

ROLANDO MÁRQUEZ CISNEROS

**LA CONDUCCIÓN
CON UNA DETERMINADA
TASA DE ALCOHOL
UN ESTUDIO SOBRE
LA LEGITIMIDAD DE LOS DELITOS
DE PELIGRO ABSTRACTO**

Prólogo de
Ramon Ragués

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2016

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	13
AGRADECIMIENTOS	17
ABREVIATURAS	19
INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO I. EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD VIAL: ¿MANIFESTACIÓN DE UN «MODERNO» DERECHO PENAL?	29
1. LA SINIESTRALIDAD VIAL Y LA DEMANDA SOCIAL DE SEGURIDAD EN LAS CARRETERAS COMO IMPULSORAS DE LA REFORMA PENAL	29
2. CUESTIONAMIENTOS A LA REFORMA PENAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE CONDUCCIÓN CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA	36
2.1. El abandono del «Derecho penal tradicional».....	37
2.2. El deterioro de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo	41
2.3. La restricción a la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales.....	43
3. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN PENAL DE LA CONDUCCIÓN TRAS EL CONSUMO DE ALCOHOL.....	47
4. SÍNTESIS DEL PLANTEAMIENTO DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	50
CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO	51
1. EL CONCEPTO DE PELIGRO.....	51

	Pág.
1.1. Concepto extra penal	51
1.2. Teorías sobre el concepto de peligro. Teorías objetiva y subjetiva.....	52
2. EL CONCEPTO DE PELIGRO EN EL DERECHO PENAL	54
2.1. Concepto normativo de peligro	54
3. EL JUICIO SOBRE LA PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA...	58
4. LOS DELITOS DE PELIGRO	60
4.1. Concepto.....	60
4.2. Breve referencia a la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro	62
4.3. Clases de delitos de peligro.....	64
4.3.1. Delitos de peligro concreto	64
4.3.2. Delitos de peligro abstracto	66
5. DESLINDE TERMINOLÓGICO	68
6. ¿TIPOS INTERMEDIOS O MIXTOS?	70
6.1. Delitos de peligro abstracto-concreto.....	70
6.2. Delitos de peligro hipotético.....	72
7. CUESTIONAMIENTOS A LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO	74
7.1. La Escuela de Fráncfort y su oposición a los delitos de peligro abstracto.....	76
8. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.....	81
8.1. Teoría de la presunción del peligro.....	82
8.2. Teoría de la peligrosidad general	82
9. LA LESIVIDAD POTENCIAL. CONTENIDO MATERIAL DEL INJUSTO EN LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO.....	83
10. DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO COMO DELITOS IMPRUDENTES SIN RESULTADO. EQUIPARACIÓN ENTRE PELIGROSIDAD <i>EX ANTE</i> E INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO	86
11. CONCLUSIONES.....	88
CAPÍTULO III. BIEN JURÍDICO-PENAL.....	91
1. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO-PENAL	91
1.1. Carácter social del concepto	91
1.2. Funciones del concepto de bien jurídico-penal	93

	Pág.
2. BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD. RELACIÓN CON LA NORMA CONSTITUCIONAL.....	94
3. LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS	95
3.1. Caracterización y definición	95
3.2. Clases de bienes jurídicos colectivos.....	98
3.3. Relación entre bienes jurídicos individuales y colectivos.....	99
3.4. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto	101
4. LA SEGURIDAD VIAL.....	103
4.1. Concepto y contenido	103
4.2. Naturaleza jurídica	106
4.2.1. La seguridad vial: bien jurídico colectivo sin referente individual	106
4.2.2. La seguridad vial: bien jurídico colectivo con referente individual (postura mayoritaria).....	108
4.2.3. La seguridad vial: delimitadora del tipo de riesgo para los bienes jurídicos individuales	111
5. CONCLUSIONES.....	113
CAPÍTULO IV. LA CONDUCTA TÍPICA DEL SEGUNDO SUPUESTO DEL ART. 379.2 DEL CÓDIGO PENAL	117
1. ELEMENTOS DE PELIGROSIDAD DE LA CONDUCCIÓN CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA	117
1.1. La conducción. Concepto	118
1.2. Significado del término vehículo de motor y ciclomotor.....	120
1.3. El lugar de realización de la conducta. La vía pública.....	122
1.4. La ingesta de bebidas alcohólicas	125
1.4.1. La tasa de alcoholemia.....	126
1.4.2. Técnicas para determinar la tasa de alcoholemia	129
2. LOS EFECTOS DEL ALCOHOL EN LA CAPACIDAD DE CONDUCIR.....	132
3. LA INNECESARIEDAD DE LA MANIFESTACIÓN EXTERNA DE LA INFLUENCIA ETÍLICA EN LA CONDUCCIÓN	142
4. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	146
5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMPORTAMIENTO.....	146
6. LOS SUJETOS ACTIVO Y PASIVO DE LA CONDUCTA	149
7. CONCLUSIONES.....	151

	Pág.
CAPÍTULO V. LA LEGITIMIDAD DE LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL DELITO DE CONDUCCIÓN CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA	155
1. LA ACTITUD DE LOS CIUDADANOS Y DEL PODER POLÍTICO FRENTE A LA SEGURIDAD VIAL.....	155
2. LA AUTONOMÍA DEL LEGISLADOR EN LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS. EL RECURSO A LAS CIENCIAS EMPÍRICAS.....	157
3. LA DETERMINACIÓN DEL LÍMITE DE ALCOHOLEMIA. SU FUNDAMENTO EN LAS CIENCIAS MÉDICAS Y EN LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL.....	165
4. BREVE REFERENCIA A LAS FORMAS DE TIPIFICAR LA CONDUCCIÓN TRAS LA INGESTA DE ALCOHOL. PROPUESTA	175
5. DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. ESPECIAL REFERENCIA A LA DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO Y LA INFRACCIÓN DE CONDUCIR CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA.....	183
6. LA PELIGROSIDAD <i>EX ANTE</i> COMO FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DEL DELITO DE CONDUCCIÓN CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA	189
6.1. Restricciones a la criminalización de los delitos de peligro	196
6.2. El test de proporcionalidad en sentido estricto	200
7. CONCLUSIONES.....	209
JURISPRUDENCIA CITADA.....	213
BIBLIOGRAFÍA.....	221

PRÓLOGO

A los delitos de peligro abstracto les ha correspondido un papel estelar en la discusión contemporánea acerca de la llamada expansión del Derecho penal. Para algunos, el recurso a esta forma de incriminación supone, en un sistema penal de raíz liberal, una ampliación intolerable de los límites de la intervención punitiva, porque el hecho castigado se encuentra todavía muy lejos de la efectiva lesión del interés protegido. Otras opiniones, en cambio, sostienen que la utilización de estas figuras es imprescindible si se pretende que el Derecho penal proporcione una respuesta adecuada a los riesgos que derivan de las nuevas tecnologías y a las demandas de seguridad de los ciudadanos. Como es evidente, ambos puntos de vista discrepan acerca de cuál es la lesividad mínima que debe contener un comportamiento para que esté legitimada la intervención del Derecho penal. Pero incluso los partidarios de sancionar el peligro abstracto suelen exigir límites a este adelanto de la punición, en especial, que la conducta sancionada sea siempre materialmente peligrosa.

En las últimas décadas, sin embargo, los legisladores de diversos países han rebasado el marco en el que se encuadraba la presente discusión, especialmente en el ámbito de la seguridad vial. Así, se han incriminado comportamientos en los que se advierte una mera peligrosidad estadística (por ejemplo, la conducción sin licencia), o sancionado penalmente la simple negativa a colaborar con las autoridades en la investigación de estos delitos. En algunos casos, la opción legislativa ha pasado por concretar mediante un estándar cuantitativo la lesividad mínima que el hecho debe reunir para ser sancionado: así sucedió, por ejemplo, en la reforma española de 2007 con los delitos de conducción etílica o con exceso de velocidad. En estos casos la concreción numérica del peligro se justificó por la pretensión de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos y evitar pronunciamientos judiciales contradictorios.

Por lo general, todas estas reformas han sido recibidas con reticencias en ambientes académicos, que han visto en ellas un paso más en el inquietante proceso de administrativización del Derecho penal y, en general, en la tendencia a la llamada *sobrecriminalización*. Frente a estas críticas los promotores de las reformas pueden esgrimir una sensible mejora de las cifras de siniestralidad viaria, aunque sea imposible determinar qué porcentaje de

mérito corresponde al Derecho penal. En el caso español, por ejemplo, no es evidente que la caída del número de accidentes en los últimos años se deba a la reforma de 2007 y no a otras causas ajenas a la intervención penal, como las mejoras de seguridad en vías y vehículos o, incluso, la reducción del tráfico en general motivada por la crisis económica.

¿Están justificados los recelos expuestos ante estas figuras delictivas? El presente trabajo se enfrenta a esta cuestión a propósito de una concreta infracción penal, como es la conducción con una determinada tasa de alcoholemia. Se trata del delito que en España castiga desde 2007 a aquellos que conducen un vehículo a motor o ciclomotor con una tasa de impregnación alcohólica 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 (art. 379.2 CP). El presente trabajo trata de aproximarse a esta figura sin prejuicios y se pregunta cuál es la auténtica lesividad de la conducción etílica y si realmente es intolerable que tal comportamiento sea castigado penalmente.

A tal efecto el autor se adentra en el estudio de los datos que la ciencia médica aporta sobre la relación entre el consumo de alcohol y la capacidad por parte del ser humano de controlar sus propias acciones, en lo que supone una de las aportaciones más originales de la presente obra, que, además, permite extrapolar sus conclusiones a ordenamientos jurídicos distintos del español. Se trata de un excelente ejemplo de la posibilidad de fundamentar empíricamente las decisiones político-criminales, algo que, desafortunadamente, no resulta demasiado frecuente. Pero el libro no se detiene en esta cuestión, sino que aporta también interesantes elementos para el debate acerca de la legitimidad en general de los delitos de peligro y la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Y, en un plano más concreto, proporciona pautas interpretativas para la aplicación judicial del precepto estudiado, en un fantástico ejemplo sobre cómo la mejor manera de obtener herramientas interpretativas solventes para determinar el sentido de cualquier elemento de un tipo penal es analizando los fundamentos de la incriminación.

Este prólogo me brinda también la ocasión de presentar a su autor, Rolando Márquez Cisneros. Rolando llegó a Barcelona en 2010 procedente de su Piura natal como beneficiario de una beca de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo al objeto de cursar el Máster en Ciencias Jurídicas y, posteriormente, doctorarse en la Universitat Pompeu Fabra. Al poco tiempo de llegar la situación económica empeoró sensiblemente, lo que en muchos momentos hizo temer por la continuidad de la beca. En este contexto de incertidumbre, Rolando trabajó como si cada día fuera el último y logró culminar exitosamente esta obra en el plazo previsto. El lector podrá comprobar cómo a su constancia se le unen otras virtudes, entre las que cabe destacar una gran capacidad para la argumentación jurídica y una envidiable claridad expositiva.

Una vez ya doctor, Rolando Márquez ha regresado a Perú para proseguir en Lima su carrera profesional, con el apoyo del querido amigo y admirado penalista José Antonio Caro, a quien también acogimos en la Pompeu Fabra hace casi veinte años como paso previo a su posterior doctorado en Alemania. Estos estrechos vínculos con la ciencia penal de Perú explican que, a mi agradecimiento por haber podido dirigir este trabajo, se una también la satisfacción por el hecho de que sea esta la primera monografía que un autor peruano publica en la colección *Derecho penal y Criminología*, que tengo la suerte de codirigir. En un entorno y una época no precisamente amables para las vocaciones académicas, la ciencia penal peruana viene realizando desde hace tiempo contribuciones muy relevantes al debate científico, de las que el presente libro es un excelente ejemplo. Esperemos que solo sea la primera de muchas publicaciones futuras.

Ramon RAGUÉS

Barcelona, 16 de marzo de 2016

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se caracteriza por el innegable, constante y vertiginoso avance científico-tecnológico. Un progreso que, al plasmarse en los distintos ámbitos de la actividad humana, genera la aparición de riesgos o el aumento de estos en aquellos sectores que de por sí son ya peligrosos. Los adelantos de la ciencia y la tecnología generan, pues, no solo que los riesgos sean numéricamente cada vez más, sino también que, desde la óptica de su entidad, sean cada vez más temibles. De ahí que, en el contexto del Derecho penal actual, la sociedad de nuestros tiempos reciba ya desde hace algunas décadas el calificativo de *sociedad del riesgo*.

Pero esta llamada *sociedad del riesgo* también se caracteriza por la cada vez mayor demanda de seguridad de quienes en su seno conviven, es decir, por la creciente inquietud de sus integrantes frente a los peligros descritos a pesar de que, objetivamente, existen cada vez mejoras en las condiciones de vida y, por tanto, mayores probabilidades de disfrutar de esta. Pareciera que la ciudadanía, conocedora de la existencia de estas últimas, no está dispuesta a tolerar aquello que de alguna u otra manera pueda alejarla de ese disfrute o interrumpirlo.

Así, pues, ante un escenario en el que confluyen los «riesgos modernos» y las demandas colectivas de seguridad frente a estos, el legislador decide tipificar las conductas que los generan, pero sin recurrir ya a técnicas legislativas que desplieguen sus alcances una vez hayan sido efectivamente lesionados los bienes jurídicos individuales —que, en última instancia, son los que se pretenden tutelar— sino mediante el adelantamiento de las barreras de protección penal frente a tales comportamientos, esto es, mediante el recurso a la técnica de los delitos de peligro, especialmente, la del peligro abstracto.

En este orden de ideas, los tres elementos que hasta ahora se han mencionado como distintivos de la sociedad actual (la presencia de riesgos generados por el avance científico-tecnológico, las demandas colectivas de seguridad frente a estos y la decisión del legislador de tipificar las conductas que los generan mediante la técnica del peligro abstracto) no son ajenos a la regulación penal del tráfico rodado. Esta afirmación se corrobora con la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de seguridad vial.

En efecto, trabajos de campo que precedieron dicha ley muestran tanto una preocupación colectiva por la siniestralidad en el tráfico rodado como también una predisposición de la ciudadanía a la criminalización de la conducción con una determinada tasa de alcohol, preocupación y predisposición ciudadanas que el legislador no pasó desapercibidas sino que, por el contrario, decidió recogerlas en la fórmula: «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», fórmula propia de un delito de peligro abstracto con la que el legislador buscaba, además, garantizar la uniformidad de los fallos jurisdiccionales respecto a cuándo se ha de entender que existe ya una conducción influenciada por el alcohol.

El estudio de este delito de riesgo abstracto es el que, precisamente, acapará las páginas que siguen. Sin embargo, es importante destacar que no se hace aquí un análisis detallado de toda cuanta cuestión, seguramente interesante, pueda surgir sobre la conducción con una determinada tasa de alcohol sino que, por el contrario, la investigación se centrará únicamente en el estudio de su legitimidad como delito de peligro abstracto, es decir, se buscará determinar si tal conducta es compatible —o no— con los principios legitimadores de la intervención penal, en concreto, con el principio de lesividad. Por eso, al quedar fijado de esta manera el perímetro de la investigación, no se estudiará, por ejemplo, la parte subjetiva del delito en cuestión, a pesar de que todos los manuales de parte especial incluyen el estudio del tipo subjetivo cuando efectúan el análisis típico de la conducta correspondiente. La decisión de no disertar sobre el componente subjetivo (como tampoco sobre otros temas: la participación o el *iter criminis*, por ejemplo) radica en que este no es gravitante al momento de determinar la legitimidad del comportamiento sino que, a tal fin, basta ya con el estudio de algunos elementos de la parte objetiva. Sin embargo, también se omite la disertación de ese tema —esto es importante— porque *este trabajo no pretende ser una investigación de Parte especial en sentido estricto*.

Así, quien tenga la oportunidad de leer estas páginas podrá advertir que en estas se analizan cuestiones que atañen a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en general y que, en consecuencia, las conclusiones a las que se arriban son fácilmente extrapolables a otros delitos de esa categoría, sobre todo a aquellos que recurren a fórmulas de tipificación que, teniendo en cuenta el estado actual de la ciencia experimental correspondiente, objetivan la conducta mediante el establecimiento de límites que demarcan el inicio de la zona punible.

El que sea un trabajo básicamente de la Parte general, más que de la Parte especial del Derecho penal, se pone tempranamente de manifiesto ya en el primer capítulo. En efecto, el capítulo inicial alberga una exposición de las críticas de la doctrina al delito de conducción con una determinada tasa

de alcohol; sin embargo, aunque expresamente los autores señalen que sus objeciones son a esa conducta específica, estas, si bien se miran, no son más que los eternos cuestionamientos a los delitos de peligro abstracto en general, como por ejemplo la aplicación automática de la pena una vez verificado el comportamiento descrito por el tipo, esto es, sin la comprobación *ex ante* de su peligrosidad real en el caso concreto o, lo que es igual, sin satisfacer las exigencias de la antijuridicidad material.

Seguramente llamará la atención el hecho de que en el primer capítulo no se adopte postura personal alguna, sino que la metodología sea meramente *descriptiva* de las críticas de algunos autores al delito de conducción con una determinada tasa de alcohol. Esto obedece a que, según se verá en el capítulo final, para la postura que aquí se defiende no existe la problemática que aquellos subrayan, por tanto, como en el primer capítulo lo que se hace justamente es plantear este problema, nada en esta fase corresponde decir a título personal. Así, con este método, se busca evitar, en la fase naciente de la investigación, la formulación de los argumentos que sustentarán las conclusiones finales de este trabajo.

Aunque las críticas al delito de conducción con una determinada tasa de alcohol presentan algunos matices, según el autor que las formula, estas se han agrupado de tal forma que en el primer capítulo se describen tres de esas críticas, todas vinculadas: *el abandono del «Derecho penal tradicional»*; *el deterioro de la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo y la restricción a la labor interpretativa de los órganos jurisdiccionales*. Sin embargo, la exposición de esta problemática se ve flanqueada por dos temas. Por un lado, le precede un estudio sobre *la siniestralidad vial y la demanda social de seguridad en las carreteras como impulsoras de la reforma penal*, en el que se apela a datos estadísticos para tratar de determinar si existe una realidad objetiva, palpable, que sustente la ya citada cada vez mayor demanda colectiva de seguridad y, por otro lado, le sigue un análisis sobre *la evolución de la regulación penal de la conducción tras el consumo de alcohol*, a partir del cual se pretende demostrar la constante reducción de la tolerancia colectiva a ciertas conductas realizadas en el tráfico rodado.

Reconstruida la problemática, la investigación ingresa a una segunda fase, que incluye los capítulos segundo y tercero, en la que se agencia de todos los recursos teóricos que le permitirán luego esclarecer el problema planteado. Así, en el segundo capítulo, titulado *consideraciones generales sobre los delitos de peligro*, tras analizar los conceptos de *peligro* y de *peligro en el Derecho penal* y exponer brevemente la forma cómo opera el *juicio sobre la peligrosidad de la conducta*, la investigación se centra inicialmente en el estudio de los *delitos de peligro* (en general), su *distinción con los delitos de lesión* y su *clasificación*, para luego incidir, ahora sí, en el de los *delitos de peligro abstracto*. Llegado a este punto, se efectúa un *deslinde terminológico* de aquellos otros rótulos con los que frecuentemente se denomina los delitos

de peligro abstracto y, en esta línea, se resuelve la interrogante de si puede afirmarse la existencia de *delitos de peligro intermedios o mixtos*. Enseguida se exponen los *cuestionamientos a los delitos de peligro abstracto* —que, como se dijo, coinciden esencialmente con los que se formulan al delito de conducción con una determinada tasa de alcohol— haciéndose especial hincapié en los postulados de la *Escuela de Fráncfort*, corriente doctrinal que con mayor tenacidad se opone a dicha categoría delictiva. Por último, en el segundo capítulo se revisa aquello que otorga legitimidad a los delitos de peligro abstracto, *la lesividad potencial*, y se traza una *equiparación entre estos y los delitos imprudentes sin resultado*.

Como uno de los asuntos que desde siempre ha mantenido ocupada a la doctrina es el referido a la cuestión de qué protegen los delitos contra la seguridad vial, objeto de tutela al que mayoritariamente se atribuye un carácter colectivo, el tercer capítulo se ha consagrado al estudio del *bien jurídico-penal*. Así, luego de explicar el *concepto* de este y analizar su *relación con la norma constitucional*, la investigación se centra en el estudio de *los bienes jurídicos colectivos*. Como hasta aquí la tesis ha logrado ya agenciarse de los recursos que le permitirán dar una respuesta a la problemática planteada, el método que desde ahora se empieza a utilizar es de *carácter deductivo*, esto es, el bloque teórico esbozado anteriormente pasa a ser aplicado al caso concreto que se investiga. En este orden de ideas, aún en el tercer capítulo, se estudia el bien jurídico *seguridad vial*: su *concepto* y su *contenido*, pero se escudriña especialmente su *naturaleza jurídica* pues la conclusión a la que se arribe en este punto resultará de vital importancia porque coadyuvará a una mejor evaluación de la decisión del legislador de criminalizar la conducción con una determinada tasa de alcohol.

En el cuarto capítulo se aprecian aún más las deducciones hechas a partir de los conceptos teóricos formulados en los capítulos precedentes. Y es que en el cuarto capítulo se efectúa un *análisis de la conducta típica* de conducir con una determinada tasa de alcohol (segundo supuesto del art. 379 CP), análisis propio de la parte especial del Derecho penal. Ahora bien, aunque todos los elementos del comportamiento típico son importantes de cara a su peligrosidad, la investigación esta vez se centra, de forma especial, en el estudio de *los efectos del alcohol en la capacidad de conducir*, estudio cuya información no suele ser conocida por quienes nos dedicamos al Derecho penal. Y se centra en este punto porque la ciencia médica adquiere un rol importantísimo en la determinación del límite de alcohol a partir del cual se ha de tipificar la conducción tras su ingesta, pero también porque el incidir de modo especial en el aporte de los conocimientos médicos permite ya vislumbrar una de las principales contribuciones de esta investigación: reflexionar sobre el apoyo que el Derecho penal ha de buscar en la rama científica correspondiente al momento de tipificar una conducta. De ahí que, como ya se dijo, las conclusiones de este trabajo pueden aplicarse a otros

delitos cuyas técnicas de tipificación, a partir de lo que señalan las ciencias experimentales, objetivan el comportamiento mediante el establecimiento de límites que demarcan el inicio de la zona punible. Tras un estudio del *bien jurídico protegido* y de la *naturaleza jurídica* del delito previsto en el segundo supuesto del art. 379.2 CP, estudio breve dado que, una vez más, aquí no se hace sino aplicar los conceptos esbozados en capítulos anteriores, el cuarto capítulo culmina con un análisis, también corto, de los *sujetos activo y pasivo* de tal precepto.

El último capítulo, el quinto, constituye el *núcleo* de la presente investigación dado que en esta parte se analiza, ahora sí, si el delito de conducción con una determinada tasa de alcohol constituye una intervención penal legítima, esto es, respetuosa de los principios limitadores del *ius puniendi*, en concreto del principio de lesividad. Fijada, pues, al inicio de este capítulo, la existencia de una preocupación social por la siniestralidad vial, preocupación que exige, en todos los casos, una respuesta estatal, corresponde determinar si tal reacción debe ser político-criminal. No obstante, antes de ello la investigación analiza *la autonomía del legislador en la tipificación de los delitos*, epígrafe en el que se busca comprobar si el saber científico desempeña algún rol en la configuración de la política criminal, es decir, si cumple alguna función en los casos donde la materia a regular contiene elementos derivados de las ciencias experimentales. En este orden de ideas, a partir de lo que señalan la medicina, los principios de lesividad y de fragmentariedad y el principio de prohibición de infra-protección de bienes jurídicos, se propone un concreto límite de alcoholemia cuya superación debería llevar a entender la existencia de una conducción influenciada por el alcohol. De igual forma, dado que contienen argumentos que respaldan esta propuesta, se analizan también los debates parlamentarios de la LO 15/2007 y la jurisprudencia, aunque en el caso de esta más para criticar la propuesta legislativa de enmienda que, apelando a lo que los jueces han señalado sobre el tema, pretendía establecer un límite de alcohol mayor al que en esta investigación se propone.

Estructurada sobre la base de los límites de alcoholemia que aquí se consideran científicamente racionales para la configuración de los distintos ilícitos, penal y administrativo, el capítulo quinto alberga además una *propuesta* referida a la forma cómo se ha de tipificar la conducción tras la ingesta de alcohol, propuesta que logra un equilibrio entre los valores justicia y certeza del Derecho pues constituye una mezcla de los modelos de tipificación que considerados aisladamente realizan cada cual solo uno de esos valores. Del mismo modo, se efectúa un análisis de la *diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, haciéndose especial referencia, también a partir de los límites de alcohol planteados para cada ámbito, a la *distinción entre el delito y la infracción de conducir con una determinada tasa de alcohol*, tema cuyo estudio resulta ineludible si se tiene en cuenta que en el Derecho español coexisten ambos tipos de ilícitos.

Por último, se expone con detalle aquello que otorga legitimidad al delito de conducción con una determinada tasa de alcohol: su *peligrosidad ex ante*, exposición que toma como referencia el límite de alcoholemia propuesto. Y es que tomando en consideración que la propuesta formulada, respecto a lo que efectivamente prevé el segundo supuesto del art. 379 CP, solo difiere en el valor límite, se entiende que si resulta legítimo el delito de conducción con la tasa de alcoholemia planteada, entonces, desde la perspectiva de los principios limitadores de la intervención penal, con mayor razón lo será el delito de conducción con una tasa de alcohol superior, es decir, el delito efectivamente previsto, lo que no significa que este último constituya la medida legislativa más idónea, desde la perspectiva del principio de prohibición de infra-protección de bienes jurídicos, conforme se verá. La investigación termina con una suerte de control de constitucionalidad del delito analizado y, en esta línea, se proponen, según el perfil del delincuente, los tipos de penas que se consideran más proporcionadas para castigar la conducción con una determinada tasa de alcohol.

Aunque cada capítulo finaliza con unas conclusiones que pretenden sintetizar los principales temas que a lo largo de sus correspondientes páginas se han abordado, el capítulo final, no obstante tener también un apartado dedicado a esa síntesis, puede entenderse, en su totalidad, como un receptor de una serie de conclusiones. Y es que la metodología que aquí se emplea, al ser *descriptiva, inductiva y deductiva*, como ya se dijo, conlleva, pues, a que al capítulo final no le corresponda sino reunir las ideas que se deducen de los temas cuyo análisis ha sido realizado en capítulos precedentes.

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD VIAL: ¿MANIFESTACIÓN DE UN «MODERNO» DERECHO PENAL?

1. LA SINIESTRALIDAD VIAL Y LA DEMANDA SOCIAL DE SEGURIDAD EN LAS CARRETERAS COMO IMPULSORAS DE LA REFORMA PENAL

Para nadie es novedad que el Derecho penal actual se encuentra en expansión, esto es, una ampliación (continua) de sus contornos, entre cuyas causas se puede advertir con claridad lo que en doctrina se ha dado en llamar *punitivismo ciudadano o populismo punitivo*. De esta manera, la actual desviación del Derecho penal hacia un ordenamiento cada vez más inclusivo e intensivo halla uno de sus motivos en las exigencias ciudadanas orientadas en esa dirección. España constituye una clara muestra de esto pues, tanto a nivel legislativo como doctrinal, parece haber un consenso referido a que las reformas penales deben explicarse (cuando menos parcialmente) como producto de tales demandas. En este sentido, dado que toda actitud punitiva de los ciudadanos no es ilusoria o injustificada sino que tiene siempre un punto de partida indudablemente real, el fenómeno de constante criminalización solo se puede intentar comprender a partir de la consideración de la situación objetivamente existente en el ámbito de actividad correspondiente. Dicho de otra manera, como el atender al contexto en el que los ciudadanos interactúan permite un mejor entendimiento de las razones que fundamentan sus demandas¹, quien pretenda explicar de forma sensata la criminalización de la conducción con una determinada tasa de alcoholemia ha de cuidar de no omitir los datos que la realidad proporciona sobre el número de accidentes en carretera. En lo que sigue, pues, se hará referencia a esta información.

¹ Sobre el particular, puede verse SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 11 y ss.; Díez RIPOLLÉS, *La política criminal*, pp. 132 y ss.; *id.*, *RECPC* (7), 2005, p. 3; VARONA GÓMEZ, *InDret* (1), 2011, pp. 7, 12 y ss., e *id.*, *InDret* (1), 2009, pp. 4 y ss.

Ahora bien, antes de mencionar las cifras sobre la siniestralidad vial es oportuno precisar que en esta fase de la investigación solo se recurrirá a las estadísticas correspondientes a los años inmediatamente anteriores a la LO 15/2007, e inclusive al mismo año de su emisión, dado que lo que aquí se pretende es determinar la existencia, en esta información, de uno de los principales motivos que justificaron la reforma penal instaurada por la citada Ley Orgánica. A tal finalidad, y por simple lógica, las estadísticas sobre los accidentes en carretera deben pertenecer al periodo que precedió a la intervención legislativa.

En este orden de ideas, según la Dirección General de Tráfico (en adelante DGT), en aquella época, las cifras sobre la siniestralidad vial en España eran las siguientes²:

Año	Número de accidentes con víctimas	Fallecidos	Heridos graves	Heridos leves	Víctimas totales
2004	94.009	4.741	21.805	116.578	143.124
2005	91.187	4.442	21.859	110.950	137.251
2006	99.797	4.104	21.382	122.068	147.554
2007	100.508	3.823	19.295	123.226	146.344

De igual forma, en todas las estadísticas el consumo de alcohol aparecía —y sigue apareciendo!— como uno de los principales factores que concurren en la siniestralidad vial, siendo responsable, según investigaciones realizadas por la DGT, el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante INTCF) u otras instituciones, del 30 al 50 por 100 de los accidentes de tránsito con víctimas mortales³.

A partir de estas cifras se concluye que aunque los datos relativos a las víctimas mortales mostraban ya, antes de la reforma penal, una evolución decreciente⁴, el número total de accidentes de tráfico seguía siendo socialmente inaceptable⁵. Esto generó que, aunque en épocas anteriores la siniestrali-

² DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *Anuario 2004*, p. 11; *id.*, *Anuario 2005*, p. 11; *id.*, *Anuario 2006*, p. 11; *id.*, *Anuario 2007*, p. 11; *id.*, *Las principales cifras 2004*, pp. 7 y ss.; *id.*, *Las principales cifras 2005*, p. 4; *id.*, *Las principales cifras 2006*, p. 4, e *id.*, *Las principales cifras 2007*, p. 7.

³ DIRECCIÓN GENERAL DE TRÁFICO, *RTSV (100)*, 1994, pp. 16-19; *id.*, *RTSV (122)*, 1997, pp. 14-20; *id.*, *RTSV (134)*, 1999, pp. 14-21; *id.*, *RTSV (143)*, 2000, p. 24; *id.*, *RTSV (158)*, 2003, p. 20; *id.*, *RTSV (178)*, 2006, p. 44; INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA Y CIENCIAS FORENSES, *Memoria 2004*, pp. 21 y ss. y 39; *id.*, *Memoria 2005-2006*, pp. 20, 26 y ss. y 31, e *id.*, *Memoria 2007*, pp. 29 y ss. y 35. Véase también, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *Protección penal*, p. 47; VILLALBA CARRASQUILLA, *Seguridad vial*, p. 328, y VALENTÍN CENTENO, *Prevención y control*, pp. 67-70.

⁴ También véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *ICADE (74)*, 2008, p. 310.

⁵ En este sentido, MORILLAS CUEVA, *Delincuencia en materia de tráfico*, p. 410. Sobre el particular, SOLA RECHE, *RGDP (10)*, 2008, pp. 2 y 31, considera que el objetivo de reducir el número

dad vial era mayor, en los últimos años se haya transitado de una *resignación* colectiva ante ella a una actitud de *tolerancia cero* hacia los infractores de las normas del tráfico rodado⁶. De ahí que en esta disminución de la tolerancia hacia la inseguridad pueda encontrarse una explicación al fenómeno de la administrativización o expansión del Derecho penal, propio de la actual *sociedad del riesgo*⁷, lo que no significa que esa sensación de inseguridad se corresponda necesariamente con la real gravedad de los riesgos⁸, en tanto es posible que la sociedad no experimente temor por hechos realmente peligrosos pero sí por los sustancialmente inocuos. Asimismo, en coherencia con el carácter dinámico de la sociedad, es posible que actividades desplegadas durante mucho tiempo pasen a ser —de un momento a otro— intolerables para el mismo colectivo que antes las aceptaba⁹.

Esto último es lo que ha sucedido con el tráfico rodado. La reforma penal instaurada por la LO 15/2007 responde a un cambio de mentalidad en la colectividad respecto a la gravedad de las infracciones de tráfico¹⁰. La sociedad española (también la alemana)¹¹, hasta hace algunos años, casualmente durante aquellos en que los índices de siniestralidad vial eran mayores, no percibía a esta como un grave problema social (bien porque no se lo planteó autónomamente, bien porque los medios de comunicación o los políticos

inaceptable de accidentes nos debe llevar a respaldar la reforma. De parecer contrario son SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *RDUNED* (3), 2008, p. 44, quienes a partir de estos datos objetivos sobre la disminución en los últimos años de los delitos contra la seguridad del tráfico, deducen que no era necesaria su reforma, o por lo menos la agravación de las penas en los delitos cuya tendencia era a la baja. Refiriéndose al proceso de sobrecriminalización en general, HUSAK, *Sobrecriminalización*, pp. 45 y ss., señala que si bien muchas personas no legas consideran que existe un vínculo causal entre el aumento del uso del castigo y la disminución del delito, esa medida solo explica una pequeña porción de esta consecuencia ya que esta ha tenido lugar inclusive en países que no han incrementado el recurso al Derecho penal.

⁶ Véanse GARCÍA ALBERO, *RECPC* (9), 2007, p. 2; DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal*, pp. 23 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, *Aspectos procesales*, p. 13, y CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 51 y nota 75. De igual opinión parece ser NAVARRO CARDOSO, *Serta*, p. 1326, cuando destaca la inexistencia en la sociedad actual de «nuevos riesgos». En este sentido, SCHÜNEMANN, *ADPCP* (1), 1996, pp. 198 y ss., y WOHLERS, *Präventionsstrafrechts*, p. 39, mencionan una serie de nuevos elementos característicos de la sociedad actual que justifican la transformación del Derecho penal.

⁷ Respecto a la percepción social de la violencia y a la actitud social frente a ella, HASSEMER, *Crítica*, pp. 49-52.

⁸ Comparten esta idea, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 26 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, *La política criminal*, p. 133, e *id.*, *RECPC* (7), 2005, p. 4.

⁹ Véase MIRÓ LLINARES, *InDret* (3), 2009, p. 7, e *id.*, *Delitos e infracciones*, p. 150.

¹⁰ En este sentido, el fiscal adscrito al fiscal de Sala Coordinador de Seguridad vial destaca también la mayor conciencia vial que en la actualidad hay en la ciudadanía y el abandono por parte de esta de la consideración de los delitos de tráfico como delincuencia menor. Véase el íntegro de la entrevista en CONSEJO GENERAL DE LA PSICOLOGÍA DE ESPAÑA, *Infocop* (63), 2013, pp. 34 y ss.

¹¹ Sobre el particular, SCHÖCH, *NStZ* (1), 1991, pp. 11 y ss., señala que aunque en los años sesenta la conducción en estado de ebriedad era considerada un «delito de caballeros» (*Kavaliersdelikt*), hoy, al haberse producido un cambio de actitud, registra una clara desaprobación social.