauciones, reglamentarias y extrareglamentarias. 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 entidad de 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”.

##### **2. Tratamiento de la imprudencia en relación con los delitos contra la seguridad vial.**

El tráfico automovilístico se erige en una de las principales fuentes de peligro para la vida y la integridad física y estadísticamente vienen a constituir un amplio porcentaje del número de infracciones penales apreciadas por nuestros tribunales.

Con carácter general, los delitos imprudentes han ocupado un lugar secundario en el Derecho penal, cediendo su importancia ante los delitos dolosos. Pero, poco a poco debido principalmente a la revolución industrial producida en el siglo XIX comienza un aumento cuantitativo de este tipo de delincuencia y el delito imprudente empieza a estudiarse con la misma intensidad que el delito doloso.

La violencia vial es difícil ser cometida a título de dolo ocasionándose la mayoría de las veces por imprudencia, puesto que el sujeto no quiere realizar el resultado, pero el mismo finalmente se produce por no ejecutar la conducta de acuerdo

con la norma de cuidado. No obstante, no resulta fácilmente comprensible la renuencia mostrada por los Tribunales a apreciar el dolo, siquiera eventual, en los comportamientos más intolerables en el tráfico automovilístico, como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1977, donde sólo apreció imprudencia temeraria en el caso del novio que “para asustar” a la novia dirigió el vehículo que conducía a gran velocidad contra otro que venía de frente, produciendo la muerte del conductor del otro vehículo.

El Código penal vigente reconoce dos formas distintas de imprudencia: la imprudencia grave y la imprudencia leve y realiza una distinción radical entre ambas. La imprudencia grave es siempre constitutiva de delito y no de falta, con excepción de lo dispuesto en el artículo 621.1, relativo a las lesiones. La imprudencia leve queda relegada al Libro III y sólo tiene relevancia con respecto a dos tipos de delitos, el homicidio y las lesiones constitutivas de delito (artículos 621.2 y 621.3). Interesa por ello definir lo que haya de entenderse por imprudencia grave y leve.

En principio parece que, a pesar de la novedad terminológica, esta distinción se corresponde con la tradicional diferenciación legal anterior entre imprudencia temeraria e imprudencia simple. Aunque debido a la falta de criterios claros en el marco de la regulación anterior para la distinción entre imprudencia temeraria y simple la relevancia de esta conclusión es mínima.

Por imprudencia temeraria –y ahora grave- se ha venido entendiendo los supuestos en los que el sujeto omite todas las precauciones o medidas de cuidado más elementales, mientras que la imprudencia simple –y ahora leve- supone una infracción de normas de cuidado no tan elementales o más complejas.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha definido la imprudencia grave como “la ausencia absoluta de cautela causante de un efecto lesivo o dañino fácilmente previsible”, “el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, aquellas que la persona menos cuidadosa hubiera adoptado” o “aquella que se caracteriza por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles”; y en relación con el tráfico rodado, como “la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial” o la “vulneración de las reglas más elementales de cautela o diligencia exigibles en la conducción”. En tanto que en la imprudencia simple se acusa la “omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen el supuesto concreto” o “la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance”.

No le faltaba razón a Jiménez de Asúa cuando afirmaba que “no hay modo de señalar las fronteras de la imprudencia”, “basta pasar la vista sobre la doctrina del Tribunal Supremo para convencerse de lo falaz de toda tentativa de delimitación entre las dos especies de imprudencia”.

Las dificultades para marcar las fronteras entre ambas clases de imprudencia y su configuración por tanto, como delito o falta, aconsejan no dejar en manos de Jueces y Tribunales tan importante cuestión, sobre la que debería pronunciarse el legislador, sin que ello constituyera ninguna novedad ya que si lo hizo su antecesor, bien puede hacerlo el legislador actual.

Con carácter general, el autor que realiza un tipo penal por imprudencia grave no infringe una norma distinta que aquel autor que realiza un tipo penal por imprudencia simple. El que realiza una imprudencia simple infringe la misma norma de cuidado que el que realiza una imprudencia grave. La diferencia estriba en la gravedad o entidad del descuido (de la infracción del deber de cuidado). Es decir, el autor de una imprudencia leve es menos descuidado o más diligente que el autor de una imprudencia grave. Por lo

tanto, lo que se somete a valoración judicial es la entidad del descuido, dependiendo de ello en muchas ocasiones la relevancia penal de una conducta y más si como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de julio de 2002: “Hay que estar a las circunstancias del caso concreto que son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o leve”.

En orden a evitar antinomias en el tratamiento de casos e inseguridad jurídica debería exigirse al legislador un mínimo esfuerzo en el establecimiento de unos criterios legales que delimiten la imprudencia grave de la leve porque existe una gran diferencia de pena entre una y otra modalidad. Así, el homicidio contempla una pena de prisión para el delito imprudente grave que no puede superar los cuatro años y para el imprudente leve una pena de multa de uno a dos meses. ¿Es asumible que una diferenciación tan difusa como la existente entre imprudencia grave y leve determine una diferencia de pena tan grande?.

La falta de delimitación entre ambos tipos de imprudencia lleva a:

Primero: que la mayoría de accidentes de tráfico se califiquen como falta con las importantes consecuencias que ello tiene tanto a nivel procesal y de prescripción como respecto de la pena a imponer. Por ejemplo, el caso de atropello de dos menores en un paso de cebra con resultado de muerte, donde el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Bilbao en sentencia de 2 de abril de 2008 calificó los hechos como dos faltas de imprudencia leve con resultado de muerte en concurso ideal. Fallo que fue revocado por la Audiencia Provincial de Vizcaya en sentencia de 30 de julio de 2008 al condenar por dos delitos de homicidio imprudente en concurso ideal. Para la Audiencia Provincial se trata de una imprudencia grave: “desatención y absoluto desprecio a las circunstancias de la circulación y a las advertencias de peligro que señalizaban el paso de cebra”.

Segundo: Incluso cuando se condena por delito de homicidio por imprudencia grave, se imponen penas inferiores a dos años de prisión, a las que ya se denomina de “no cumplimiento” porque permiten que se suspenda su ejecución.

Tercero: Necesidad de contar con atestados policiales completos que permitan una buena instrucción. Sólo conociendo las circunstancias concretas en las que se produjo el accidente, podremos determinar a qué personas son imputables jurídicopenalmente los hechos, y la gravedad de la norma de cuidado infringida por cada una de ellas. Hay que recordar que la gravedad de la infracción del cuidado es lo que va a determinar que el hecho se califique como delito o falta, con las consecuencias que ello conlleva.

Este fenómeno pone de relieve uno de los problemas más importantes con que se enfrenta una efectiva protección penal de la seguridad en las carreteras: la debilidad de la persecución y de la represión penal llevada a cabo por los Tribunales de Justicia.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2007 vuelve a insistir en el hecho recogido en la Instrucción 3/2006 de la FGE, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor. Se trata del llamado “proceso de privatización de los accidentes de tráfico”, que supone que la mayoría de los accidentes de tráfico en los que se produce la muerte o lesiones de alguna persona son tramitados como juicios de faltas y que exclusivamente cuando se detecta inicialmente un riesgo claramente delictivo, como una especial o flagrante temeridad o la influencia del alcohol en la conducción, se procede a la calificación como delito.

Las causas que conllevarían a esa masiva tramitación de juicios de faltas son:

1. La dificultad de realizar un estudio particularizado de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y que conllevan a la problemática de calificar el grado de imprudencia por parte del sujeto activo.

2. La falta de interés público en estos procesos, que ha conducido a un interés privado centrado en la reparación del daño ocasionado a la víctima y que ha visto en el juicio de faltas una vía suficiente y más ágil para ello.

3. La naturaleza semipública de las faltas.

4. La práctica desaparición del Ministerio Fiscal en el juicio de faltas.

En aras al principio de oportunidad el artículo 621 debería conferir al Ministerio Fiscal facultades en orden a la persecución de la infracción penal, ponderando los intereses en presencia. Además la ausencia de fiscal convierte la infracción en un conflicto entre partes y plantea una cuestión de no poca importancia jurídica, la representación legal de la persona fallecida. Así, a los herederos no se les reconoce, a diferencia del Código anterior, el derecho de denuncia, por lo que para resolver el absurdo legal no quedará otro remedio que entender que actúan como representantes legales de la víctima, a pesar de que el agraviado ha fallecido y que la representación legal de una persona acaba con su muerte. En líneas generales habrá que considerar que están legitimados tanto los perjudicados como los herederos.

### **3. El delito de homicidio imprudente como resultado de la comisión de un delito contra la seguridad vial**

El delito imprudente se define como la conducta humana que, por inobservancia de un deber de cuidado, produce un resultado dañoso previsible en un bien jurídico protegido por la ley.

El homicidio imprudente requiere la producción de muerte de otra persona, igual que en el tipo doloso, y que dicho resultado sea imputable a la acción realizada por el autor y, en concreto, se requiere que una persona que se encuentra al mando de un vehículo o de un ciclomotor cause la muerte de otra persona de forma imprudente y, por tanto, con inobservancia del cuidado objetivo debido conforme a la normativa de seguridad vial y a la propia conducción en general.

No existe una regulación autónoma del homicidio imprudente relacionado con la seguridad vial, sino que el apartado 2 del artículo 142 del Código penal contiene un tipo agravado del homicidio cuando concurre imprudencia grave, y atendiendo a una forma de comisión específica que es la utilización de un vehículo a motor o un ciclomotor. Por tanto, el delito cometido a través de este medio no difiere en sus características generales del tipo básico del apartado primero. La agravación consiste en que además de la pena a imponer, pena privativa de libertad, se impone con carácter obligatorio la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

La estructura dogmática del delito de homicidio por imprudencia grave cometido con vehículo a motor o ciclomotor es la siguiente:

A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acto voluntario de conducir un vehículo a motor con ocasión del cual se incurre en una de las infracciones de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y, de otro, por un resultado que es la muerte de una persona.

B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado de la muerte, que no se prevé y si se prevé no se consiente ni admite, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de las normas que regulan el tráfico viario.

El delito de homicidio imprudente como resultado de la comisión de un delito contra la seguridad vial presenta algunos problemas de no fácil solución como, por ejemplo, la eficacia del comportamiento de la víctima en la calificación jurídica de los hechos.

CORCOY BIDASOLO plantea tres supuestos, que han suscitado gran discusión, relativos a la condena del conductor por lesiones o muerte de los pasajeros:

En primer lugar, cuando los pasajeros consienten activamente, colaborando, aun cuando sea con un apoyo moral o psíquico, o incluso impulsan la conducción imprudente.

Para la autora citada, los pasajeros deberían ser calificados como cómplices, cooperadores o inductores. No obstante, lo cierto es que en la práctica no se castiga nunca a los ocupantes y si uno de ellos muere o resulta lesionado se imputa esa muerte o lesión al conductor. Ejemplo de esa práctica judicial lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2005, en la que se condena al conductor por delito de homicidio doloso al imputarle la muerte del copiloto quien previamente había intervenido activamente (Se trata de un caso de conducción por autopista en sentido contrario poniendo en peligro la vida de otros conductores y causando la muerte del acompañante al colisionar con un camión). En este caso el Tribunal debió optar por la libre absolución del coautor superviviente.

En segundo lugar, los pasajeros se ven inmersos en la conducción imprudente. En este caso al conductor se le puede imputar la muerte o lesiones de los pasajeros y en este sentido se pronuncia, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de noviembre de 2003, que juzga el caso de una conducción a gran velocidad en caso urbano, perdiendo el conductor momentáneamente el control del vehículo pese a los ruegos histéricos de que parara por los ocupantes del vehículo, yendo a chocar violentamente contra un muro de hormigón, causándole lesiones a los dos ocupantes.

En tercer lugar, como situaciones límites, cita CORCOY BIDASOLO:

1.º Los ocupantes consienten pasivamente, en el sentido, de que en ningún momento intentan que el conductor cese en su conducción imprudente. Como señala la autora citada, la pasividad difícilmente puede considerarse una intervención en el hecho jurídico-penalmente relevante y, por consiguiente, al conductor se le puede imputar su muerte o lesiones. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2001, que condena al conductor por delito de homicidio por imprudencia grave, imputándole la muerte del ocupante que iba en la parte trasera del vehículo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso interpuesto y, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 2 de marzo de 2000, que condenó al acusado como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, dicta segunda sentencia en la que condena al acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave, a la pena un año de prisión y privación del permiso de conducir vehículos de motor y ciclomotores por dos años.

2.º En sentido contrario, también existen casos en los que la intervención del pasajero tiene tal entidad que merece la calificación de coautoría. Cuando los ocupantes deciden conjuntamente llevar a efecto la conducción temeraria y apoyan al conductor, aun cuando el apoyo sea verbal, se debería, como opina CORCOY BIDASOLO, condenar a los ocupantes como coautores en el delito cometido por el conductor. Consecuentemente, la muerte o lesión del ocupante-coautor no puede imputarse como homicidio doloso al conductor-coautor. Esta opinión es seguida por algunas sentencias en las que el pasajero ha sido calificado como coautor y en este sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1978, en un caso en el que el conductor conduce desatentamente y el pasajero da un golpe brusco al volante. Sigue esta misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1976, en la que un sujeto deja conducir a otro sin carné, se sienta a su lado y le va introduciendo las marchas.

3.º Autoría accesoria en comisión por omisión: responsabilidad de terceros en posición de garante que no impiden la conducción. En Alemania la jurisprudencia ha llegado a condenar al dueño de un bar por no impedir que un cliente que estaba borracho cogiera el vehículo. Esta situación podría trasladarse a los amigos que permiten que su compañero conduzca estando ebrio.

Otro los problemas que más quebraderos de cabeza ha propiciado está relacionado con la concurrencia de culpas o conductas concurrentes.

La concurrencia de culpas o conductas concurrentes es un fenómeno que se da siempre que, con la indudable culpa del agente, haya coexistido o confluído la del ofendido o la de la víctima, contribuyendo, concausalmente, en mayor o menor medida, a la producción del resultado, esto es, la conducta del ofendido o de la víctima causa junto con la del autor el resultado típico.

Este fenómeno, que aparece tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, responde en éstos últimos a la estructura de imprudencia del autor + autopuesta en peligro imprudente de la víctima. Estas situaciones se caracterizan por reunir los siguientes elementos:

Primero: conducta imprudente de un sujeto no consentida por la víctima.

Segundo: conducta imprudente de la propia víctima, a veces no previsible por el autor.

Tercero: lesión de un bien jurídico de la víctima causada por ambas conductas.

Por tanto, la concurrencia de culpas del autor y la víctima en las infracciones penales por imprudencia se produce cuando ambos, con sus respectivos comportamientos imprudentes, han contribuido causalmente a la producción del resultado.

La cuestión consiste en saber si hay que imputar la lesión del bien jurídico al autor exclusivamente o bien si su responsabilidad puede variar debido a la contribución causal al daño por parte de la víctima. La solución a esta cuestión no siempre ha sido la misma.

A la hora de determinar los efectos de las conductas concurrentes se suele acudir, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, a la denominada “teoría de la incidencia sobre la infracción del deber de cuidado”. La interferencia de la culpa de la víctima al resultado común, puede influir de los siguientes modos, tanto en lo que concierne a la responsabilidad penal, como en lo referente a la responsabilidad civil:

Primero: degradando la intensidad de la culpa en que haya incurrido el agente, y ello, según la mayor o menor incidencia que dicha culpa concurrente haya tenido en la causación del suceso, pudiendo producirse el descenso en uno o dos peldaños en la escala culposa.

Si el resultado es imputable tanto a la conducta del autor como a la de la víctima, de un tercero o bien a otras circunstancias aun cuando *ex ante* la imprudencia del autor pueda calificarse como grave, sólo podrá imputársele una imprudencia leve, puesto que, en cuanto se castiga por un delito consumado, el resultado es imputable sólo en parte a la imprudencia del autor. En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de enero de 2003, en un supuesto en el que el acusado circulaba a velocidad no concretada, pero en todo caso superior a la reglamentariamente permitida de 50 km/h, por la carretera N-340 sentido Málaga, y delante de él lo hacía un ciclomotor, conducido por un menor y llevando como ocupante a Javier. Al llegar a la intersección con el Pso. Marítimo de Levante, tramo recto con perfecta visibilidad, de doble sentido de circulación teniendo un carril para cada uno de ellos, el conductor del ciclomotor, inicia la maniobra de giro a la izquierda para incorporarse a esta última vía, después de señalizarlo con la luz intermitente correspondiente, maniobra que no llega a

consumar al ser colisionado fuertemente por detrás por el turismo conducido por el acusado, el cual habiéndose percatado de la presencia del ciclomotor que circulaba a velocidad más reducida, a su vez había iniciado la maniobra de adelantamiento del mismo sin haberse asegurado de que podía finalizarlo y teniendo posibilidad material de abortar la maniobra. A consecuencia de la colisión, el ocupante del ciclomotor Javier cayó sobre el capó del turismo, que siguió su marcha, golpeando violentamente con su cabeza el parabrisas del mismo y el nervio de su marco, quedando finalmente tendido en el arcén izquierdo de la vía, según el sentido de marcha de ambos vehículos, a más de 20 metros del punto de la colisión, sufriendo un traumatismo craneo-encefálico severo, con fractura parieto temporal izquierda, que le produjo la muerte.

El Juzgado de lo Penal núm. 9 de Málaga, en sentencia de 31 de mayo de 2002, condenaba al acusado como autor de un delito de homicidio por imprudencia grave. La Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Málaga estima parcialmente los recursos presentados y modifica la sentencia de instancia, entre otros, en el siguiente término: absolver al acusado del delito de homicidio por imprudencia grave por el que se le acusaba y condenarlo como autor de una falta de imprudencia simple con resultado de muerte, lesiones y daños. Para la Audiencia Provincial de Málaga procede la degradación de la gravedad de la conducta del conductor del turismo por la maniobra realizada por el ciclomotor.

Sin embargo, se ha procedido, en bastantes ocasiones, a considerar improcedente la concurrencia de culpas o conductas concurrentes, como sucede en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 12 de septiembre de 2007: "Comenzando por la "culpa" de los ciclistas, los factores citados en la sentencia no exculpan al acusado y tampoco sirven para degradar la calificación jurídica de los hechos, reputando falta los hechos enjuiciados (como se hizo en la sentencia de instancia), ya que, si bien es cierto que a partir de 1970 se abrió camino una jurisprudencia de la que serían ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre de 1970, 4 de junio de 1971, 5 de enero de 1973 o 31 de julio de 1982 que defendía que en el caso de concurrencia de culpas del autor y la víctima en las infracciones penales por imprudencia debía rebajarse la responsabilidad del autor cuando las contribuciones causales fueran equiparables, llegándose, incluso, en casos extremos de desigualdad, a eliminar la responsabilidad criminal del imputado, sin embargo, en los últimos años, la Jurisprudencia tiende a regresar a la tesis tradicional de irrelevancia de la imprudencia de la víctima a efectos de fijar la responsabilidad penal del autor del delito, quedando en todo caso una eficacia compensatoria para la determinación de la cuantía de la indemnización civil. Así lo sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002, que aborda este tema en profundidad y en que se afirma que "en estos casos el Derecho Penal, en principio, no tiene en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que mide la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de éste, es decir, por la antijuricidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. Tal concurrencia de comportamientos se ha venido teniendo en cuenta en materia civil para distribuir los daños producidos en proporción a la intensidad de la culpa de cada uno y a la consiguiente contribución causal de ambas al resultado dañoso. Pero no a efectos penales: en lo penal no había tal compensación de culpas.". Recuérdese además, como ya se contestó en el recurso del condenado, que esta actuación del lesionado (y sus acompañantes) podrá tener su repercusión en la pena o en la indemnización". En el mismo sentido y reiterando lo manifestado en la sentencia de Las Palmas, se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Tarragona de 11 de febrero de 2008.

Segundo: moderando el *quantum* de la indemnización, en proporción a la influencia que el comportamiento del ofendido a la víctima hayan tenido en la



efectuación del evento, si bien dicha moderación no puede afectar a aquellos ofendidos o perjudicados, que ni por sí mismos, ni a través de la persona de la que traen causa, hayan influido para nada en el curso causal de los acontecimientos, tratándose, pues, de víctimas inocentes que no tienen por qué sufrir merma de sus derechos indemnizatorios, como secuela de comportamientos antijurídicos imprudentes ajenos.

La anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de enero de 2003, procede a reducir la responsabilidad civil por contribución de la víctima al no llevar el casco reglamentario y considera de aplicación un factor de corrección negativo del -10% sobre la indemnización total concedida.

Tercero: en casos excepcionales, minimizando la culpa del agente que, atrayendo sobre sí el sujeto pasivo toda la responsabilidad de la causación del resultado, exonere de toda responsabilidad al sujeto activo.

Este tercer efecto fue defendido por LUZÓN PEÑA que consideraba que la actuación de la víctima o de un tercero no sólo puede degradar sino también eximir de responsabilidad por delito imprudente al agente y pedía una unificación de las tendencias jurisprudenciales en este sentido.

Ejemplo de este tercer efecto de concurrencia de culpas es la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990, que procede a la absolución del conductor. En este caso, el acusado circulaba con el turismo de su propiedad con la luz de cruce dada, en función de otros vehículos que circulaban en dirección contraria, a velocidad superior a la que permite detener el vehículo dentro de la zona iluminada, y sin la atención debida al campo visual, que se abría delante del vehículo dada la circunstancia de nocturnidad que reinaba en aquellos momentos, no advirtió la presencia en la carretera, caminando en dirección contraria a la del vehículo antes descrito al que se acercaba por su izquierda, del joven de dieciséis años José María M. P., a quien arrolló.

La sentencia de la Audiencia condenó al conductor del vehículo como autor de un delito de imprudencia simple con infracción del reglamento del art. 565 núm. 2 del C. P., con resultado de muerte del art. 407 e infracción de los arts. 17 y 95 núm. 1.º del Código de la Circulación, a la pena de dos meses de arresto mayor y privación del permiso de conducir por un año así como a que abonen, como indemnización de perjuicios, la cantidad de 8.000.000 de pesetas a los padres de José María M. P., el acusado y la Compañía Aseguradora, de modo solidario.

Contra la anterior resolución recurrieron en casación el procesado y la responsable civil directa Compañía Mercantil.

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la Compañía de Seguros y dicta segunda sentencia en la que absuelve al procesado del delito de imprudencia por el que fue condenado, al considerar que: “El procesado, momentos antes de producirse el accidente, se cruzó con dos vehículos o coches a los que rebasó poniendo luz de cruce, y apenas rebasado el último, se apercibió, estando todavía puesta la luz de cruce, de un individuo que con los brazos en alto, se aproximaba por la izquierda, tan cerca del vehículo que conducía, que no pudo hacer ninguna maniobra evasiva, arrollándole con el centro de la parte delantera del coche», hechos éstos que ponen de relieve la concurrencia de un caso fortuito por inexistencia de dolo o culpa, ya que ésta sería de apreciar si marchando el peatón por su mano izquierda, fuera de la calzada o por el margen de ésta en dicho lugar hubiese sido alcanzado por ir el conductor del vehículo a una velocidad superior a la que impone el Código de Circulación como procedente cuando se transita con luz de cruce a fin de poder detener el vehículo al percibir, dentro de la zona iluminada, algún obstáculo para poder detenerlo antes de tropezar con él, pero éste no es el caso, según aparece de lo narrado en la Sentencia recurrida, ya que el suponer que el procesado marchaba a una velocidad superior a la reglamentariamente

señalada y que ésta fue la causa del accidente, es un juicio de valor carente de consistencia a los efectos de servir de fundamento o base de apoyo a una Sentencia condenatoria, en cuanto que al declararse en la propia Sentencia que el peatón se aproximó al vehículo por la izquierda con los brazos en alto y tan cerca del vehículo que hizo imposible toda maniobra evasiva, se está poniendo de relieve que el accidente se produjo por la conducta completamente anormal, antirreglamentaria e imprevisible de la propia víctima, siendo un hecho notorio para cualquier conductor de vehículo de motor, o incluso para quien no lo sea, pero tenga noción del modo normal de suceder las cosas en la circulación viaria, que cuando un peatón se coloca inesperadamente delante de un vehículo, necesariamente se tiene que producir el atropello sea cual fuere la atención del conductor y la velocidad a la que marche el vehículo por él conducido, o la hora del día en el que el suceso ocurra, por todo lo cual procede la estimación de los motivos”.

En definitiva, constituye doctrina científica y jurisprudencial generalmente aceptada la de que, cuando el propio perjudicado contribuye con una conducta negligente a la producción del resultado dañoso acaecido, surge la llamada compensación de culpas; no obstante, si la víctima, en lugar de contribuir meramente a la producción del daño, lo ocasiona ella con carácter exclusivo, la situación se denomina culpa exclusiva de la víctima, y exonera por completo de responsabilidad al demandado.

Cuestión distinta son las reclamaciones judiciales de conductores de vehículos a motor a peatones o a ciclistas, reclamándoles a éstos por los daños causados en sus vehículos a consecuencia de sus imprudencias. Supuestos de los que se han hecho eco los medios de comunicación en los últimos años. Baste traer a colación el caso del conductor que atropelló y mató a un ciclista de 17 años y, tras resultar absuelto, pidió a la familia del fallecido 20.000 euros por los daños sufridos por su coche, un Audi A-8. En las diligencias previas se fundamentó que las actuaciones practicadas acreditaban que el hecho denunciado no revestía carácter de infracción criminal, por lo que un mes después del fallecimiento, la familia del joven recibió la notificación del sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones por vía penal. Tres años y medio más tarde el conductor reclamó a la familia del joven fallecido el pago de los desperfectos producidos en su coche por el atropello (14.000 euros), además de 6.000 euros por el alquiler de otro coche para trabajar. Pocas veces un accidente de tráfico ha levantado tanta indignación social y ha forzado a que el conductor retirase la demanda contra los padres del joven.

En materia de concursos hay que señalar que en el caso de producción de diversos resultados lesivos, es decir, cuando la conducta imprudente produce diversos resultados lesivos será de aplicación el concurso ideal de delitos (art. 77).

Finalmente es necesario traer a colación la posibilidad de fraccionar la pena de privación del permiso de conducir cuando el afectado es un profesional. Esta solicitud que se plantea con cierta frecuencia en las ejecutorias penales debe ser denegada por falta de previsión legal, a diferencia de lo que ocurre con la pena de multa donde sí está prevista su fraccionamiento. Además la ejecución de la pena de privación del permiso de conducir está configurada como de ejecución inmediata.

#### **4. Una reforma anunciada: el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal de 2007**

La falta de homicidio por imprudencia leve sólo ha cosechado, con toda razón, nada más que críticas por parte de la doctrina. Críticas que se pueden resumir en los tres siguientes puntos:

1. Por muy leve que sea la imprudencia, un homicidio nunca debería ser constitutivo de una simple falta, siquiera sea por el respeto que merece la vida humana.
2. La falta de homicidio es un engendro de creación jurisprudencial.
3. La falta como producto de una jurisprudencia inerte y una doctrina científica acrítica.

Pero no solamente la doctrina ha lanzado sus dardos contra este precepto, sino que también desde las Fiscalías se ha criticado tan absurdo precepto y así, en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2005, entre las propuestas realizadas se propone tipificar de nuevo como delito el homicidio y las lesiones muy graves causadas por imprudencia leve antirreglamentaria, para acabar con esa sensación de impunidad.

Ciertamente la consideración como infracción penal leve, por tanto, como falta, de alguna forma de homicidio, es en el fondo una trivialización de un bien jurídico básico e importante como es la vida.

El homicidio por imprudencia leve debería ser, en todo caso, delito. El legislador no puede mantener en el Código penal una modalidad de comportamiento imprudente constitutivo de simple falta, cuando está en juego un bien jurídico tan importante como es la vida. Un paso en este sentido intentó darse en el Proyecto de Código penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, donde el homicidio culposo o imprudente no era constitutivo de falta sino siempre de delito independientemente de si la imprudencia era grave o leve. Al igual sucedía con las lesiones. Así, el artículo 175 del Proyecto de 1980 establecía:

“El que por imprudencia causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio culposo, a la pena de prisión de dos a cuatro años si la imprudencia fuere grave, y de seis meses a dos años o arresto de seis a veinticuatro fines de semana si fuera leve.

Si causare lesiones graves, la pena será de prisión de seis meses a dos años o arresto de doce a veinticuatro fines de semana si fuere leve”.

Y en su artículo 176 decía: “Cuando la muerte o las lesiones graves fueren causadas por impericia o negligencia profesional, o por infracción grave o reiterada de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, los Tribunales impondrán las penas previstas en el artículo anterior para los supuestos de imprudencia grave, sin que puedan bajar de la mitad de su máximo”.

Un nuevo intento de transformar el homicidio por imprudencia leve en delito lo constituye el Proyecto de reforma del Código penal aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2006 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 15 de enero de 2007. Dicho Proyecto introduce una serie de modificaciones en el texto punitivo siendo una de ellas la reforma de los delitos contra la seguridad vial, reforma que afecta no sólo a los delitos comprendidos en el Capítulo IV, “De los delitos contra la seguridad del tráfico”, del Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, del Libro II del Código penal, sino que se hace también extensiva al delito de homicidio imprudente cometido con vehículo a motor o ciclomotor y a otros preceptos del Libro I del Código penal que guardan relación con los delitos de violencia vial.

De este Proyecto se desgajó la reforma referida al Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal, cuya tramitación urgente terminaba con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del día 1 de diciembre de 2007, de 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. La citada Ley deja fuera una de las principales reivindicaciones en materia de seguridad vial, cual es la modificación

del homicidio imprudente, respecto al cual el entonces Ministro de Justicia, López Aguilar, en su comparecencia ante la Comisión no permanente sobre Seguridad Vial y prevención de accidentes de tráfico el día 20 de junio de 2006 ya había anunciado que: “vamos a considerar delictivas las muertes y las lesiones por imprudencia tanto grave como leve. Por tanto, vamos a calificar penalmente la imprudencia de forma rotunda, pues consideramos que la calificación de la imprudencia en juicio plantea enormes dificultades prácticas, máxime cuando en la actual regulación no se garantiza en el cien por cien de los casos la presencia del ministerio fiscal y se tramitan en la actual regulación procedimental a través del procedimiento de enjuiciamiento de faltas y mediante denuncia del agraviado. Calificándolo así penalmente, estaremos haciendo compulsoria la presencia del ministerio fiscal y condicionando el tipo de proceso penal con mayores garantías y por supuesto perseguibles de oficio, que deberá dar cuenta de las imprudencias graves o leves que tienen efecto sobre la inseguridad vial y por tanto redundan en esta mortalidad que está en el sustrato del problema”.

Habrà que esperar al debate y posible aprobación del Proyecto de 2007 para considerar delito todas las causaciones de la muerte de otra persona aunque no sea por imprudencia grave puesto que el citado Proyecto, haciéndose eco de las críticas doctrinales y jurisprudenciales y, con muy buen criterio, deja de mantener en el Código penal una modalidad de comportamiento imprudente constitutiva de simple falta por estar en juego un bien jurídico tan importante como es la vida.

El Proyecto de 2007 procede a dar una nueva redacción al apartado 1 del artículo 142 del Código penal, que queda redactado como sigue:

"El que por imprudencia causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Si la imprudencia fuera grave la pena será de dos a cuatro años de prisión”.

La Exposición de Motivos del Proyecto de reforma del Código penal justifica la modificación del delito de homicidio imprudente y la consiguiente desaparición de la falta de homicidio con los siguientes términos: “En el grupo de delitos contra la vida y en relación con el homicidio culposo calificable como imprudencia grave, cuya trascendencia es tan grande como, por desgracia, su frecuencia, se ha valorado especialmente la extendida impresión social de que se trata de hechos trágicos y evitables pero que para el derecho penal son poco menos que impunes. Ante esa preocupante imagen de total ausencia de fuerza de la conminación penal se ha estimado precisa, por razones de prevención general, la elevación de la pena mínima imponible a los dos años de prisión, con las consecuencias que ello tiene en relación con la suspensión y la sustitución de la pena. Junto a esa importante modificación se sitúa otra que no lo es menos, cual es la de incorporar a la categoría de delito todas las causaciones de la muerte de otra persona aunque no sean por imprudencia grave”.

Es urgente modificar el Código penal en el sentido propuesto por el Proyecto de reforma del Código penal de 2007 e incorporar la conducta imprudente con resultado lesivo para la vida al Libro II del Código penal, suprimiendo la falta de imprudencia. No pueden ganar esta batalla los partidarios de limitar la responsabilidad por imprudencia en virtud de la escasa relevancia de la infracción del deber de cuidado, manteniendo en el Código penal sólo supuestos de imprudencia grave. En la doctrina se propone con cada vez mayor frecuencia no imponer penas a la imprudencia leve, al mero descuido, a las meras reacciones erróneas, e incluso en la doctrina alemana algún autor ha propuesto considerar la conveniencia de reaccionar frente a algunas hipótesis de homicidio imprudente, especialmente en el ámbito del tráfico automovilístico, con una sanción administrativa de carácter pecuniario, renunciando a la criminalización de tales conductas.