

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

I.- SOBRE EL DELITO DEL ARTÍCULO 379.2 DEL CODIGO PENAL.

I.1.- ACCIÓN DE CONDUCIR

La [STS 436/2017, de 15 de junio](#), resuelve la discrepancia del recurrente con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que le condenó por un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 porque, a su juicio, *“no constituiría tal precepto recipiente adecuado para acoger sin distorsiones la conducta descrita en el hecho probado: un desplazamiento del vehículo tan solo unos metros marcha atrás constando un índice de 1,08mg de alcohol por litro de aire espirado. Ese escaso recorrido (dos metros, según se especifica en la fundamentación jurídica recogiendo la hipótesis más favorable y a la vez congruente con el hecho probado que habla de metros, en plural), sería inidóneo para merecer reproche penal, precisamente por su falta de idoneidad para poner en peligro el bien jurídico -seguridad vial- que vertebraba la tipificación penal. Elemento inherente a esa tipicidad sería incorporar una mínima peligrosidad potencial para ese objeto de tutela; peligrosidad ausente en el hecho enjuiciado”*.

Tres aspectos son dignos de reseñar de la presente sentencia. Una reflexión de carácter general, un segundo referido al análisis del artículo 379.2, y, finalmente, el concepto de la acción de *“conducir”* que se recoge en la conducta típica y que sirve de argumento para rechazar el recurso.

La primera es una referencia a unas palabras de la [STC \(Pleno\) 161/1997, de 2 de octubre](#), que el ponente convierte en adecuado prólogo de su razonamiento reivindicando *“la legitimidad de un legislador penal riguroso a la hora de seleccionar las conductas relacionadas con el tráfico vial que han de activar la reacción penal: «la conducción de vehículos a motor es una actividad que puede poner en grave peligro la vida y la integridad física de muchas personas, hasta llegar a convertirse en la actualidad en la primera causa de mortalidad en un segmento de edad de la población española; de ahí que, como sucede con otras muchas actividades potencialmente peligrosas, resulte plenamente justificable que los poderes públicos, que deben velar en primerísimo lugar por la vida de los ciudadanos, supediten el ejercicio de esta actividad al cumplimiento de severos requisitos, sometan a quienes quieran desarrollarla a controles preventivos llevados a cabo por parte de las Administraciones Públicas y se anude a su incumplimiento sanciones acordes con la gravedad de los bienes que se pretende proteger”*.

Este precedente sirve de introducción al análisis del artículo 379 y al desdoblamiento de la conducta que se produjo en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre: *a) De una parte, subsiste la modalidad clásica que ha sido objeto de numerosas acotaciones y acercamientos jurisprudenciales que la conceptúan como un delito de peligro hipotético; peligro abstracto tipificado, según otra terminología. b) A su lado se ha introducido otra descripción típica: conducción por encima de una tasa objetivada. Para algunos es éste un tipo diferenciable; para otros una simple especificación de influencia presumida basada en datos científicos y*

experienciales. Esta figura está más cercana a lo que es un puro delito de peligro abstracto; de peligro legalmente presumido. En esta segunda configuración queda muy diluida, sino lisa y llanamente anulada, la cierta holgura que al aplicador del derecho le proporciona la necesidad de que el alcohol tenga influencia en la acción de conducir, según venía apostillándose con un discurso característico de los delitos de peligro hipotético. Es necesario en el tipo del art. 379.2 inciso inicial que las bebidas alcohólicas ingeridas repercutan en la conducción. Cosa diferente es que a partir de determinadas tasas pueda afirmarse que siempre existirá esa influencia -art. 379.2 inciso final- (es lo que en la jurisprudencia alemana se conoce como incapacidad absoluta para conducir). Aquí partimos de una conducta incluíble en el inciso final del art. 379.2 lo que repercute sin duda, estrechándolo, en el marco de valoración del intérprete de la idoneidad en abstracto de la conducta para afectar al bien jurídico. Mas margen existiría en la primera modalidad" (...) "De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel. Esta segunda conducta es considerada como accesoria de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado ex ante por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad in casu para afectar a la conducción. Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora".

Finalmente, y tras analizar el entorno normativo de la ley de tráfico, circulación de vehículos de motor y seguridad vial en torno a la noción del hecho de la conducción, afirma y concluye diciendo: "que, desde un punto de vista administrativo, «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «conducir», es «guiar un vehículo automóvil» (acepción quinta). Y el Diccionario del Español Jurídico define la conducta «conducir un vehículo a motor o un ciclomotor» como «guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia». Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTs de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico. La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de "conducir", (STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: "conducir: "1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un

sitio". La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora. En este supuesto, además, concurre otro dato especialmente relevante. La idea inicial del autor no era mover ligeramente el vehículo. Había intención de realizar un trayecto más largo, intención que revierte por la presencia policial. Lo destaca también el informe del Ministerio Fiscal. Se puede afirmar con rotundidad que el autor había comenzado a conducir. El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción. La conducta será delictiva si concurren el resto de presupuestos del tipo objetivo: determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas. En el supuesto ahora examinado se produce una conducción con una tasa superior a la objetivada pues se proclama un desplazamiento aunque sea escaso. Además, también es detectable, aunque no sería elemento imprescindible al superarse la tasa objetivada, un peligro hipotético. Este no exige que el riesgo se haya concretado ni que se compruebe a posteriori; sino tan solo que sea imaginable en abstracto en un juicio *ex ante*. En conclusión, el desplazamiento de un vehículo a motor o un ciclomotor en una vía pública bajo los efectos de bebidas alcohólicas integra el verbo típico previsto en el artículo 379 CP, aunque el trayecto recorrido no haya sobrepasado los 2 metros".

I.2 PRINCIPIO ACUSATORIO: PENAS ALTERNATIVAS

La [STS 292/2020, de 10 de junio](#), resuelve un recurso de casación en el que se invocaba el error de la subsunción de la conducta del acusado en la acción típica del artículo 379.2 del código penal, y, por otra parte, un motivo que fue estimado por vulneración del principio acusatorio. Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial habían condenado al recurrente a la pena de multa cuando la pena solicitada por el Ministerio Fiscal había sido la de trabajos en beneficio de la comunidad.

En el primer motivo existía un óbice procesal a que condicionaba la admisión del recurso, pues se aducía que ni el juzgado de instancia ni el tribunal de apelación habían tenido en cuenta en la determinación del grado de impregnación alcohólica el margen de error en el calibrado que impone la orden ITC3707/2006, lo que implicaba no respetar el relato fáctico de la sentencia.

La Sala, salvando esa omisión fáctica, entra a resolver el recurso y lo desestima en su integridad, porque en el relato fáctico, además del resultado de las pruebas (0,66 y 0,62), se recogían otros elementos que acreditaban

precisamente que el conductor conducía bajo la influencia de las bebidas alcohólicas que había ingerido previamente y que influían sobre la forma en la que el acusado circulaba con desplazamientos laterales a izquierda y derecha.

“El art. 379.2 del CP impone al órgano sentenciador que estime, en todo caso, que el conductor de un vehículo de motor no se halla en condiciones de incorporarse a la conducción rodada si supera una tasa de alcohol de 0,60 miligramos por litro de aire expirado o una tasa de alcohol en sangre de 1,2 gramos por litro. Con esta fórmula el legislador está valiéndose del censurado sistema de prueba tasada, en el que el desenlace valorativo de un determinado medio de prueba está ya predefinido. Esa solución, si bien se mira, implica que es el legislador quien define, de forma anticipada y taxativa, cuándo ha de entenderse generado un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. Como tal, no es excepcional en el ámbito del derecho comparado. Algunos Estados próximos geográficamente al nuestro fijan incluso un índice sensiblemente inferior. Pero es incuestionable que, del mismo modo que un coeficiente que desborde esos parámetros determina la condena del acusado, la absolución no es obligada cuando existen otros elementos de juicio que avalan, de modo inequívoco, la conclusión de que el conductor ponía en riesgo la integridad de las personas o de los bienes como consecuencia de su estado de embriaguez” (apartado 2.2 de los fundamentos de derecho).

El segundo motivo del recurso planteaba la interesante cuestión de la relación del principio acusatorio con las penas alternativas que se prevén en este y otros delitos, por lo que la decisión tiene un alcance superior al de la infracción examinada.

A juicio de la Sala Segunda, *“la incorporación a un tipo penal de varias penas enunciadas con carácter alternativo puede suscitar la duda de si el Tribunal es libre para la elección de cualquiera de ellas, con independencia de la que solicite el Ministerio Fiscal. En principio, podría pensarse que el carácter disyuntivo de las penas otorga esa libertad de elección, en la medida en que la respuesta penal asociada por el legislador a una determinada conducta es expresiva de una valoración que ha estar ajustada al principio de proporcionalidad y enlazada con el desvalor de la conducta descrita como antijurídica. Sin embargo, la inicial claridad de esta idea se oscurece cuando en un mismo precepto -el art. 379 del CP es un ejemplo-, se incluyen de forma alternativa las penas de prisión, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Que la pena de prisión es más grave que la de multa y la de trabajos en beneficio de la comunidad resulta bien claro. Y atendiendo al criterio taxonómico que inspira la redacción del art. 33 del CP, la pena de multa es también más grave que la de trabajos en beneficio de la comunidad.*

Cuando el Fiscal en conclusiones provisionales interesa una pena de trabajos en beneficio de la comunidad está optando por un límite penológico que puede condicionar -de hecho, condicionará- la estrategia de la defensa. Esa petición, por ejemplo, puede haber sido determinante del rechazo a la conformidad del acusado. Abrir la posibilidad de que el órgano judicial, de forma sorpresiva, imponga como desenlace del proceso una pena de prisión, carece de justificación desde la perspectiva del derecho de defensa y de la obligada

escisión funcional entre las labores de acusación y defensa que, a su vez, es presupuesto de la imparcialidad del Juez.

La Sala estima que la enumeración que hace el art. 379 del CP de tres penas - prisión, multa y trabajos en beneficio de la comunidad-, enunciadas en términos alternativos, tiene una indudable naturaleza secuencial. Se trata de tres penas fijadas atendiendo a una gravedad descendente. Cuando el Fiscal opta por una u otra de esas opciones está definiendo los términos de la respuesta penal del Estado en el supuesto de que el proceso desemboque en una sentencia condenatoria. La exigida correlación entre la propuesta acusatoria del Fiscal y la sentencia del Juez, en supuestos de esta naturaleza, no puede ser quebrantada con la elección sobrevenida de una pena más grave que el órgano judicial considera.

Cuando así se actúa se vulnera, no sólo el tipo legal que define la pena imponible, sino las exigencias del principio acusatorio, tal y como ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala. Así lo hemos proclamado en el [acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 20 de diciembre de 2006](#): "... el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa". Este acuerdo fue matizado por el de [27 de diciembre \(noviembre\) de 2007](#) (cfr. SSTS 16/2006, 13 de marzo y 11/2008, 11 de enero, entre otras muchas)".

El primero de los mencionados Acuerdos fue desarrollado en la [STS 1319/2007, de 12 de enero](#), en la que se explicaba que su fundamento se encontraba "en la propia estructura del proceso acusatorio, en donde es necesaria la neta separación entre las funciones de acusar y juzgar, de modo que si el Tribunal sentenciador pudiera imponer libremente la pena correspondiente al tipo penal que aplica, sin tener en cuenta las peticiones concretas de las acusaciones, en realidad, se estaría convirtiendo en acusación, con grave quebranto de los principios que alumbran el proceso penal moderno. Es, por otro lado, una consecuencia obligada de la misma aplicación del art. 789.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ..." A ello se añadía que la motivación no puede convalidar la vulneración de tal principio, "...cuando es el propio Tribunal, desbordando el umbral de lo pedido por las acusaciones, quien justifica la razón de tal comportamiento, pues entonces habrá quiebra del principio de defensa, ya que es obvio que las razones eventualmente aducidas por el juzgador no han sido evidentemente discutidas por las partes, ni pueden éstas por consiguiente tener oportunidad de refutarlas. En tal sentido, la oportunidad del debate contradictorio es la esencia del principio, ya que, como dice el Tribunal Constitucional: "lo que resulta esencial al principio acusatorio es que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación" (ad exemplum, STC 278/2000 de 27 de diciembre). De modo que el marco penal que sirve de presupuesto al principio acusatorio no puede consistir solamente en la calificación delictiva, sino en la propia penalidad solicitada, que condiciona las expectativas del derecho de defensa, y los concretos mecanismos que lo relacionan (como la posibilidad de suspensión o sustitución de condena, entre otros). Y desde un plano de legitimación, la postulación procesal y correlativa reacción punitiva, no

corresponde al Tribunal sentenciador, sino a las acusaciones, en el mismo seno del desenvolvimiento del juicio oral ...".

I.3 FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

La [STS 48/2020, de 11 de febrero](#), aborda una interesante cuestión, la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. El Juzgado de lo Penal declaró como probado que el acusado *"encontrándose con unos amigos en las inmediaciones de la calle Sirenas de esta Capital, a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal la motocicleta Torrot Muvi de la empresa de alquiler "Muing", matrícula-CJB , llegando a sacar el vehículo de su estacionamiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local". En esos momentos el acusado se encontraba "bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, presentando claros síntomas de embriaguez, que lo incapacitaban para conducir sin riesgos, tales como la deambulacion inestable y oscilante, el fuerte aliento a alcohol, hablar inadecuado con repetición de frases o ideas, ojos brillantes y pupilas dilatadas; y; tras ser requerido se sometió de forma voluntaria a la prueba de alcoholemia que arrojó un resultado positivo de 0'74 y 0'76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones practicadas"*. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por el condenado. Recurrida en casación la sentencia el Ministerio Fiscal en su informe se mostró partidario de apreciar la tentativa en supuestos rayanos a la consumación. Ciertamente, como recoge posteriormente la sentencia, el relato de hechos probados era en cierta medida contradictorio, porque, aunque hace referencia a cierto desplazamiento (sacarla del establecimiento), tanto el Juez de lo Penal como la Audiencia declaran que no hubo conducción, sino *"intento de conducción y circulación"*.

La sentencia entiende que existía interés casacional en la cuestión planteada porque el Tribunal Supremo no se había pronunciado expresamente al respecto y la jurisprudencia de las Audiencias era contradictoria.

En primer lugar la Sala expone un análisis genérico de la cuestión planteada tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. *"La punibilidad de la tentativa en la comisión de los delitos de peligro en abstracto ha sido históricamente cuestionada por un sector de la doctrina que entendía que, o bien la acción generaba un peligro potencial para el bien jurídico, en cuyo caso el delito estaba consumado, o bien no se llegaba a crear peligro alguno, en cuyo caso se trataba de una actuación impune. Sin embargo, el punto de vista según el cual el fundamento de la punición de la tentativa reside únicamente en la exposición del bien jurídico a un peligro relevante (teorías objetivas) ha sido seriamente cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que admite la punibilidad de las tentativas inidóneas-no supersticiosas (SSTS 4-4- 2007, 7-6-2004, 13-3-2000, 21-6-1999). Tampoco las teorías puramente subjetivas resuelven de forma convincente el problema de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, pues si se "toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil frente al Derecho" no es posible explicar por qué razón las tentativas supersticiosas o irreales no son punibles. En la actualidad, sin ser una cuestión*

pacífica, se viene defendiendo que la fundamentación de la punición de la tentativa debe ser derivada de un criterio mixto. De una parte, se afirma que la tentativa es punible porque quién inicia la ejecución del delito exhibe una voluntad contraria a la norma, pero la punibilidad de esta manifestación de voluntad requiere además que "por su causa pueda ser minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y, con él, la paz jurídica" (teoría de la impresión); y, de otra, se afirma que el fundamento de la punición debe residenciarse también en que la acción del autor ponga de manifiesto una infracción de la norma, si bien debe tratarse de una norma verdaderamente existente (teoría de la desobediencia a la norma). Es decir, lo decisivo es "si el autor obró o no, según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva, un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma". Pues bien, desde cualquiera de estas perspectivas no existe inconveniente alguno para caracterizar como tentativa punible la realización de una conducta que es racionalmente idónea para producir como resultado inmediato la generación de un riesgo potencial abstracto y prohibido, cuando por circunstancias casuales y ajenas al propio autor la creación de ese riesgo no llega a producirse o concretarse. La jurisprudencia ya ha resuelto afirmativamente el problema de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro en abstracto, como muestra el examen de la cuestión con relación a los delitos contra la salud pública (SSTS 5-23-2001, 13-3-2000, 23-7-2010), cuya naturaleza no puede ser puesta en duda".

A continuación la Sala se detiene en el examen de la naturaleza del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y su diferenciación con la infracción administrativa. En este punto recuerda la [STS 419/2017, de 8 de junio](#), en la que se reflejó que el delito del artículo 379.2 es un delito de peligro real (abstracto o genérico), y que no requiere que se concrete en un determinado peligro o en una lesión de bienes jurídicos individuales. Lo que el precepto demanda es la existencia de una acción peligrosa (desvalor de la acción) que posibilite la unión con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalora potencial del resultado). La conducta quedará al margen del derecho penal cuando la posibilidad de afectación del bien jurídico "quede excluida de antemano, al no ser factible, desde una perspectiva ex ante, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole". El bien jurídico protegido con la norma es la seguridad vial "considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar".

En tercer lugar la Sala recoge la doctrina sentada en la STS 436/2017, de 15 de junio, sobre la acción de "conducir" que comporta "un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción". De este pronunciamiento y de sus argumentos la conclusión que extrae la sentencia es que "los intentos de conducción deben ser considerados atípicos".

Además, *“partiendo de que al Derecho Penal solo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, que los delitos de peligro abstracto del art. 379 del CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derechos Penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima..., y que, especialmente el legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, debemos concluir afirmando que en este tipo de delito no cabe la tentativa, sin que las teorías sobre la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales pueda llegar al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un peligro abstracto cuando, como ocurre en el presente caso, la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual, nos encontraríamos, ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, ante un supuesto de una tentativa irreal”*.

“En consecuencia, en el caso analizado, la conducta descrita en el relato fáctico es atípica, sin que quepa una punición del "riesgo del riesgo", entendemos que, supuestos como el analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico "conducir", no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias”.

I.4 SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ARTÍCULO 379 DEL CODIGO PENAL.

La [STS 390/2017, de 26 de abril](#), resuelve el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente a sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la del Juzgado de lo Penal, no efectuó el pronunciamiento solicitado respecto a la responsabilidad civil contra el autor de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del código penal, con una interpretación del artículo 382 que no fue aceptada por el Tribunal Supremo al casar la sentencia de apelación. A juicio del Ministerio Fiscal recurrente, *“la obligación de indemnizar los daños causados, aunque sean atípicos penalmente, derivados de un delito de riesgo abstracto se derivan del art. 109-1º Código penal y 116”*, así como que *“la regla concursal del art. 382 CP que establece que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto, resolviendo el concurso con aplicación exclusiva del delito más gravemente penado, no debe ser interpretado en el sentido negativo de no efectuar pronunciamiento civil cuando el resultado dañoso sea atípico”*. Igualmente invocaba la DA Tercera del código penal de 1995 y la [Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011](#).

En esta sentencia el Pleno Jurisdiccional de la Sala II compartió en su integridad la fundada argumentación del Ministerio Fiscal, materializando *“la función nomofiláctica de esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, dando efectividad a los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica sin los que no es posible un funcionamiento adecuado de la jurisdicción, principios de seguridad e igualdad cuya raíz constitucional es clara,*

estando específicamente consagrados en los arts. 9-3° y 14 de la Constitución”, poniendo “fin a la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales existentes en esta materia, así como de una litigiosidad incentivada por la imposibilidad --hasta ahora-- de una instancia superior que ponga fin a las controversias jurídicas, existentes entre las Audiencias Provinciales sobre cuestiones que nunca llegaban a esta Sala de Casación, lo que generaba desigualdad ante la ley e inseguridad jurídica, y, consecuencia de ello un injustificado incremento de la litigiosidad”.

El Pleno de la Sala Segunda, refleja, en primer lugar, que “el art. 379 Cpenal, define un delito de riesgo abstracto, que se consuma exclusivamente por el peligro corrido, no exigiendo la realidad de daños o lesiones. Las barreras de protección están adelantadas. No obstante, en el caso de que se produzca un resultado dañoso, ya de daños materiales o corporales, el art. 382 Cpenal, cuyo origen se encuentra en el Cpenal de 1973, en concreto en el art. 340 bis c) se establece -- y se establecía-- el principio de absorción y mayor rango punitivo y en consecuencia solo se sancionaba la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso --frase que se mantiene en el actual art. 382 Cpenal-- al pago de la indemnización civil que se hubiera originado. Ello es -y era- obligado por aplicación de la normativa existente en relación a tales pronunciamientos civiles”.

Y, por los argumentos que recoge a renglón seguido concluye afirmando que “salvo que el perjudicado se haya reservado la acción civil para ejercerla en esta jurisdicción --ex art. 109-2, lo que no es el caso de autos--, el ejercicio simultáneo de la acción penal y civil es la norma general de nuestro sistema penal. La exclusión de esta simultaneidad de ejercicio acordada por la autoridad judicial como ha ocurrido en el presente caso, sobre carecer de justificación admisible, provoca una evidente quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida que obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional, es decir, a acudir a la jurisdicción civil para solicitar lo que le negó la penal con los consiguientes perjuicios para las personas concernidas, y para el propio sistema jurisdiccional que se vería también, perjudicado con el incremento de una litigiosidad derivada de las correspondientes demandas de reclamación, cuando podían haberse resuelto en el proceso penal”.

I.5 SOBRE LOS INTERESES DE DEMORA DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATOS DE SEGURO.

La [STS 351/2020, de 25 de junio](#), además de abordar el problema de la participación en delitos imprudentes con precisas referencias jurisprudenciales, fija doctrina al resolver el recurso de la entidad aseguradora sobre el artículo 20.4 de la [Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro](#). La ausencia de precedentes en la Sala Segunda justificó que el asunto fuera llevado al Pleno. Sobre el precepto existían dos posiciones interpretativas expuestas en las sentencias de otras jurisdicciones, lo que se conocía como teoría del tramo único o de los dos tramos de interés:

“a) Aquélla que sostiene que, conforme a los mandatos de esta norma, durante los dos primeros años contados a partir de la fecha del siniestro sólo es aplicable el interés legal del dinero más el 50 por 100, cualquiera que sea el tiempo de

tardanza de la compañía aseguradora en hacer efectivo el pago de su obligación, es decir, aunque este tiempo de tardanza supere con holgura ese plazo de dos años. Por ello, cualquiera que sea la duración de la mora, el interés del 20 por 100 sólo se abona a partir de la fecha en que se cumplieron los dos años desde la producción del siniestro.

b) La postura contraria estima que el tipo del interés legal del dinero más el 50 por 100 sólo es aplicable en los casos en que la compañía de seguros cumple su obligación abonando al interesado o perjudicado la pertinente indemnización, antes de que haya transcurrido el referido plazo de dos años; toda vez que, si este plazo se supera y dicho pago se efectúa después de haber vencido el mismo, la aseguradora estará obligada a satisfacer un interés del 20 por 100 desde la fecha en que tuvo lugar el siniestro”.

La Sala Segunda, teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Civil, secundada también por la de lo Social, acoge la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la [Sentencia 251/2007, de 1 de marzo](#), de la división en dos tramos. *“Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50%. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento. Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que “se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero”.*

II.- INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 379.1 EN RELACION CON EL MARGEN DE ERROR DE LOS CINEMOMETROS

La [STS 184/2018, de 17 de abril](#), resuelve un recurso que planteaba cierta problemática desde el punto de vista de los cauces previstos en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 41/2015. El recurrente combatía la sentencia de la Audiencia Provincial que, revocando la del Juzgado de lo Penal, le condenaba por un delito contra la seguridad vial del artículo 379.1. Los términos de la discrepancia entre ambas sentencias versaban en que el Juez de lo Penal había apreciado un margen de error en el aparato de medición de la velocidad del 7% considerando que éste era móvil, mientras que para la Audiencia el sistema era estático y aplicaba el margen de error del 5%.

Las objeciones procesales que se plantea el Tribunal Supremo consistían en la *“de una parte, porque no puede ser objeto de la casación un planteamiento sobre los medios de prueba, dado los términos de los artículos 847.1 b) y 849 de la Ley procesal penal. De otra, porque nuestro pronunciamiento no puede versar sobre la valoración probatoria que ha de darse a un concreto instrumento probatorio. Además, la unificación que se nos insta no es sobre un elemento de la tipicidad*

sino sobre la conformación del aparato de medida de velocidad, esto es, sobre un instrumento de prueba cuya valoración es competencia del tribunal que lo percibe”.

No obstante, el TS aborda la cuestión en aras a la unificación instada en el recurso, *“para decidir la catalogación del sistema de medición, cinemómetro, y, concretamente, si cuando se coloca sobre un trípode es un instrumento fijo o móvil, a los efectos de determinar el índice de corrección por error, respectivamente del 5% o del 7%”.*

Las Órdenes Ministeriales ([Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre](#), y [Orden ITC/3123/2010, de 26 de noviembre](#)), distinguen entre cinemómetros fijos o móviles, y éstos últimos, entre estáticos o en movimiento. A los fijos les señalan un margen de acción del 5%, y a los móviles, del 7%. Los primeros son los que están instalados en elementos inmuebles con carácter permanente (poste, arco, edificio o pórtico de carretera). A éstos la sentencia equipara también los móviles estáticos, es decir, que no están en movimiento cuando operan y que pueden ir cambiando de posición ubicándolos sobre un trípode o vehículo parado. Por el contrario, son móviles en sentido estricto o dinámico, cuando la medición de la velocidad se realiza desde un vehículo o aeronave que está en movimiento mientras realiza la medición. Consecuentemente, concluye la sentencia, *“si el aparato de medición, cinemómetro es empleado desde una ubicación fija, esto es sin movimiento, ya sea fijo o estático, el margen de error es del 5%”.*

III.- SOBRE EL DELITO DEL ARTÍCULO 383 DEL CODIGO PENAL

III.1 DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

En la [STS 369/2017, de 22 de mayo](#), la Sala Segunda analiza la cuestión relativa a si el delito de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor «sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción» (art. 384, párrafo segundo, inciso último del Código Penal) es un delito de peligro abstracto que se consuma con la mera realización de la conducción referida o, sin embargo, exige que se haya producido un peligro real para el bien jurídico protegido, la seguridad vial.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, con ocasión de la resolución de diversos recursos de revisión, había tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular, determinando que nos hallábamos ante un delito de peligro abstracto. En el mismo sentido se había pronunciado la práctica totalidad de las Audiencias Provinciales, y la Fiscalía General del Estado en la Circular 10/2011.

Esta postura mayoritaria no era la que mantenía la Audiencia Provincial de Toledo que consideraba necesario tanto la conducción sin permiso o licencia, como la generación de un plus de peligrosidad en los términos antes referidos para distinguir el delito de la simple infracción administrativa.

El Tribunal Supremo, después de relacionar las conductas que sanciona el precepto - a) la conducción de un vehículo de motor en los casos de pérdida de vigencia por pérdida total de puntos; b) la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial; c) la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca

permiso o licencia de conducción-, así como la naturaleza de la conducta delictiva catalogándola de “peligro abstracto”, concluye afirmando que este delito *“no requiere, por su naturaleza misma, la creación de un riesgo concreto para la seguridad vial; se comete por el propio riesgo generado para la circulación vial al carecer el acusado de las comprobaciones oportunas de las características físicas y la aptitud mental, así como los conocimientos teórico-prácticos que le habiliten para llevar a cabo tal conducción”*.

“De la lectura de dicho precepto no se desprende exigencia alguna de un peligro concreto para la seguridad vial, sino la realización exclusivamente de la conducción de un vehículo de motor sin la correspondiente habilitación administrativa, por no haberla ostentado nunca quien pilota tal vehículo de motor. El riesgo abstracto para el bien jurídico protegido resulta, por consiguiente, de la conducción sin poseer la habilitación teórica y práctica y sin haberse comprobado las capacidades física y psíquica en el conductor, lo cual incrementa, como es natural, el riesgo para los demás usuarios de la vía, por sí peligrosa y causante de una alta siniestralidad, cuya reducción pretende la norma. No estamos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto meramente formal derivado de una infracción administrativa, sino ante la protección de la seguridad del tráfico vial mediante conductas, como la que es objeto de nuestra atención casacional, que suponen la creación de un riesgo indudable, aunque de características abstractas y no concretas, para la seguridad vial. Se trata de garantizar la aptitud de los conductores para manejar vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible. La Directiva 2006/126/CE exige a las legislaciones de los Estados de la Unión Europea unas mayores comprobaciones y requisitos en las pruebas previas de autorización de la licencia o permiso de conducción, que tienden a disminuir los riesgos de la conducción y sus consecuencias”.

En la misma línea, y aludiendo también a la doctrina mayoritaria de las Audiencia provinciales, se pronunció la [STS 36/2018, de 24 de enero](#), en un supuesto de pérdida de puntos, resaltando que no nos encontramos ante una conducta punible cimentada sobre un injusto formal derivado de una infracción administrativa. *“El delito, consistente en conducir un vehículo de motor en las condiciones indicadas, es un delito de peligro abstracto que no exige la creación de un peligro concreto para la seguridad vial, pues, insistimos, quien ya ha demostrado reiteradamente su peligrosidad conduciendo un vehículo de motor mediante la repetición de infracciones queda inhabilitado para hacerlo, salvo que acredite nuevamente su idoneidad y capacidad de autodisciplina para un pilotaje regular. El legislador adelanta las barreras de protección del bien jurídico seguridad vial de forma legítima y deliberada. Se presume el riesgo al presumirse en el acusado, en virtud de previsiones administrativas fundadas en la reiteración de infracciones, una falta de aptitud deducida normativamente de su habitualidad en el desprecio de normas de tráfico esenciales y propensión arraigada a vulnerar las reglas de la circulación viaria. Solo decae esa presunción -peligrosidad implícita- cuando se recuperan los puntos realizando los oportunos cursos en la forma establecida normativamente”*

III.2 CANJE FRAUDULENTO DEL PERMISO

La [STS 612/2017, de 13 de septiembre](#), también incide y reproduce los mismos argumentos de la anterior sentencia al rechazar uno de los motivos de

impugnación del recurrente. Pero la particularidad de esta sentencia es la solución que da al supuesto en que el recurrente, cuando fue sorprendido conduciendo a pesar de tener cancelado su permiso de conducir español por pérdida de puntos, ostentaba un permiso de conducir portugués que había sido obtenido mediante canje, considerando la Sala que en dicho supuesto se estaba ante un fraude de ley como apreció la Audiencia Provincial al confirmar la sentencia del Juzgado de lo Penal.

El canje del permiso de conducir se regula a nivel europeo por la [Directiva 91/439 del Consejo, de julio de 1991](#), junto a la [Directiva 2006/126/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006](#). A su amparo puede obtenerse el canje del permiso de conducción para aquellas personas que residan más de medio año en otro Estado miembro de la UE, pero lo que no puede conseguirse es contar con dos permisos de conducir, uno caducado por pérdida de puntos, y otro perteneciente a país distinto del que se conduce cuando se es sorprendido sin vigencia por pérdida de puntos. *“Debe recordarse -afirma la sentencia- que lo que se imputa al acusado no es conducir sin permiso, situación en la que la titularidad del permiso portugués haría la conducta atípica, sino que se le acusa de conducir en España cuando media resolución firme de pérdida de vigencia del permiso de conducción, conducta típica que concurre en el caso que nos ocupa”. (...)* *“No puede pretenderse por el hecho de detentar el referido permiso portugués mediante canje, al ser residente en el extranjero, ser de mejor condición que el resto de ciudadanos nacionales que tienen únicamente el permiso de conducir español; si pierde, como perdió, la vigencia del permiso de conducir en España no puede su conducta quedar impune, máxime teniendo en cuenta que el acusado conocía perfectamente cómo funciona el sistema de pérdida de vigencia, al habersele retirado en dos ocasiones anteriores, y en esta tercera sencillamente se adelantó a la resolución de la Jefatura de Tráfico”*.

Un supuesto similar fue abordado por [la STS 385/2019, de 23 de julio](#). Se trataba de un súbdito español que tenía permiso de conducir España, pero que, al pasar a residir posteriormente en Andorra, canjeó aquel permiso por otro andorrano y entregó el primitivo al Ministerio de Administración y Transportes de Andorra. Con posterioridad la Dirección General de Tráfico de España acordó la pérdida de vigencia de aquel permiso por la pérdida de puntos a consecuencia de varias infracciones cometidas en España después de haber realizado el canje, resolución que le fue notificada y, no obstante, poco después fue sorprendido en España conduciendo un vehículo.

A juicio del recurrente los hechos eran atípicos porque con anterioridad había devuelto a las autoridades españolas el primitivo permiso. La Sala desestima el recurso interpuesto invocando, en primer lugar, la soberanía del estado español para la protección del bien jurídico tutelado por las disposiciones que regulan la circulación de vehículos a motor, entre las que el sistema de reserva de puntos se configura como uno de los mecanismos que puede conducir a la revocación de la autorización administrativa para conducir en función de la gravedad o la reiteración de las infracciones. En el ámbito administrativo el artículo 2 del [Real Decreto Legislativo 6/2015](#), de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, dispone la aplicación de los preceptos de la misma en todo el territorio nacional, y el artículo 8 del código civil dispone que *“las leyes penales, las de*

policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

En este sentido la sentencia cita su propia jurisprudencia (STS 612/2017 y 735/2017) y la STJUE de 23 de abril que proclamaba: “El Tribunal de Justicia ya ha declarado que un estado miembro en cuyo territorio se comete una infracción es el único competente para sancionarla, adoptando, en su caso, una medida de retirada del permiso de conducción o de retirada de la autorización para conducir, acompañada o no de un periodo de prohibición de solicitar un nuevo permiso”.

A juicio de la Sala, “el recurso parece confundir el permiso sustantivo (entendido como el consentimiento que presta el Estado a que un determinado individuo pueda realizar una acción de riesgo en nuestro país), con el título con el que se documenta esa permisión. Por más que se autorice administrativamente la conducción a quienes superan unas exigencias expresivas de la capacitación en el manejo de vehículos de motor en vías públicas, entregándoseles un título demostrativo de esa autorización, y por más que en virtud de un principio de confianza internacional se autorice a conducir en España a quienes hayan superado las exigencias fijadas por ciertos países y que lo acrediten con documentos análogos, el sistema de pérdida de vigencia, por pérdida de puntos, supone una revocación individualizada de la autorización para conducir en el territorio de soberanía española; lo que, para los residentes en terceros países, se recoge en el artículo 21.2 del RGC, al indicar que la validez de los permisos emitidos por terceros países, está condicionada a que el permiso de conducción se encuentre en vigor. Pretender que los permisos otorgados por terceros países e inicialmente válidos, conserven una inmutable validez en España mientras no sobrevenga la caducidad que el país de emisión haya querido otorgarle, gozando además de una semi-inmunidad frente al régimen viario y de conducción vigente en España, es una conclusión jurídica carente de todo fundamento. Todo conductor en España queda sometido al sistema de pérdida de puntos respecto de las infracciones perpetradas o que se perpetren en nuestro país”.

Y, aunque Andorra no forme parte de la UE ni del EEE, el régimen aplicable a los conductores que posean un permiso del Principado es el mismo que el previsto para quienes conduzcan al amparo de permisos emitidos por terceros países. Además, concluye la sentencia, específicamente se contempla en el Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra sobre el reconocimiento recíproco y el canje de los permisos de conducción nacionales, hecho en Madrid los días 22 de febrero y 7 de julio de 1999 (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 2000, páginas 8076 a 8077), que en su punto 1 recoge que: “España y Andorra reconocen recíprocamente los permisos de conducción nacionales expedidos por las autoridades de los dos países, siempre que estén en vigor”.

III.3 UNIDAD DE ACCION, DELITO CONTINUADO, CONCURSO REAL DE DELITOS

Otra sentencia relevante y que fija doctrina respecto al delito de conducción sin permiso es la [STS 670/2018, de 19 de diciembre](#). El interés casacional del recurso planteado versaba sobre la aplicación del delito continuado en esta figura delictiva. Interés que fue puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal al evacuar

el trámite de informe en el recurso de casación, aunque no pudiera llegarse a una solución distinta a la que había alcanzado la Audiencia Provincial por haberse aquietado el Ministerio Fiscal con esta resolución. El recurrente había sido condenado por el Juzgado de lo Penal por dos delitos del artículo 384 porque interceptado una vez por agentes de la policía y comprobada la pérdida de la licencia para conducir fue citado para la celebración de juicio rápido. Media hora después el acusado volvió a pasar por el mismo lugar conduciendo el mismo vehículo y nuevamente fue parado por los agentes de la policía. Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia estimó parcialmente el recurso y le condenó como autor de un delito continuado contra la seguridad vial por conducción sin licencia.

La sentencia empieza analizando con citas jurisprudenciales si nos encontramos ante "unidad natural de acción" o ante diversas acciones que merecen una respuesta diferenciada: "En el caso enjuiciado, conducir *un vehículo de motor sin detenerlo, aunque se desarrolle esta acción durante un cierto espacio temporal, no puede ser conceptuado más que como una sola acción a efectos típicos*. Incluso las detenciones ocasionales -semáforos, retenciones, paradas fugaces, etc.- no alterarían este concepto. La acción es única a efectos penales. El núcleo del tipo, como concepto legal que define su acción (el que condujere - art- 384 del Código Penal-), no puede decirse que ha variado: estamos en presencia de una sola acción, incluso aunque se produzcan paradas intermitentes motivadas por el tráfico. Por tratarse de la conducción durante un espacio temporal, no podemos hablar de delito permanente, como categoría de aquella acción u omisión que infringe la norma de forma continua y ataca de igual modo el bien jurídico protegido, sin solución de continuidad y con proyección temporal indefinida, como puede tratarse en ciertos delitos paradigmáticos, como el de tenencia ilícita de armas, de explosivos, o el delito de detención ilegal o el secuestro de personas, o la pertenencia a banda armada. Distinto es el caso de los delitos afectados por los llamados conceptos globales, en donde el tipo penal describe conductas que no pueden ser consideradas aisladas en sí mismo, dada su descripción típica, sino que forman parte de un mismo delito, aunque sean varias las acciones naturales que componen ese concepto global de acción. En esta modalidad se encuentra delitos como el blanqueo de capitales, o el tráfico de drogas, en donde la realización de varias acciones integra un solo delito, siempre, naturalmente, que tales acciones sean consideradas dentro de un componente espacio temporal reducido y alentado, de forma idéntica, por el mismo dolo del autor. Todo ello sin perjuicio de la respuesta punitiva que el Código Penal dispensa para las diversas acciones que están en posición de subordinación de medio a fin, esto es, constitutivas del denominado concurso medial, o de la causación de un hecho único que ocasiona diversos delitos, es decir, del concurso ideal pluriofensivo. Decíamos que cuando se trata de distintas acciones u omisiones que dan lugar a diversos delitos, la solución es aplicar una penalidad en conjunto a través de las reglas del delito continuado, si se cumplen los requisitos que se disciplinan en el art. 74 del Código Penal, o castigar cada uno de esos delitos separadamente, bajo las reglas del concurso real, con la limitación en todo caso del límite penológico establecido en el art. 76 del propio Código".

Ahora bien, y este es el argumento relevante para resolver la cuestión planteada, "para estar en presencia de varias acciones u omisiones que puedan responder

a dichas reglas, se requiere, de todos modos, que el Estado no haya intervenido ejerciendo su "ius puniendi", en cualquiera de sus manifestaciones: bien porque se hayan realizado actos oficiales tendentes al descubrimiento del delito, o bien por el propio enjuiciamiento de los hechos. Desde esta perspectiva, *la acción queda ya finalizada cuando esta fragmentación o ruptura se produce y el autor es objeto de una detención policial, se le dirige una imputación judicial o cuando ya es condenado por hechos de la misma naturaleza típica; del propio modo, cuando transcurra un tiempo significativo entre las acciones*".

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado es evidente, y así concluye la sentencia, que nos encontramos ante dos acciones, puesto que la conducción o la conducta del acusado se interrumpió cuando fue objeto de una detención policial para investigar el delito de conducción sin permiso cometido. Partiendo de esta perspectiva la sentencia entra a analizar si nos encontramos ante un concurso de delitos a resolver por el artículo 73 o ante un delito continuado del artículo 74 del código penal. La Audiencia, considerando el cortísimo lapso temporal "entre ambos episodios punibles", razonó que las infracciones debían pensarse en continuidad delictiva.

Pero como finalmente concluye la STS, *"por nuestra parte entendemos que esta solución puede ser mantenida en esta instancia casacional, habida cuenta de que no podemos resolver peyorativamente este recurso en contra de reo, ante el aquietamiento a esta solución propugnado por el Ministerio Fiscal. El cortísimo espacio temporal entre ambas acciones, apenas media hora, el aprovechamiento de la misma ocasión y el dolo unitario del autor, avala, excepcionalmente, la solución de la Audiencia. En cualquier otra circunstancia, la solución debería ser el concurso real"*.

III.4 SOBRE LOS LUGARES EN LOS QUE PUEDE COMETERSE LA CONDUCTA TÍPICA DEL ARTICULO 384.

Íntimamente relacionada con la acción de conducir que abordó la STS 436/2017, de 15 de junio, antes citada, la [STS 55/2018, de 31 de enero](#), al resolver el recurso del Ministerio Fiscal frente a la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial, que estimó el recurso de apelación interpuesto por el condenado, fija también unos parámetros locativos en los que no se excluye la comisión de la acción típica al tratarse de un delito de peligro abstracto.

El Juzgado de lo Penal había condenado al conductor, policía local que estaba cumpliendo una pena de privación del permiso de conducir que todavía no había extinguido, como autor de un delito del artículo 384 al haber sido visto bajando la rampa de los aparcamientos del garaje de la policía local con una motocicleta de la policía.

La sentencia de la Audiencia absolvió al acusado, entre otras razones, atendiendo a que la conducción se produjo en *"un aparcamiento limitado y restringido porque se encuentra dentro de los límites del recinto de la Comisaría, y es más, con acceso restringido incluso dentro de la propia Comisaría a personas autorizadas"*.

Frente a esta resolución el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación por

infracción de ley poniendo de relieve la naturaleza del delito y la pluridimensionalidad del bien jurídico protegido (seguridad vial y cumplimiento de las sentencias y resoluciones judiciales), y en segundo lugar, respecto al lugar en el que se había cometido el delito, expuso en el recurso que *“apriorísticamente, el parking de la policía local, (...), aún no abierto al público, es un terreno privado que es utilizado por una colectividad indeterminada de usuarios, con barrera de acceso y plazas de garaje, sometida a las normas de circulación de vehículos a motor. (...).”* *“No estamos ante el uso ejercido por el propietario en su terreno privado, sino el uso de terceros de un terreno propiedad del ayuntamiento en el que tiene su sede la policía. Por ello no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.2 e) in fine del Reglamento General de Circulación cuando excepciona que «No serán aplicables los preceptos mencionados a los caminos, terrenos, garajes, cocheras u otros locales de similar naturaleza, construidos dentro de fincas privadas, sustraídos al uso público y destinados al uso exclusivo de los propietarios y sus dependientes»”*.

La Sala, después de citar su propia doctrina sobre la naturaleza del delito del artículo 384, y, en concreto la número 346/2017, de 15 de junio, declaró haber lugar al recurso, casando y anulando la sentencia, y condenando al acusado por el delito de artículo 384.2.

Para la Sala es irrelevante que el *“trayecto recorrido fuera corto y se hiciera en poco tiempo”*, así como que el lugar en el que tuvo lugar la conducción fuera el garaje de las dependencias de la policía local al que solo podían acceder determinadas personas. *“Si a través del tipo penal previsto y penado en el artículo 384 CP, según hemos expuesto, tratamos de proteger la seguridad vial sobre la presunción de que quien ha sido privado de la licencia de conducir carece de aptitud para pilotar un vehículo de motor y por tanto su presencia en las carreteras a los mandos de un vehículo representa un peligro abstracto para la seguridad viaria que el legislador quiere erradicar mediante una norma penal, su aplicación no se puede hacer depender del hecho de que la acción de conducir se realice en un lugar, como el de autos, de uso restringido y al que solo tienen acceso un número determinado de personas autorizadas. También en estos lugares, la acción misma de conducir, careciendo de la habilitación necesaria para ello, supone la creación de ese riesgo abstracto, que no concreto, para la seguridad vial, que no se puede vincular, insistimos, al número de personas o vehículos potencialmente afectados por el mismo. El riesgo abstracto existe en cualquier caso y deriva del mero hecho de la conducción careciendo del permiso o licencia necesario para ello”*.

III.5 LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DEL ARTÍCULO 384

El Pleno de la Sala Segunda en la [STS 314/2021, de 15 de abril](#), resuelve una cuestión sobre la que existía también disparidad de criterios entre las Audiencias Provinciales. El hecho que fue enjuiciado por el Juzgado de lo Penal consistió en la conducta de un padre que permitió a su hijo de ocho años conducir un vehículo dando vueltas por un determinado estacionamiento al tiempo que le grababa desde el exterior del vehículo. El Juzgado de lo Penal condenó al padre como cooperador necesario por un delito del artículo 384.2, condena que fue confirmada por la Audiencia Provincial y frente a la que el padre condenado interpuso recurso de casación.

El Pleno de la Sala segunda desestima el recurso de casación sentando una doctrina que rebasa incluso la del concreto hecho enjuiciado en el que, por la minoría de edad de quien conducía, llega a afirmar que en este caso estaríamos más que ante una forma de cooperación, ante un supuesto de autoría mediata. *“La responsabilidad penal del padre es absoluta, en tanto en cuanto no se trata tan solo de que haya descuidado la vigilancia del menor para que éste no utilice el vehículo, sino que le ha ayudado a ello. El recurrente lleva a cabo una conducta activa de forma mediata a la ejecución del delito como aquí ha ocurrido, no siendo la irresponsabilidad penal del menor por su minoría de edad un salvoconducto o pasaporte para que el padre que ayuda al menor a coger el vehículo de motor y conducir con él sin permiso de conducir quede, luego, exento de responsabilidad penal, cuando la acción llevada a cabo es típica ex art. 384.2 CP y antijurídica por ello”.*

“En términos generales, este tipo de conductas se sancionan por la vía de la cooperación necesaria por la decisiva colaboración que existe en el “tercero” que coadyuva con necesidad en la conducción del autor directo imputable”, pero, en casos como el presente, razona la Sala, podría hablarse de coautoría al poderse apreciar el mutuo acuerdo, el dominio funcional del hecho por parte del padre al poseer las llaves del vehículo y de medios para impedir la acción. Es más, “podrían incluirse aquí los supuestos de la realización de «clases de conducción» privadas, los supuestos de aquel propietario que, para evitar conducir tras ingerir alcohol, permite que conduzca aquél que no posee permiso, etc.”.

IV.- SOBRE EL ARTICULO 383

IV.1 NEGATIVA A LA SEGUNDA PRUEBA

La primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo a través de la nueva vía casacional fue la [STS 210/2017, de 28 de marzo](#). Se sometía a la consideración de la Sala Segunda el alcance del artículo 383 del código penal al considerar el recurrente que *“la negativa a realizar la segunda prueba para la comprobación de la tasa de alcoholemia, no puede ser subsumida en el delito del artículo 383 CP. Habiéndose sometido voluntariamente a una primera medición con etilómetro de precisión -que no de muestreo-, y no discutido ni impugnado el resultado de 1,02 mg/l, que determinó la condena por el delito del art. 379 CP,, resultaría contradictorio condenar además por la negativa del art. 383 CP al no haber realizado todas las pruebas previstas para la fijación de las tasas de alcoholemia”.*

El Tribunal Supremo concluye en la citada sentencia que la negativa a someterse a una segunda prueba de detección de alcohol en el aire expirado constituye en todo caso un comportamiento típico recogido en el artículo 383 del código penal: *“No podemos, sin traicionar la voluntad de la norma, convertir en potestativa una medición que inequívocamente aparece concebida como obligatoria. La comparación con la forma en que se regula la eventual extracción de sangre ofrece una conclusión rotunda. Lo que se quiso dejar sujeto a la voluntad del afectado, se consignó expresamente. El mensaje de la regulación es que el afectado está obligado a someterse a esa segunda medición. La interpretación del art. 383 CP no puede retorcer esa clara conclusión desvirtuando ese mensaje*

y sustituyéndolo por otro que traslade al ciudadano la idea de que esa segunda medición queda a su arbitrio, sin perjuicio de las consecuencias probatorias que puedan derivarse de su negativa. El mensaje no puede ser: la segunda medición no es obligatoria; o bien, solo lo es cuando el afectado no se resigne a la condena por el delito del art. 379 CP. La ley establece cuidadosamente los derechos del sometido a la prueba (análisis de sangre de verificación, necesidad de ser informado, comprobación del transcurso de un tiempo mínimo...). No está entre ellos el no acceder a la segunda espiración”.

Y llega a esta conclusión a través del bien jurídico protegido con el citado precepto: el principio de autoridad. *“Desde una perspectiva de política criminal es innegable su vinculación con la seguridad del tráfico vial. No puede dudarse de que el legislador tenía eso en mente. Pero si descendemos al terreno del derecho positivo y al plano de la estricta dogmática penal, esa conclusión tiene que ser modulada. Se trataría de un objeto de protección mediato; muy mediato. El bien jurídico directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia. De forma indirecta se protege la seguridad vial. El art. 383, por su especificidad, se ha emancipado definitivamente del genérico delito de desobediencia del art. 556, pero no dejar de ser una modalidad singularizada. En todas las infracciones concretas de desobediencia indirectamente se pueden estar violando otros bienes jurídicos. Así si la desobediencia lo es frente a una orden judicial estarán afectado también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; si es ante requerimientos de la Administración encargada de la tutela del medio ambiente también se estará repercutiendo probablemente en éste; y si se produce frente a agentes en el ámbito del tráfico rodado, se ataca a la ordenada circulación vial. Mediante el delito del art. 383 el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la Autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Desde un punto de vista institucional por el efecto general de prevención positiva: conseguir el acatamiento de tales pruebas repercute en conjunto en una mayor seguridad en el tráfico viario. En concreto, también habrá ocasiones en que la realización de la prueba será el medio de conseguir atajar un peligro próximo para la seguridad vial. Pero el contenido sustancial de esta infracción no está principalmente en la tutela del tráfico viario, sino en el principio de autoridad. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia, o por simple enfado generado por la contrariedad de ser requerido para ello por parte de quien se encuentra en óptimas condiciones para conducir por no haber ingerido ni una sola gota de alcohol. Estaremos ante un delito del art. 383”.*

Esta sentencia, dictada por el Pleno de la Sala Segunda, consagró un criterio jurisprudencial avalado por una mayoría de 11 de sus miembros y la disidencia de otros seis plasmada en tres votos particulares. Pero el criterio sustentado se consolidó, por elementales principios de seguridad jurídica, como doctrina de la Sala que ha sido seguida y reiterada en las SSTS 495/2017, de 29 de junio, 531/2017, de 11 de julio, 163/2018, de 6 de abril, y 371/2021, de 4 de mayo.

IV.2 RELACION CONCURSAL ENTRE LOS DELITOS DE LOS ARTICULOS

379.2 Y 383 DEL CODIGO PENAL.

La [STS 419/2017, de 8 de junio](#), resuelve el recurso de casación planteado por infracción de ley invocando la aplicación indebida del artículo 383 del código penal. A juicio del recurrente *“no cabe la condena conjunta por los delitos comprendidos en los arts. 379.2 y 383 CP porque ello conculca el principio del non bis in ídem, ya que ambos delitos tienen el mismo principio jurídico protegido (sic). Dificilmente puede entenderse -argumenta la defensa- que el orden público es el bien protegido en el nuevo artículo 383 del Código Penal incluido en el capítulo dedicado a los delitos contra la seguridad vial, ya que no utiliza la palabra desobediencia e incluye además de la prisión de seis meses a un año como pena específica, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”*, citando al efecto diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales.

El alto Tribunal, después de analizar y rechazar que concurra el principio “non bis in ídem” por la diversidad de las conductas típicas de ambos delitos y el diferente bien jurídico protegido, reitera a estos efectos la doctrina de la STS 210/2017, de 28 de marzo, y concluye afirmando que *“la reforma del C. Penal por LO 15/2007 no ha conllevado una modificación sustancial del anterior art. 380, cuyo supuesto fáctico aparece ahora regulado en el art. 383. Se ha suprimido la referencia explícita al delito de desobediencia, tanto en lo que se refiere al nombre como en lo atinente a la remisión expresa al art. 556 del C. Penal, pero ello no implica que se haya dejado de conceptualizar la conducta contemplada en el nuevo precepto como un delito específico de desobediencia. Tal posibilidad ha de descartarse dado que en la exposición de motivos de la nueva ley se especifica que se suprime el calificativo de delito de desobediencia por considerarlo innecesario, y no por tanto porque haya dejado de ser un delito de esa índole. A mayores, si todo el espíritu de la reforma legislativa va encauzado a un endurecimiento punitivo y a un auténtico refuerzo penal de lo que hasta ahora eran meras infracciones administrativas (como los excesos de velocidad y la mera conducción bajo un índice de alcoholemia determinado), no cabe entender que la negativa a la práctica de la pericia de alcoholemia se haya visto suavizada mediante una redacción que permita excluir el concurso de delitos y dar pie a un concurso de normas”*.

Y, descartando también que se vulnere el principio de proporcionalidad al inclinarse por el concurso real de delitos en lugar de un concurso de normas, que había sido resaltada tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, concluye la sentencia afirmando que *“la suma de ambas penas y su exasperación en una mayor cuantía por un tipo penal que opera como instrumento se ha considerado por importantes sectores como una respuesta desproporcionada del legislador. Sin embargo, partiendo de la premisa incuestionable de lo complejo y difícil que resulta axiológicamente determinar cuál es la pena adecuada o proporcionada para un ilícito penal concreto, todo indica, a tenor de lo que se ha venido argumentando, que el legislador ha considerado en el presente caso que la punición acumulada de ambos tipos penales era necesaria para reforzar con una mayor eficacia la tutela penal de los importantes bienes jurídicos personales que están detrás de los riesgos de la circulación vial, según se acredita mediante las cifras negras que reiteradamente publica la Dirección General de Tráfico. Tanto por razones de prevención general como de aseguramiento probatorio de los*

juicios en que se dirima una condena penal por el art. 379.2 del C. Penal. Fundamentos para ello no se puede negar que existan, por cuanto, al margen de las razones de prevención general, probatoriamente parece importante contar con una prueba relevante para descubrir e investigar los delitos contra la seguridad del tráfico desde el primer momento, en cuanto se trata de una prueba preconstituida al inicio de la investigación que después ya no se puede practicar, quedando así el resultado del proceso al albur de la eficacia de una prueba testifical que siempre podría diluirse en el tiempo, y que en todo caso siempre estaría sustancialmente reforzada con la pericia analítica de la tasa de alcohol que presentaba el acusado en el momento de la ejecución de los hechos. Sin olvidar la imprescindibilidad de la pericia para la condena por el segundo inciso del art. 379.2 del C. Penal . Por lo demás, desde una perspectiva criminológica, no es lo mismo ser condenado por un delito específico contra la seguridad del tráfico como el que se contempla en el art. 379.2 del C. Penal, que por un delito de desobediencia a un agente de la autoridad; pues aunque ambos tutelan el bien jurídico de la seguridad del tráfico, no lo hacen con las mismas connotaciones y el mismo alcance, habida cuenta de la naturaleza cuando menos mixta que presenta desde el perfil del bien jurídico el delito del art. 383 del C. Penal, sin olvidar su tutela más indirecta o mediata de la seguridad vial y de los bienes personales primarios que se protegen a su amparo”.

La [Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011, de 17 de noviembre](#), sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial, haciéndose eco de las diferentes soluciones que había en las sentencias de las Audiencias Provinciales, se inclinaba también por el mismo criterio. *“El delito del art 383 y el del art 379 son de todo punto autónomos entre sí y sus acciones están temporalmente diferenciadas. La absolución por el tipo del art 379 no impedía la condena por el delito del anterior art 380 (estos razonamientos en SSTS 192-2002 y 22-3-2002). En dos casos o supuestos de negativa a las pruebas legales, está dotado de una mayor gravedad de injusto aquél en el que además se ha conducido embriagado. La mayor sanción del art 383 se funda en las nuevas valoraciones del legislador sobre la gravedad del delito. Es preciso resaltar que las penas ahora impuestas son similares a las de las legislaciones de nuestro entorno (entre otros arts 186,187 CP italiano, 234 Code de Route Francés y art 11(2) RTA inglesa), rigiendo en ellas el principio de su compatibilidad con las de la conducción embriagado. La elevación de pena lo es, por tanto, a los solos efectos del art 383, sin que guarde ninguna relación con el régimen de concursos al que no se puede extrapolar. En el concurso real hay mecanismos para encontrar una pena proporcionada a la gravedad de los hechos. Así en el delito del art 383 la apreciación de la atenuante o eximente incompleta de embriaguez, cuando proceda, puede atemperar la pena. La eximente incompleta permite además la aplicación de medidas de seguridad (art. 104) especialmente recomendables para los alcohólicos y bebedores habituales. En el art 379 se cuenta ahora tras la reforma de 2010 con la previsión del art 385 ter”.*

V.- SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 385 TER DEL CODIGO PENAL

La [STS 38/2020, de 6 de febrero](#), resuelve el recurso de casación interpuesto por una persona que había sido condenada en primera y segunda instancia como

autora penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial, en la modalidad de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia que le habilitara para ello del art. 384.2 CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de sesenta días de trabajos en beneficio de la comunidad, en el que invocaba la indebida inaplicación del artículo 385 ter del código penal, a tenor del cual *“en los delitos previstos en los arts. 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho”*. En el recurso se mantiene que la rebaja de pena que contiene el precepto no es aplicable solo a la pena de prisión, sino también a la de trabajos en beneficio de la comunidad a la que había sido condenada invocando sentencias contradictorias de diversas audiencias.

El Tribunal Supremo desestima el recurso no solo por la literalidad del término, que se refiere únicamente a la pena de prisión, sino también atendiendo a criterios lógicos o sistemáticos con referencias a otros preceptos en los que existe una previsión similar, pero sin esa limitación, y a la interpretación teleológica que se desprende de los trámites legislativos que precedieron a la redacción del precepto.

“Tanto la actual redacción el artículo 384 como la introducción del 385 ter tienen origen en la aprobación de dos enmiendas transaccionales del Grupo Parlamentario Socialista a la enmienda 191 de Convergència i Unió. Ambas enmiendas fueron aprobadas por treinta y siete votos a favor y una abstención. La justificación de la enmienda 191 de Convergència i Unió fue la siguiente: “En este tipo delictivo en el que se incurre en el mismo sin que existan víctimas, castigándose las circunstancias objetivas que se dan en la conducción, parece más adecuado prever únicamente, además de la multa y de la privación del derecho a conducir vehículos, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, sin que deban aplicarse penas de prisión”. Finalmente, la enmienda 191 que proponía desterrar la pena de prisión para las conductas descritas en el artículo 379 no fue aceptada. En su lugar se aceptó una enmienda transaccional que proponía modificar los artículos 379 y 384 (en el sentido de que las penas de multa y trabajos en beneficio de la comunidad podrían imponerse alternativamente y no cumulativamente) y añadir un nuevo artículo 385 ter, con la redacción que hoy tienen y que fue la que mantuvieron durante toda la tramitación parlamentaria hasta la aprobación de Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Todo ello, como se expresó en el seno de la Comisión de Justicia, con la finalidad de, sin suprimir la pena de prisión, permitir al Juez la posibilidad de rebajarla en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las circunstancias del hecho, como era el caso de conductas que pese a circular a gran velocidad o sobrepasar el tipo penal de alcoholemia, no habían causado ni accidente ni víctimas”. Así se recoge en el apartado XXV del Preámbulo de la citada Ley Orgánica 5/2010 refiriéndose expresamente a la posibilidad de atenuar la pena de prisión, y no otras penas, prevista en los artículos 379, 383, 384 y 385 del Código Penal: “Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado”.

En definitiva, concluye la sentencia analizada, “desde una interpretación apegada al sentido literal del precepto, así como sistemática y también desde la voluntad legislatoris, es obligado concluir que la cláusula atenuatoria recogida en el artículo 385 ter del Código Penal debe ser aplicada únicamente a la pena de prisión”.

ASOCIACION DE FISCALIA