

ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE TRÁFICO Y SEGURIDAD VIAL*

Carmen Alastuey Dobón
Estrella Escuchuri Aisa
Universidad de Zaragoza

(A nuestros respectivos hijos, Carmen y Darío,
y a los abuelos que los han cuidado
durante la elaboración de este trabajo)

Resumen: Dado que la seguridad vial es objeto de protección tanto por parte del Derecho administrativo sancionador como por parte del Derecho penal, confluyen en la regulación de la materia ambos sectores del ordenamiento jurídico. El objeto del presente trabajo es llevar a cabo una aproximación a la forma en que se han delimitado por la doctrina y la jurisprudencia los ilícitos penales y administrativos en materia de

Recibido: julio 2011. Aceptado: octubre 2011

* Este trabajo se inserta dentro de las líneas de investigación del “Grupo de Estudios Penales”, grupo de investigación consolidado, subvencionado por el Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón, así como por el Fondo Social Europeo, y cuyo responsable es el profesor Dr. D. Miguel Ángel Boldova Pasamar (Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza).

tráfico y seguridad vial, así como exponer ciertas disfunciones que se producen en la práctica cuando confluye la actividad sancionadora de la Administración y la actuación de los órganos jurisdiccionales penales.

Palabras clave: Derecho penal, Derecho administrativo, tráfico, seguridad vial, principio *non bis in idem*.

Abstract: Given that road safety is subject to protection both by sanctioning Administrative Law and by Criminal Law, both legal sectors converge in regulating the matter. The aim of this work is to approach the way in which criminal offenses and administrative infractions have been identified by the doctrine and jurisprudence, in terms of traffic and road safety, as well as exposing certain dysfunctions that occur in practice when the sanctioning activity of the Administration converges with the performance of the criminal courts.

Keywords: Criminal Law, Administrative Law, road traffic, road safety, Ne bis in idem principle.

Sumario: I. Introducción. II. La distinción entre las infracciones penales y las infracciones administrativas. 1. La conducción a velocidad excesiva. 2. La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, o con altas tasas de alcohol. 3. La conducción temeraria. 4. La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas. 5. La conducción en los casos de pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de los puntos o tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso por decisión judicial o sin haber obtenido nunca permiso de conducción. 6. La creación de un grave riesgo para la circulación. III. La concurrencia de la justicia penal con la actividad sancionadora de la Administración. La perspectiva del Tribunal Constitucional.

I. Introducción

La regulación de los ilícitos relacionados con el tráfico y la seguridad vial ha sido objeto de atención y revisión legislativa en los últimos años. En el año 2005 se introdujo el sistema del permiso y licencia de conducción por puntos, asimismo fue elaborado un nuevo Reglamento General de Conductores aprobado

por el Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, y posteriormente a través de la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, se modificó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (en adelante, LTSV). Según el preámbulo de esta última era imprescindible llevar a cabo una reforma integral del procedimiento sancionador, destacando la necesidad de construir un procedimiento especial para el ámbito sancionador del tráfico donde pudieran ser tenidas en cuenta las especialidades que lo distinguen de los demás procedimientos administrativos. En lo que respecta al ámbito penal la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre —que modificó la rúbrica del Capítulo IV del Título XVII del CP sustituyendo la referencia a los delitos contra la seguridad del tráfico por delitos contra la seguridad vial— tuvo como objetivo, según indicaba la propia exposición de motivos, “definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”. Entre las novedades más destacadas podemos mencionar la introducción de nuevas figuras, en particular, las referidas a la conducción a alta velocidad, la conducción con altas tasas de alcohol en sangre y la conducción de un vehículo en los casos de pérdida de vigencia del permiso por pérdida de los puntos asignados legalmente, por privación judicial del permiso o sin haber obtenido nunca el permiso o licencia. A pesar del poco tiempo transcurrido, la seguridad vial vuelve a ocupar la atención legislativa en la última reforma del Código penal efectuada a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Si la tendencia de la reforma de 2007 fue al endurecimiento de la respuesta penal, la reforma del año 2010 viene a matizar el rigor punitivo¹. Aparte de la modificación de la regulación del comiso²,

1 Así, la exposición de motivos de la Ley indica: “En la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídico penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, se ha considerado conveniente reformar los artículos 379 y 384 en un triple sentido. En primer lugar se equipara la pena de prisión prevista

los cambios afectan a las penas previstas para algunas conductas y la introducción de un nuevo precepto, el artículo 385 ter, que prevé la posibilidad de rebajar en un grado la pena de prisión impuesta en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho.

La actual configuración de los delitos contra la seguridad vial, sobre todo a partir de los nuevos tipos penales creados por la Ley Orgánica 15/2007, aparece, en opinión de una buena parte de la doctrina, como ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal, constituyendo esta una de las manifestaciones más evidentes del fenómeno expansivo que se viene apreciando en ese sector del ordenamiento jurídico³.

para ambos delitos, al entender que no existe razón de fondo que justifique la diferencia en la respuesta punitiva. Por otra parte, se elimina la actual disyuntiva entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres tipos de penas como alternativas. De este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales. De otro lado, superando el sistema actual en el que únicamente se prevé para el caso del delito del artículo 381, se introduce un nuevo artículo 385 bis en el que se establece que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128.

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”.

- 2 Véase VIZUETA FERNÁNDEZ, J.: “Delitos contra la seguridad vial. El comiso del vehículo de motor o ciclomotor antes y después de la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-02 (2011), <http://criminnet.ugr.es/recpc>.
- 3 Una exposición de las causas de la expansión del Derecho penal en materia de seguridad vial y un análisis crítico de sus consecuencias puede verse en GARCÍA ALBERO, R.: “La nueva política criminal de la seguridad vial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-11 (2007), <http://criminnet.ugr.es/recpc>, pp. 2 ss.; MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso”, *Indret* 3/2009, pp. 5 ss.; y MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El nuevo delito de conducción sin permiso: ¿delito de peligro o mera desobediencia?”, *Diario La Ley*, n.º 7170, 8 de mayo de 2009, D-165, pp. 1728 s.

Desde la generalizada crítica a la expansión del Derecho penal, la realidad de la inclusión de nuevos tipos penales en los que son sancionadas penalmente conductas constitutivas hasta ahora únicamente de infracciones administrativas ha sido objeto de numerosas críticas. En el ámbito que nos ocupa, estas críticas recaen sobre los nuevos delitos de conducción a velocidad excesiva, o con una elevada tasa de alcohol, así como sobre el delito de conducción sin permiso. Las objeciones se hacen extensivas al delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, vigente ya desde el año 1996. Se argumenta que estamos ante delitos formales o de desobediencia, en los que se prescinde de la peligrosidad real para los bienes jurídicos protegidos (vida o salud de las personas), pues se tipifican comportamientos caracterizados por la mera infracción de estándares de riesgo o destinados a proteger el orden administrativo⁴. Dado que no es objeto de la presente contribución examinar la nueva regulación a la luz de criterios político-criminales, sirvan unas breves reflexiones sobre los citados puntos de vista.

Como dice *Feijoo Sánchez*, si se parte de que existe una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, por entender que cada rama del ordenamiento jurídico cumple sus fines preventivos de forma diversa, la administrativización del Derecho penal debe tratarse como una patología⁵. Al respecto entiende *Silva Sánchez* que mientras al Derecho penal le importa la lesividad del comportamiento individual, lo relevante para el Derecho administrativo es la lesividad global derivada de la repetición y acumulación de

4 TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial. ¿Una reforma de ida y vuelta?*, Valencia, 2011, pp. 31 ss.; MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 13 y nota 42 en la misma página. Afirma este autor que los dos primeros delitos citados en el texto suponen la criminalización de determinados comportamientos a los que se atribuye *ex ante* una peligrosidad estadística, mientras que los segundos responden al aseguramiento de la efectividad de la política vial.

5 FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá, 2007, p. 204.

determinadas conductas. Desde su punto de vista, esta diferencia sustancial entre ambos órdenes jurídicos legitima la sanción en el ámbito administrativo del peligro presunto o estadístico, pero no está justificada la imposición de una pena por una conducta que represente un peligro meramente estadístico, pues ello supone una sanción *ex iniuria tertii*, amén de que este modo de proceder convierte el Derecho penal en “Derecho de gestión ordinaria de grandes problemas sociales”. Por todo ello, la administrativización es considerada *per se* como un fenómeno negativo, pues supone la asunción por parte del Derecho penal de la forma de razonar propia del Derecho administrativo⁶.

Por el contrario, se parte aquí de que la finalidad del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador es en esencia la misma: la protección de bienes jurídicos⁷. Por lo que respecta al Derecho de la circulación, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, es evidente que su razón de ser es prevenir fundamentalmente la lesión de la vida y de la integridad física de los intervinientes en el tráfico viario. Conviene en este punto traer a colación, una vez más, la tantas veces citada frase de *Cerezo Mir*: “desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo”⁸. No es cierto, por ello, que los ilícitos administrativos tengan un carácter meramente formal o de desobediencia o que su cometido se agote en la gestión de problemas sociales. Si los fines del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador fueran distintos, serían —o debería abogarse por que fueran— compartimentos estancos. Entendemos,

6 SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 138-143.

7 Reivindica la idea, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Pamplona, 2008, pp. 59, 71 s.

8 CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción*, 6.ª ed., Madrid, 2004, p. 54.

por el contrario, que dada la ausencia de fronteras nítidas entre ellos carece de sentido determinar *a priori*, y con pretensión de validez permanente, qué conductas pueden ser objeto de sanción penal y cuáles en cambio deben ser acogidas por el Derecho administrativo. Precisamente entre ambos sectores del ordenamiento jurídico ha habido siempre fluidez⁹ y es deseable que así suceda en el futuro: deben convertirse en ilícitos administrativos conductas que ya no hace falta combatir mediante el Derecho penal y, a la inversa, deben trasladarse al Derecho penal las conductas que, por su gravedad y el bien jurídico al que afectan, teniendo en cuenta las características de cada sociedad en cada momento histórico, requieran de la intervención de este sector del ordenamiento jurídico. En consecuencia, allí donde el recurso al Derecho penal se muestre como imprescindible, es decir, si se respetan los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*, el traslado al Derecho penal de conductas constitutivas en momentos anteriores de ilícito administrativo no sólo es legítimo, sino necesario.

En el ámbito de la circulación no se discute que algunas conductas peligrosas para los mencionados bienes jurídicos individuales deban ser objeto de sanción penal. No se ponen en cuestión los delitos de peligro concreto para la vida o integridad física, como el delito de conducción manifiestamente temeraria, ni tampoco el tradicional delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que ha sido interpretado como delito de peligro hipotético o de aptitud para la producción de un daño, en el que se requeriría la peligrosidad *ex ante* de la acción¹⁰. Se rechazan,

9 Sobre ello, con ejemplos, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pp. 73 ss.

10 Entre otros, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Artículo 379”, en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código Penal, Segunda época*, Tomo XI, Madrid, 2008, pp. 566 s., quien deduce la peligrosidad *ex ante* de la acción de una interpretación teleológica del precepto, a partir de la expresión “bajo la influencia”; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I.: *La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, 2.ª ed., Granada, 2006, pp. 15 s.

en cambio, al igual que sucede en relación con otros ámbitos de la criminalidad, los delitos de peligro abstracto puros, esto es, aquellos en los que el tipo describe una conducta generalmente peligrosa para un bien jurídico, sin que sea necesario comprobar la peligrosidad de la conducta en el caso concreto, a los que se acusa de carecer de contenido de injusto material.

Es frecuente que las críticas a esta clase de delitos vayan vinculadas a la opinión, aquí no compartida, de que no es posible otorgar a la seguridad vial —antes seguridad del tráfico— el carácter de bien jurídico, considerándola una mera abstracción conceptual¹¹. A nuestro modo de ver, la seguridad vial es un bien jurídico colectivo que se encuentra fuertemente vinculado a los bienes jurídicos individuales, pues desempeña predominantemente una función de garantía de seguridad de estos, de contención de riesgos, de acuerdo con la tesis de *Gracia Martín*¹², aunque

11 ALCÁCER GUIRAO, R.: “Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria”, *La Ley Penal*, n.º 10, 2004, p. 7, quien considera que la seguridad del tráfico “no es el interés a proteger, sino el contexto social de riesgo donde se realizan este tipo de conductas”; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: *Normativización del derecho penal y realidad social*, ob. cit., pp. 336 s., para quien concebir la seguridad como bien jurídico “encierra los peligros de una insatisfactoria administrativización del injusto penal y dinamita las posibilidades de establecer las necesarias diferencias entre el injusto penal y otros tipos de injusto (... dado que) el Derecho Administrativo también protege las condiciones de seguridad”. Pero la crítica pierde su razón de ser si se parte de que no existen diferencias materiales entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo y, consecuentemente, no se pretende buscar esas supuestas diferencias; ORTS BERENGUER, E./FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Elementos comunes de todos o de algunos de los delitos contra la seguridad vial”, en ORTS BERENGUER (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, pp. 232 s.

12 Como indica GRACIA MARTÍN, L.: “La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 3, 2010, p. 62 s., los bienes jurídicos colectivos desempeñan una doble función: “una negativa (...) de prestación de seguridad y, con ello, de garantía de conservación para los bienes jurídicos individuales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos contienen y neutralizan

ello no le niega su carácter de objeto de protección autónomo¹³. La seguridad vial como bien jurídico se encuentra en relación de medio a fin con los bienes jurídicos individuales. Por ello, la misión de los delitos contra la seguridad vial es otorgar una protección inmediata a las condiciones de desarrollo de los bienes jurídicos individuales, de manera que estos últimos obtienen una protección mediata. Es decir, los tipos serán legítimos en tanto en cuanto tipifiquen un ataque directo a las mencionadas condiciones de seguridad, esto es, al bien jurídico colectivo “seguridad vial”, que resultará lesionado. Estaremos entonces ante delitos de lesión de bienes jurídicos colectivos, si bien la conducta descrita en el tipo implicará un menoscabo, aunque sea mínimo, para bienes jurídicos individuales¹⁴.

El reconocimiento de la seguridad vial como bien jurídico colectivo logra otorgar un contenido de injusto material a los considerados delitos de peligro abstracto puros para bienes jurídicos individuales en la medida en que se tipifiquen conductas que supongan un menoscabo para la seguridad vial. Ahora bien, a la hora de proteger los bienes jurídicos colectivos como el que aquí tratamos, cuya función prioritaria es contener riesgos para otros bienes jurídicos, no resulta adecuado sancionar conductas

riesgos para ellos. Y otra *positiva* (...) de *promoción* y, con ello, de garantía de *desarrollo* y expansión de sus potenciales, en la medida en que la estabilidad y el equilibrio de los substratos colectivos proporciona *a todos por igual* la explotación de las posibilidades de uso y consumo legítimos de los bienes jurídicos individuales complementados”.

- 13 Véase, en general, CORCOY BIDASOLO, M.: *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, p. 207. Consideran que la “seguridad vial” es el objeto de protección en estos delitos, entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, 2.^a ed., Barcelona, 2008, pp. 317 ss.; y GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4.^a ed., Barcelona, 2010, pp. 91 ss.
- 14 Véase GRACIA MARTÍN, L.: “La modernización del Derecho penal...”, *ob. cit.*, pp. 67 s., indicando que la lesión de bienes jurídicos colectivos conlleva *eo ipso* este menoscabo, lo que se deduce de las funciones que desempeñan los bienes jurídicos colectivos respecto a los individuales.

que sólo den lugar a un peligro para el propio bien jurídico colectivo, pues ello supone un adelantamiento excesivo y rechazable de la intervención penal o, dicho de otra manera, el contenido de injusto material de estos delitos no sería suficiente para legitimar la imposición de una pena, y entrarían así en conflicto con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*¹⁵.

Dado que la seguridad vial es y debe seguir siendo objeto de protección tanto por parte del Derecho administrativo sancionador como por parte del Derecho penal, es inevitable que confluyan en la regulación de la materia ambos sectores del ordenamiento jurídico, fenómeno que no es en absoluto exclusivo de este sector y que no produce *per se* efectos perniciosos, sino todo lo contrario¹⁶. Admitido esto, el objeto del presente trabajo es llevar a cabo una aproximación a la forma en que se han delimitado por la doctrina y la jurisprudencia los ilícitos penales y administrativos en materia de tráfico y seguridad vial (II), así como exponer ciertas disfunciones que se producen en la práctica cuando confluye la actividad sancionadora de la Administración y la actuación de los órganos jurisdiccionales penales (III).

II. La distinción entre las infracciones penales y las infracciones administrativas

Si se compara el tenor literal de los preceptos penales en materia de seguridad vial del Capítulo IV, Título XVII del Código

15 Sin entrar aquí en el análisis de los concretos tipos, seguramente ello pueda predicarse de algunos delitos contra la seguridad vial, como el contenido en el art. 384 CP, al que más adelante nos referiremos. Véanse las dudas sobre la legitimidad del precepto que plantea MIRÓ LLINARES, F.: "El 'moderno' Derecho penal vial...", ob. cit., pp. 31 ss.

16 Las situaciones de concurrencia de preceptos se pueden plantear tanto entre normas de un mismo sector del ordenamiento jurídico como entre normas de distintos sectores. Sobre la formación de supuestos de hecho concursales en el ordenamiento jurídico, así como sobre los problemas que suscita el establecimiento de relaciones de exclusión, véase ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, 2004, pp. 5 ss., 34 ss.

penal con las infracciones recogidas en el art. 65 LTSV, apartado 4, donde se describen las infracciones administrativas graves y, sobre todo, apartado 5 del citado artículo, donde se tipifican las infracciones administrativas muy graves, se concluye fácilmente que existen elementos en común, apreciándose incluso en algunos casos un claro solapamiento. Estas coincidencias en la redacción obligan a averiguar en qué radica la diferencia entre el supuesto de hecho —más concretamente, el tipo objetivo— de cada delito y el de su correlativa infracción administrativa.

1. La conducción a velocidad excesiva

La Ley Orgánica 15/2007 introdujo en el art. 379.1 CP el delito de conducción a velocidad excesiva. La conducta típica consiste en conducir un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente. La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado la consecuencia jurídica aplicable, pues ahora la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días se prevé como alternativa —y no como cumulativa— a la pena de prisión de tres a seis meses o a la pena de multa de seis a doce meses. Además de una de esas tres penas, corresponde imponer al sujeto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Puesto que la conducción con exceso de velocidad respecto a la reglamentariamente establecida¹⁷, aisladamente considerada, constituía hasta la entrada en vigor de la reforma de 2007 únicamente una infracción administrativa¹⁸, el legislador se vio obligado

17 Véanse arts. 45 y ss. del Reglamento General de Circulación (RD 1428/2003, de 21 de noviembre) —en adelante, RGC—.

18 Antes de la reforma el exceso de velocidad sólo alcanzaba relevancia penal en el seno de los delitos contra la seguridad del tráfico si concurrían los elementos del tipo de conducción con temeridad manifiesta poniendo en concreto peligro la vida o integridad de las personas (antiguo art. 381), o los

a introducir en el precepto penal unos límites adicionales¹⁹, para hacer factible así la distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. En efecto, la LTSV, en la redacción que le ha dado la Ley 18/2009, establece que la conducción sin respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos representa una infracción administrativa que puede ser grave o muy grave, a no ser que la conducta sea constitutiva de delito —art. 65 apartados 4. a) y 5. a)—. El Anexo IV de la Ley incorpora un cuadro donde a partir de los distintos límites de velocidad se indican qué excesos de velocidad respecto de esos límites constituyen infracción grave y cuáles infracción muy grave. Así, por ejemplo, la superación de un límite de 50 kilómetros por hora se considera infracción grave si el cinemómetro capta una velocidad en la conducción de entre 51 y 100 kilómetros por hora, mientras que a partir de 101 la infracción será muy grave. En el caso de que el límite que se supere sea el de 100 kilómetros por hora, la conducción a una velocidad de entre 101 y 170 kilómetros por hora será constitutiva de infracción grave, y muy grave a partir de 171 kilómetros por hora. Por tanto, si relacionamos esta regulación con el art. 379.1 CP, resulta que en el primer ejemplo la conducta será infracción administrativa muy grave si se conduce entre 101 y 110 kilómetros por hora y delito desde 111 kilómetros por hora. En el segundo ejemplo habrá infracción muy grave si el sujeto conduce entre 171 y 180 kilómetros por hora y delito si lo hace a partir de 181 kilómetros por hora²⁰. Al establecerse esa delimitación cuantitativa²¹ se ha evitado cualquier posible

del delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (antiguo art. 384).

- 19 La elección de estos límites fue objeto de intenso debate durante el proceso de reforma de los delitos contra la seguridad vial. Sobre las sucesivas modificaciones en los límites véase TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 67.
- 20 La cuantía de la sanción administrativa, si se trata de una infracción grave, oscila entre 100 y 500 euros de multa, y la pérdida de puntos entre dos y seis, según cuál sea el exceso de velocidad respecto de la máxima permitida. En la infracción muy grave, la multa es de 600 euros y se pierden 6 puntos.
- 21 Recuerda SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos contra la seguridad vial”, *Revista General de Derecho Penal* 10 (2008), p.

solapamiento entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, con lo que se gana en seguridad jurídica.

Ello no implica, sin embargo, que el precepto deba quedar exento de toda crítica. A este respecto se ha señalado que no debería penalizarse el exceso de velocidad en todo caso, con independencia de que por las circunstancias concurrentes pueda excluirse *ex ante* en el caso concreto la creación de una situación de inseguridad en el tráfico viario²². Igualmente, se han puesto de manifiesto las dificultades de prueba, sobre todo por los problemas de identificación del conductor que se plantean cuando la única prueba existente sea el resultado que arroje el cinemómetro²³, pero también por el margen de error que presentan estos aparatos, lo que con frecuencia dará lugar a absoluciones cuando la velocidad

16, nota 53, que en nuestra legislación penal existen supuestos similares en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.

- 22 La crítica al precepto por la falta de atención a las circunstancias del caso concreto que puedan determinar *ex ante* la ausencia de riesgo alguno está generalizada. Véase, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C.: “Artículo 379”, en ORTS BERENGUER (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, pp. 250 s.; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 53 s.; y GARCÍA ALBERO, R.: “La nueva política criminal...”, ob. cit., pp. 10 y 16, quien indica la posibilidad de que pese a la clarísima voluntad del legislador algunos jueces o tribunales lleven a cabo una interpretación restrictiva del precepto, exigiendo para considerar realizado el tipo algo más que la conducción a velocidad excesiva. Al respecto cabe citar la SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 459/2008, de 13 de junio, en cuya virtud, “en el presente delito, dicho riesgo (para los bienes jurídicos) ha de provenir de la conducción a una velocidad excesiva, teniendo en cuenta las características de la vía y de las circunstancias del tráfico y del propio conductor, datos todos desconocidos. De lo contrario se podrían solapar ambas infracciones (administrativa y penal) con la consiguiente operatividad del principio non bis in idem, y consiguiente perturbación de la verdadera razón de ser del Derecho Penal, pues éste pierde su carácter fragmentario y subsidiario”. Véase también DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., pp. 499 ss.
- 23 Aunque como señala SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., p. 17, este problema se plantea también en otros delitos contra la seguridad vial.

de conducción se encuentre en el límite entre la infracción penal y la administrativa, como ya ha sucedido en la práctica²⁴.

2. La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, o con altas tasas de alcohol

La reforma de 2007 mantiene en el actual art. 379.2 CP el tradicional delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, para el que se prevén las mismas penas indicadas en el art. 379.1 y añade un último inciso, en virtud del cual “en todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

Por su parte, el art. 65.5 c) LTSV considera infracción muy grave la conducción por las vías objeto de la Ley “habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan, y en todo caso, la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos”. En cuanto al consumo de alcohol, el art. 20 RGC dispone que los conductores no

24 Véase la SAP de Navarra n.º 102/2009, de 20 de mayo, donde se absuelve a quien fue condenado en primera instancia por existir dudas sobre que fuese él quien conducía el vehículo. Por su parte, en la SAP de Tarragona n.º 486/2008, de 3 de diciembre se declara absuelto al acusado porque teniendo en cuenta los márgenes de error del radar no podía precisarse si la velocidad a la que conducía permitía la aplicación del tipo penal. Por la misma razón es absolutoria la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid n.º 568/2008, de 9 de diciembre. Sobre el problema, SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., pp. 15 s. Véase además, sobre los problemas prácticos que plantea la aplicación del precepto, MORENO ALCÁZAR, M. A.: “La criminalización de las conducciones temerarias en el marco de la nueva reforma penal en materia de seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ/MERA REDONDO (Coord.): *Seguridad vial (especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Valencia, 2008, pp. 265 ss.

pueden circular, como regla general, con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro. Las tasas son más bajas (0,3 y 0,15, respectivamente) si quienes las superan conducen los vehículos que se determinan en el párrafo segundo del precepto²⁵ o en caso de titulares del permiso de conducción con menos de dos años de antigüedad. En cuanto al consumo de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, establece el art. 27 del mencionado Reglamento que no podrán circular por las vías objeto de la legislación en la materia los conductores que los hayan ingerido o incorporado a su organismo, incluyendo los medicamentos u otras sustancias bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular sin peligro. La infracción administrativa lleva aparejada una sanción de 500 euros de multa (art. 67 LTSV), a lo que se suma la correspondiente detracción de puntos en el permiso o licencia de conducción²⁶.

Por tanto, en lo referente a la conducción habiendo ingerido alcohol, drogas tóxicas o sustancias susceptibles de producir efectos similares, el ordenamiento jurídico establece tres infracciones, pues, además de la infracción administrativa, en el ámbito del Derecho penal nos encontramos con dos tipos distintos: por un lado, el que se realiza mediante la conducción superando las referidas tasas de alcohol de 0,60 miligramos por litro en aire o 1,2 gramos por litro en sangre, sin que se requiera ningún elemento

25 A saber, vehículos destinados al transporte de mercancías con una tasa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales.

26 Según el Anexo II de la LTSV, si se conduce con una tasa de alcohol superior a la reglamentariamente establecida, se pierden 6 puntos en caso de superarse la tasa de 0,5 miligramos por litro de aire espirado (o la de 0,3 en caso de profesionales o conductores noveles) y 4 puntos si la tasa es superior a 0,25 y hasta 0,5 (o superior a 0,15 y hasta 0,30 para los profesionales o conductores noveles). La conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias de efectos análogos determina la pérdida de 6 puntos.

típico más y, por otro lado, el que exige la prueba de la ingesta de alcohol o drogas y, además, de su influencia en la conducción²⁷.

Cuando se trata de delimitar las infracciones penales de la infracción administrativa es necesario distinguir los supuestos de ingesta de alcohol (*a.*) de los casos en que el conductor ha ingerido otras sustancias (*b.*), pues los dos sectores del ordenamiento jurídico tratan ambos supuestos de forma diferente²⁸.

a. Por lo que respecta al consumo de alcohol, la infracción administrativa consiste en conducir habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las establecidas en el art. 20 RGC, de manera que basta con constatar que el conductor supera esas tasas de alcohol en sangre o en aire espirado para que proceda imponer la correspondiente sanción administrativa, sin que se requiera ninguna otra comprobación adicional²⁹. A estos efectos

27 GALLEGO SOLER, J.-I.: “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, p. 170. Véase también, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en VIDALES RODRÍGUEZ/MERA REDONDO (Coord.): *Seguridad vial (especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*, Valencia, 2008, pp. 208 s. Véase también, refiriéndose a que se recogen en el art. 379.2 dos delitos diferentes, GÓMEZ PAVÓN, P.: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, ob. cit., pp. 19 ss.

28 Como no podía ser de otra manera, tanto en uno como en otro caso existen elementos compartidos por ambos ilícitos. Así, coincide el sujeto (el conductor), la actividad (la conducción) y el lugar (vías objeto de la LTSV). No coincide plenamente, en cambio, el objeto, pues en el ámbito penal ha de tratarse de vehículos a motor o ciclomotores, mientras que la infracción administrativa abarca asimismo a las bicicletas, según lo dispuesto en el art. 12 LTSV y en los arts. 20 y 27 RGC. El Anexo II de la LTSV se encarga de precisar qué ha de entenderse por estos conceptos. Sobre los puntos de conexión entre ambos sectores del ordenamiento jurídico por lo que respecta al alcohol y la conducción, véase FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Alcohol y conducción: habitando la difusa frontera entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2035, 2007, pp. 1577-1579.

29 Así lo indica la STC n.º 2/2003, de 16 de enero.

resulta imprescindible la realización de la prueba de detección alcohólica practicada en la forma que determinan los arts. 22 y 23 RGC. Ya en el ámbito del Derecho penal, encontramos ahora dos delitos cuyos elementos típicos sirven de base para establecer la necesaria distinción entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, y que procede analizar separadamente.

El art. 379.2, inciso primero, al igual que establecía el art. 379 en su versión anterior a la reforma de 2007, exige que el sujeto conduzca “bajo la influencia de (...) bebidas alcohólicas”. Dado que esta exigencia no está incorporada a la infracción administrativa, la influencia del alcohol en la conducción se configura como elemento nuclear y definitorio del delito, que permite distinguirlo de aquella³⁰. Coherentemente, si se practica el test de alcoholemia y el resultado es que el sujeto supera las tasas establecidas en la legislación administrativa, ello no acredita sin más la presencia del delito, sino que es preciso demostrar la influencia negativa de la impregnación alcohólica en la conducción, como reiteradamente ha venido indicando la doctrina y la jurisprudencia, sin que sobre ello pueda existir duda alguna³¹. Pero, una vez sentada esta base, el problema se desplaza a la interpretación de ese elemento típico,

30 De acuerdo con la STC citada en la nota anterior, “se trata de una figura delictiva similar, pero no idéntica, a la correlativa infracción administrativa”. Así como la infracción administrativa “tiene carácter formal y se aplica de forma que pudiéramos llamar automática”, en el ámbito penal “es necesario que se acredite (que la ingestión de alcohol) ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, consecuencia de ello, a la seguridad en el tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito”.

31 El Tribunal Constitucional en su Sentencia n.º 319/2006, de 15 de noviembre señala que “el delito no se reduce (...) al mero dato de que el conductor haya ingerido alcohol, dado que este supuesto delictivo no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto la conducción estaba afectada por la ingesta de alcohol”. En el mismo sentido SsTC n.º 2/2003, de 16 de enero, n.º 68/2004, de 19 de abril, n.º 137/2005, de 23 de mayo y n.º 43/2007, de 26 de febrero. En cuanto a las sentencias del Tribunal Supremo, véanse, entre

es decir, a determinar cuándo se entiende que el sujeto que ha consumido bebidas alcohólicas conduce influenciado por ellas. La discusión sobre el particular se ha focalizado en distintas cuestiones que a continuación van a ser brevemente expuestas.

Por un lado, se planteó la duda de si la superación de las tasas establecidas reglamentariamente no podía servir en ningún caso, fuera cual fuese el grado de impregnación alcohólica, como único elemento de prueba de la conducción influenciada o si, por el contrario, a partir de determinadas tasas era posible ya considerar la existencia de dicha influencia en la conducción, sin necesidad de ninguna comprobación adicional, porque de acuerdo con los estudios científicos cualquier persona tiene afectadas en tal caso sus capacidades para conducir. En este último sentido se había manifestado un sector de la doctrina³² y también de la jurisprudencia, si bien en los pronunciamientos judiciales que defendían esta tesis no se había llegado a alcanzar un criterio unánime sobre cuál debía ser esa tasa³³, a pesar de que se venía reclamando el

otras muchas, las siguientes: n.º 130/2000, de 10 de abril; n.º 1/2002, de 22 de marzo; n.º 636/2002, de 15 de abril y n.º 867/2006, de 15 de septiembre. En la doctrina, por todos, GUÉREZ TRICARICO, P.: “Influencia del alcohol y conducción peligrosa en los delitos contra la seguridad del tráfico: algunas consideraciones”, *Diario La Ley*, n.º 6338, 13 de octubre de 2005, D-228, p. 1743; SILVA SÁNCHEZ, J.-M.: “Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 1, 1993, pp. 31 ss., introduciendo ulteriores criterios de restricción del tipo; y OLMEDO CARDENETE, M.: “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los art. 379 y 380 del Código penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 04-02 (2002), <http://criminet.ugr.es/recpc>, pp. 3 s.

32 Véase MOLINA FERNÁNDEZ, F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Volumen II, Madrid, 1998, pp. 716 s., quien señala con razón que esa opinión no supone prescindir del requisito típico de la influencia en la conducción, puesto que lo que se afirma es que a partir de la superación de determinadas tasas de alcohol en el organismo la conducción tiene que estar necesariamente influenciada.

33 En ocasiones, el límite se fijó en 2 gramos de alcohol por litro de sangre (así la STS de 22 de febrero de 1989 entiende que a efectos médico-legales “a partir del 1,5 la influencia del alcohol en la conducción es probable y cierta

establecimiento de un criterio jurisprudencial uniforme³⁴. No obstante, esta opinión, según creemos, se mantuvo en minoría, pues partiendo de la tantas veces repetida idea de que la prueba de alcoholemia no sirve por sí sola para probar la influencia del alcohol sobre el organismo en lo referente a la afectación de las capacidades de conducción el Tribunal Constitucional concluyó que ello debía extenderse a todos los casos, con independencia de la tasa que arrojase el resultado del test, amparando en su sentencia n.º 319/2006, de 15 de noviembre, a un conductor que circulaba, según se comprobó en las dos pruebas realizadas, con tasas de 1,16 y 1,17 miligramos de alcohol por litro de aire espirado (equivalentes a 2,32 y 2,34 gramos de alcohol por litro de sangre), con el argumento de que “el derecho a la presunción de inocencia experimentaría una vulneración si por la acreditación únicamente de uno de los elementos del citado delito —el de que el conductor haya ingerido bebidas alcohólicas— se presumieran realizados los restantes elementos del mismo”³⁵.

Pues bien, tras la entrada en vigor de la reforma de 2007, puede decirse que esta polémica ha perdido su razón de ser,

a partir del 2,0 por mil” y, siguiéndola, la SAP de A Coruña n.º 22/2005, de 13 de enero; también SAP de Almería n.º 127/2005, de 25 de mayo) en otras ocasiones, se ha considerado que por encima de 1,5 gramos dejan de ser relevantes las variables individuales (véase SAP de Sevilla n.º 174/1999, de 4 de junio, que, pese a ello, y contradictoriamente, absuelve a un conductor que arrojó una tasa de 2 gramos de alcohol en sangre por no constatarse síntomas de conducción influenciada; y SAP de Madrid n.º 192/2004, de 26 de abril). En cambio, la STS n.º 1133/2001, de 11 de junio establece las tasas a partir de las cuales “cualquier persona vería disminuida su capacidad de percepción, reflejos y en definitiva sus facultades para la conducción” en 1,2 gramos por litro de sangre y en 0,60 miligramos por litro de aire espirado, tasas que finalmente se han recogido en el último inciso del art. 379.2 CP.

34 Así, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal*, ob. cit., p. 718.

35 Pero es obvio que con esta argumentación el Tribunal Constitucional deja sin resolver la cuestión nuclear, a saber: si la prueba de alcoholemia, además de demostrar la ingesta de alcohol, puede servir, según cuál sea el resultado, como prueba segura de la afectación de las capacidades del sujeto para la conducción. Esto justifica el voto particular a esta sentencia formulado por el Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez.

desde el momento en que el legislador ha decidido incorporar unas tasas en el art. 379.2, último inciso, cuya superación determina sin más la presencia de un ilícito penal. Podrá discutirse sobre el acierto o no de las concretas tasas plasmadas en el precepto³⁶, pero parece claro que ellas han de repercutir en la interpretación del delito del inciso primero del art. 379.2 en la concreta cuestión planteada: si una vez realizado el test de alcoholemia se constata la no superación de esas tasas la prueba de detección alcohólica será insuficiente para justificar una condena por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas³⁷.

Pero, por otro lado, y una vez aclarado lo anterior, es decir, si la prueba de alcoholemia no es suficiente para condenar por el delito que ahora tratamos, se sigue planteando la cuestión de cómo se comprueba que el sujeto conduce bajo la influencia del alcohol. Sobre ello ha existido y existe todavía disparidad de criterios, pues para algunos autores dicha influencia queda constatada con la comprobación de la afectación de las facultades psicofísicas del conductor, mientras que para otros hace falta que la influencia se manifieste a través de una conducción irregular³⁸. La cuestión tiene indudable relevancia práctica dado que, según el primer punto de vista citado, si en un control preventivo de alcoholemia los agentes aprecian la presencia de síntomas externos de afectación de las facultades psicofísicas de conducción como consecuencia de la ingesta de alcohol (halitosis alcohólica, ojos vidriosos, pupilas dilatadas, habla pastosa, respiración agitada, pérdida de equilibrio...) podría fundamentarse la existencia del delito aunque no se hubiese percibido externamente una conducción anómala, mientras que la opinión contraria defiende la

36 Al respecto, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., pp. 539 s.

37 En este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 93.

38 Se refieren a esta disparidad de criterios, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Excesos de velocidad...”, ob. cit., pp. 82 ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 363.

absolución en esos casos. La mencionada disparidad de criterios se refleja asimismo en los pronunciamientos judiciales, con grave quebranto de la seguridad jurídica. En principio, parece deducirse que nuestros tribunales consideran “conducción influenciada” equivalente a “alteración de las facultades psíquicas y físicas en relación con los niveles de percepción y reacción”³⁹, sin embargo, dejando al margen estas manifestaciones generales, encontramos sentencias que absuelven a conductores que han superado las tasas administrativas en el test de alcoholemia que se les practica tras ser detenidos en un control preventivo, pese a apreciarse además síntomas de encontrarse embriagado —constatados a través de la realización por los agentes de la diligencia de síntomas externos—, con base en el hecho de que el sujeto no había llevado a cabo ninguna maniobra irregular en la conducción⁴⁰, mientras que en otras sentencias los tribunales se conforman para condenar en estos casos de detención en un control preventivo con el resultado positivo del test y la comprobación de la sintomatología⁴¹. En

39 Véase la STS n.º 1133/2001, de 11 de junio. Por su parte, la SAP de Almería n.º 127/2005, de 25 de mayo, exige síntomas que acrediten la “imposibilidad de conducir con la seguridad debida”.

40 Así, entre otras muchas, SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 649/2006, de 10 de noviembre; SAP de Tarragona n.º 567/2007, de 13 de septiembre; SAP de Burgos n.º 209/2009, de 22 de septiembre; SAP de Madrid n.º 212/2009, de 23 de septiembre; y SAP de Santa Cruz de Tenerife n.º 284/2010, de 8 de junio.

41 Véase la SAP de Madrid n.º 150/2007, de 16 de marzo: “el hecho de que en el momento de la detención el acusado no fuera realizando maniobras bruscas o irregulares con el vehículo es compatible con que tuviera sus facultades psicofísicas notablemente mermadas y que, por lo tanto, no se hallara en condiciones aptas para conducir. Pues la inexistencia en ese momento de anomalías irregularidades o brusquedades en la conducción no quiere decir que, ante cualquier obstáculo o eventualidad que se presentara en la calzada, el conductor pudiera responder con los reflejos necesarios y la capacidad psicomotriz adecuada”. En el mismo sentido, la SAP de Girona n.º 432/2007, de 25 de junio. Basa la condena únicamente en la existencia de la sintomatología propia del consumo de alcohol, en un caso de detención en un control preventivo, donde no pudo acreditarse en consecuencia conducción irregular y en el que tampoco se realizó la prueba de alcoholemia, por negarse el sujeto a que se le practicara la prueba, la SAP de Madrid, n.º 32/2005, de 25 de enero.

cuanto a la doctrina, puede decirse que mayoritariamente requiere la acreditación de una conducción irregular para considerar realizado el tipo⁴².

El panorama se complica todavía más si se tiene presente el dato de que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional mantienen en doctrina constante que la prueba de alcoholemia no sólo es insuficiente, sino también innecesaria para apreciar la existencia del delito⁴³. Ello tiene sentido, pues si la prueba de impregnación alcohólica fuese imprescindible habría que concluir que quien se negase a que le fuere practicada

42 Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 363; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M.: “Artículo 379”, ob. cit., p. 589; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “El delito de negativa a la realización de las pruebas de alcoholemia (art. 383 CP)”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, p. 185; GALLEGO SOLER, J.-I.: “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol...”, ob. cit., p. 167; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J.: “El tipo del art. 380 del Código penal: una propuesta interpretativa”, en *Derecho penal y seguridad vial*, Estudios de Derecho Judicial, 114-2007, pp. 202, 206 ss. Se conforman, en cambio, con la constatación de una alteración de las capacidades relacionadas con la conducción, aunque no haya tenido consecuencias en su forma de conducir, MOLINA FERNÁNDEZ, F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal*, ob. cit., pp. 718 s., quien advierte sobre la necesidad de distinguir entre la conducción “bajo la influencia” de las sustancias, por un lado, y los “efectos externos” de dicha influencia, por otro, siendo lo primero necesario para el tipo, mientras que lo segundo no es necesario ni suficiente para que éste concorra; en el mismo sentido, VARGAS CABRERA, B.: “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP”, en *Derecho penal y seguridad vial*, Estudios de Derecho Judicial, 114-2007, p. 161.

43 Véase la STC n.º 319/2006, de 15 de noviembre, con cita de otras sentencias en el mismo sentido: “hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena ni es una prueba imprescindible para su existencia”. Véanse también, entre otras muchas, condenando por el delito aunque no se haya practicado test de alcoholemia, pero existiendo otros medios de prueba, STS n.º 214/2010, de 12 de marzo; SAP de Málaga n.º 15/2003, de 14 de enero; y SAP de Guipúzcoa, n.º 266/2006, de 21 de julio.

la prueba nunca podría ser condenado por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas⁴⁴. Pero, como contrapartida, teniendo en cuenta que sigue sin aclararse el valor que debe otorgarse a otros elementos de prueba, se incrementa aún más la inseguridad jurídica a la que hacíamos referencia. Por otro lado, la posibilidad de sancionar penalmente en casos de ausencia de prueba de alcoholemia o en los supuestos en que esta prueba no se considere válida por no haberse practicado con las debidas garantías determina la existencia de un ámbito de independencia de este delito en relación con la infracción administrativa. En efecto, aunque con frecuencia la realización del tipo partirá de la previa infracción administrativa, a la que se habrán añadido requisitos adicionales, no es necesario que sea así, sino que el delito puede darse sin la acreditación de la superación de las tasas establecidas administrativamente. En coherencia con lo anterior, es preciso poner en cuestión la tesis según la cual la no superación de las tasas administrativas tiene que conducir a la inexistencia del delito⁴⁵, pues si es posible acreditar la influencia en la conducción sin prueba de alcoholemia, dicha influencia podrá acreditarse con independencia del resultado de dicha prueba⁴⁶.

44 Al respecto, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: en GÓMEZ TOMILLO (Dir): *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2010, p. 1454.

45 De acuerdo con esta opinión, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 89: “si el hecho no es lo suficientemente grave para motivar una sanción administrativa, menos lo será para entender que puede constituir infracción penal”; GUÉREZ TRICARICO, P.: “Influencia del alcohol...”, ob. cit., p. 1745; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Excesos de velocidad...”, ob. cit., p. 96 y nota 101; MOLINA FERNÁNDEZ, F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal*, ob. cit., p. 716.

46 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “El delito de negativa...”, ob. cit., p. 186; GALLEGO SOLER, J.-I.: “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol...”, ob. cit., pp. 161 s.: dado que “la configuración típica no sigue un modelo de accesoriadad administrativa estricta”, “hay que aceptar que el delito podía existir sin que se superen los índices administrativos de alcoholemia”. Véase también, aunque resaltando que tiene que tratarse de un supuesto absolutamente excepcional, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Alcohol y conducción...”, ob. cit., p. 1572.

En definitiva, a modo de conclusión, la distinción entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la infracción administrativa del art. 65.5 c) LTSV se muestra sencilla en teoría, al incorporar el tipo penal un requisito que está ausente en la infracción administrativa. Sin embargo, en la práctica, dado que sobre el elemento de conducción “bajo la influencia” del alcohol recaen distintas interpretaciones, se constata que son considerados en ocasiones infracción administrativa y en otras ocasiones delito casos que deberían encontrar la misma respuesta jurídica. Finalmente, en cuanto a la relación entre ambos ilícitos, la comisión del delito no exige siempre la realización simultánea de la infracción administrativa, a la que se añaden otros elementos, sino que existe un ámbito de independencia entre los dos, puesto que es posible apreciar el delito sin que se haya comprobado la realización de la infracción administrativa, bien porque esta no se haya acreditado a través del test de alcoholemia, bien porque este haya arrojado un resultado inferior al exigido en dicha normativa.

En cambio, el tipo del inciso segundo del art. 379.2, exige únicamente la comprobación de la superación de las tasas de alcohol en sangre o en aire espirado que allí se indican⁴⁷. Se ha establecido una tasa única que sirve para todos los conductores, con independencia de la clase de vehículo con el que circulen. La delimitación del delito de la infracción administrativa es sencilla,

47 La doctrina es unánime al señalar que la introducción de este delito en el Código penal obedece, al menos en parte, a la necesidad de generar seguridad jurídica frente a la oscilante interpretación jurisprudencial del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Al respecto, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, R.: “Alcohol y conducción...”, ob. cit., p. 1581; HORTAL IBARRA, J. C.: “El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal, Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, p. 145; TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, Tomo II, 6.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 1008 s.; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 113.

dado que, con una técnica similar a la utilizada en el delito de conducción a velocidad excesiva del art. 379.1, se ha establecido aquí una frontera objetiva cuya superación determina la realización del delito “en todo caso”, si bien obviamente por debajo de ese límite podrá ser de aplicación el tipo del inciso primero del art. 379.2 en los términos analizados. Se establece, por tanto, una presunción legal, que no admite prueba en contrario, de que quien conduce un vehículo con una tasa superior a la reflejada en el precepto lo hace bajo la influencia de bebidas alcohólicas, sin que sea necesario acudir a otros elementos que acrediten la influencia⁴⁸.

48 DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: en GÓMEZ TOMILLO (Dir.): *Comentarios al Código penal*, ob. cit., pp. 1454 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, ob. cit., p. 206. Ésta es también la interpretación que se ha consolidado en la jurisprudencia. Véanse, por ejemplo, SAP de León n.º 228/2009, de 10 de diciembre; SAP de Girona n.º 365/2009, de 25 de mayo; SAP Madrid n.º 1089/2009, de 16 de septiembre; SAP de Valencia n.º 578/2010, de 8 de septiembre y SAP de Barcelona n.º 66/2011, de 31 de enero: “por mucho que la parte insista en el recurso en que no ha resultado probado que la ingesta alcohólica previa no influyó en la conducción (...) resulta que en la actualidad es punible cualquier conducción llevada a cabo con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60, haya influido o no en la conducción y presente o no síntomas el conductor”. Ahora bien, como indica *Tamarit*, el establecimiento de una tasa es técnicamente correcto si dicha tasa está avalada por evidencias científicas, “esto es, que no quepa duda alguna que la alteración de la capacidad para conducir esté —en todo caso y al margen de las circunstancias concretas del individuo— gravemente comprometida” (TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, ob. cit., pp. 1011 s.). Esto es precisamente lo que ponen en duda algunos autores (así, TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 116 s.), quienes reclaman una interpretación del precepto más acorde con el principio de ofensividad, exigiendo que se admita la prueba de que no ha habido influencia del alcohol en la conducción. Véase TRAPERO BARREALES, M. A.: ob. cit., p. 127; CARBONELL MATEU, J. C.: “Artículo 379”, ob. cit., pp. 254 s.; GALLEGRO SOLER, J.-I.: “El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol...”, ob. cit., pp. 171 ss., quien realiza objeciones al precepto desde el punto de vista procesal y de respeto al principio constitucional de presunción de inocencia, y finalmente considera que el delito no puede entenderse como de peligro presunto y que, por tanto, no puede apreciarse éste “sin tener en

b. En el caso de que el conductor haya consumido drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas la delimitación entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo adquiere mayores niveles de complejidad. La infracción administrativa consiste en conducir “bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos” —art. 65.5 c) LTSV— y el art. 27 RGC reitera que no podrán circular por las vías objeto de la Ley “los conductores de vehículos o bicicletas que hayan ingerido o incorporado a su organismo psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, entre las que se incluirán, en cualquier caso, los medicamentos y otras sustancias bajo cuyo efecto se altere el estado físico o mental apropiado para circular sin peligro”. En el ámbito penal, la conducta típica consiste en conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 379.2, inciso primero, CP.

Previamente, es preciso dejar constancia de que la infracción administrativa está redactada de forma más amplia en cuanto al número de sustancias que abarca, al introducir la cláusula de cierre “cualquier otra sustancia de efectos análogos”, mientras que el tenor literal del precepto penal menciona únicamente las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, con lo que se discute si, por ejemplo, la ingestión de algunos medicamentos entre cuyos posibles efectos secundarios se cuenta la somnolencia, disminución de la concentración o reflejos podría integrar el tipo penal. En general, se considera que en los conceptos penales es posible incluir “cualquier sustancia que ingerida, inyectada, inhalada o por cualquier otro método introducida en determinada cantidad en el organismo del conductor afecta a su

cuenta las circunstancias del caso concreto (...) para comprobar que existe un riesgo mínimo, real, para el bien jurídico-penal”. GARCÍA ALBERO, R.: “La nueva política criminal...”, ob. cit, p. 22, entiende que “para excluir cualquier posibilidad de impugnar la gravedad de la afectación en todo caso”, hubiese sido conveniente establecer una tasa más alta, entre 1,5 y 2 gramos por litro.

capacidad de conducción —reflejos, atención, percepción, capacidad motora, etc.—”⁴⁹, de manera que desde este punto de vista son coincidentes las sustancias subsumibles en ambos ilícitos. Aunque hay opiniones discrepantes, por entender que esta interpretación desborda el tenor literal del tipo y es por ello contraria al principio de legalidad⁵⁰, consideramos que no estamos ante un caso de analogía, sino más bien de interpretación extensiva, que no vulnera el principio de legalidad, con independencia de que es poco probable que el problema se dé en la práctica, teniendo en cuenta que estos medicamentos suelen contener —si no contienen siempre— principios activos que están incluidos en los anexos de los convenios internacionales que sirven de referencia en la materia^{51 52}.

El problema de distinción entre el delito y la infracción administrativa se produce realmente porque, al no existir tasas reglamentarias, el elemento típico de ambas infracciones está redactado de forma coincidente: la conducción bajo la influencia de esas sustancias. Si se examinan los pronunciamientos de los tribunales penales en la materia, se observa que las condenas por el delito recaen cuando concurren los siguientes requisitos: en primer lugar, que se haya conseguido demostrar que el sujeto

49 Véase MOLINA FERNÁNDEZ, F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir): *Compendio de Derecho Penal*, ob. cit., p. 715.

50 Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Excesos de velocidad...”, ob. cit., p. 80.

51 La SAP de Zaragoza n.º 171/2004, de 27 de mayo, confirma la condena del Juzgado de lo Penal n.º 6 de esta ciudad por el delito del 379 CP a quien conducía habiendo ingerido dos pastillas de Myolastan (relajante muscular) por ser un derivado de las benzodiazepinas, tras haber detectado los agentes “síntomas de haber ingerido drogas y que tenía los ojos brillantes, voz pastosa, síntomas de somnolencia, etc.”, y habiendo reconocido el sujeto la ingestión de ese medicamento a pesar de que el médico le había advertido de que producía somnolencia.

52 Ahora bien, tiene razón GARCÍA ALBERO, R.: “La nueva política criminal...”, ob. cit., p. 25, en que no hubiese estado de más que el legislador hubiera aprovechado la reforma de 2007 para incluir en el art. 379.2 otras sustancias productoras de efectos análogos, en consonancia con la redacción de la legislación administrativa.

ha ingerido o se ha inyectado alguna de esas sustancias, bien porque lo haya reconocido⁵³, bien porque se le haya practicado una prueba analítica⁵⁴ y, en segundo lugar, que existan indicios que evidencien la conducción bajo la influencia de esas sustancias (comportamiento somnoliente, voz pastosa, deambulaci3n vacilante, lenta coordinaci3n de movimientos, etc.). Pero lo cierto es que no se han elaborado criterios jurisprudenciales tendentes a aclarar qu3 grado de influencia en la conducci3n determina el recurso al Derecho penal y cu3l, en cambio, supone considerar que el hecho debe mantenerse en el seno de la infracci3n administrativa. Todo parece indicar, por tanto, que s3lo la diferente intensidad en la alteraci3n de las facultades de conducci3n puede hacer que se opte por la sanci3n penal o por la administrativa⁵⁵.

3. La conducci3n temeraria

De acuerdo con el art. 65.5 e) LTSV constituye una infracci3n muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, “la conducci3n temeraria”. Por su parte, el C3digo penal tipifica como delito distintos supuestos de conducci3n temeraria: en primer lugar, la conducci3n manifiestamente temeraria que ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 380), en segundo lugar, la conducci3n manifiestamente temeraria que ponga en concreto peligro la vida o la integridad de las personas y, adem3s, se realice con manifiesto desprecio por la vida de los dem3s (art. 381.1) y, en tercer lugar, la conducci3n manifiestamente temeraria con manifiesto desprecio por la vida

53 SAP de Zaragoza n.º 255/1999, de 26 de mayo, en cuyos hechos probados se indica que el sujeto reconoci3 que se hab3a inyectado hero3na —tambi3n sirvieron como elementos de prueba el hecho de que portase una jeringuilla hipod3rmica y el testimonio de una ATS indicando que sangraba por el brazo—; SAP de Asturias n.º 20/1998, de 22 de enero; y SAP de Vizcaya, de 5 de octubre de 1998.

54 SAP de Zaragoza n.º 143/1999, de marzo.

55 V3ase VARGAS CABRERA, B.: “El delito de conducci3n bajo la influencia de bebidas alcoh3licas...”, ob. cit., p. 138.

de los demás sin poner en concreto peligro la vida o la integridad de las personas (art. 381.2).

La primera pregunta que surge tras la lectura comparada del precepto administrativo y los artículos del Código penal es si el concepto de “temeridad” en la conducción coincide en ambos sectores del ordenamiento jurídico, o expresado de otra manera: si cuando se aprecia conducción temeraria a efectos de aplicación de los preceptos penales arriba indicados se ha realizado ya, a la vez, el tipo de la infracción administrativa del art. 65.5 letra e) LTSV.

En la doctrina y jurisprudencia penales existe unanimidad en vincular la temeridad con la imprudencia grave —temeraria, en la terminología legal antigua—, de manera que la conducción temeraria se define como aquella en la que son vulneradas las más elementales normas de cuidado en el ámbito de la circulación⁵⁶. Para saber en qué casos se entiende vulnerada una norma de cuidado elemental en este ámbito, basta con asomarse a los pronunciamientos jurisprudenciales, comprobándose así que la casuística es muy amplia: a modo de ejemplo, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que son temerarias estas conductas: embestir voluntariamente con un vehículo de gran tamaño a otro vehículo (S. n.º 1209/2009, de 4 de diciembre), conducir en sentido contrario al de la marcha a gran velocidad (S. n.º 1464/2005, de 17 de noviembre), conducir a velocidad excesiva,

56 Véanse, por ejemplo, en la doctrina, ALCÁZER GUIRAO, R.: “Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico...”, ob. cit., p. 7; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 554; HORTAL IBARRA, J. C.: “El delito de conducción temeraria...”, ob. cit., p. 127; MORENO ALCÁZAR, M. A.: *Los delitos de conducción temeraria*, Valencia, 2003, p. 85; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 18.ª ed., Valencia, 2010, p. 706; TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español*, ob. cit., p. 1019; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 161; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Conducción manifiestamente temeraria”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 145. Véanse también SsTS n.º 2251/2001, de 2 de noviembre; n.º 561/2002, de 1 de abril y n.º 1209/2009, de 4 de diciembre.

realizando adelantamientos en lugares prohibidos, siendo además un conductor novel (S. n.º 561/2002, de 1 de abril), huir de los agentes de tráfico a gran velocidad, realizando adelantamientos sin visibilidad y maniobras arriesgadas (S. n.º 226/2009, de 26 de febrero), conducir en dirección prohibida y a gran velocidad en un núcleo urbano (S. n.º 2012/2004, de 8 de octubre), huir sin respetar la luz roja de los semáforos y por dirección prohibida (S. n.º 1316/2006, de 20 de diciembre), e introducirse a marcha rápida en una calle peatonal (S. n.º 877/1999, de 2 de junio). De aquí puede deducirse que generalmente la temeridad, desde el punto de vista penal, se hace depender de la combinación de varias infracciones administrativas, graves (contenidas en el art. 65.4 LTSV) o muy graves⁵⁷, se incluya o no la de la letra e) del art. 65.5. A mayor abundamiento, debe recordarse que el art. 380.2 determina que hay siempre⁵⁸ conducción manifiestamente temeraria en el caso en que el sujeto conduzca con el exceso de velocidad a que se refiere el art. 379.1 y, además, superando las tasas de alcohol mencionadas en el último inciso del art. 379.2, siendo así que estos supuestos suponen ya por sí solos la comisión de delitos relacionados con infracciones administrativas distintas de la tipificada en la letra e) del art. 65.5 LTSV. Por tanto, podemos decir que esta infracción administrativa es un cajón de sastre que viene a recoger casos de conducción antirreglamentaria muy grave que no sean subsumibles en alguna de las demás infracciones tipificadas, sin que quede claro cuál es su contenido concreto. En cualquier caso, respondiendo a la pregunta planteada, es evidente que el concepto de “temeridad” a efectos de aplicación de los tipos penales es más amplio que el de la citada infracción administrativa.

57 Por lo que, como dice SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Conducción manifiestamente temeraria”, ob. cit., p. 147, la calificación penal no depende tampoco únicamente de la gravedad de la infracción administrativa que se haya realizado.

58 Aunque no únicamente en ese caso. Véase, por todos, GUARDIOLA GARCÍA, J.: “Artículo 380”, en ORTS BERENQUER (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, pp. 306-308.

Pero aunque el concepto de temeridad “penal” no coincida con el del art. 65.5 e) LTSV no debería haber duda sobre que no es posible apreciar la temeridad a efectos penales sin que exista una infracción de la normativa administrativa⁵⁹. En los ejemplos que se han utilizado para defender la opinión contraria, como el de abrirse paso de un modo peligroso entre una concentración de personas en la vía pública⁶⁰ o el de conducir por una autovía a 110 Km/h, esto es, respetando la velocidad máxima permitida, pero en condiciones de lluvia copiosa y espesa niebla que dificultan notablemente la visibilidad⁶¹, existe indiscutiblemente una infracción administrativa, lo que se deduce de los arts. 9, 11, 19 y 65 LTSV y, además, en cuanto a la moderación de la velocidad cuando las circunstancias lo exijan, del art. 46 RGC⁶².

59 MORENO ALCÁZAR, M. A.: *Los delitos de conducción temeraria*, ob. cit., p. 85, nota 126; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LUCH, M.: “Conducción manifiestamente temeraria”, ob. cit., pp. 149 ss.

60 TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, p. 1962.

61 HORTAL IBARRA, J. C.: “El delito de conducción temeraria...”, ob. cit., p. 128.

62 Art. 9.1: “Los usuarios de la vía están obligados a comportarse de forma que no entorpezcan indebidamente la circulación, ni causen peligro, perjuicios o molestias innecesarias a las personas, o daños a los bienes”. Art. 9.2: “Los conductores deben utilizar el vehículo con diligencia, precaución y no distracción necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno, cuidando de no poner en peligro, tanto a sí mismos como a los demás ocupantes del vehículo y al resto de los usuarios de la vía”. Art. 11.1: “Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, deberán adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad y con problemas de movilidad”. Art. 19.1: “Todo conductor está obligado a respetar los límites de velocidad establecidos y a tener en cuenta, además, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y el estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación, y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse”. Finalmente, el art. 65.3, en su inciso primero dispone

Por otra parte, la doctrina indica con razón que la infracción de la normativa administrativa es un indicio de conducción temeraria, cuya fundamentación requiere además atender al resto de las circunstancias que concurran en el caso concreto, como el estado de la carretera, la densidad del tráfico, las condiciones atmosféricas, la presencia de peatones, las características mecánicas del automóvil y la aptitud del conductor⁶³.

No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia n.º 561/2002, de 1 de abril, parte de que el concepto de temeridad a efectos penales coincide con el de la infracción administrativa y establece la diferencia entre ambos ilícitos en el hecho de que el tipo penal requiera que la temeridad sea manifiesta, además de en la necesidad de que se produzca un resultado de peligro concreto, si se trata del delito tipificado actualmente en el art. 380 CP. Según el Tribunal Supremo, “conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Siendo así, la temeridad que integra la infracción administrativa —en referencia a la infracción ahora recogida en el art. 65.5. e) LTSV— es, en principio, la misma que integra el delito. La diferencia entre una y otro está en que en el delito la temeridad es notoria y evidente para el ciudadano

que “son infracciones leves las cometidas contra las normas contenidas en esta Ley y en los Reglamentos que la desarrollen que no se califiquen expresamente como graves o muy graves en los apartados siguientes”. El art. 45 RGC reitera la obligación a la que se refiere el art. 19.1 LTSV y el art. 46 precisa que, si las circunstancias lo exigen, el conductor tiene obligación de moderar la velocidad o incluso detener el vehículo, mencionando como supuestos especiales, entre otros muchos, los casos en que haya peatones en la vía y los de niebla densa o lluvia intensa. Además, se especifica que las infracciones a lo dispuesto en el precepto tendrán la consideración de graves o muy graves.

63 TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4.ª ed., ob. cit., p. 1961; MORENO ALCÁZAR, M. A.: *Los delitos de conducción temeraria*, ob. cit., p. 85; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Conducción manifiestamente temeraria”, ob. cit., pp. 145 s.

medio y, además, crea un peligro efectivo, constatable, para la vida o la integridad física de las personas identificadas o concretas, distintas del conductor temerario”⁶⁴.

El carácter manifiesto de la temeridad al que aluden los citados preceptos penales y que en cambio no se menciona en la infracción administrativa⁶⁵ se identifica con la necesidad de que dicha temeridad en la conducción sea evidente, patente o notoria, valoración que debe llevarse a cabo con arreglo al criterio de un ciudadano medio, situado en el lugar del autor y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso⁶⁶. Además, en el delito del art. 380 la exigencia de peligro concreto para la vida o integridad de las personas, es decir, la necesidad de que se produzca un resultado de peligro para esos bienes jurídicos, marca una clara diferencia con el ilícito administrativo⁶⁷. En cuanto a los

64 Sigue este planteamiento por ejemplo, la AP de Zamora en su sentencia n.º 23/2009, de 23 de diciembre.

65 La Ley 17/2005, de 19 de julio, que modificó la LTSV incorporó el calificativo de “manifiesta” a la conducción temeraria tipificada como infracción administrativa en el art. 65.5 d) de la Ley, con lo que se argumentó que la diferencia entre los ilícitos de los dos sectores del ordenamiento jurídico ya no podía encontrarse en ese elemento (véase VV. AA.: “Infracciones administrativas en materia de seguridad vial y el principio *non bis in idem*”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 522). La Ley 18/2009, de 23 de noviembre, también de modificación de la LTSV suprimió el término “manifiesta” de la infracción actualmente recogida en la letra e) del art. 65.5.

66 Sobre la interpretación de este elemento típico, por todos, ALCÁ CER GUIRAO, R.: “Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico...”, ob. cit., pp. 8 s.; HORTAL IBARRA, J. C.: “El delito de conducción temeraria...”, ob. cit., pp. 128 s.; MORENO ALCÁZAR, M. A.: *Los delitos de conducción temeraria*, ob. cit., pp. 87 ss.

67 Sobre la interpretación del peligro concreto en estos delitos, véanse, entre otros muchos, ALCÁ CER GUIRAO, R.: “Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico...”, ob. cit., pp. 9 s.; HORTAL IBARRA, J. C.: “El delito de conducción temeraria...”, ob. cit., pp. 130 ss.; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Conducción manifiestamente temeraria”, ob. cit., pp. 156 ss. Sobre el concepto de resultado de peligro concreto, en general, véase, por todos, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pp. 113 ss.

supuestos de conducción con temeridad manifiesta que se regulan en el art. 381, es evidente que el elemento delimitador decisivo es la exigencia de que el sujeto actúe “con manifiesto desprecio por la vida de los demás”⁶⁸, amén de que en el apartado primero se requiere asimismo la producción de un resultado de peligro para la vida o la integridad de las personas.

4. La negativa a someterse a las pruebas de detección de alcohol o drogas

Constituye una infracción administrativa muy grave, conforme al art. 65.5 d) LTSV, “incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas, y la de los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación”⁶⁹, mientras que el art. 383 CP sanciona con penas de prisión de seis meses

68 Al respecto, relacionando la redacción actual con la anterior a 2007, en la que se hablaba de “consciente desprecio por la vida de los demás”, véase, por todos, SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, pp. 253 ss.

69 De acuerdo con el art. 12 LTSV: 2. “Todos los conductores de vehículos y bicicletas quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos (...). 3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior”. Véanse, además, los arts. 22, 23 y 28 RGC. La infracción se castiga con multa de 500 euros (art. 67.1 LTSV) y lleva aparejada la pérdida de 6 puntos.

a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años al “conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”⁷⁰.

La evidente diferencia que se observa entre ambas infracciones consiste en que así como son susceptibles de ser sancionados administrativamente no sólo los conductores de vehículos, sino también los demás usuarios de la vía implicados en un accidente de circulación, el delito restringe el círculo de posibles sujetos activos a los conductores. Ahora bien, si la negativa a someterse a las pruebas proviene del conductor no existe en los mencionados preceptos ningún elemento de delimitación entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo. El Tribunal Supremo, en su conocida sentencia n.º 3/1999, de 9 de diciembre, a la vista de la dualidad de preceptos sancionadores, defendió un criterio de distinción que se consolidó en pronunciamientos judiciales posteriores. En primer lugar, el Tribunal Supremo tiene presente lo establecido en el art. 21 RGC, donde se concreta en qué casos pueden requerir para la práctica de esas pruebas los agentes de la autoridad: 1. A cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación, 2. A quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas, 3. A los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las

70 Ya es sabido que el Tribunal Constitucional ha considerado que este delito es compatible con la Constitución en SsTC n.º 161/1997, de 2 de octubre, y n.º 234/1997, de 18 de diciembre. Véase MIRÓ LLINARES, F.: “Artículo 383”, en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código Penal, Segunda época*, Tomo XI, Madrid, 2008, pp. 736 ss. Por otra parte, la reforma de 2007 no sólo dota al precepto de una nueva ubicación (anteriormente, art. 380), sino también de nueva redacción.

normas contenidas en este Reglamento y 4. A los que, con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad. A continuación, partiendo de la directa relación del antiguo art. 380 con el art. 379, dado que el primero hablaba de “someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, esto es, para la comprobación de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etc., deduce el Tribunal Supremo que para fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa pueden establecerse los siguientes criterios orientativos: “a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del art. 380 del Código penal; y b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: b.1) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa”.

De acuerdo con la interpretación que se ha realizado por una parte de la doctrina de este criterio jurisprudencial, la comisión del delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia requeriría la constatación de la existencia del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La negativa sólo adquiriría relevancia penal cuando fuese posible acreditar la realización de los requisitos típicos del delito tipificado en el artículo que le precedía, acreditación que, como hemos visto, no exige la realización de la prueba de alcoholemia. En caso contrario, la negativa a someterse a la prueba debía permanecer en el ámbito de la infracción administrativa, siendo el ejemplo más claro aquel en el que el conductor es detenido en un control de

alcoholemia rutinario, pero sin que se aprecien en él síntomas de encontrarse bajo la influencia de esas sustancias⁷¹.

Sin embargo, lo cierto es que no puede deducirse de lo expuesto por el Tribunal Supremo en esta sentencia que la existencia del delito de negativa presuponga el delito de conducción influenciada hasta el punto de que no pueda aplicarse el primero sin que se aplique el segundo. Es más, el propio Tribunal Supremo en sentencias posteriores ha confirmado la condena por el delito de negativa habiendo sido absuelto el sujeto por el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, llegando a calificar de “inadmisibles” la reseñada interpretación⁷². De los pronunciamientos de este órgano jurisdiccional se deduce, eso sí, que para sancionar penalmente la negativa se requiere que el sujeto haya sido requerido para someterse a la prueba apreciándose en él signos externos de haber conducido bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Como señala *Vargas Cabrera*, una cosa es que la negativa “tenga lugar en el contexto de la comprobación de indicios” de conducir bajo la influencia de esas sustancias y otra distinta que el tipo exija la comisión previa de un delito del art. 379.2 “de modo que la absolución por este delito conlleve forzosamente” la absolución por el delito de negativa a someterse a la prueba, teniendo en cuenta que los signos o indicios han de valorarse “en el momento de la actuación de los agentes y no del juicio oral en que se cuenta con otros elementos de prueba sobre la influencia del alcohol y drogas”⁷³. En consecuencia, si bien es

71 VARONA GÓMEZ, D.: “El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 CP) tras la sentencia del TS de 9-12-1999”, *Jueces para la Democracia*, n.º 37, 2000, pp. 41 s.; OLMEDO CARDENETE, M.: “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico...”, ob. cit., p. 10; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “El delito de negativa...”, ob. cit., pp. 190 s.

72 Así, las SsTS n.º 1/2002, de 22 de marzo, y n.º 2173/2002, de 19 de diciembre.

73 VARGAS CABRERA, B.: “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas...”, ob. cit., p. 179. Véase también, correctamente, ALONSO RIMO, A.: “Artículo 383”, en ORTS BERENGUER (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, pp. 373-376; MIRÓ LLINARES, F.: “Artículo 383”, ob. cit., pp. 765 ss.; y MARTÍN LORENZO, M.: “Negativa a someterse a las

cierto que de acuerdo con la interpretación restrictiva propuesta en muchos casos se realizarán los dos delitos⁷⁴, ello no es absolutamente imprescindible.

Entendemos que la interpretación restrictiva del antiguo art. 380 en los términos expuestos era necesaria, fundamentalmente con el fin de evitar que cualquier negativa a someterse a la prueba fuera constitutiva de delito, lo que hubiera supuesto dejar vacía de contenido la infracción administrativa. Tras la reforma de 2007, las modificaciones en el tenor literal del ahora art. 383 CP han dado lugar a que la doctrina se cuestione si es posible mantener la misma interpretación. El art. 383 no amenaza con pena la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas “para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”, sino la negativa a someterse a las pruebas necesarias “para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”. Este cambio parece ir encaminado, según se indica, a que sean constitutivos de delito todos los casos en que el conductor se niegue a someterse a la prueba,

pruebas de medición de alcohol o de detección de drogas”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 373, además, como recuerda esta autora, uno de los supuestos en los que el Tribunal Supremo entiende que la negativa ha de constituir delito es aquel en el que el conductor se ha visto implicado como posible responsable de un accidente (primer supuesto del art. 21 RGC), y bien puede suceder que ese conductor no muestre indicios de conducción influenciada por el consumo de esas sustancias.

- 74 Efectivamente, en la mayoría de las ocasiones, en la práctica se condena por los dos delitos, sin que exista todavía un criterio que determine si la relación entre ellos es de concurso de leyes o de delitos. Optan por la solución del concurso de leyes, por ejemplo, SAP de Valencia n.º 578/2010, de 8 de septiembre; SAP de Madrid n.º 1407/2010, de 21 de diciembre; SAP de Las Palmas n.º 81/2010, de 6 de abril, y SAP de A Coruña n.º 104/2010, de 29 de diciembre. Se deciden, en cambio, por el concurso de delitos, entre otras muchas, SAP de Cádiz n.º 9/2009, de 13 de enero; SAP de Zaragoza n.º 196/2009, de 4 de marzo; SAP de Asturias n.º 100/2009, de 23 de abril, SAP de Madrid n.º 657/2010, de 27 de octubre, y SAP de Navarra n.º 107/2010, de 24 de junio.

aunque lo haga en un control preventivo, siendo su conducción totalmente correcta y sin que presente sintomatología alguna⁷⁵.

A nuestro modo de ver, las modificaciones en el tenor literal del precepto no suponen necesariamente una desconexión del delito tipificado en el art. 383 respecto de los delitos de los artículos precedentes relacionados con el consumo de esas sustancias. De hecho, el precepto, aunque con una redacción ciertamente desafortunada, se sigue remitiendo a los artículos anteriores, por lo que es factible mantener la interpretación de que las pruebas que el sujeto se niega a realizar son aquellas que tienen por objeto comprobar la tasa de alcohol o la presencia de drogas en el organismo a los efectos de los delitos contenidos en esos artículos, cuya eficacia preventiva se intenta reforzar a través de dicha obligación. Además, sigue siendo necesario llevar a cabo una interpretación restrictiva del precepto que le otorgue un ámbito de aplicación diferenciado respecto de la infracción administrativa, so pena de que esta quede vacía de contenido. Es por eso que la inmensa mayoría de la doctrina, pese a indicar las señaladas dificultades, coincide en afirmar la necesidad de exigir también ahora para aplicar el delito del art. 383 que el sujeto, al ser requerido para realizar la prueba en alguno de los supuestos en los que se encuentra obligado a ello (art. 21 RGC), presente indicios de una conducción influenciada⁷⁶. Asimismo, la

75 Advierten de esta posible interpretación del art. 383 CP, DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: en GÓMEZ TOMILLO (Dir): *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 1467; GARCÍA ALBERO, R.: “La nueva política criminal...”, ob. cit., p. 8, nota 23; MARTÍN LORENZO, M.: “Negativa a someterse a las pruebas...”, ob. cit., p. 373 s.; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 267.

76 Véase ALONSO RIMO, A.: “Artículo 383”, ob. cit., pp. 378 s.; FERNÁNDEZ BAUTISTA, S.: “El delito de negativa...”, ob. cit., pp. 192 s.; MARTÍN LORENZO, M.: “Negativa a someterse a las pruebas...”, ob. cit., pp. 375-377; MIRÓ LLINARES, F.: “Artículo 383”, ob. cit., pp. 783 ss.; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 270 s., 280 ss. Consideran en cambio que con la actual redacción basta con la negativa al requerimiento como tal, cualquiera que sea el contexto en que este tenga lugar, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*, ob. cit., p. 719 y,

jurisprudencia sigue considerando válido este criterio de distinción entre la infracción penal y la administrativa⁷⁷.

5. La conducción en los casos de pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de los puntos o tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso por decisión judicial o sin haber obtenido nunca permiso de conducción

El vigente artículo 384 CP castiga al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, al que condujere tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. Este es uno de los preceptos (aunque no el único) que, tras su introducción en la reforma del Código penal de 2007, ha recibido una valoración muy crítica en la literatura científica⁷⁸. Pese a la censura de la doctrina, el legislador ha

aportando consideraciones críticas, SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., pp. 26-28.

77 Así, entre otras, SAP de León n.º 81/2008, de 1 de septiembre; SAP de Burgos n.º 219/2009, de 8 de octubre; SAP de Castellón n.º 138/2010, de 23 de abril y SAP de Valladolid n.º 393/2010, de 28 de diciembre.

78 Justifica su inclusión en el Código penal por considerar que proteger penalmente el sistema de sanciones administrativas supone tutelar al mismo tiempo la vida y la integridad de las personas CARBONELL MATEU, J. C.: “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, en MORILLAS CUEVA (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007, p. 403; también considera necesaria la introducción del precepto como respuesta “frente a los que de forma deliberada y contumaz deciden permanecer al margen del sistema” PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: “El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la ‘seguridad vial’”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, p. 281. Véase, en otro sentido, MORILLAS CUEVA, L.: “Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”, en MORILLAS CUEVA (Coord.): *Delincuencia de materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007, p. 442;

mantenido la definición de la conducta típica, y se ha centrado, en la reforma del Código penal de 2010, en la modificación de las penas previstas para sancionar estas conductas. En particular, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (de 31 a 90 días), que aparecía como pena cumulativa, pasa a configurarse como pena alternativa a las penas de prisión de tres a seis meses o a la de multa de doce a veinticuatro meses.

En el ámbito administrativo, la LTSV, tras su reforma por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, considera infracciones graves, cuando no sean constitutivas de delito, las conductas de:

a) conducir un vehículo siendo titular de una autorización que carece de validez por no haber cumplido los requisitos administrativos exigidos reglamentariamente [artículo 65.4 ll)].

b) conducir un vehículo teniendo suspendida la autorización administrativa para conducir o prohibida su utilización por el conductor [art. 65.4 s)].

Asimismo se considera infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, la conducción de un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente [art. 65.5 k)].

MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: “Artículo 384”, en COBO DEL ROSAL (Dir.): *Comentarios al Código penal, Segunda época*, Tomo XI, Madrid, 2008, pp. 830 ss.; QUERALT, J.: “El nuevo Derecho penal vial: generalidades críticas”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, pp. 68 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, ob. cit., p. 1033; MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El nuevo delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., p. 1728, considera ilegítima la reacción penal para estos supuestos ya que las conductas tipificadas en el artículo 384 CP no reúnen el desvalor necesario que justifique la intervención del Derecho penal. Son, en su opinión, ilícitos de desobediencia, suponen únicamente una vulneración del orden administrativo de policía. Señala esta autora que “a través de esta concreta regulación el legislador penal antepone los efectos simbólicos o expresivos de la imposición de una pena a sus efectos instrumentales, pues más que una norma dirigida a la protección de un bien jurídico estamos ante un precepto con el que se pretende transmitir a la sociedad un mensaje de calma y de confianza en el ordenamiento jurídico”.

Al hilo de los ilícitos recogidos en la regulación administrativa vamos a analizar qué supuestos podrían ser objeto de sanción administrativa y cuáles entran en la órbita del Derecho penal.

Conforme a lo previsto en la legislación sobre tráfico, circulación y seguridad vial, la conducción de vehículos y ciclomotores exige haber obtenido previamente una autorización administrativa que se dirige a verificar que los conductores tengan los requisitos de capacidad, conocimientos y habilidad necesarios para la conducción del vehículo. El permiso o licencia de conducción son de otorgamiento y contenido reglados y su concesión está condicionada a la verificación de que los conductores reúnen los requisitos de aptitud psicofísica y los conocimientos, habilidades, aptitudes y comportamientos exigidos para su obtención que se determinan en el Reglamento General de Conductores. Este reglamento desarrolla en su Título I distintos aspectos relacionados con el permiso y la licencia de conducción (requisitos para poder obtenerlo, procedimientos de obtención, órgano competente para su otorgamiento, vigencia de las autorizaciones, etc.). El incumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa constituirá una infracción grave conforme a lo dispuesto en el artículo 65.4 II). Así, por ejemplo, los permisos de conducción expedidos en cualquier Estado miembro de la Unión Europea son válidos en España, pero quedan sometidos a las disposiciones españolas relativas a su periodo de vigencia, de control de aptitudes psicofísicas y de asignación de un crédito de puntos. La conducción de un vehículo por una persona que tiene un permiso de estas características, pero que —por ejemplo— no se ha sometido a las pruebas de aptitudes psicofísicas será constitutiva de una infracción administrativa grave.

La conducción con permisos de países no comunitarios que no sean válidos (por ejemplo por no cumplir los requisitos relativos a la edad o los requisitos de vigencia) o que no hayan sido canjeados⁷⁹, aunque en algún caso aislado se ha castigado

79 Véase el Reglamento General de Conductores que distingue entre permisos expedidos en Estados que sean miembros de la Unión Europea o en estados

conforme al artículo 384, no es equiparable a los supuestos de no haber obtenido nunca el permiso, con lo que sería de aplicación la sanción administrativa⁸⁰.

Otra de las infracciones graves previstas en la LTSV es la de conducir un vehículo teniendo suspendida la autorización administrativa para conducir o prohibida su utilización por el conductor. Antes de la reforma por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, estaba prevista la posibilidad de imponer, junto a la sanción de multa, la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducción por el tiempo mínimo de un mes y máximo de hasta tres meses en el caso de infracciones graves. Esta sanción era obligatoria en el caso de infracciones muy graves. Esta posibilidad ya no se contempla en el catálogo de sanciones del artículo 67 LTSV que alude únicamente a la multa⁸¹. Cabe pensar que la infracción administrativa se aplicará a supuestos de conducción con un permiso o licencia que estén a sometidos a suspensión cautelar y a casos en los que se ha intervenido al conductor el

parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que mantienen su validez en España (v. art. 15) y permisos expedidos en terceros países. Los requisitos para la validez de estos últimos vienen explicitados en el artículo 21 del citado reglamento.

- 80 Véase MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 46, donde recoge referencias de resoluciones dictadas por las audiencias. También excluyen estos supuestos del ámbito del artículo 384 GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384 del Código penal: quebrantamientos, desobediencias y conductas afines”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 462; SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., p. 30; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 433. En la jurisprudencia véase, por ejemplo, STS n.º 463/2011, de 31 de mayo.
- 81 Como razones de la eliminación de la sanción de suspensión del permiso o licencia señala *Cano Campos* los problemas que planteaba la imposición de esa sanción ya que ésta correspondía a la Administración del Estado aunque la sanción de multa la impusieran las CCAA con competencias ejecutivas en la materia o los municipios en la vías urbanas. También apunta como razón el nuevo sistema de detracción de puntos y su carácter sancionador (aunque la LTSV no ha recogido en el elenco de sanciones la pérdida de puntos). Véase CANO CAMPOS, T.: *El régimen jurídico-administrativo del tráfico*, 2.ª ed., Pamplona, 2010, p. 498.

permiso o licencia de conducción⁸². También podría incluirse el supuesto de conducción con el permiso o licencia sin vigencia a causa de la suspensión del permiso de conducir de hasta tres meses que contempla el artículo 28.2 de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, como consecuencia de la comisión de la infracción prevista en el artículo 25 de la ley relativa al consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo⁸³.

82 Según el artículo 64 LTSV: En el curso de los procedimientos de declaración de nulidad o lesividad y pérdida de vigencia de las autorizaciones administrativas, se acordará la suspensión cautelar de la autorización en cuestión cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico, en cuyo caso la autoridad que conozca del expediente ordenará, mediante resolución fundada, la intervención inmediata de la autorización y la práctica de cuantas medidas sean necesarias para impedir el efectivo ejercicio de la misma. El artículo 39 del Reglamento General de Conductores prevé la suspensión cautelar de la vigencia de la autorización cuando su mantenimiento entrañe un grave peligro para la seguridad del tráfico o perjudique notoriamente el interés público. Según el apartado 3 de ese mismo precepto “la conducción durante el periodo de suspensión cautelar de la autorización administrativa será considerada como conducir con la autorización administrativa correspondiente suspendida por sanción”. No queda claro a qué se refiere el precepto si tenemos en cuenta que la suspensión de la autorización ya no se recoge en el catálogo de sanciones.

Por otro lado, el artículo 71 bis contempla la posibilidad de intervenir el permiso o licencia de conducción: “cuando el agente de la autoridad compruebe que el conductor infractor o implicado en un accidente presente, además, síntomas evidentes de que ha perdido las condiciones físicas necesarias para conducir, intervendrá de manera inmediata el permiso o la licencia de conducción, sin perjuicio de la iniciación del procedimiento para declarar la pérdida de vigencia de autorizaciones, según lo dispuesto en el artículo 63 y, en su caso, de la iniciación del oportuno expediente”.

83 VV. AA.: “Infracciones administrativas...”, ob. cit., p. 528, mencionan este supuesto calificándolo de infracción muy grave. Sin embargo, tras la reforma de 2009, quizá este supuesto encaja mejor en la infracción grave contemplada en la letra s) del artículo 65.4 LTSV.

Por último, se considera infracción muy grave conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente. No obstante, hay tres supuestos en los que la falta de autorización administrativa determina la imposición de una pena: la conducción en caso de pérdida de vigencia del permiso o licencia para conducir por pérdida de los puntos asignados legalmente, la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y la conducción sin haber obtenido nunca el permiso o licencia de conducción.

(1) la conducción en casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida de los puntos asignados legalmente

La vigencia del permiso o licencia de conducción está sometida al cumplimiento de ciertos requisitos. En particular se puede declarar la pérdida de vigencia si el titular no posee los requisitos para su otorgamiento o cuando haya perdido totalmente su asignación de puntos. La conducción con un permiso o licencia sin vigencia no tiene igual tratamiento en uno u otro caso. Si la falta de vigencia se debe a la desaparición de los conocimientos, habilidades, aptitudes o comportamientos especiales para la seguridad de la circulación o aptitudes psicofísicas, la conducción con el permiso sin vigencia constituirá una infracción administrativa⁸⁴. En el segundo caso, esto es, cuando la pérdida de vigencia del permiso se debe a la pérdida de los puntos intervendrá el Derecho penal.

Conforme al nuevo sistema del permiso y licencia de conducción por puntos cada conductor cuenta con crédito de puntos, que se pierden cuando es sancionado por la comisión de determinadas infracciones graves y muy graves que recogen el Anexo II y IV de la LTSV. La Administración declarará la pérdida

84 VV. AA.: "Infracciones administrativas...", ob. cit., p. 527; GARCÍA DEL BLANCO, V.: "El nuevo artículo 384...", ob. cit., p. 420; MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: "Artículo 384", ob. cit., pp. 838 ss.; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: "El delito de conducción sin permiso...", ob. cit., p. 264, nota 33.

de vigencia de la autorización para conducir cuando su titular haya perdido la totalidad de los puntos asignados. Constatada la pérdida total de los puntos la Administración debe notificar, en la forma prevista en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el plazo de 15 días, el acuerdo por el que se declara la pérdida de vigencia de su permiso o licencia de conducción. Aunque la detracción de puntos se produce de forma automática en el momento en que la sanción se anota en el Registro de Conductores e Infractores, a efectos penales, no solo es necesario que la Administración declare la pérdida de vigencia del permiso o licencia cuando el conductor haya perdido la totalidad de los puntos, sino que también será necesaria la notificación al conductor para poder entrar en el ámbito típico del artículo 384 CP⁸⁵. Por otro lado, hay que tener en cuenta que para recuperar el permiso la LTSV (art. 63 apartados 6 y 7) exige que transcurran unos determinados plazos así como la realización de un curso de reeducación y sensibilización vial y la superación de las pruebas que se determinen reglamentariamente. Si el conductor supera esas pruebas no cometería el delito aunque la Administración le otorgase el permiso con posterioridad⁸⁶.

85 MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 39; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 433. Hay que tener en cuenta que la Ley 18/2009 ha creado un nuevo sistema de notificaciones diferente al previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Sobre la dirección electrónica vial (DEV) y la creación del Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA), véase CANO CAMPOS, T.: *El régimen jurídico-administrativo del tráfico*, ob. cit., pp. 541 ss. TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 395 ss. pone de relieve algunas cuestiones problemáticas que pueden suscitarse en la práctica; así, por ejemplo, se plantea qué sucedería cuando la pérdida de todos los puntos asignados aún no es firme, pero se ha producido la notificación por parte de la Administración, o cuando la pérdida de la vigencia es firme en la vía administrativa, pero aún existe la posibilidad de acudir a la vía contencioso-administrativa.

86 En este sentido TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 401.

En conclusión, la conducción con un permiso que carece de vigencia constituye delito cuando esta se debe a la pérdida de los puntos. El resto de supuestos (salvo que medie una resolución judicial, como veremos luego) quedaría en el ámbito de la infracción administrativa. En la doctrina se critica precisamente esta circunstancia, ¿por qué se castiga como infracción penal una conducta que, en realidad, constituye un incumplimiento de la normativa administrativa? La explicación se centra en afirmar que con el precepto se intenta fortalecer la regulación administrativa en el sentido de garantizar la eficacia del nuevo sistema del carné por puntos cuando deberían ser otros los mecanismos adoptados⁸⁷.

(2) la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial

Se equipara, desde el punto de vista penológico, a la conducta anterior la conducción tras la privación por decisión judicial del permiso o licencia. Presupuesto de la conducta es que se haya dictado una resolución judicial que haya determinado la privación del permiso o licencia de forma cautelar o de forma definitiva⁸⁸.

87 SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Los nuevos delitos contra la seguridad vial contenidos en la LO 15/2007, de 30 de noviembre”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, p. 334. Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 752; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 419; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: “El delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., pp. 267 ss., aunque considera que es un tipo formal que tutela el orden administrativo entiendo que también protege la seguridad vial y, en suma, la vida y la integridad de las personas, con lo que estaría legitimado el castigo de estas conductas.

88 No parece que la decisión judicial tenga que limitarse a la jurisdicción penal con lo que se incluirían decisiones dictadas en otros órdenes jurisdiccionales. En este sentido TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 404; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 436. La doctrina mayoritaria parte, sin embargo, de que se trata de un quebrantamiento de condena derivado de la imposición de una pena o una medida de seguridad acordada por el juez de lo penal en un procedimiento penal. Véase, por ejemplo, MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 41; SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., p. 30.

En relación con la posibilidad de adoptar de forma cautelar la privación del permiso o licencia hay que tener en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé en el artículo 764.4 “la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código penal”⁸⁹. Asimismo el artículo 529 bis recoge la privación provisional del permiso de conducir: “Cuando se decrete el procesamiento de persona autorizada para conducir vehículos de motor por delito cometido con motivo de su conducción, si el procesado ha de estar en libertad, el Juez, discrecionalmente, podrá privarle provisionalmente de usar el permiso, mandando que se recoja e incorpore al proceso el documento en el que conste. El Secretario judicial lo comunicará al organismo administrativo que lo haya expedido”.

Más problemas plantea la delimitación de los supuestos de privación definitiva del permiso o licencia de conducción. El Código penal contempla como pena privativa de derechos la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores que inhabilita al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia (art. 47 CP). También el art. 96 CP recoge entre las medidas de seguridad la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Finalmente, la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores recoge entre las medidas aplicables a menores infractores la de privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor o del derecho a obtenerlo (art. 7.1)⁹⁰. Pues bien, la doctrina de forma mayoritaria ha considerado que la privación judicial del permiso tendrá lugar a través de la imposición de la

89 GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 447, considera un error del legislador la remisión al delito de desobediencia y considera que, en virtud de un concurso de leyes que se resolvería por el principio de especialidad, sería aplicable el artículo 384.

90 Sobre el contenido de esta pena, véase BOLDOVA PASAMAR, M. A.: en GRACIA MARTÍN (Coord.): *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pp. 142 ss.

pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores con lo cual en el art. 384 se regula un supuesto específico de quebrantamiento de condena (art. 468 CP) cuya sanción específica resultaba innecesaria⁹¹. La situación concursal planteada la resuelven a través del principio de especialidad a favor del artículo 384 por constituir una modalidad más específica de quebrantamiento⁹².

Sin embargo, se han sugerido interpretaciones alternativas que determinan una limitación del ámbito típico de esta modalidad delictiva. Punto de partida de las mismas es la pregunta de si la privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores es equivalente a la “privación definitiva del permiso o licencia de conducción”. Al respecto hay que tener en cuenta que el artículo 47 del Código penal establece que la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilita para la conducción⁹³. Así *Montaner Fernández* considera que

91 SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Los nuevos delitos...”, ob. cit., pp. 332 s.; MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 41.

92 GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 443; MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 41, explica la diferencia de pena entendiendo que el legislador ha considerado que el quebrantamiento en el ámbito de la seguridad vial es más grave que el realizado en otros ámbitos. Hay que tener en cuenta que la pena ha sido modificada tras la reforma de 2010, aunque puede seguir considerándose más grave pues se establece de forma alternativa a la multa la pena de prisión.

93 Según establece la Disposición Adicional decimotercera de la LTSV el titular de una autorización administrativa para conducir que haya perdido su vigencia al haber sido condenado a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a dos años, podrá obtener una vez cumplida la condena una autorización administrativa de acuerdo con el procedimiento establecido para la pérdida de vigencia de la autorización por la pérdida total de los puntos asignados. Conforme al artículo 67.3 será necesaria la realización y superación con aprovechamiento de un curso de sensibilización y reeducación vial y posterior superación de las pruebas que reglamentariamente se determinen. En cambio, cuando la condena sea inferior a dos años, para volver a conducir deberá acreditar haber superado con aprovechamiento el curso de reeducación y sensibilización vial.

los supuestos de quebrantamiento de la pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (o de la medida de seguridad) se incardinan en el artículo 468.1 CP. En cambio, el artículo 384 restringe su ámbito de aplicación a la conducción sin estar habilitado para ello por pérdida judicial de la vigencia del permiso (lo que sucede cuando la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores supere los dos años de duración). Si la conducción del vehículo se lleva a cabo cuando el sujeto está cumpliendo una pena de privación del permiso de conducir superior a dos años realizaría tanto el tipo del delito de quebrantamiento de condena como el del artículo 384⁹⁴. Aunque tiene matices diferentes, también el planteamiento de *Trapero Barreales* se inscribe en esta línea. La privación cautelar del permiso debe entenderse como privación del permiso acordada por el juez por adopción de una medida cautelar (quedando fuera los supuestos de suspensión cautelar del permiso). De otro lado, la privación definitiva equivale a la pérdida de vigencia del permiso acordada judicialmente ya sea en vía contencioso-administrativa o en vía penal (lo que excluye los supuestos de imposición de una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo no superior a dos años y la imposición de la medida de seguridad de privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores cualquiera que sea su duración —que reconduce al delito del artículo 468—). Otros supuestos como el de la conducción en caso de suspensión cautelar del permiso por decisión del juez contencioso-administrativo o de incumplimiento de la sanción de suspensión del permiso impuesta

94 Quedaría, entonces, por resolver la relación concursal que se plantea en los casos en que resulten aplicables ambos preceptos, tanto el artículo 468 como el artículo 384. Para esta autora la solución adecuada es la de apreciar un concurso de delitos teniendo en cuenta que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto son distintos. El delito de quebrantamiento de condena se orienta a proteger el buen funcionamiento de la Administración de Justicia mientras que el delito del artículo 384 es un delito contra la seguridad vial (a pesar de que reconoce que es un delito puramente formal). MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El nuevo delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., p. 1726.

conforme al artículo 28 de la L.O. 1/1992, quedarían fuera de esta modalidad delictiva y se configurarían como infracciones administrativas —aunque se plantea la autora si podrían inscribirse en el delito de desobediencia—⁹⁵.

Otra cuestión por resolver es si entran en el ámbito aplicativo del artículo 384 aquellos supuestos en los que una vez cumplida una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inferior a dos años el conductor no recupera la vigencia del permiso por no haber superado el curso de reeducación y sensibilización vial que se exige para volver a conducir o el del conductor que, cumplida una pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores superior a dos años, no supere con aprovechamiento el curso antes citado y no haya superado las pruebas reglamentarias. En el primer supuesto se incurriría únicamente en responsabilidad administrativa⁹⁶; en el segundo, se ha defendido la aplicación del artículo 384 porque se “quebrantaría” parte del contenido de la sentencia condenatoria al formar parte del contenido de la pena la pérdida de la vigencia del permiso⁹⁷. A nuestro modo de ver, es dudoso que la pérdida de vigencia forme parte del contenido de la pena, más bien es un efecto administrativo derivado de la imposición de la pena.

(3) conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción

95 TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 411 ss.

96 Así DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 754; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 446; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: “El delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., p. 264 nota 33.

97 Así TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 424 s. MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: “Artículo 384”, ob. cit., p. 843, nota 66, consideran que no es aplicable esta modalidad del 384, pero tampoco la relativa a la conducción sin haber obtenido nunca el permiso. La solución que apuntan es la de considerar que nos encontramos ante una pena accesoria (consistente en la pérdida de vigencia del permiso) y aplicar esta modalidad delictiva.

El castigo de la conducción ilegal por no haber obtenido el permiso o licencia de conducción no figuraba inicialmente en el proyecto de reforma del Código penal, pero durante la tramitación parlamentaria se puso de relieve la incoherencia que suponía castigar a aquellos que habían obtenido un permiso que luego era retirado y no a aquellos que nunca habían conseguido la autorización para conducir. No obstante, la inclusión de esta figura —no desconocida por nuestros códigos penales⁹⁸— no ha sido bien valorada por la doctrina al considerar que bastaba una respuesta desde el Derecho administrativo sancionador. El legislador presume que el sujeto que no ha obtenido el permiso no tiene capacidades y conocimientos necesarios para realizar una conducción segura y que ello supone un riesgo para el tráfico, pero pueden existir casos en los que sí se tenga la pericia necesaria aunque no se tenga la autorización administrativa⁹⁹. De ahí que la doctrina científica cuestione la validez del precepto para la protección penal de la seguridad vial, con lo que de nuevo se llega a la idea de que se ha utilizado el Derecho penal como refuerzo del orden administrativo¹⁰⁰.

98 En nuestra legislación unas veces ha constituido infracción administrativa y otras delito. Véase, sobre ello, PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: “El delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., pp. 255 ss.

99 SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M.: “Los nuevos delitos...”, ob. cit., pág. 336; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 748.

100 Sobre las reflexiones acerca de la legitimidad del precepto véanse, entre otros, MONTANER FERNÁNDEZ, R.: “El nuevo delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., p. 1728; MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., pp. 36 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, ob. cit., p. 221; GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., pp. 413 ss. Véase también CEREZO MIR, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, pp. 290 s., que consideraba que el conducir un vehículo sin tener la correspondiente autorización es una conducta que generalmente entraña un peligro para la vida, la integridad corporal o los bienes de las personas que participan en el tráfico. De ahí que no podía afirmarse que fuese una conducta irrelevante desde el punto de vista de la ética social, y por tanto, no era un delito de simple desobediencia.

A la vista de que constituye infracción administrativa la conducción de un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente, el ámbito típico del artículo 384 queda referido a los supuestos en que no se haya obtenido *nunca* permiso o licencia de conducción¹⁰¹. No alcanza, por tanto, a supuestos como el de conducir con el permiso caducado¹⁰² o conducir con una autorización no vigente por haber desaparecido los requisitos sobre conocimientos, habilidades o aptitudes psicofísicas exigidas para el otorgamiento del permiso.

Más dudas ha planteado la tipicidad de los casos de conducción de un vehículo con un permiso de una categoría que no sea la adecuada para el tipo de vehículo utilizado. Puesto que, a la vista de la redacción del precepto, no se alude al “permiso correspondiente”, en la doctrina se ha entendido que estas conductas eran constitutivas de una infracción administrativa muy grave (conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente)¹⁰³. Sin embargo, para dar respuesta a ciertas conductas que pueden entrañar mayor peligrosidad (se cita como ejemplo al que teniendo licencia de ciclomotor conduce un camión), algunos autores han ido ampliando el radio de acción del delito de conducción sin permiso a los casos en los que poseyendo una licencia que habilita para conducir un ciclomotor

101 Véanse TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 428 y MIRÓ LLINARES, F.: “El ‘moderno’ Derecho penal vial...”, ob. cit., p. 43, quienes recogen numerosas resoluciones de las audiencias destacando que esta modalidad del delito de conducción sin permiso es la que se aplica con más frecuencia por los tribunales.

102 SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., p. 30; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 432.

103 Así VV. AA.: “Infracciones administrativas...”, ob. cit., p. 529; SOLA RECHE, E.: “Los viejos problemas de los nuevos delitos...”, ob. cit., p. 31, defiende la atipicidad de estos supuestos entre otras razones porque podrían ser constitutivos del delito de conducción temeraria si se carece de las habilidades mínimas necesarias y para no equiparar injustamente este supuesto con el de quien conduce sin haber obtenido nunca el permiso o licencia.

se conduce un vehículo que precisa de permiso. Inclusión que justifican interpretando que el permiso de conducción va referido al vehículo de motor y la licencia al ciclomotor, de forma que el que conduce un vehículo de motor poseyendo únicamente licencia, en realidad, “no ha obtenido nunca el permiso”¹⁰⁴. Sin embargo, el mantenimiento de esta opinión no parece factible a la luz de la nueva regulación del permiso y la licencia de conducción que recoge el RD 818/2009, de 8 de mayo, que contempla distintas clases de permiso de conducción y reserva la licencia para la conducción de vehículos para personas con movilidad reducida y para conducir vehículos especiales agrícolas autopropulsados¹⁰⁵. En algunas resoluciones ya se indica que con el nuevo Reglamento hay que estimar atípica la conducción de vehículos a motor con el nuevo permiso (de la clase AM) que ahora habilita para conducir ciclomotores (SAP Valencia n.º 129/2010, de 23 de febrero y SAP Madrid n.º 101/2010, de 25 de marzo)¹⁰⁶. Según esto quedará fuera del ámbito penal la conducción con una autorización administrativa inadecuada a la categoría del vehículo, constituyendo una infracción administrativa castigada con multa de 500 euros y la consiguiente detracción de 4 puntos.

104 GARCÍA DEL BLANCO, V.: “El nuevo artículo 384...”, ob. cit., p. 465; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 791; MIRÓ LLINARES, F./GARCÍA MORENO, E.: “Artículo 384”, ob. cit., p. 846; PRIETO GONZÁLEZ, H. M.: “El delito de conducción sin permiso...”, ob. cit., p. 276.

105 Véanse los artículos 4 y 6 del Reglamento General de Conductores. Las licencias ya no se refieren a los ciclomotores, sino que las autorizaciones para conducir vehículos de motor y ciclomotores se denominan permisos, aunque luego se distinguen diferentes clases en función de los vehículos que autorizan a conducir. En particular el permiso de conducción de la clase AM autoriza para conducir ciclomotores de dos o tres ruedas y cuatriciclos ligeros.

106 Véase un estudio exhaustivo de esta cuestión, con referencias doctrinales y jurisprudenciales, en TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 435 ss. (en especial p. 439 donde se pronuncia a favor de la atipicidad de las conductas de conducir con un permiso que no se corresponde con la categoría del vehículo).

6. La creación de un grave riesgo para la circulación

El catálogo de los delitos contra la seguridad vial se cierra con el artículo 385 del CP cuya relevancia en la práctica ha sido escasa¹⁰⁷. En este precepto se castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, al que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.^a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo, o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.^a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

Se penalizan aquí conductas que, por afectar a la seguridad de la vía, originan un grave riesgo para la circulación. Si acudimos a las infracciones descritas en el artículo 67 del Texto articulado de la LTSV encontramos algunas que pueden solaparse o coincidir aparentemente con las conductas del artículo 385. Así, por ejemplo:

- arrojar a la vía o en sus inmediaciones objetos que puedan producir incendios o accidentes, o que obstaculicen la libre circulación [art. 65.4 n)]
- realizar en la vía obras sin la autorización correspondiente, así como la retirada, ocultación, alteración o deterioro de la señalización permanente u ocasional [art. 65.6 a)]

107 Se pregunta TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 448 ss., si esa escasa aplicación judicial se debe a que estas conductas reciben respuesta adecuada a través del Derecho administrativo sancionador, con lo que el recurso al Derecho penal sería innecesario o si la escasa aplicación práctica se debe a una intervención penal respetuosa con el principio de *ultima ratio* que se limitaría a los casos graves dejando fuera el resto de conductas que recibirían sanción adecuada como infracciones administrativas.

- no instalar la señalización de obras o hacerlo incorrectamente, poniendo en grave riesgo la seguridad vial [art. 65.6 b)]¹⁰⁸.

El elemento clave del tipo que permitirá distinguir las conductas subsumibles en el artículo 385 frente a las constitutivas de un ilícito administrativo es el relativo a “la creación de *grave* riesgo para la circulación”¹⁰⁹, ya sea porque se altera la seguridad en la vía o por omitir el restablecimiento de la seguridad de la vía. Según la opinión de la doctrina no bastaría con la creación de incomodidades, estorbos, retrasos en la circulación o mera obstaculización del tráfico sino que el riesgo debe ser grave, de entidad. Además, tiene que tratarse de conductas que no sean meros episodios de riesgo concreto sino que alteren la seguridad del tráfico de modo general¹¹⁰.

108 También en otras normas se recogen infracciones administrativas que pueden coincidir con este delito. Así sucede en la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras. Véase VV. AA.: “Infracciones administrativas...”, ob. cit., pp. 530 s.

109 Así TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., p. 455; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave para la circulación”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (Coord.): *Protección penal de la seguridad vial*, Valencia, 2009, p. 510; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./VIDALES RODRÍGUEZ, C.: “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, ob. cit., p. 222.

110 Véanse GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 CP)”, en MORILLAS CUEVA (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007, p. 363; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 811. También se recoge este criterio en algunas resoluciones de las audiencias. Así, por ejemplo, en la sentencia n.º 282/2008, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2.ª) haciéndose eco de otras resoluciones se indica que el delito del artículo 385.1 del Código penal requiere que se origine un grave riesgo para la circulación y “esa situación de riesgo debe ser de trascendencia importante y general, algo más que una situación de instantáneo peligro en una vía circulatoria, al requerir un plus, siendo una acción dolosa que debe tender a ese fin atentatorio a la seguridad colectiva en la circulación de vehículos de motor, bien por quererse directamente, bien por dolo eventual al ser previsible ese riesgo abstracto y genérico a la

En la concreción de ese riesgo se manejan distintos criterios que, con fórmulas más o menos amplias relacionadas con la naturaleza que se atribuye al delito, vinculan ese riesgo con la posibilidad de que resulten lesionados otros bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en opinión de *González Rus* el riesgo es grave cuando se crea una situación en la que, por alterar los presupuestos materiales de la vía que tratan de garantizar un circulación sin riesgos, resulte altamente probable la lesión de bienes jurídicos personales (vida, salud o integridad personal) de los participantes en el tráfico¹¹¹. Para *Gutiérrez Rodríguez* “es preciso que la conducta suponga un foco de riesgo colectivo, es decir, que la conducta revista una peligrosidad abierta por la indeterminación de los resultados lesivos que pueden producirse”¹¹². También en

circulación”. En contra de este criterio, citando también resoluciones en este sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave...”, ob. cit., p. 484.

- 111 GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Seguridad del tráfico...”, ob. cit., p. 364. También en este sentido DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Derecho penal de la circulación*, ob. cit., p. 812; TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 456 ss., entiende que el requisito de la gravedad no se vincula a la existencia de un riesgo inminente, ni a la necesidad de que el riesgo para la circulación tenga cierta duración temporal ni tampoco se refiere a la necesidad de que sean varios los vehículos involucrados en el incidente, sino que hace referencia a la probabilidad de lesionar la vida o integridad personales. Para ORTS BERENGUER, E./FERRANDIS CIPRIÁN, D.: “Artículo 385”, en ORTS BERENGUER (Coord.): *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, p. 426, el peligro será grave cuando las probabilidades de lesión para los bienes jurídicos vida e integridad de las personas sobrepasen el límite del riesgo “normal”.
- 112 Véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave...”, ob. cit., p. 482, que acaba considerando que el peligro es grave cuando exista un alto grado de probabilidad de que se produzca un accidente de circulación, con posible lesión para la vida o la integridad física de las personas; CARPIO BRIZ, D. I.: “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico (art. 385 CP)”, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.): *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Valencia, 2008, p. 214, exige que la conducta origine un grave riesgo para la circulación aumentando de forma relevante el peligro asumido por los usuarios de las vías; MOLINA FERNÁNDEZ,

algunas resoluciones judiciales se encuentra reflejada esta idea. Así en la sentencia n.º 197/2010, de 9 de julio de la Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1.ª) se indica que el tipo del artículo 385 “no requiere una concreta puesta en peligro; sin embargo, la referencia a la gravedad del riesgo para la circulación, impone la constatación de la idoneidad de la conducta desplegada para generar un riesgo relevante para la vida e integridad física de las personas, dado el carácter medial que los bienes jurídicos supra-individuales presentan respecto a los bienes jurídicos personales. La seguridad del tráfico constituye un bien jurídico colectivo de carácter intermedio en la medida en que se encuentra en una relación de medio a fin con los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física). Los delitos contra la seguridad del tráfico, por lo tanto, otorgan una protección inmediata a las condiciones de desarrollo de los bienes jurídicos individuales de manera que éstos obtienen una protección inmediata”.

También en la valoración de la gravedad del peligro se atiende por la doctrina mayoritaria a la imprevisibilidad del riesgo¹¹³.

En relación con la modalidad omisiva, hay que tener en cuenta que el grave riesgo para la circulación se ha originado

F.: en BAJO FERNÁNDEZ (Dir.): *Compendio de Derecho penal*, ob. cit., p. 735, exige la creación de un peligro concreto; TAMARIT SUMALLA, J. M.: en QUINTERO OLIVARES (Dir.)/MORALES PRATS (Coord.): *Comentarios al Código penal español*, ob. cit., p. 1035, en cambio, dice que el tipo no requiere la concreta puesta en peligro sino que basta con que las conductas tengan la entidad suficiente para suponer un peligro potencial para la vida o integridad de las personas.

113 Véase CARPIO BRIZ, D. I.: “Creación de grave riesgo...”, ob. cit., p. 226; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave...”, ob. cit., pp. 484 s. Sobre ello, con abundantes referencias doctrinales, TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 458 y ss. (en especial la nota 521), quien asume que generalmente será preciso que el riesgo en la circulación sea imprevisible, pero finalmente admite la probabilidad de que se genere un riesgo en la circulación en casos en los que el riesgo es previsible, por ejemplo en casos de vertido de sustancias deslizantes.

con carácter previo y lo que se castiga es el no poner fin a la inseguridad vial, permitiendo que el grave riesgo se mantenga o se prolongue con el consiguiente peligro para otros usuarios de la vía¹¹⁴.

Ciertamente la interpretación del requisito de “grave riesgo para la circulación” es impreciso y, en consecuencia, también lo es la delimitación del delito de las infracciones administrativas¹¹⁵.

III. La concurrencia de la justicia penal con la actividad sancionadora de la Administración. La perspectiva del Tribunal Constitucional

Es ineludible, para concluir este trabajo, hacer un referencia al principio *non bis in idem*, como garantía frente a los posibles excesos que puedan derivarse del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y de los órganos jurisdiccionales penales. A grandes rasgos, el principio se traduce en la prohibición de sancionar o castigar dos veces por el mismo hecho, y, en su vertiente procesal, impide que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos (no dos procesos con el mismo objeto)¹¹⁶.

Aunque no existen referencias expresas en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en una línea jurisprudencial que arranca de la sentencia 2/1981, de 30 de enero, ha reconocido que

114 Véase TRAPERO BARREALES, M. A.: *Los delitos contra la seguridad vial*, ob. cit., pp. 473 ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave...”, ob. cit., p. 498.

115 GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: “Creación de un peligro grave...”, ob. cit., propone modificar el delito en el sentido de que solo se castiguen los supuestos que supongan un peligro para la vida o la integridad física de las personas, quedando el resto de supuestos de creación de peligro para la circulación en el ámbito del Derecho administrativo sancionador (véase, con más detalle, pp. 510 s.).

116 Sobre el origen y evolución del principio *ne bis in idem*, con referencias al Derecho comparado, véase DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio “ne bis in idem”*, Barcelona, 1998, pp. 33 ss.

va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos en el artículo 25 de la Constitución¹¹⁷. Gran parte de la doctrina se ha hecho eco de las declaraciones del Tribunal Constitucional y admite el principio de legalidad como fundamento del principio *non bis in idem*¹¹⁸. A partir de estas manifestaciones se destaca que al reconocer que el principio está incluido en el artículo 25 de la Constitución, el Tribunal Constitucional lo concibe como un derecho fundamental, de forma que goza de tutela judicial reforzada: la ordinaria y la constitucional, materializada en el recurso de amparo.

Sin embargo, la exclusiva fundamentación de este principio en el principio de legalidad no parece satisfacer a la totalidad de la doctrina y, por esta razón, algunos autores han ido más allá en la búsqueda del fundamento constitucional del mismo¹¹⁹, ello

117 Asimismo el Tribunal Constitucional se hace eco del reconocimiento del principio en los textos internacionales orientados a la protección de los derechos humanos, en concreto en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase SsTC n.º 2/2003, de 16 de enero; n.º 188/2005, de 7 de julio; y n.º 77/2010, de 19 de octubre.

118 BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario)*, Madrid, 1991, pp. 32 y ss.; GARCÍA BLASCO, J.: *Infracciones y sanciones en materia laboral. Un comentario a la Ley 8/1988 de 7 de abril*, Madrid, 1989, pp. 199 s.; GARCÍA MACHO, R.: “Sanciones administrativas y relaciones especiales de sujeción”, *Revista española de Derecho Administrativo* (1991), p. 522; GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., p. 168; QUINTERO OLIVARES, G.: “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial (1997), p. 359.

119 Por ejemplo DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, p. 83 y GARBERÍ LLOBREGAT, J.: “Principio ‘Non bis in idem’ y cuestiones de prejudicialidad”, en *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial (1997), pp. 83 ss., que encuentran el fundamento del principio no solo en el artículo 25 de la Constitución, sino también en otros preceptos de la Constitución como el artículo 10.2, el artículo 9.3 (principio de seguridad jurídica), en el artículo 24.2, o en el principio constitucional de proporcionalidad.

sin perjuicio de que se considere válida la referencia al principio de legalidad en relación con una concreta manifestación del principio *non bis in idem* (la relativa a la prohibición de imponer una pena y una sanción administrativa conjuntamente)¹²⁰. En este sentido, señala *Cuerda Riezu*, que “puede ser cierto que la prohibición de imponer pena y sanción administrativa conjuntamente infrinja el principio de legalidad, pero no lo es que todo el principio *non bis in idem* repose en la idea del *nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹²¹. De ahí que encontremos referencias al principio de proporcionalidad¹²² o a la seguridad jurídica¹²³ como fundamentos del principio *ne bis in idem*¹²⁴.

120 GARCÍA ALBERO, R.: “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995, pp. 82 ss. También CUERDA RIEZU, A.: “El concurso de delitos en el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1991), p. 845. En todo caso rechaza este autor que quepa aludir al principio de tipicidad como fundamento del principio *non bis in idem* o para explicar la prohibición de acumular pena y sanción administrativa. De este principio entiende *Cuerda* que no se deriva la imposibilidad de acumular sanciones en tanto que estas estén reguladas taxativamente.

121 CUERDA RIEZU, A.: “El concurso de delitos...”, ob. cit., p. 844. Véase también SANZ GANDASEGUI, F.: *La potestad sancionadora de la Administración: la Constitución Española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, p. 135, nota 9, y MATA Y MARTÍN, R.: “El principio *non bis in idem* en la reforma de la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados”, *Poder Judicial* (1996), p. 194. Este último parece poner en tela de juicio la reconducción del *non bis in idem* al principio de legalidad cuando señala que este último posee una virtualidad fundamentalmente garantista, mientras que la prohibición de imposición plural de consecuencias jurídicas parece aproximarse más a la evitación de soluciones injustas.

122 Para CUERDA RIEZU, A.: “El concurso de delitos...”, ob. cit., lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad, que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia. El principio de proporcionalidad encontraría su apoyo constitucional en el artículo 14 de la Constitución, así como en el artículo 9.3, e incluso se podría acudir a la idea de Justicia que expresa o implícitamente está contenida en los artículos 1 y 10.1 de la Constitución. *Benlloch Petit* añade al principio de proporcionalidad el de subsidiariedad a la hora de dar contenido sustantivo a la vertiente material del principio *non bis in idem*. Principios de los que deriva dos subprincipios que aplica al ámbito de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho

En lo que respecta a la concurrencia de sanciones penales y administrativas, en el análisis doctrinal y jurisprudencial del principio se suele distinguir, por un lado, el aspecto material referido a la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas, y por otra parte, el aspecto procesal del principio relativo a las relaciones entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador.

-
- administrativo sancionador. El primer subprincipio derivado del principio de proporcionalidad lo formula del siguiente modo: “el hecho de que una pena o sanción pueda servir a la consecución de una pluralidad de finalidades legítimas no justifica imponer esta pena o aquella sanción más allá del límite superior máximo constituido por el nivel de injusto del hecho”; el segundo subprincipio, derivado del principio de subsidiariedad: “deberán imponerse una única vez las consecuencias gravosas previstas por normas distintas cuando, mediante su imposición única, se alcancen simultáneamente los distintos fines de todas ellas. Véase BENLLOCH PETIT, G.: “El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario”, *Revista del Poder Judicial*, n.º 51 (1988), pp. 314 ss.
- 123 DE LEÓN VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones*, ob. cit., p. 446, considera que la seguridad jurídica constituye la base de todo el sistema de valores reflejados en nuestra Constitución e informa una serie de principios que limitan la actuación sancionadora del Estado y dan un concreto significado a la prohibición del *bis in idem*. A la hora de explicar los principios en los que se proyecta la idea de seguridad jurídica y que permiten explicar el principio *non bis in idem*, distingue el aspecto material y el procesal de este último. La vertiente material del principio debe entenderse desde la conjunción de los principios de legalidad y proporcionalidad, mientras que la vertiente procesal se explica desde la idea de seguridad en las relaciones procedimentales, al garantizar que un sujeto no va a ser sometido a la carga de sufrir varios procesos por la misma conducta. Para *Pérez Manzano* deben analizarse por separado las dos facetas que comprende el principio: de un lado, el derecho a no ser sometido a un doble procedimiento y, de otro lado, el derecho a no ser sancionado de forma múltiple por el mismo hecho. Cada una de esas facetas, pese a compartir un rasgo común, tiene un distinto fundamento y exige unos requisitos distintos. El derecho a no ser sometido a un doble proceso lo fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva. La prohibición de la doble sanción, además de derivar de los principios básicos del Estado de Derecho y del reconocimiento fundamental de la dignidad humana y la libertad, se conecta al principio de legalidad de las infracciones y sanciones y al principio de proporcionalidad. Considera esta autora que imponer dos sanciones por el mismo hecho constituye una vulneración del principio de legalidad: una vez que un hecho ha sido sancionado, la segunda

Modificando la práctica legal y jurisprudencial que posibilitaba la imposición conjunta de sanciones penales y administrativas¹²⁵, el Tribunal Constitucional en la sentencia 2/1981, de 30 de enero, estableció las bases para la aplicación del principio *non bis in idem* en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, y acuña una fórmula que será acogida por la jurisprudencia posterior y por la doctrina: “(...) el principio general de derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio

o posteriores sanciones se impondrían por un hecho que ya no puede considerarse punible en el caso concreto; además, la imposición de una segunda sanción implica siempre la imposición de una sanción no prevista legalmente, pues la acumulación de sanciones configura una respuesta distinta a la expresamente fijada en la ley. Por otro lado, la imposición de dos sanciones también supone una quiebra de la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su consecuencia jurídica en los términos expresamente decididos por el legislador, ya que la segunda sanción añade un exceso punitivo que no guarda proporción con la gravedad del hecho. No se estaría respetando el juicio de proporcionalidad realizado por el legislador, con lo que la lesión del principio de proporcionalidad resulta de la lesión misma del principio de legalidad. Véase PÉREZ MANZANO, M.: *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, Valencia, 2002, pp. 55 ss. y 69 ss. También en esta línea, GÓRRIZ ROYO, E.: “Sentido y alcance del “Ne bis in idem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal, en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)”, *Estudios penales y criminológicos*, XXIV (2002-2003), p. 201.

- 124 Igualmente el Tribunal Constitucional ha declarado que la vertiente material del principio tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente. Véase SsTC n.º 188/2005, de 7 de julio; n.º 91/2009, de 20 de abril; y n.º 77/2010, de 19 de octubre.
- 125 Véase GARCÍA ALBERO, R.: “*Non bis in idem*” material, ob. cit., p. 53 y en particular la nota 64.

público, concesionario, etcétera— que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”¹²⁶. Idea que ha sido plasmada, por ejemplo, en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en el artículo 5 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

En una primera aproximación, la llamada vertiente material del principio se concreta en vetar la duplicidad de sanciones cuando se aprecie la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Así pues, el sujeto pasivo (entendido en sentido procesal) ha de ser el mismo en todos los procedimientos, independientemente de su naturaleza o de la autoridad que conozca de los mismos. En relación con el requisito de la identidad fáctica, la cuestión de si el hecho se identifica con el hecho natural o bien se refiere al hecho valorado en términos normativos (es decir, identidad de los elementos que convierten la conducta en jurídicamente relevante) parece resolverse en este último sentido. Y, finalmente, respecto a la identidad de fundamento jurídico el Tribunal Constitucional ha declarado: “para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho —penal y administrativa— sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción —de orden penal— intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado” (STC n.º 234/1991, de 10 de diciembre)¹²⁷.

126 Fundamento jurídico 4º. En el mismo sentido, entre otras, ATC 781/1985, de 13 de noviembre, STC n.º 94/1986, de 8 de julio, STC n.º 204/1996, de 16 de diciembre, n.º 221/1997, de 4 de diciembre y STC n.º 177/1999, de 11 de octubre.

127 Sobre el principio *non bis in idem* y las sanciones administrativas de autoprotección o autotutela véase SsTC n.º 188/2005, de 7 de julio y n.º 77/2010, de 19 de octubre. También, ESCUCHURI AISA, E.: *Teoría del concurso de leyes y de delitos*, ob. cit., pp. 136 ss.

En lo que respecta al contenido o a la vertiente procesal del principio que se corresponde con la prohibición de doble enjuiciamiento, la jurisprudencia constitucional ha declarado la preferencia de la autoridad judicial penal frente a la Administración en aquellos supuestos en los que los hechos puedan ser constitutivos, además de infracción administrativa, de delito o falta conforme a lo dispuesto en el Código penal y la necesidad de que la Administración paralice el procedimiento sancionador¹²⁸. Esta vertiente procesal también ha encontrado plasmación escrita en diversos textos legales¹²⁹. En relación con la materia que

128 En la STC n.º 77/1983, de 3 de octubre se indica: “(...) la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada (...). El principio ‘non bis in idem’ determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe ‘a posteriori’, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto”.

129 La finalidad de esta regla es garantizar que no se sancione dos veces la misma infracción (al paralizarse el procedimiento sancionador no recaerá

tratamos, la LTSV, tras la reforma de 23 de noviembre de 2009, dispone en su artículo 65: “Las acciones u omisiones contrarias a esta Ley, desarrolladas reglamentariamente en su caso, tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinen. Cuando las acciones u omisiones puedan constituir delitos o faltas tipificados en las leyes penales, se estará a lo dispuesto en el artículo 72”.

Por su parte, el artículo 72 en relación con las actuaciones administrativas y jurisdiccionales penales establece: “1. Cuando en un procedimiento administrativo de carácter sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, la Autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal y acordará la suspensión de las actuaciones.

2. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria de los inculpados se archivará el procedimiento administrativo sin declaración de responsabilidad.

Si la sentencia fuera absolutoria o el procedimiento penal finalizara con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no estuviera fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento administrativo sancionador contra quien no hubiese sido condenado en vía penal.

3. La resolución que se dicte deberá respetar, en todo caso, la declaración de hechos probados en dicho procedimiento penal”¹³⁰.

sanción administrativa por el mismo ilícito y una vez finalizado el proceso penal con sentencia condenatoria el *non bis in idem* material puede desplegar sus efectos); por otra parte se asegura la inexistencia de pronunciamientos punitivos contradictorios que podrían producirse en caso de la tramitación simultánea de dos procedimientos ante unos mismos hechos. En este sentido, ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, Madrid, 2008, pp. 111 ss.

130 Antes de la reforma llevada a cabo a través de la Ley 18/2009 no se establecía la suspensión de las actuaciones del procedimiento administrativo;

En la práctica, sin embargo, se producen situaciones anómalas derivadas de la no interrupción por parte de la Administración de sus actuaciones con el resultado de que los órganos judiciales penales se pronuncian cuando ya se ha impuesto una sanción administrativa. Al hilo de esta cuestión, hay que recordar que uno de los objetivos de la reforma de la LTSV llevada a cabo por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre, ha sido la modificación del procedimiento sancionador¹³¹. La ley establece, junto al procedimiento sancionador ordinario, un procedimiento abreviado similar —según indica el preámbulo— a los “juicios rápidos” del ámbito penal. Este procedimiento sancionador abreviado supone que si se efectúa el pago voluntario de la multa (ya sea en el acto de entrega de la denuncia o dentro del plazo de 15 días naturales) se da por concluido el procedimiento sancionador con las siguientes consecuencias:

a) La reducción del 50 por ciento del importe de la sanción de multa.

b) La renuncia a formular alegaciones. En el caso de que fuesen formuladas se tendrán por no presentadas.

c) La terminación del procedimiento, sin necesidad de dictar resolución expresa, el día en que se realice el pago.

este continuaba tramitándose hasta que el procedimiento estaba pendiente de resolución, momento en que se acordaba la suspensión.

131 El Preámbulo de la ley alude a la excesiva dilación en la tramitación de los procedimientos sancionadores que se ha hecho más palpable tras la entrada en vigor de la modificación del Código penal de 2007. Así, menciona como ejemplo que en los casos de conducción habiendo ingerido alcohol si la conducta es constitutiva de delito el reproche jurídico se produce en pocas horas, mientras que si es sancionable únicamente en vía administrativa, la firmeza de la sanción y la detracción de puntos se prolonga durante meses, aunque el infractor no tenga intención de litigar en el procedimiento. Por ello se diseña un procedimiento abreviado que ofrece al infractor la posibilidad de suscribir un pacto con la Administración sancionadora que le permita cumplir rápidamente la sanción a cambio de una rebaja sustantiva de la misma. De aquí se derivan ventajas para el infractor y la Administración, pero además “se afianza en los conductores la configuración de una justicia administrativa vital que actúa con inmediatez y se aleja de sensaciones de impunidad”.

d) El agotamiento de la vía administrativa siendo recurrible únicamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

e) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se iniciará el día siguiente a aquél en que tenga lugar el pago.

f) La firmeza de la sanción en la vía administrativa desde el momento del pago, produciendo plenos efectos desde el día siguiente.

g) La sanción no computará como antecedente en el Registro de Conductores e Infractores, siempre que se trate de infracciones graves que no lleven aparejada pérdida de puntos.

Este procedimiento sancionador abreviado no puede aplicarse a determinadas infracciones entre las que se encuentran la de conducir vehículos que tengan instalados inhibidores de radar o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico, el incumplimiento por el titular o el arrendatario del vehículo con el que se haya cometido la infracción de la obligación de identificar verazmente al conductor responsable de la infracción cuando sea debidamente requerido para ello en el plazo establecido y las infracciones muy graves recogidas en el artículo 65.6¹³².

132 El art. 65.6 LTSV considera infracciones muy graves: a) realizar en la vía obras sin la autorización correspondiente, así como la retirada, ocultación, alteración o deterioro de la señalización permanente u ocasional; b) no instalar la señalización de obras o hacerlo incorrectamente, poniendo en grave riesgo la seguridad vial; c) incumplir las normas, reglamentariamente establecidas, que regulan las actividades industriales que afectan de manera directa a la seguridad vial; d) instalar inhibidores de radar en los vehículos o cualesquiera otros mecanismos encaminados a interferir en el correcto funcionamiento de los sistemas de vigilancia del tráfico. No constituirán infracción los sistemas de aviso que informan de la posición de los sistemas de vigilancia del tráfico; e) incumplir las normas sobre el régimen de autorización y funcionamiento de los centros de enseñanza y formación y de los centros de reconocimiento de conductores autorizados por el Ministerio del Interior o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, que afecten a la cualificación de los profesores o facultativos, al estado de los vehículos utilizados en la enseñanza, o a elementos esenciales que incidan

Fuera de los casos mencionados, este procedimiento es aplicable no solo a infracciones leves sino también al resto de infracciones graves o muy graves recogidas en el artículo 65.4 y 5, siempre que no sean constitutivas de delito. Es decir, que también el procedimiento sancionador abreviado debe ajustarse a lo establecido en el artículo 72 LTSV. En definitiva, la autoridad administrativa tiene que poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal y acordar la suspensión de las actuaciones. Indica *Cano Campos* que en el caso de que se quiera pagar la multa en el momento de la denuncia, queda en manos del agente denunciante la posibilidad de rehusar el pago y remitir las actuaciones al Ministerio Público. En el caso de que el pago se haga en los 15 días naturales siguientes, cabe la posibilidad de que el instructor se percate de que los hechos son constitutivos de delito¹³³.

Sin embargo, no es inverosímil que se produzca alguna de las situaciones anómalas que mencionábamos anteriormente, es decir, que impuesta la sanción administrativa se inicie, también, un procedimiento penal por entender que los hechos puedan ser constitutivos de delito o que se imponga una sanción penal por los mismos hechos. Las fricciones que plantean estas situaciones con el principio *non bis in idem* han sido analizadas por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias que no han mantenido un

directamente en la seguridad vial. En general sobre el procedimiento sancionador abreviado y el procedimiento sancionador ordinario véase CANO CAMPOS, T.: *El régimen jurídico-administrativo del tráfico*, ob. cit., pp. 534 ss. y MARZAL RAGA, C.: "La nueva justicia administrativa de tráfico", en ORTS BERENGUER (Coord.), *Prevención y control de la siniestralidad vial. Un análisis jurídico y criminológico*, Valencia, 2011, pp. 527 ss.

- 133 Véase CANO CAMPOS, T.: *El régimen jurídico-administrativo del tráfico*, ob. cit., p. 536. Según este autor al incentivo del 50% de reducción de la multa habrá que añadir la eventualidad de soslayar una sanción penal, por los problemas que puede suponer la imposición de la posterior sanción penal. No coincidimos con la idea de que una vez que se paga la multa ya no es posible aplicar el artículo 72, porque supondría dejar en manos de la Administración (de los agentes) la decisión de si intervienen los órganos jurisdiccionales penales.

critorio único y que han perfilado de forma diversa el alcance del principio en sus facetas material y procesal.

Cuando se habla de las implicaciones procesales del principio *non bis in idem* se suele tomar como punto de referencia la STC n.º 77/1983, de 3 de octubre, que estableció las ideas fundamentales, que (como mencionamos antes) han sido incluso plasmadas legalmente. El Tribunal Constitucional parte de la subordinación de los actos de la Administración sancionadora a la autoridad judicial lo cual determina que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa ha de resolverse en favor de la primera. De esta idea deduce las siguientes consecuencias: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

La preferencia del orden penal sobre el procedimiento administrativo sancionador se cuestionó en la STC n.º 177/1999, de 11 de octubre. En ella el Tribunal Constitucional se ocupó de un supuesto en el que la Administración (la Junta de Aguas) no paralizó el procedimiento administrativo (que concluyó con la imposición de una multa) a pesar de que remitió las actuaciones a la jurisdicción penal por suponer que los hechos podían ser constitutivos de infracción penal. Esta sentencia supuso un punto de inflexión en cuanto que reconoció que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la Administración no tenía un carácter absoluto y que debía aparecer como una garantía del derecho fundamental a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos. El Tribunal consideró que “en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del ‘ne bis in idem’ no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre

los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual observancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”. La vertiente procedimental del principio “se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el proscrito resultado de la doble incriminación y sanción por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos —penal y administrativo sancionador— atribuidos a autoridades de diverso orden. A impedir tales resultados se encamina la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, prima facie, como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el Texto Constitucional”. Concluye el Tribunal señalando que “irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujetos, hecho y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo”.

Los votos particulares formulados señalaban, en cambio, que no existía la identidad de fundamento que impidiese la dualidad de sanciones y en consecuencia de procedimientos sancionadores; pero, aun cuando hubiese existido dicha identidad

de fundamento que justificase la aplicación del *non bis in idem*, la solución de dar preferencia a la primera sanción en vez de dar preferencia a la sanción penal es una solución ajena a la norma constitucional. Se considera que la solución mayoritaria invierte las relaciones entre el Poder Judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden de la Constitución. La sentencia impide la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Y se añade: “al blindar ante la Ley penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración Pública, se resuelve a favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la justicia penal. Resultado que rompe la estructura del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución”¹³⁴.

Posteriormente en las sentencias n.º 2/2003, de 16 de enero y n.º 334/2005, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional modifica sus planteamientos en torno al contenido y alcance del principio *non bis in idem*¹³⁵. Precisamente la primera de ellas tiene

-
- 134 Esta sentencia fue objeto de numerosos comentarios doctrinales a los que nos remitimos. Véanse, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M./GALLEGO SOLER, J.-I.: “Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal”, *Actualidad penal*, n.º 8, 2000; DE VICENTE MARTÍNEZ, R.: “Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio non bis in idem)”, *Actualidad penal*, n.º 22, 2000; GÓRRIZ ROYO, E.: “El principio ne bis in idem y la regla de preferencia del orden jurisdiccional a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre”, *Revista de Ciencias penales*, vol. 4, 2000; NAVARRO CARDOSO, F.: “El principio ne bis in idem a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999; exposición y crítica”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Volumen I, Cuenca, 2001.
- 135 Aquí nos vamos a limitar a recoger algunos de los aspectos más destacados, para un análisis más detallado véase PÉREZ MANZANO, M.: “Reflexiones sobre el derecho fundamental a no padecer bis in idem al hilo de la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Diario La Ley*, n.º 5802, 13 de junio de 2003, D-141; PUERTA SEGUIDO, F.: “A vueltas con el principio constitucional de non bis in idem. Revisión de la doctrina constitucional contenida en la STC 177/1999. La recuperación de la prevalencia del orden penal en la STC 2/2003, de 16 de enero”, *Revista General de Derecho Administrativo*,

su origen en una condena por la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) que había sido sancionada previamente con una sanción administrativa (multa y privación del permiso de conducir durante dos meses).

En este supuesto la Dirección General de Tráfico no suspendió el procedimiento sancionador al conductor al considerar, por error, que se le había absuelto por los tribunales penales y le impuso una multa de cincuenta mil pesetas y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses. Paralelamente el Juzgado de lo penal le condena por un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 379 CP. El condenado recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial, pero esta desestima el recurso de apelación argumentando que el principio *non bis in idem* no impide que un mismo hecho pueda recibir diferente tratamiento en los diferentes ámbitos y que existió un error en el procedimiento administrativo que no puede impedir la sanción penal, sino que tiene que dar lugar a su subsanación. La Audiencia ordena que en ejecución de sentencia se descuenta la multa ya satisfecha y la duración de la privación del carné de conducir, así como que se libre testimonio para que la Administración deje sin efecto cualquier consecuencia posterior del expediente.

El Tribunal Constitucional reconoce que hubo una errónea actuación de la Administración al no suspender la tramitación del expediente administrativo. Pero, para comprobar si hubo o no infracción del principio *non bis in idem*, se detiene en el examen de distintas cuestiones.

La primera de ellas atañe a la verificación del presupuesto de operatividad del principio relativo a la existencia de la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En otras sentencias el Tribunal Constitucional había considerado que no le correspondía entrar a analizar la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento,

n.º 3, 2003; RUIZ ROBLEDO, A.: *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2004.

sino que debía atender a la declaración efectuada por los órganos jurisdiccionales penales. En esta resolución, sin embargo, considera que sí le compete valorar si concurre esta triple identidad, en tanto constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*; ahora bien, la comparación de los ilícitos sancionados debe partir de la acotación de los hechos que haya realizado la Administración en la resolución sancionadora y el órgano judicial penal en las sentencias y tomar como base la calificación jurídica de los hechos que se hayan realizado. En este supuesto concreto estima el Tribunal Constitucional que “ambas infracciones, la administrativa y penal, tienen un elemento nuclear común —conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol por encima de las tasas reglamentariamente determinadas— de modo que al imponerse dos sanciones de forma cumulativa, ese elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo —la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos—. Se trata de un caso en el que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa, pues el delito añade a dicho elemento común el riesgo para los bienes jurídicos vida e integridad física, inherente a la conducción realizada por una persona con sus facultades psico-físicas disminuidas, debido a la efectiva influencia del alcohol ingerido”.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional no basta con constatar la concurrencia de esa triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, sino que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. A partir de aquí estima que “una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné

de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —bis— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el artículo 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC n.º 177/1999 (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el artículo 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el ‘doble reproche aflictivo’, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto”¹³⁶.

De otro lado, resta por examinar la cuestión de si la infracción del principio *non bis in idem* se deriva del hecho de haberse seguido tanto un procedimiento administrativo sancionador como un proceso penal por los mismos hechos. Hasta ahora el Tribunal Constitucional únicamente había reconocido autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trataba de un doble proceso penal. Sin embargo, apelando a la libertad y a la seguridad jurídica considera que hay que establecer límites a la reapertura de procedimientos sancionadores (ya sean administrativos o penales) por los mismos hechos¹³⁷. Pese a este punto de partida llega a la conclusión de que “la interdicción

136 En la STC n.º 334/2005, de 20 de diciembre, se reitera de nuevo esta idea: “(...) no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aún partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada”.

137 Invoca asimismo el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal” (FJ 8); y en este caso concluye que “la sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado —por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamentariamente determinadas— a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador”¹³⁸.

Finalmente, en contra de lo sostenido en la STC n.º 177/1999, recuerda el Tribunal que de la prohibición de incurrir en *bis in idem* sancionador contenida en el artículo 25.1 no se puede extraer la conclusión de que la segunda sanción que se imponga deba ser anulada. Recuerda el Tribunal que es al legislador al que compete decidir qué hechos deben ser sancionados penalmente pero “una vez que el legislador ha decidido que unos hechos merecen ser el presupuesto fáctico de una infracción penal y configura una infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa deja de ser aplicable y sólo los órganos judiciales integrados en la jurisdicción penal son órganos constitucionalmente determinados para conocer de dicha infracción y ejercer la potestad punitiva estatal”. En el

138 En el mismo sentido la STC n.º 334/2005, de 20 de diciembre. Véase, en sentido crítico, ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *La garantía non bis in idem*, ob. cit. pp. 181 ss.

supuesto enjuiciado, puesto que los hechos podían ser constitutivos de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa. Por tanto, la Administración actuó desconociendo el principio de legalidad sancionadora y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva. Además, “la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo”. Estas diferencias le llevan a concluir que “en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquella”¹³⁹.

Son varios los puntos de esta sentencia que requerirían un análisis detenido, así por ejemplo, la extensión que hace el Tribunal del derecho a no ser sometido a doble procedimiento al procedimiento sancionador o las reflexiones sobre la preferencia de la jurisdicción penal frente a la actuación sancionadora de la Administración¹⁴⁰. Aquí simplemente apuntamos que esta configuración del principio *non bis in idem* suscita en la práctica dificultades. Resulta cuestionable la afirmación de que no se incurre en *bis in idem* cuando los tribunales penales proceden a descontar la sanción administrativa de la penal: aun en los supuestos en que se pueda “descontar” la sanción impuesta previamente

139 Véase la sentencia del Tribunal Supremo n.º 141/2008, de 8 de abril, en la que se recoge la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional. Hay que reparar en que en el caso analizado por el Tribunal Supremo la sanción administrativa había sido confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

140 Véanse, entre otros, PÉREZ MANZANO, M.: “Reflexiones sobre el derecho fundamental...”, ob. cit., pp. 1659 ss.; y GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., pp. 174 ss.

y no se imponga una sanción desproporcionada no puede pasarse por alto la lesión al principio de legalidad. Pero, además, como apuntábamos, no siempre se podrá llevar a cabo la compensación entre las sanciones¹⁴¹. Como ha puesto de relieve *Gómez Tomillo*, esta solución no es válida en los casos de sanciones heterogéneas o en las hipótesis en las que la sanción administrativa haya ido más allá de la pena, e incluso puede suponer una predeterminación de la sanción penal posterior forzada para impedir la doble punición¹⁴². Efectivamente, por ejemplo en relación con el delito de conducir a velocidad excesiva o para la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se limitarían las posibilidades del juez de imponer penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad que aparecen previstas como penas alternativas a la de la multa, porque ¿cómo podrían imponerse estas penas y descontar la sanción administrativa? Con todo, al margen de estas dificultades prácticas, esta solución de la compensación no parece respetuosa con el principio pues, en contra de lo sostenido por el Tribunal Constitucional, no existe una única sanción sino dos y una de ellas (la sanción administrativa) es contraria a la legalidad.

Por otro lado, el incumplimiento por parte de la Administración de su deber de abstenerse de tramitar el procedimiento sancionador implica una actuación ilegal de la Administración

141 ALONSO MAS, M. J.: *La prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Valencia, 2005, p. 65, cuestiona, además, la competencia de los órganos jurisdiccionales penales para anular un acto administrativo o para borrar todos sus efectos. Para ello sería necesario modificar la LOPJ.

142 GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., p. 176. El voto particular formulado a la sentencia señalaba: “No es ocioso señalar que, por otra parte, esta operación de absorción o compensación efectuada por la Sentencia penal firme puede conducir a un resultado de predeterminación de la principal penal configurada como alternativa para el delito de conducción ilegal. En efecto, si ésta se conmina con pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa, el órgano judicial puede verse abocado a imponer, sin real margen de apreciación, la sanción pecuniaria para en ella realizar la indicada absorción”. También PÉREZ MANZANO, M.: “Reflexiones sobre el derecho fundamental...”, ob. cit., pp. 1657 s.

y la vulneración de un derecho fundamental¹⁴³. No obstante, aunque se reconozca que la sanción administrativa es nula de pleno derecho, no está clara la fórmula para poder eliminarla. Los Tribunales penales no podrían declarar nula la sanción administrativa, pues corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Como solución alternativa se propone que los jueces de lo penal impongan la pena que corresponda al margen de la sanción administrativa ya impuesta y hacer valer la nulidad de la sanción a través del correspondiente recurso extraordinario de revisión¹⁴⁴. Para *Pérez Manzano*, lo que está claro es que “no debe cargarse al sancionado con el gravamen de instar un nuevo procedimiento para conseguir la nulidad de dicha sanción, sino que debe proveerse un procedimiento de oficio”¹⁴⁵.

El propio Tribunal Constitucional ha destacado que efectivamente la legislación no prevé expresamente solución para estas situaciones, pero es al legislador a quien corresponde establecer los mecanismos normativos de articulación del ejercicio de la potestad punitiva por la Administración y por la jurisdicción penal para evitar que se produzcan situaciones de reiteración sancionadora y recoger las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento.

143 En este sentido, ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *La garantía non bis in idem*, ob. cit., p. 137, quien considera que se vulnera al margen de que finalmente se condene o no penalmente. Según PÉREZ MANZANO, M.: “Reflexiones sobre el derecho fundamental...”, ob. cit., p. 1657, es posible sostener la nulidad de la sanción administrativa ya sea por la infracción de la regla de procedimiento o porque se ha vulnerado una norma sustantiva (la subsidiariedad de la sanción administrativa) o por la lesión de un derecho fundamental (tipicidad de las infracciones y sanciones).

144 Así GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho administrativo sancionador*, ob. cit., p. 176. Según ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *La garantía non bis in idem*, ob. cit., p. 155, aunque admite los planteamientos de la STC n.º 2/2003, considera que puede haber casos en los que la mejor solución sea la de negar la condena penal posterior. Por ejemplo, si no hay forma de absorber la sanción en la pena o si la sanción se ejecutó por completo y no cabe deshacer sus efectos.

145 Véase PÉREZ MANZANO, M.: “Reflexiones sobre el derecho fundamental...”, ob. cit., p. 1657.

Para superar estas dificultades la doctrina ha sugerido modificar la legislación permitiendo a la jurisdicción penal declarar nula la sanción administrativa (o al menos instar los procedimientos para que se declare la nulidad)¹⁴⁶.

146 GÓRRIZ ROYO, E.: “Sentido y alcance...”, ob. cit., p. 266 s., considera que habría que otorgar al juez penal la facultad de declarar nulas de pleno derecho las sanciones derivadas del expediente sancionador; y, en los casos en que ya se hubiera ejecutado la sanción administrativa, debería atribuirse al juez penal la potestad de compensar las sanciones de multa y demás consecuencias accesorias en la ejecución de la sentencia, al mismo tiempo que se ordenaría a la Administración que dejara sin efecto cualquier consecuencia posterior del expediente sancionador. También a favor de una modificación de la legislación en este sentido, SUÁREZ LÓPEZ, J. M.: “La incidencia del principio non bis in idem ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial”, en MORILLAS CUEVA (Coord.): *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial. Aspectos penales, civiles y procesales*, Madrid, 2007, p. 63.