



**FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO**

## Circulares

### DOCUMENTO ANALIZADO

CIRCULAR 10/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

-Delitos contra la seguridad vial de los artículos 379-385 ter del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en la redacción dada por la última reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

-Infracciones de homicidio y lesiones imprudentes en el tráfico viario de los artículos 142, 152 y 621 del Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en su redacción originaria en cuanto al artículo 142 y en la redacción dada por la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en cuanto a los artículos 152 y 621

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

-Ley 6/2014, de 7 de abril, por la que se modifica el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante LSV) aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en cuanto da nueva redacción al artículo 12 del Texto Articulado en materia de "Bebidas alcohólicas y drogas"

### AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

### EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Los criterios de la Circular analizada se mantienen íntegramente vigentes, no habiendo sido afectados por

jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional posterior. Ahora bien, teniendo en cuenta que la Circular se refiere a los controles de alcoholemia y drogas –éstos últimos conforme a la regulación contenida en el artículo 796.1.7ª de la LECR- y que la Ley 6/2014 introduce una nueva regulación de los mismos en el artículo 12 LSV que no coincide estrictamente con la regulada en el artículo 796.1.7ª de la LECR, conviene hacer las siguientes precisiones conforme a lo acordado en la Conclusión 8ª de las Jornadas de Fiscales Especialistas en Seguridad Vial del año 2014 refrendada por el FGE para un adecuado entendimiento de la Circular analizada en esta materia. Con ellas queda aclarada y matizada la Conclusión 11ª de esta última :

**A.- La exención prevista en el actual art. 12.1 LSV de que las sustancias “se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica” carece de relevancia jurídico-penal en el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas y estupefacientes y sustancias sicotrópicas del art 379.2 CP.**

El actual art. 12.1 párrafo 2 LSV excluye de la infracción administrativa, como causa de atipicidad en el ámbito sancionador-administrativo, a las sustancias “que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica” en relación con la prohibición de esta norma que reza en la primera parte de la frase “... tampoco podrán circular por las vías objetos de esta ley los conductores con presencia de drogas en el organismo de las que quedarán excluidas ..”. El precepto utiliza la expresión drogas sin mayores precisiones, por lo que es necesario realizar la puntualización que sigue. En los casos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas del art. 379.2, la exención carece de relevancia jurídico-penal si se tiene en cuenta que el propio art. 12.1 establece como presupuesto “siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 9”. El requisito se incumplirá en todos los casos porque el tipo se estructura sobre la base de una influencia constatada en la conducción y en tal caso el sujeto “no está en condiciones de utilizar el vehículo ..” en los términos reseñados.

**B.- La nueva regulación del art. 12 LSV no deroga las exigencias específicas del art. 796.1.7ª LECR en relación con la necesidad de formación específica de los agentes y de laboratorio homologado para la práctica de la analítica confirmatoria, que seguirán siendo de aplicación en el proceso penal. Igual cabe decir de la doble obligación de someterse al test indiciario salival y, en caso de resultado positivo o presencia de signos, facilitar saliva en cantidad suficiente, de suerte que el incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones seguirá constituyendo delito del art. 383 CP, en consonancia con los criterios mantenidos en la Circular 10/2011 FGE. Desde que se inicia el control para la detección de drogas han de aplicarse íntegramente las prescripciones del precepto citado que es de preferente aplicación sobre el art. 12 LSV.**

El nuevo art. 12.2 LSV prevé que las pruebas se practicarán por agentes encargados de la vigilancia del tráfico, omitiendo la previsión del art. 796.1.7ª LECR de que tales agentes ostenten formación específica en la detección de signos externos de consumo de drogas conforme al modelo DRE (*Drugs Recognition Expert*) del derecho comparado. Asimismo, la nueva redacción del art. 12.3 LSV, en cuanto al contenido, dice que consistirá en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente, sin recoger las especificaciones del art. 796.1.7ª LECR en el sentido de que el primer test salival tiene carácter indiciario y que el posterior análisis, de carácter confirmatorio, ha de efectuarse en laboratorio homologado, ni los supuestos en que surge la obligación de facilitar la segunda muestra salival, que la LECR concreta en el resultado positivo del test indiciario o en la presencia de signos externos de consumo. En parecidos términos se expresa la propuesta de reforma del RGCir, que tampoco se refiere a la formación específica de los agentes y habla de los laboratorios homologados de forma tangencial.

A la vista de lo expuesto se plantea la duda de si, a efectos jurídico-penales, ha desaparecido la necesidad de la formación específica de los agentes y el requisito de que la analítica confirmatoria se practique en laboratorio homologado. La respuesta ha de ser negativa: por una parte, desde el plano de la competencia y jerarquía normativa, el art. 796.1.7ª LECR tiene rango de Ley Orgánica y por tanto no puede ser modificado o derogado por Ley Ordinaria como lo es la Ley 6/2014; por otra parte, ambos preceptos se mueven en planos distintos, la LECR en el ámbito del procedimiento penal mientras que la LSV en el marco del procedimiento administrativo y sancionador-administrativo, pero esta última debe respetar la ordenación normativa de la primera por las razones que expondremos. Así las cosas, aunque el art. 796.1.7ª LECR contiene una remisión específica a las normas de seguridad vial, contempla adicionales exigencias –formación específica y laboratorios homologados- que seguirán siendo de aplicación en el proceso penal. Igual cabe decir de la doble obligación de someterse al test indiciario salival y, en caso de resultado positivo o presencia de signos, facilitar saliva en cantidad suficiente, por lo que el incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones seguirá constituyendo delito del art. 383 CP, en consonancia con los criterios mantenidos en la Circular 10/2011 FGE.

La propuesta de reforma del RGCir. en el art. 28.4 del texto proyectado viene a decir que “si el agente encargado de la realización de las pruebas estima que puede existir influencia de drogas en la conducción, adecuará el procedimiento de actuación a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. La exégesis de una distinta regulación de los controles en el procedimiento penal y en el administrativo puede conducir a la despenalización *de facto* de conductas merecedoras de sanción penal y a una injustificada derivación de los hechos a la vía administrativa. En efecto, los controles preventivos organizados por agentes sin formación específica suponen que ante la aparición de indicios de delito debe recabarse a efectos de instruir atestado la participación de los que la posean en los términos del art. 796.1.7ª LECR, con las dificultades prácticas consiguientes y la tendencia *de facto* a la denuncia administrativa frente a la sanción penal. También puede suceder que en caso de accidente con resultados lesivos o fallecimiento, el agente instructor sin la cualificación referida entienda que no existe influencia de drogas en la conducción a pesar del resultado positivo del test indiciario e instruya el atestado sólo por el delito de resultado, de suerte que el análisis confirmatorio no se lleve a cabo por laboratorio homologado, en aplicación estricta de la nueva normativa. La consecuencia sería que, si emergieran indicios de la influencia típica o los existentes fueran valorados de forma distinta en sede judicial, la analítica de laboratorio homologado tendría que practicarse ya en el seno del procedimiento penal, con las consiguientes dificultades de orden práctico para el nuevo análisis de una muestra ya analizada y posiblemente consumida en el primero.

Al margen de lo anterior, la regulación de las pruebas de detección de drogas, a diferencia de las de alcoholemia, la lleva a cabo la LECR que como razonamos es de preferente aplicación sobre la LSV. Aun cuando se remite a los preceptos de esta última, lo hace después de regular determinados aspectos e imponer exigencias como las que venimos comentando. Las pruebas o controles de detección de drogas, según se deduce del texto del art. 796.1.7ª y de la realidad de las cosas son como las de alcoholemia, únicas. No hay unas “administrativas” y otras “penales”. La regulación jurídica de ellas, por tanto ha de ser unitaria. No cabe imponer unos requisitos al inicio y otros en la continuación según se detecten indicios de infracción administrativa o penal. Desde el momento en que se somete al afectado a la obligación, impuesta por el art. 796.1.7ª LECR, único texto legal legitimado constitucionalmente para imponer tal sometimiento de cuya negativa se deriva infracción penal, de facilitar saliva para el test, son de aplicación todas sus prescripciones. Tanto la formación específica como la homologación del laboratorio son garantías añadidas en el contexto de una regulación que se hace por ley orgánica en función de la naturaleza constitucional de la materia como se deduce de los debates parlamentarios de la Reforma del CP de 2010 en que se introdujo.

**C.- Debe reconocerse la vigencia de la conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2012 en los supuestos del actual art. 21.a/, b/ y c/ RGCir. (accidente, síntomas evidentes o conducción irregular, e infracción de normas), con exclusión del art. 21.d/ RGCir. (programas de controles preventivos), la presencia de signos externos y evidentes de consumo que constituyan base indiciaria suficiente de comisión de un delito del art. 379.2 CP cumplen el requisito de las “razones justificadas” a que alude el actual art.12.3 –segundo párrafo- LSV para que, ante la carencia de dispositivos de detección salival *in situ*, se acuda a la medida subsidiaria y con cobertura legal de los reconocimientos médicos y, en su caso, análisis clínicos.**

El actual art. 12.3 -segundo párrafo- LSV prevé que “cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas, se podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados”. Es decir, que el nuevo precepto configura los reconocimientos médicos y análisis clínicos como prueba de carácter subsidiario cuando concurren razones justificadas que impidan la práctica del test salival.

El precepto supone una nueva cobertura normativa, ya con rango de ley y no sólo de carácter reglamentario, para los reconocimientos médicos y análisis clínicos previstos en el hasta ahora vigente art. 28 RGCir.: La norma se refiere también a los controles de alcohol, estableciendo una regulación unitaria.

Ahora bien, la nueva normativa no especifica en qué consisten esas razones justificadas que dan cobertura al reconocimiento médico y análisis clínicos obligatorios. Se limita a decir que en tales casos “se podrá ordenar” el reconocimiento o los análisis, sin que tampoco concrete de quién puede emanar la orden, aunque en principio está aludiendo a los propios sujetos activos de los controles, es decir, a los agentes encargados de la vigilancia del tráfico.

Es más precisa la propuesta de reforma del RGCir., al menos en lo relativo a qué se entiende por “razones justificadas”. Así, el proyectado art. 28.2 –segundo párrafo- , además de señalar la preferencia del análisis de sangre, dice igualmente que “se podrá ordenar” el reconocimiento o los análisis “cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, o cuando concorra otra causa excepcional debidamente justificada que impida la realización de las mismas”. Similar previsión contiene el proyectado art. 22.2 para las pruebas de detección de alcohol.

Es claro, por tanto, que se podrá acudir a los reconocimientos médicos y análisis clínicos por razones médicas justificadas (caso de heridos en accidente o supuestos de enfermedades) que impidan la práctica de la prueba de detección de drogas en saliva (o de alcohol en aire espirado). Ahora bien, sentado lo anterior, se plantea la cuestión de si, además de en esos supuestos, mantiene su vigencia y justificación la Conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2012 y se puede acudir a los reconocimientos médicos y análisis clínicos en caso de carencia de dispositivos indiciarios de detección de drogas *in situ*. La respuesta ha de ser afirmativa por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la citada Conclusión 1ª de las Jornadas 2012 establecía la complementariedad del art. 28 RGCir. respecto del 796.1.7ª LECR, que se puede seguir predicando en cuanto al actual art. 12.3 –segundo párrafo- LSV, de mayor rango normativo que la regulación reglamentaria y al que se remite la LECR al prever que las pruebas de detección de drogas se sujetarán “a lo previsto en las normas de seguridad vial”.

En segundo lugar, la Conclusión 1ª es extremadamente restrictiva, en cuanto sólo permite el acceso a los reconocimientos médicos y análisis clínicos en los supuestos del actual art. 21.a/, b/ y c/ RGCir. (accidente, síntomas

evidentes o conducción irregular, e infracción de normas), mas no para la organización de programas de controles preventivos del art. 21.d/ RGCir, y siempre con el requisito inexcusable de la presencia de signos externos y evidentes de consumo. Con tales premisas se cumpliría el requisito de las “razones justificadas” a que alude el actual art.12.3 –segundo párrafo- LSV, pues lo serían en tales casos la presencia inequívoca de signos externos de consumo que se manifiestan en accidente, infracción normativa o conducción irregular, con la concurrencia, por tanto, de indicios de delito del art. 379.2 CP. En estos supuestos la carencia de dispositivos de detección salival *in situ* no puede suponer la renuncia al fin constitucionalmente legítimo de perseguir el delito indiciariamente cometido y adoptar medidas cautelares de inmovilización para evitar riesgos a terceros. En definitiva, en estos casos las razones justificadas vendrían dadas por la existencia de indicios delictivos que, como causa suficiente, permiten acudir a la medida subsidiaria y con cobertura legal de los reconocimientos médicos y, en su caso, análisis clínicos ante la ausencia de otros medios materiales –dispositivos indiciarios de detección- para perseguir el delito y prevenir riesgos a terceros.

Se cumpliría en estos casos el juicio de proporcionalidad como lo entiende la doctrina constitucional, en cuanto la medida sería idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo consistente en el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal. La medida es idónea (apta, adecuada) para alcanzar ese fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, es decir, que sirve objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal. Es necesaria a tal fin, esto es, que no existen otras medidas menos gravosas que sean igualmente aptas para conseguir dicho fin y es proporcionada en sentido estricto en cuanto no resulta desmedida en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

Lo dicho es claro por lo que al reconocimiento médico se refiere al ser prueba superficial, no invasiva y que no implica intervención corporal alguna. Y lo mismo cabría decir de los análisis clínicos, aunque en este caso, al tratarse de intervenciones corporales y por aplicación de la doctrina constitucional contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, 234/1997, 25/2005 y 206/2007, se requeriría autorización judicial al afectar al derecho a la integridad física o intimidad corporal en el caso de análisis o extracciones a sujetos conscientes que no consienten o al derecho a la intimidad personal en el caso de incorporación al proceso de los resultados de los análisis efectuados con fines terapéuticos a heridos inconscientes.

**D.- Dada la remisión expresa del propio art. 796.1.7ª LECR a las normas de seguridad vial, se ha de interpretar que el art. 12.5 complementa en materia de prueba de contraste a aquél precepto y que también en el ámbito del proceso penal ésta consistirá preferentemente en análisis de sangre salvo causas excepcionales debidamente justificadas.**

La nueva redacción del art. 12.5 LSV regula la prueba de contraste a solicitud del interesado, tanto en el caso de drogas como en el de alcohol, previendo la novedad de que la misma consistirá “preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas”, superando la anterior regulación contenida en el ya derogado art. 12.2 LSV y en los arts. 23.3 (alcohol) y 28.a/ (drogas) actualmente vigentes del RGCir. que hablaban de análisis de sangre, orina u otros análogos. La previsión tiene fundamento en el estado actual del conocimiento científico, por la diferente ventana de detección de tóxicos en sangre y fluido oral, por una parte, y orina y otros fluidos o vestigios corporales por otra, de suerte que sólo las dos primeras matrices, sangre y fluido oral, permiten inferir un consumo reciente del tóxico. Es acorde asimismo con estas ideas y con la nueva regulación de la LSV la propuesta de reforma del RGCir., que establece la preferencia del análisis de sangre para la prueba de contraste en los proyectados arts. 22.1 y 28.3.

La nueva regulación del art. 12.5 LSV parece entrar en contradicción con la contenida en el art. 796.1.7ª LECR cuando dispone que “todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas”. Ahora bien, la contradicción es sólo aparente por cuanto de la interpretación literal de este último precepto se infiere que el derecho del conductor es a solicitar la prueba de contraste (“podrá solicitar prueba de contraste”) pero no a elegir la matriz concreta en que ésta ha de practicarse. Por ello, dada la remisión expresa del propio art. 796.1.7ª a las normas de seguridad vial, el art. 12.5 LSV complementa en esta materia a aquél precepto y la prueba de contraste en el ámbito del proceso penal también deberá consistir preferentemente en análisis de sangre salvo causas excepcionales debidamente justificadas.

**FICHA ELABORADA POR: SEGURIDAD VIAL. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.**

---

## **TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA:**

### **CIRCULAR 10/2011 SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL.**

SUMARIO I. CONTEXTO EUROPEO E INTERNACIONAL DE LA DELINCUENCIA VIAL II. LAS REFORMAS PENALES OPERADAS POR LO 15/2007 Y 5/2010. SIGNIFICACION DE LA INTERVENCION PENAL EN EL TRÁFICO VIARIO. EL PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA. III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL IV. EL DELITO DE EXCESO DE VELOCIDAD PUNIBLE DEL ART. 379.1 CP IV.1. Situación anterior. Antecedentes legislativos y datos científicos. La legislación de complemento IV.2. Vías urbanas e interurbanas IV.3. Elemento normativo del tipo. Conducción con excesos de velocidad. Velocidad permitida reglamentariamente IV.4. Normativa sobre señalización IV.5. Elementos probatorios. Márgenes de error de los radares V. EL DELITO DE CONDUCCION BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS. LA TASA OBJETIVADA DEL ART. 379.2 CP V.1. Antecedentes. Derecho Comparado V.2. Naturaleza jurídica. Peligro abstracto V.3. La tasa objetivada en una de las dos pruebas V.4. Márgenes de error. Redacción de atestados VI. EL DELITO DE CONDUCCION TEMERARIA DEL ART. 380 CP. EL NUEVO SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ART. 380.2 CP VII. LA CONDUCCION CON MANIFIESTO DESPRECIO A LA VIDA DE LOS DEMÁS DEL ART. 381 CP VIII. LA NUEVA REGLA CONCURSAL DEL ART. 382 CP VI11.1. Las modificaciones introducidas en la norma concursal por la LO 15/2007. Naturaleza del concurso VIII.2. Delitos de peligro y de resultado que entran en situación de concurso VI11.3. Relación de causalidad. Imputación objetiva VIII.4. Pluralidad de homicidios y lesiones imprudentes VIII.5. Criterios de determinación de la infracción más grave VIII.6. Responsabilidad civil VIII.7. La supresión del libre arbitrio. Otras cuestiones IX. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS PARA LA DETECCION DE BEBIDAS ALCOHOLICAS Y DROGAS TOXICAS DEL ART. 383 CP. LOS CONTROLES DE DROGAS DEL ART. 796.7 LECRIM IX.1. El bien jurídico protegido IX.2. Conductas típicas IX.3. La negativa a someterse a los controles de drogas del artículo 796.7 LECr X. EL DELITO DE CONDUCCION TRAS LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL PERMISO POR PÉRDIDA TOTAL DE PUNTOS (ART. 384 inciso 1) XI. EL DELITO DE CONDUCCION HABIENDO SIDO PRIVADO CAUTELAR O DEFINITIVAMENTE EN VIA JUDICIAL DEL DERECHO A CONDUCIR DEL ART. 384.2 CP

XI.1. Privación definitiva o cautelar XI.2. Momento de ejecución del delito XI.3. Las retiradas inmediatas del permiso de conducir tras la sentencia de conformidad en el Juzgado de Guardia. XII. EL DELITO DE CONDUCCION SIN HABER OBTENIDO NUNCA PERMISO O LICENCIA DEL ART. 384 ULTIMO INCISO CP XII.1. Los supuestos de pérdida de vigencia y permisos extranjeros XII.2. Conducción con permiso distinto al exigido por la categoría del vehículo XI.3. La obtención del permiso en el proceso. Resultado de daño XII.4. Motos de competición, minimotos o minibikes XII.5. Participación XIII. LA NUEVA REDACCION DEL TIPO DE CREACION DE GRAVE RIESGO PARA LA CIRCULACION DEL ART. 385.1 CP XIV. LA PREVISIÓN PENOLÓGICA DEL ART 47.3 CP. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 13ª DE LA LSV XIV.1.Las condenas a penas de privación del derecho a conducir inferiores a 2 años XIV.2. Sentencia y ejecución. Examen del ad 47.3. CP. Fundamento XIV.3. Cómputo. La suma de las penas impuestas. Otros supuestos XV. LOS CONCURSOS DE DELITOS Y LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA XV.1. Concursos XV.2. La agravante de reincidencia XVI. LA APLICACIÓN DEL COMISO EN LOS DELITOS VIALES. EL NUEVO ART 385 BIS CP XVII. Criterios XVI.2. La titularidad del vehículo. Los terceros de buena fe XVI.3. La intervención policial del vehículo XVII. LA REFORMA DE LA LO 5/2010. NUEVAS PREVISIONES PENOLÓGICAS EN LOS ARTS. 379, 384 Y 385 TER CP. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD XV11.1. Modificaciones penológicas. XVII.2. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad XVIII. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE LESIONES Y HOMICIDIO IMPRUDENTE EN EL TRÁFICO VIARIO Y LA FALTA DEL ART 621 DEL CÓDIGO PENAL. VIGENCIA DE LA INSTRUCCIÓN 3/2006 FGE XIX. EL RESARCIMIENTO A LAS VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO. EL BAREMO DE SEGURO OBLIGATORIO XIX.1.Introducción XIX.2. Elemento temporal: cuantificar las indemnizaciones conforme a la fecha del siniestro o de la determinación judicial XIX.3. Elemento personal: los perjudicados tabulares y extratabulares en caso de muerte XIX.4. Las víctimas secundarias XIX.5. Elemento material: el principio de reparación íntegra. Los daños y perjuicios resarcibles XX. CONCLUSIONES

## **I. CONTEXTO EUROPEO E INTERNACIONAL DE LA DELINCUENCIA VIAL**

En la 1ª Conferencia Interministerial Mundial auspiciada por Naciones Unidas sobre seguridad vial celebrada en Moscú los días 19 y 20 noviembre de 2009, bajo el lema "*Es hora de actuar*", se barajó una cifra anual de víctimas de la circulación de 1.200.000 muertos y 50 millones de heridos, calificada como verdadera pandemia, como catástrofe evitable para nuestro planeta a diferencia de las provocadas por fuerzas naturales y traducida en un coste del 1'5% del PIB. Tras la constatación de que la siniestralidad vial es la primera causa de mortalidad en la población de entre cinco y veinte años y que se hallará entre las primeras en 2020 de no adoptarse urgentes medidas, bajo el amparo del máximo organismo internacional fue diseñada la Estrategia de Seguridad Vial 2010 -2020, basada en medidas preventivas y sancionadoras.

El Libro Blanco COM (2001) 37, presentado el 12 de septiembre de 2001 propuso el objetivo en la UE de reducir a la mitad el número de muertes para el 2010, que en esa fecha era de 50.000. Las medidas idóneas para lograrlo se desarrollaron en el Programa de Acción Europeo derivado de la COM (2003) 311 (educación y formación continua de conductores particulares y profesionales, progresos tecnológicos de los automóviles en seguridad activa y pasiva, mejora de las infraestructuras viarias con especial atención a los llamados "puntos

negros" (TAC tras la Directiva 2008/96/CE) y primeros auxilios y asistencia a las víctimas. La Recomendación 2004/345/CE insistió en la necesidad de sanciones disuasorias y rehabilitadoras como instrumento indispensable junto a los anteriores.

La reciente Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo "*Hacia un espacio europeo de seguridad vial: orientaciones políticas sobre seguridad vial 2010-2020*" y el nuevo Libro Blanco de 28 de marzo de 2011, tras reconocer que el número de muertos en la década superó los 35.000 anuales frente a los 25.000 planteados, renueva el objetivo de reducción al 50% para 2020 con la intención de aproximarse a la tasa cero en 2050. Con el mismo objetivo en la Directiva 2011/82 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 y en la Propuesta de Directiva sobre persecución transfronteriza e infracciones de tráfico (Posición del Consejo pendiente de publicación) y en otros textos, se insiste en las medidas antes apuntadas, resaltando la necesidad de protección de colectivos vulnerables y la armonización de las legislaciones en el ámbito sancionador.

En nuestro país, a partir del Libro Blanco de 2001 se redoblaron los esfuerzos normativos, políticos y de gestión en el llamado por los expertos triángulo conductor-vehículo-vía público, para unirse con mayor decisión a la estrategia europea a que se ha hecho referencia. La armonización con su legislación preventiva se extendió a partir de esta fecha y buena prueba de ello son la Directiva citada sobre infraestructuras, sin duda hito histórico-normativo en la UE transpuesta por RD 415/2011 de 11 de marzo y la Directiva 2006/126/CE sobre permiso de conducir, asimismo transpuesta en el Reglamento de Conductores (en adelante, RGCon) aprobado por RD 818/2009 de 8 de mayo.

Las iniciativas propias desplegadas en distintos sectores de intervención se plasmaron en el Plan Estratégico de Seguridad Vial 2006-2010, recientemente sustituido por el Plan Estratégico 2011-2020 aprobado en Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2011, de conformidad con las exigencias europeas. En el ámbito sancionador administrativo es preciso hacer referencia a la introducción del llamado "carnet por puntos" a través de la ley 17/2005 de 19 de julio, cuyo régimen ha sido modificado por la Ley 18/2009 de 23 de noviembre.

La consecuencia directa de los compromisos asumidos por nuestro país ha sido la drástica reducción de las cifras de siniestralidad. Desde 2003 la estadística arroja una relevante disminución de los fallecidos y heridos graves. De 5399 muertos y 26.305 heridos graves en 2003, a los 2478 muertos y 11.995 heridos graves respectivamente de 2010. En el cómputo europeo de muertos por millón de habitante, módulo utilizado en la UE, se ha pasado de los 126 en el año 2003 a los 54 del año 2010, siendo la media de la UE de 69. España en la década 2001-2010 ha cumplido con el objetivo de reducción al 50% marcada en 2001. Sin embargo, el número de víctimas todavía es demasiado elevado y no caben, por tanto, lecturas triunfalistas sino nuevos empeños.

En síntesis, hay consenso acerca de que la disminución del número de tragedias personales escondidas entre los grandes números depende del mayor o menor desarrollo de las respuestas educativas y preventivas así como de la aplicación de sanciones, según demuestran los datos estadísticos.

Las normas penales han de enmarcarse en este contexto. En este sentido, es recomendable para los operadores jurídicos y para los Sres. Fiscales en particular, el estudio de la legislación vial comunitaria y de los documentos, programas e investigaciones científicas sobre esta materia.



## **II. LAS REFORMAS PENALES OPERADAS POR LO 15/2007 Y 5/2010. SIGNIFICACION DE LA INTERVENCION PENAL EN EL TRÁFICO VIARIO. EL PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA**

La moderna progresión científica y tecnológica ha generado mayor bienestar y simultáneamente ha dado lugar a sociedades de riesgo o, para ser precisos en términos generalizados en la doctrina penal, a ámbitos riesgosos sobre los que se proyecta la intervención del derecho penal. Las tensiones se producen entre la necesaria protección que las normas penales han de otorgar a los bienes jurídicos fundamentales y la necesaria asunción de riesgos inevitablemente unidos a mejoras que hacen avanzar a las sociedades.

Es también comúnmente aceptada por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo la tesis de la imputación objetiva (por todas, SSTs 29 de mayo de 1998, 4 de marzo de 2005, 26 de octubre de 2005, 8 de octubre de 2010 y 2 de noviembre de 2010). En ella la teoría o perspectiva del incremento del riesgo lleva a la consideración de que la norma penal debe interpretarse sobre la idea de riesgo tolerable, siendo el plus de riesgo intolerable el que motiva su aplicación. Asimismo, desde la perspectiva del fin de protección de la norma, se depura el concepto penal de riesgo jurídicamente desaprobado unido al tipo de injusto. Desde estos planteamientos aplicados al tráfico viario viene reclamándose el reforzamiento de la tutela penal de los bienes jurídicos fundamentales, vida e integridad física

Estos razonamientos se hallan en el trasfondo no solo jurídico-penal sino también cultural, del compromiso asumido por el Ministerio Fiscal de promover una respuesta penal eficaz ante la delincuencia que se tradujo en la dedicación a esta materia de un capítulo en la Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado, en la Instrucción nº 3/2006 y en la Consulta nº 1/2006. La Instrucción ponía de relieve el fenómeno de privatización de las infracciones penales de tráfico y subrayaba la necesidad de que el derecho penal cumpla su papel de protector de la vida e integridad física en el tráfico viario. Para que, se decía, "... pueda tener el poder coercitivo y la capacidad de imposición y respaldo de valores sociales que está llamado a producir.."

Las actuaciones del Ministerio Fiscal estuvieron en la génesis de las nuevas respuestas penales que se analizan en esta Circular. En realidad, en la ausencia de una respuesta penal proporcionada y disuasoria reclamada por la Instrucción subyacía un déficit de intervención penal basado en una inversión valorativa, al no otorgarse la tutela adecuada a los relevantes bienes jurídicos protegidos en el tráfico viario frente a otros ámbitos de riesgo en que sí gozaban de ella. Se abordan las últimas reformas penales operadas por LO 15/2007 y 5/2010.

La reforma de la LO 15/2007 de 30 de noviembre introduce importantes innovaciones en el régimen penal del tráfico. Surge de una Proposición de Ley suscrita por todos los grupos parlamentarios acordando seguir el procedimiento especial y urgente para desgajar esta regulación del Proyecto general de Reforma del CP enviado al Congreso el 15-12-2006 y que no logró culminar su andadura en el Parlamento. La Proposición estaba acompañada con los profundos compromisos institucionales y de la sociedad civil en materia de educación y prevención a que se ha hecho referencia.

La reforma aprobada implica una elevación de la respuesta penal y se traduce en nuevas incriminaciones como las de los art. 379.1 CP (exceso de velocidad punible) y 384 inciso 1 y 3 CP (conducción con pérdida de la

vigencia del permiso o licencia por pérdida de puntos o sin haberlos obtenido); en la ampliación o remodelación de los tipos penales existentes (arts. 379.2, 383, 384 inciso 2 y 385.1 CP) y en previsiones penológicas de mayor rigor (arts. 47, 381, 382 y 384 inciso 2 CP).

La nueva respuesta penal era coincidente, en lo esencial, con las que se venían produciendo en el ámbito de la UE, desde las singularidades de la cultura jurídica y realidades de cada país. Asimismo, vino a completar en el ámbito sancionador general, la ley reguladora del llamado carnet por puntos con repercusión en el Art. 384 CP.

La aplicación de las nuevas normas penales ha alcanzado altas cotas de eficacia procesal gracias al esfuerzo de las Policías de Tráfico, Autoridades de tráfico, Fiscales y Jueces. Los procedimientos incoados por los tipos de nueva creación o remodelados han significado el 40% de las Diligencias Urgentes tramitadas en todo el territorio nacional. Asimismo representa cerca de una tercera parte de los escritos de acusación que formula el Ministerio Fiscal, impulsando la vía de la conformidad traducida en sentencias de condena en más del 80% de los casos sin dejar de velar por los requisitos de aquella (art. 787 LECr) y las garantías del imputado (art 773.1 LECr). No puede olvidarse que la reforma ha propiciado un proceso de acatamiento a las normas y reinserción del condenado con pronto cumplimiento de la pena. El número de condenas por delitos contra la seguridad vial dictadas desde el 2 de diciembre de 2007, fecha de la entrada en vigor supera con mucho las 200.000.

Todo ello ha supuesto una respuesta diaria, silenciosa y proporcionada de la ley penal que sin duda ha colaborado en la formación de la conciencia ciudadana de seguridad vial, en el respeto solidario a las normas. Las mayores reducciones de siniestralidad han coincidido temporalmente con ella.

Los Sres. Fiscales, desde los razonamientos y planteamientos procesales que se exponen, han de seguir promoviendo en estos términos la eficacia en la aplicación de la ley penal. En cualquier caso no deben olvidar que junto a las infracciones penales de peligro el ordenamiento jurídico contempla correlativas infracciones administrativas. Se encuentran en los arts 65.4 a) y, b) y c) de la LSV las correspondientes a los delitos del art 379 y en el art 65.5 e) ,f) y g) las de los tipos recogidos en los arts 380 y 381. El ilícito del art 65.5 d) es correlativo al delito del art 383 y los de los arts 65.4 s) y 65.5 k) a los delitos del art 384 inciso 1 y 3. Finalmente la infracción penal del art 385 .1 ha de ponerse en correlación con las infracciones administrativas de los arts 65.4.n) y 65.6 b) LSV.

Por tanto, en los supuestos en que se acuerde el archivo de las actuaciones en la vía penal por no ser los hechos constitutivos de delito y se detecte la presencia indiciaria de alguna de estas infracciones, los Sres. Fiscales velarán porque se cumpla lo dispuesto en el art. 72.2 LSV y se remita testimonio de lo actuado a las autoridades de tráfico. Igualmente, de acuerdo con las Autoridades de Tráfico, depurarán los criterios de remisión de testimonios de procedimientos administrativos sancionadores al Ministerio Fiscal por las infracciones administrativas mencionadas cuando se detecte en el curso del procedimiento sancionador indicios de la perpetración de infracción penal (art 72.1 LSV).

### **III. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL**

La LO 15/2007 ha modificado el *nomen* de la rúbrica del Capítulo IV del Título XVII del Libro II que ha pasado a

ser "*delitos contra la seguridad vial*" en lugar de la anterior, "*delitos contra la seguridad del tráfico*". Cabe plantear si la modificación afecta o no al bien jurídico protegido.

Sobre esta cuestión existe de antiguo un rico debate en la doctrina científica al que sin pretender resolverlo se aportan algunas orientaciones generales de utilidad en la siempre compleja tarea interpretativa de los Sres. Fiscales.

En las figuras de delito del Título XVII hay una consideración espiritualizada procedente de un proceso de abstracción de bienes que afectan al sujeto pasivo plural contemplado en los tipos y que se configuran de modo colectivo. En los delitos del Capítulo IV sin embargo, de modo mediato y a través de tipos de peligro común o concreto, se otorga protección también a derechos e intereses individuales. Precisamente la singularidad en la seguridad vial consiste en que los bienes jurídicos individuales 'vida' e 'integridad física', de tanto relieve, son el referente esencial, único, que legitima el adelantamiento de las barreras de protección. En definitiva, se trata de un bien colectivo intermedio transido de estos matices, como pone de relieve la Consulta nº 1/2006.

El tráfico de automóviles siempre origina riesgos. Las normas administrativas configuran reglas ordenadoras que permiten hablar de riesgo permitido y prohibido. La Exposición de Motivos se refiere a la necesidad de incrementar el control sobre el riesgo tolerable. En contrapartida, se imponen deberes de cuidado a los conductores como los de los arts. 9 y 11 LSV citados, tendentes a minimizar los peligros de la circulación rodada y reconducirlos a límites asumibles.

No obstante la seguridad vial como objeto de tutela penal, presenta distintos matices. En efecto, en el art 384 inciso 1 y 3 aparece reforzada la protección penal de las potestades de la Administración en materia de control de las condiciones de seguridad del tráfico rodado aunque su ejercicio está orientado a paliar los riesgos a los que se ha hecho referencia.

El art. 384 CP inciso 2 incorpora el delito consistente en conducir habiendo sido privado judicialmente de la facultad de hacerlo, conducta desgajada del quebrantamiento de condena contemplado con carácter genérico en el art. 468 CP. Se refuerza así la tendencia iniciada con el delito de negativa a las pruebas legales de detección del anterior art 380 (introducido en el CP de 1995), ahora 383, de utilizar el criterio sistemático para incluir en el título las conductas que afectan indirecta o remotamente al bien jurídico protegido, fenómeno que engarza y se extiende asimismo con el cambio de *nomen*.

En síntesis, la seguridad vial debe abordarse como el conjunto de condiciones de seguridad garantizadas normativamente y orientadas a la tutela anticipada de los bienes jurídicos fundamentales, vida e integridad física de los participantes en el tráfico viario de una parte y, de otra parte, a que ejerzan sus derechos fundamentales a la movilidad y libertad deambulatoria en un entorno seguro.

En resumen, los Sres. Fiscales tendrán en cuenta todas estas consideraciones a la hora de interpretar los tipos penales bajo el enfoque del bien jurídico protegido, asumiendo que bajo la misma rúbrica y concepto, con la finalidad preferente más o menos remota de protección de la vida e integridad física, se agrupan figuras que

presentan muy diferentes perspectivas de tutela.

#### **IV. EL DELITO DE EXCESO DE VELOCIDAD PUNIBLE DEL ART. 379.1 CP.**

##### **IV.1. Situación anterior. Antecedentes legislativos y datos científicos. La legislación de complemento.**

La Consulta 1/2006 indicaba a los Sres. Fiscales que debían oponerse al archivo de plano de los comportamientos, generadores de alarma en la opinión pública y consistentes en conducir a elevadísimas y muy arriesgadas velocidades por las vías públicas, proponiendo una investigación en los atestados sobre características de la vía, densidad del tráfico, condiciones climatológicas, presencia de usuarios o terceros ocupantes y otras incidencias. La subsunción podía tener lugar en los tipos de los arts. 381 ó 384 CP en ese momento vigentes, si se acreditaba el peligro concreto, o en casos extremos en el tipo del art 384.2 CP.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 12 de marzo de 2007 tuvo amplia repercusión, también en los debates parlamentarios de la ley penal. Los hechos probados se referían a un conductor que circulaba a 260 Km/hora en autovía, adelantando a otros vehículos, cuando se encontraba en las proximidades de la vía un vehículo de la Guardia Civil. La Audiencia Provincial dictó sentencia absolutoria porque no había sido acreditada ninguna maniobra de puesta en peligro de los demás usuarios de la vía.

El delito del art 379.1 vino a colmar la laguna de tipicidad y suprimió la exigencia de peligro concreto del anterior art 381, ahora 380 cuando los excesos de velocidad alcanzan determinada intensidad.

El nuevo tipo penal está fundado en estadísticas y datos científicos, en estándares de conductas dotadas de peligrosidad según los juicios de ciencia y experiencia.

En este sentido, el exceso de velocidad es la causa de al menos un tercio de los accidentes de tráfico con resultado de muerte, y la Unión Europea —ya en la Recomendación antes citada de 6 de abril de 2004— propone medidas sancionatorias para corregirlo . De acuerdo con reputados estudios de investigación admitidos en la UE , si la velocidad media en las carreteras de la Unión Europea se redujera en 3 km/h, podrían salvarse anualmente de 5 a 6 mil vidas, evitarse de 120.000 a 140.000 accidentes y ahorrarse 20.000 millones de euros. A elevadas velocidades en carretera se produce lo que llaman los especialistas una "catástrofe perceptiva" con disminución sensible del campo útil de visión y de la capacidad de reacción frente a las contingencias. Conduciendo a velocidad superior a 50 km/ hora en ciudad, de cada diez atropellos de peatones, siete son mortales. Por debajo de este límite de velocidad, el porcentaje desciende a uno de diez.

El tipo, desde la óptica de valores a que se refiere la Instrucción 3/2006, hace frente a una determinada cultura sobre el automóvil y a los planteamientos y métodos de venta de un sector de la industria automovilística, que están fundados en la velocidad y potencia de los motores generadores de una mayor contaminación ambiental. Plasman la incoherencia derivada de la ausencia de limitaciones de velocidad en fábrica aún no acordadas por la Unión Europea. Los textos europeos citados en el apartado 1, y el Libro Verde de 4 de febrero de 2009 "*hacia una red transeuropea de transporte RTE-T mejor integrada al servicio de la política común de transportes*", proponen avanzar -y ya de hecho avanza la Unión Europea- en dirección hacia el modelo de coche cívico

basado en una mayor seguridad, en una menor contaminación y asimismo en un menor consumo utilizando energías alternativas.

Aunque se trate de un delito de peligro abstracto los elementos normativos, en particular "velocidad permitida reglamentariamente" permiten proponer soluciones exegéticas razonables frente a los casos suscitados en la realidad

Los conocimientos científicos consolidados en la Unión Europea sobre velocidad y radares y la normativa consiguiente son herramientas de utilidad argumentativa e interpretativa indudable.

## **IV.2. Vías urbanas e interurbanas**

El exceso punible de velocidad se cuantifica en función de si es vía urbana o interurbana. De ahí la necesidad de conocer el significado de la expresión. El exceso es inferior en las vías urbanas por el mayor incremento de los riesgos de colisiones o atropellos de peatones.

Cuestión previa es la significación de "vía" a estos efectos, es decir, el acotamiento espacial de la conducción típica. Para ello, forzoso es acudir a los arts. 2 LSV y al 1 apartados 2, 3 y 4 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación (en adelante RGCir) que regulan su ámbito de aplicación remitiéndose *a las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, a las vías y terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común y en defecto de otras normas a las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios.*

Los arts. 12 y 65.5. c) LSV y 20, 27 y concordantes del RGCir en referencia a cuestiones específicas relacionadas con obligaciones y sanciones administrativas, se remiten a las "vías objeto de esta ley" y por tanto a la definición transcrita. No hay razones atendibles para que el ámbito espacial de los mandatos y prohibiciones administrativas se restrinja en la ley penal, sin una expresa mención o limitación derivada de sus preceptos.

Por ello, los Sres. Fiscales deben atenerse, con flexibilidad en la valoración de los casos concretos, a estas normas que son de aplicación a los demás tipos del capítulo cuarto del título XVII del Código Penal.

Volviendo al discernimiento de lo que es vía urbana e interurbana. La regulación administrativa es insuficiente. Está contenida en el Anexo uno de la LSV (apartados 61 a 65 y 76-78), en los arts. 48, 49 y 50 del RGCir y en la legislación de carreteras estatal y autonómica (arts. 36 y 37 de la Ley de Carreteras de 29 de julio de 1988 y concordantes).

Son prioritarias las previsiones de la legislación de seguridad vial, pues esta última es el objeto de protección penal en los delitos examinados. Las normas de la legislación de carreteras, pueden tener, de todos modos, valor complementario para acabar de perfilar la fórmula típica. En las normas anteriormente citadas de la LSV se definen expresamente lo que son vías urbanas e interurbanas en función del concepto de poblado (apartado 64 Anexo) como el *espacio que comprende edificios y en cuyas vías de entrada y salida están colocadas respectivamente, las señales de entrada a poblado y de salida de poblado.*

Vías urbanas son las situadas geográficamente entre las señales de entrada y salida de poblado e interurbanas las demás. La calificación de poblado, de lo urbano a efectos del tipo, se hace depender de la colocación de señales de entrada y salida (S-500 y S-510. ad 162.5 RGCir).

En los casos de manifiesta inadecuación o inexistencia de la señalización debe llevarse a cabo una interpretación integradora con los demás preceptos mencionados. Como criterios de análisis, hay que prestar atención a la existencia de edificios o núcleos urbanos y su entidad, configuración de la ciudad y del suelo, valoraciones de riesgo, extensión del término municipal, conexión con el tráfico urbano, titularidad de la vía, agentes policiales encargados de su vigilancia y control y concretas fórmulas de coordinación y reparto de competencias entre las autoridades administrativas del territorio. Cuando tras el debido esfuerzo hermenéutico, persistan dudas razonables -que generalmente serán fácticas o de valoración de realidades administrativas-, es obligado *pro reo* computar el exceso de velocidad en vía interurbana.

Los supuestos de mayor complejidad son sin duda las travesías. El apartado 64 del Anexo define las travesías como *el tramo de carretera que discurre por poblado, con la excepción de los que dispongan de una alternativa viaria a la cual tiene acceso*. El art. 77 las excluye expresamente de la consideración de vía urbana y a este criterio normativo hay que atenerse. Excepcionalmente podrían considerarse urbanas, con atenta ponderación de todos los criterios referidos, cuando se trate de tramos con una clara conflictividad viaria y peatonal que los asimile o asemeje a calles del municipio.

Por todo ello, los Sres. Fiscales para determinar lo que es vía urbana e interurbana habrán de sujetarse, como regla general, a las definiciones de los apartados 76 y 77 en relación con el 64 del Anexo 1 de la LSV, que atienden al espacio geográfico marcado por la señal de entrada a poblado, siendo posible apartarse de este criterio en los casos de inexistencia o manifiesta inadecuación de la señalización. Las travesías, de conformidad con el apartado 77, se reputarán vías interurbanas pero excepcionalmente, en casos de clara conflictividad viaria y peatonal, podrán proponer la aplicación de los límites de velocidad de las vías urbanas.

#### **IV.3. Elemento normativo del tipo. Conducción con excesos de velocidad. Velocidad permitida reglamentariamente**

La conducción a velocidad excesiva, como actividad castigada penalmente en el art. 379.1 CP, no requiere una duración determinada. Basta el transcurso de un mínimo lapso de tiempo o distancia conduciendo con velocidad "superior en" 60 Km/h u 80 Km/h a la "permitida reglamentariamente". Es importante recalcar que no basta con sumar a la velocidad máxima los referidos 80 ó 60 km, sino que es preciso superarlos como revela la dicción legal.

Desde la perspectiva de que se trata de una ley penal parcialmente en blanco y de las garantías de que es preciso rodearla (claridad en la remisión en lo atinente al núcleo de la prohibición), no es difícil por razones sistemáticas y del propio *nomen* de la regulación, la búsqueda y delimitación de la norma de complemento. Se halla en los arts. 19 y 20 de la LSV y arts. 45 a 55 del RGCir. En estos preceptos se centrarán las soluciones exegéticas.

La velocidad máxima está regulada en los arts. 48, 50, 51 y 52 (este último define la velocidad prevalente entre las máximas) del RGCir. A su vez una y otra pueden ser genéricas (en función de la clase de vías, tipo de vehículo y conductores) o específicas:

a) Las genéricas se encuentran reguladas en los arts. 48 (en vías fuera de poblado) y 50 (vías urbanas y travesías) sin que puedan sobrepasarse en ningún caso por cuanto están previstas directamente *ex lege*. En estos casos no hay una decisión particular o variable de la autoridad titular sobre el límite de velocidad de la vía sino una previsión normativa general con valor de reglamento y apoyada en la remisión expresa del art. 19.1 de la LSV. Junto a ellas se encuentran las referidas a adelantamientos en carreteras convencionales o vías rápidas (art 19.4 LSV y 51 RGCir), servicios de urgencia (art. 25 LSV y 67 del RGCir) y vehículos en pruebas (art 48.1 .g) del RGCir).

b) Las velocidades específicas están previstas en los arts. 19.2 de la LSV y 47.1 del RGCir cuando están plasmadas en señalizaciones fijas y en los arts. 19.2 LSV y 40, 41, 139 y 144 del RGCir cuando lo están en señalización variable establecida en función de las contingentes necesidades del tráfico. En último lugar, hay límites de velocidad específicos derivados de circunstancias personales del conductor por deficiencias psicofísicas ( art. 52.1.b) del RGCir en relación con el art. 46.2 y 3 del Reglamento General de Conductores aprobado por RD 818/2009 de 8 de mayo (en adelante RGCon) y su Anexo 4º). Del mismo modo, es preciso tener en cuenta la singular previsión del Anexo 4 LSV sobre tramos de autopistas y autovías interurbanas de acceso a las ciudades, interpretándola en relación con las demás

La norma penal no ha utilizado el concepto de velocidad máxima, poseedor de la concreta significación jurídico-administrativa reseñada y que goza de común aceptación doctrinal y judicial. El término típico *velocidad permitida* en realidad se corresponde con el concepto establecido en los artículos 19.1 LSV y 45 y 46 RGCir.

En él se parte de los límites máximos de velocidad genéricos y específicos vinculantes en todo caso y a los que se ha hecho referencia, siendo requeridos además otros parámetros para moderarla o adecuarla, como son las condiciones físicas y psíquicas del conductor, las características y estado de la vía, el tipo de vehículo y de la carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación así como las demás circunstancias concurrentes.

El objetivo de estos flexibles criterios moderadores es que el vehículo pueda detenerse siempre dentro de los límites del campo de visión y ante cualquier obstáculo que aparezca (principio de conducción dirigida). La velocidad resultante de esta ponderación es, en realidad, la *permitida* por la legislación de tráfico.

Sin duda utilizar la conceptualización del art 19.1 LSV, y no la de límite de velocidad *máxima* tendría la ventaja de ajustarse a las circunstancias casuísticas. Es, efectivamente, más correcto en los casos de intensa lluvia o tromba de agua en carreteras convencionales no partir de 100 km/h, sino de un tope muy inferior, por citar un ejemplo. Pero los inconvenientes radican en la inseguridad jurídica de las referencias utilizadas en la norma. En el art 19.1 hay algunas que no son objetivables -como las condiciones físicas o psíquicas-, y otras que solo son susceptibles de una cierta objetivación, como las características de la vía, vehículo, circulación y las condiciones ambientales. Aún cuando el art 46 RGCir realiza concreciones, al final se retornaría a conceptos

jurídicos indeterminados, como los del art 381.2 CP en su redacción anterior a la LO 15/2007.

El criterio ha de ser, por tanto, hacer equivalente la expresión típica a *límites de velocidad máxima*. Argumentos claros son junto a los atinentes a la seguridad jurídica los derivados de los fundamentales principios de certeza y taxatividad de las normas penales. Por tanto, la infracción de las obligaciones de moderación de la velocidad del art 19.1 LSV y 46 RGCir han de remitirse, pese a la gravedad de injusto de algunos casos y por mor del principio de legalidad, a la vía sancionatoria administrativa (art 65.4.a) y 5.a) LSV).

De todos modos en los atestados y diligencias policiales deben consignarse las circunstancias meteorológicas, densidad del tráfico, riesgos concurrentes en la vía y cualesquiera otras relevantes a que alude el art. 19.1 de la LSV, puesto que, en cualquier caso, serán ilustrativas de la particular entidad y características de los hechos. Igualmente, es necesaria la descripción de la señalización que afecta al límite de velocidad, su ubicación, visibilidad, estado material, las características del vehículo, de la vía y las circunstancias del conductor a efectos de determinar las limitaciones de velocidad aplicables.

En definitiva, a la hora de realizar el cómputo de los excesos de velocidad punible del art 379.1 CP, los Sres. Fiscales partirán de los límites de velocidad máxima genéricos (determinados *ex lege*) y fijados principalmente en los arts. 48 (vías interurbanas en función de la clase de la vía y vehículo) y 50 (vías urbanas) del RGCir; así como de los específicos, inferiores a aquellos plasmados en señalizaciones fijas o variables establecidas por el titular de la vía o las autoridades de gestión del tráfico. También se tendrán en cuenta los derivados de limitaciones psicofísicas del conductor (art. 52.1 b) del RGCir), todo ello de conformidad con las normas referidas, que deberán ser examinadas e interpretadas para su precisa aplicación al caso concreto.

#### **IV.4. Normativa sobre señalización**

El elemento normativo del tipo tiene otra virtualidad, y es la remisión a los preceptos de la legislación administrativa sobre señalización. Son de obligada referencia y presupuesto normativo integrador. En las señales se visualizan y plasman los límites de velocidad máximos.

Podría argumentarse que sobre señales -basadas en decisiones administrativas, factores variables y necesitados de revisión- no puede realizarse el cómputo del exceso de velocidad punible con la taxatividad exigida por las normas penales. La DA 1a de la LO 15/2007 constituiría un argumento en esta dirección. Según la norma *el Gobierno impulsará, de acuerdo con las administraciones competentes, una revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad, para adecuar los mismos a las exigencias derivadas de una mayor seguridad vial.*

En realidad el precepto no es sino un recordatorio de las obligaciones que los titulares de las vías tienen de mantener y actualizar la señalización, previstas en el art 57.1 LSV y Legislación de Carreteras. Mientras no se lleve a cabo la revisión de la normativa, la vigencia de la actual regulación es incuestionable, sin que quepan otras deducciones.

Son útiles en todo caso algunas puntualizaciones. En primer lugar, los cuestionamientos indicados solo pueden



realizarse en relación con los límites específicos, pues los genéricos, como se dijo, son determinados por el legislador. De otra parte una adecuada exégesis del tipo con la guía normativa propuesta puede paliar las incertidumbres. En cualquier caso, la tarea de señalar reviste una extraordinaria importancia para la seguridad vial y debe apoyarse en estudios técnicos y valoraciones de experiencia documentadas y protocolizadas por los titulares de las vías o autoridades de tráfico.

Es necesario ajustarse a las normas administrativas a la hora de establecer señales. Expresión de ello es la Resolución de 1-6-2009 (BOE 13-62009) de la DGT por la que se aprueba el Manual de Señalización Variable. La clave radica en una rigurosa y exigente interpretación de la normativa administrativa que es la que han de llevar a cabo los Sres. Fiscales.

La regulación se contiene en los arts. 53 a 58 de la LSV y 131-173, en especial 131-142, 150, 154 R301, 156, 157 y 169.c) del RGCir. También en las ordenanzas locales en materia de seguridad, subordinadas siempre en el orden de la jerarquía normativa a la legislación estatal. Los usuarios y, ésta es la regla general ordenadora, están sujetos a una rigurosa obligación de respetar las señales, aun cuando parezcan contrariar las normas de comportamiento de la circulación, salvo en circunstancias especiales (art 53.2 LSV). Sin embargo, los casos de señalización específica o variable manifiestamente inadecuada, obsoleta o irregular no pueden fundar la subsunción en la norma penal.

La conclusión deriva de una adecuada exégesis de los arts 57 y 58 de la LSV. De ellos y de la normativa citada, en general, se desprenden rigurosas obligaciones de los titulares de las vías o autoridades encargadas del tráfico en el momento de establecer la señalización y en cuanto a su conservación en las mejores condiciones posibles para la seguridad (art 57.1).

No podrá tomarse en consideración la señal en los casos en que concurre la obligación de su retirada por parte de los entes administrativos (art 58.1. Así sucede en los supuestos de instalación antirreglamentaria, pérdida de objeto y falta de cumplimiento de su finalidad por el estado de deterioro. La *pérdida de objeto* se refiere, no a las cuestiones de orden valorativo o de oportunidad, sino a los casos de absoluta carencia de sentido o justificación. Haya o no incumplimientos administrativos, la señal carecerá de virtualidad a efectos penales, además, cuando se halle deteriorada, con muy reducida visibilidad o induzca claramente a confusión (art. 58.2 y 3).

De esta manera, la aplicación del art 379.1 servirá colateralmente para una mejora de la señalización relativa a límites de velocidad máxima específicos, en línea con lo apuntado en la citada disposición adicional. Todo ello no disminuye ni un ápice la obligación del ciudadano de respetar las señales y de no imponer sus valoraciones sobre las de las autoridades responsables.

En consecuencia los Sres. Fiscales cuando se trate de límites de velocidad máximos plasmados en señalización fija o variable, habrán de tener en cuenta la normativa establecida en la legislación vial sobre señales, recogida en los arts. 53 a 58 de la LSV y 131-173, en especial 131-142, 150, 154 R301, 156, 157 y 169.c) del RGCir. No obstante, si la señalización se ha instalado antirreglamentariamente, carece manifiestamente de objeto o por su estado de deterioro u otras circunstancias induce de modo claro a confusión o su ubicación perjudica gravemente la visibilidad, siempre con ponderación de las circunstancias concurrentes,

no ejercerán la acción penal e interesarán el archivo del procedimiento, con comunicación de las irregularidades a las autoridades competentes para que lleven a cabo la señalización adecuada y exijan las responsabilidades que procedan.

#### **IV.5. Elementos probatorios. Márgenes de error de los radares**

Los hechos delictivos podrán investigarse con informes técnicos sobre el accidente, huellas de frenada, declaraciones de testigos, confesión del acusado y cualquier medio de prueba de los admitidos por la LECr (en este sentido, entre otras, la SAP Burgos 17 de enero de 2011, donde se afirma que basta el testimonio de un agente en el curso de una persecución). En efecto, el tipo penal solo exige el exceso de velocidad, sin indicar el modo de constatación. En cualquier caso, son los instrumentos de captación y reproducción de imágenes, los denominados radares, los que ofrecen el material probatorio en la casi totalidad de los procedimientos incoados.

Es relativamente simple o sencilla la prueba cuando hay detención inmediata del conductor, y de mayor complejidad en los demás casos (art 76.1.c) LSV). En éstos no es aplicable el modelo del procedimiento administrativo en el que la mera negativa a identificar origina una sanción y el cierre de la indagación (arts. 9bis 2 y 65.5.j) de la LSV). Aun cuando solo se cuente con el dato de la matrícula y la propiedad del vehículo, los Fiscales habrán de promover, en todo caso, la investigación de los hechos. Tras las indagaciones de la Policía Judicial y con el debido fundamento propondrán, en su caso, que el titular del automóvil declare ante el Juez como imputado con instrucción de los derechos del art 118 LECr. En el mismo sentido se pronunció la Consulta 1/2006.

Si en uso de sus derechos, el imputado se niega a identificar al autor, solicitarán la comprobación si procede de su versión exculpatoria (art. 396 LECr) e investigaciones en el entorno familiar, social, profesional o societario (cuando el titular es la persona jurídica) acerca de quién conduce habitualmente el vehículo, así como de cuantos extremos puedan llevar al descubrimiento de la autoría, siempre con el debido respeto a las garantías procesales.

La matrícula del vehículo con el que se cometen los hechos -como en todo delito- es un indicio relevante que ha de llevar a una completa investigación policial y judicial

La negativa a la identificación puede constituir infracción administrativa del art 65.5. j) LSV. En estos -como en los demás casos en que se aprecie infracción administrativa- tras la resolución de archivo o sentencia absolutoria, el Fiscal solicitará la remisión de los oportunos testimonios a la Autoridad de Tráfico conforme establece el art. 72 LSV.

La configuración del delito como de peligro abstracto, y la generalizada detección de estos delitos por los llamados radares, ha de llevar a los Sres. Fiscales a velar de modo particular por el respeto a las garantías procesales de los imputados (art 773.1 p 1º LECr). En concreto implica la obligación de tener en cuenta el cómputo del margen normativo de error en los radares y comprobar la sumisión estricta de los utilizados a la normativa metrológica.

Esta exigencia, a efectos de la infracción administrativa, se plasmó en el ad 70.2 de la LSV tras su reforma por ley 18/2009. En su párrafo 2 prescribe que *los instrumentos, aparatos o medios y sistemas de medida que sean utilizados para la formulación de denuncias por infracciones a la normativa de tráfico estarán sometidos a control metrológico en los términos establecidos por la ley 3/85 de 18 de marzo de metrología y su normativa de desarrollo.*

En consecuencia los Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial para que en los atestados conste de modo exhaustivo la documentación y datos del cinemómetro utilizado, de modo que se pueda comprobar el cumplimiento de las exigencias metrológicas y el cálculo del margen normativo de error regulado en la OITC 3123/2010. Todos los supuestos de hecho (si es radar fijo o móvil, fecha de aprobación de modelo, tiempo de utilización desde su puesta en funcionamiento, reparación, etc.) que fundan el cálculo del error y que seguidamente se recogen, han de incluirse en el atestado inicial o en ampliación posterior.

Cuando por ausencia de datos exigidos por la OITC, e imposibilidad de aportarlos tras los oportunos esfuerzos, no sea posible el preciso cálculo, utilizarán el máximo porcentaje de error contemplado en la norma (en este sentido la jurisprudencia consolidada de Audiencias, entre otras muchas SSAP Lleida 28 de diciembre 2010 y Barcelona de 17 de enero de 2011).

Se adjunta cuadro explicativo sobre márgenes de error normativo:

IV.5.1)- Cinemómetros destinados a medir la velocidad instantánea a los que se refiere el anexo III de la ITC/3123/2010.

Estos cinemómetros están constituidos generalmente por una serie de elementos interconectados entre si como son: una antena o captador de señal, un sistema fotográfico y una unidad de control que gobierna todo el conjunto.

Como consecuencia de la existencia de la Disposición Transitoria Primera de la citada OITC es necesario distinguir entre los cinemómetros que han obtenido su aprobación de modelo con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden ITC/3699/2006 y los que han obtenido su "evaluación de conformidad" posteriormente.

En relación con los cuadros es preciso aclarar que para determinar los errores máximos permitidos (EMP) en función de la calificación fija o estática y móvil de la instalación deben acreditarse las concretas características y ubicación de los cinemómetros. De este modo los funcionalmente trasladables con facilidad de un lugar a otro son móviles, pero si se encuentran inmovilizados en lugar y emplazamiento determinado para operaciones de detección y medida se reputan estáticos, en ambos casos frente a los fijos, situados en instalación permanente".

1.1.- *Cinemómetros que han obtenido su "aprobación de modelo" con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden ITC/3699/2006 cuya primera instalación se ha realizado dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de la medida y que no han sido sometidos a ninguna modificación o reparación.*

Tipo de instalación		Errores máximos permitidos (EMP)	
---------------------	--	----------------------------------	--

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>			
Instalación fija o estática	o	+ 3 km/h, para y 100 km/h para y > 100 km/h	///	+ 3	%,
Cinemómetro móvil		± 7 km/h, para y < 100 km/h para y z 100 km/h	///	± 7	%,

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 3 km/h o menos 7, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,97 o 0,93, según sea fijo o móvil.

Por ejemplo: si la lectura del instrumento es 200 km/h y el radar es fijo la operación será la siguiente:  $200 \times 0,97 = 194$

1.2.- *Cinemómetros que han obtenido su "examen de modelo" con posterioridad a la entrada en vigor de la Orden ITC/3699/2006 cuya primera instalación se ha realizado dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de la medida y que no han sido sometidos a ninguna modificación o reparación.*

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>			
Instalación fija o estática	o	± 3 km/h, para y 100 km/h para y > 100 km/h	///	+ 3	%,
Cinemómetro móvil		± 5 km/h, para y < 100 km/h para y k 100 km/h	M	± 5	%,

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 3 km/h o menos 5, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,97 o 0,95, según sea fijo o móvil.

1.3.- *Cinemómetros, con "aprobación o examen de modelo" dependiendo de la fecha de su puesta de servicio.*

1.3.1.- Si el cinemómetro se ha puesto en servicio antes del 7 de diciembre de 2006 y está funcionando al amparo de certificaciones de verificación después de reparación o modificación o verificación periódica, emitidas hasta el 3 de diciembre de 2010.

1.3.1.1) Certificado (de ensayos) de verificación después de reparación o modificación.

<i>Tipo de instalación</i>	<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>
Instalación fija o estática	±3 km/h, para y s 100 km/h /// + 3 %, para y > 100 km/h
Cinemómetro móvil	± 7 km/h, para y < 100 km/h /// ± 7 %, para y k. 100 km/h

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 3 km/h o menos 7, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,97 o 0,93, según sea fijo o móvil.

1.3.1.2) Certificado (de ensayos) de verificación periódica".

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>
Instalación fija estática	o	± 5 km/h, para y 100 km/h /// ± 5 %, para y > 100 km/h
Cinemómetro móvil		± 10 km/h, para y < 100 km/h /// ± 10 %, para y k 100 km/h

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 5 km/h o menos 10, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,95 o 0,90, según sea fijo o móvil

1.3.2.- Si el cinemómetro se ha puesto en servicio a partir del 7 de diciembre de 2006 y está funcionando al amparo de certificaciones de verificación después de reparación o modificación o verificación, emitidas antes del 4 de diciembre de 2010.

1.3.2.1) Certificado (de ensayos) de verificación después de reparación o modificación".

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>
Instalación fija o estática	///	$\pm 3$ km/h, para $v \leq 100$ km/h $\pm 3$ %, para $v > 100$ km/h
Cinemómetro móvil	///	$\pm 5$ km/h, para $v < 100$ km/h $\pm 5$ %, para $v \geq 100$ km/h

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 3 km/h o menos 5, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,97 o 0,95, según sea fijo o móvil.

1.3.2.2) Certificado (de ensayos) de verificación periódica.

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>
Instalación fija o estática	$\pm 4$ km/h, para $v \leq 100$ km/h /// %, para $v > 100$ km/h	$\pm 4$

Cinemómetro móvil	$\pm 7$ km/h, para $y < 100$ km/h /// %, para y 100 km/h	$\pm 7$
-------------------	--	---------

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 4 km/h o menos 7, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,96 o 0,93, según sea fijo o móvil

1.3.3.- Si el cinemómetro se ha puesto en servicio a partir del 7 de diciembre de 2006 y está funcionando al amparo de certificaciones de verificación después de reparación o modificación o verificación, emitidas a partir del 4 de diciembre de 2010.

1.3.3.1) Certificado (de ensayos) de verificación después de reparación o modificación".

<i>Tipo de instalación</i>		<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>
Instalación fija estática	o	$\pm 4$ km/h, para y 100 km/h /// $\pm 4$ %, para y > 100 km/h
Cinemómetro móvil		$\pm 6$ km/h, para y < 100 km/h /// $\pm 6$ %, para y k 100 km/h

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 4 km/h o menos 6, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,96 o 0,94, según sea fijo o móvil

1.3.3.2) Certificado (de ensayos) de verificación periódica".

<i>Tipo de instalación</i>	<i>Errores máximos permitidos (EMP)</i>

Instalación fija o estática	$\pm 5$ km/h, para $y \leq 100$ km/h /// $\pm 5$ %, para $y > 100$ km/h
Cinemómetro móvil	$\pm 7$ km/h, para $y < 100$ km/h /// $\pm 7$ %, para $y \geq 100$ km/h

· Si la lectura del instrumento resulta menor o igual que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 5 km/h o menos 7, según sea fijo o móvil.

· Si la lectura del instrumento resulta mayor que 100 km/h se puede garantizar que la velocidad real del vehículo controlado es de, al menos, el valor de lectura obtenido multiplicado por 0,95 o 0,93, según sea fijo o móvil

### 5.2)- Cinemómetros de Aeronaves

Son instrumentos que miden velocidad de circulación de los vehículos a motor, desde aeronaves en vuelo, en posición estática o en movimiento, respecto a tierra.

El modo de operación o funcionamiento es el siguiente:

1. Localización del vehículo u objetivo
2. Seguimiento del vehículo mediante sistemas electrónicos (denominados Autotraker y Geotraking).
3. Determinación de la velocidad del vehículo en los siguientes pasos:
  - a) Determinación de la latitud y longitud de un vehículo en movimiento, en un tiempo  $t_1$ , referenciada a las coordenadas de posición de la aeronave en ese momento.
  - b) Determinación de la latitud y longitud del mismo vehículo en el tiempo  $t_2$ .
  - c) Medida del tiempo transcurrido entre  $t_1$  y  $t_2$ .
  - d) Diferencia entre las posiciones georeferenciadas ( $t_1, t_2$ )
  - e) Cálculo de la velocidad a partir de las posiciones y tiempo transcurrido. En este caso los EMP serían los siguientes:

### 5.3). Cinemómetros de tramos

Son instrumentos que miden la velocidad media de circulación de los vehículos a motor, en tramos de distancias conocidas desde instalaciones estáticas. Están formados generalmente por cámaras de vídeo para el visionado y captación de matrículas de los vehículos objetos de la medición. Las cámaras están asociadas a relojes para determinar la hora de paso del vehículo por el punto.



Actúan generalmente por parejas, una cámara al inicio y otra al final del tramo, pero pueden trabajar también en grupos, uno al inicio y otro al final del tramo, si así se requiere como consecuencia de la existencia de más de un carril del mismo sentido en el tramo. En este caso una cámara lee la hora al inicio del tramo y otra lo hace al final con independencia de los posibles cambios de carril del vehículo.

Las cámaras actúan por parejas o por grupos de forma sincronizada, con relojes que determinan el instante en que se empieza y termina de medir el tiempo que tarda el vehículo en recorrer el tramo. La sincronización de los relojes se puede realizar por diversos métodos, ya sea utilizando un único reloj para todas las cámaras, ya sea sincronizando varios relojes mediante la utilización de uno como principal y la del resto como secundarios que se actualizan al registro del principal. La distancia utilizada para el cálculo de la velocidad es constante e independiente de los posibles cambios de carril del vehículo, utilizándose siempre la mínima posible a fin de utilizar la hipótesis más favorable al conductor.

El modo de operación o funcionamiento es el siguiente:

1. Localización e identificación de la matrícula del vehículo u objetivo por la primera cámara. Registro del tiempo,  $t_1$ .
2. Desplazamiento del vehículo a lo largo del tramo a medir.
3. Identificación del vehículo anterior por la segunda cámara. Registro del tiempo,  $t_2$ .
4. Medida del tiempo transcurrido entre  $t_1$  y  $t_2$ , y como consecuencia de la velocidad media.

En este caso los EMP serían los siguientes:

## **V. EL DELITO DE CONDUCCION BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS. LA TASA OBJETIVADA DEL ART. 379.2 CP**

### **V.1. Antecedentes. Derecho Comparado**

Con anterioridad a la reforma operada por LO 15/2007, el art. 379 del CP castigaba a *el que condujere un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas*. La norma exigía acreditar "la influencia" de la ingesta de tales sustancias o bebidas alcohólicas en la conducción sin que fuera suficiente el resultado de la alcoholemia. La doctrina científica y jurisprudencial obligaba a atender también a la maniobra realizada, los signos de afectación y el resultado lesivo producido. La discusión giraba en torno a si existía o no una tasa que, sin necesidad de otros aditamentos probatorios bastara para acreditar la influencia.

La cuestión se planteaba principalmente en los controles preventivos. Sobre este extremo no había jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada. De hecho, la Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1999 contempló como relevante y suficiente la tasa de 0,75 mg/litro de aire espirado, mientras que la posterior de 11 de junio de 2001 la situaba en 0'6 mg/litro.

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales también era contradictoria. Se puede citar a modo de ejemplo, la SAP de Madrid de 28 de abril del 2000 que la fijaba en 0'75 mg/litro; la SAP Valencia de fecha 20 de junio de 2005 en 0,6 mg/litro de aire espirado, o incluso la SAP de León de 9 de enero de 2005 en la cifra aún inferior de 0'4 mg/litro de aire espirado. Junto a ellas, otras Audiencias Provinciales, como la de Córdoba (Sentencia 5 de junio de 2000) y Barcelona (Sentencia de 26 de mayo de 2000), interpretaban que ninguna tasa *per se* era suficiente atendiendo a la redacción literal del tipo único entonces vigente.

La Instrucción de la FGE 3/2006 planteó la necesidad de unificar criterios. En sus conclusiones indicó que los Sres. Fiscales ejercitarían la acción penal a partir de la tasa de 0'6 mg/litro de aire espirado, salvo en los casos de infrecuente carencia de signos, en los que podía acudir a la prueba pericial. Entre 0'4 y 0'6 mg/litro de aire espirado había que atender a estos últimos a la conducción irregular y demás circunstancias, mientras que por debajo de 0'4 mg/litro de aire espirado la acción penal se limitaría a supuestos excepcionales en que concurrieran con claridad otros datos probatorios incriminatorios.

Las estadísticas europeas sitúan al alcohol como causante de al menos una tercera parte de las muertes que se producen en accidentes de tráfico en el ámbito espacial de la Unión Europea, y la Recomendación de 2004, ya mencionada, lo considera, junto con la velocidad, factor principal de siniestralidad, afirmación en la que desde entonces insisten los textos comunitarios.

El legislador de nuestro país, sensible a las perspectivas reinantes en la Unión Europea, ha querido endurecer la respuesta penal con una tasa objetivada, por la generalizada aceptación de que las decisiones del conductor trascendentales para su vida e integridad física y la de los demás usuarios se adoptan en fracciones de segundo. Dependen del delicado y sutil ajuste que en nuestro sistema cerebral se produce entre las facultades de percepción del entorno y las de reacción ante las contingencias del tráfico. Los conocimientos científicos ya no discutidos fundamentan la alta probabilidad de que el consumo de pequeñas cantidades de alcohol pueda desequilibrarlo.

Al compás de la ciencia en la UE han descendido de modo vertiginoso las tasas administrativas y han aparecido las tasas penales objetivadas. En concreto, hay consenso científico unánime acerca de que con tasas cercanas al 0'4 mg se originan afectaciones de entidad en el tiempo de reacción, trayectoria correcta, atención, percepción adecuada -en particular del riesgo-, coordinación y procesamiento de la información e interferencias en la visión binocular, con propensión alta al deslumbramiento. En definitiva la incidencia del consumo de alcohol en las facultades del sujeto es más relevante de lo que se creía o entendía hace unos años

La reforma del CP operada por LO 15/2007 introduce un nuevo tipo en el párrafo 2º inciso 2º del art. 379 CP que, en esencia, recoge el criterio de la Instrucción 3/2006, al castigar de forma autónoma en *todo caso (..) al que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,6 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.*

La incriminación aporta seguridad jurídica a los propios ciudadanos. Les permite conocer cuales son las tasas con las que inciden en la norma penal sea cual fuere el territorio en que conduzcan. Ha propiciado un notable aumento del número de procedimientos de conformidad, dada la objetividad y claridad del supuesto típico.

La solución legislativa no es novedosa en el derecho comparado, donde es frecuente la configuración por estas razones de delitos objetivadores de la influencia del alcohol. Así, en Luxemburgo y Portugal la tasa típica es de 0'6 mg/litro de aire espirado, en Francia se reduce a 0'4 mg/litro de aire espirado y en Italia aún más a 0'25 mg/litro de aire espirado. En Alemania el tipo de influencia se complementa con la tasa jurisprudencialmente consolidada y vinculante para los Tribunales inferiores de 0'55 mg/litro.

## **V.2. Naturaleza jurídica. Peligro abstracto**

El delito del art. 379.2.inciso 2 CP funda su injusto en un juicio de peligrosidad del legislador, basado en los datos científicos apuntados. Es sin duda infracción penal de peligro abstracto con la consecuencia de que no es preciso probar la influencia en la conducción. Así se desprende de la expresión *en todo caso*, frente al tipo anterior subsistente en el art 379.2 inciso 1 CP, en que sí son necesarios otros medios de prueba. En definitiva, constatada la conducción con la tasa legal es innecesaria la concurrencia de maniobras irregulares o signos externos de embriaguez, aunque en la generalidad de los casos se detectarán.

La nueva formulación típica no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0'6 mg. El tipo de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas se ha mantenido en el art 379.2 inciso 1 y convertido en cláusula de cierre de la protección penal frente a estas graves conductas. En los casos de carencias probatorias por la negativa del conductor puede apreciarse el delito en función de la entidad de los signos y maniobras irregulares. Cuando la tasa comprobada es inferior a 0'6 es de plena aplicación el inveterado y vigente tipo de influencia con sujeción a los criterios establecidos en la Instrucción 3 /2006.

Por todo ello, los Sres. Fiscales formularán sus escritos de acusación con la mera constancia de la concurrencia en el conductor de la tasa objetivada en el tipo del art 379.2 inciso 2 CP, superior a 0'6 mg de alcohol por litro de aire espirado o 1'2 gramos por litro de sangre. Si las pruebas para la detección de alcohol detectasen el consumo, pero arrojasen un resultado inferior a la tasa objetivada, serán de aplicación los criterios de la Instrucción 3/2006 FGE. Así, por encima de la tasa de 0'4 mg de alcohol en aire espirado, se ejercerá normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez concurrentes y de las anomalías en la conducción. Aun cuando éstas últimas no concurrieren, podrá ejercitarse la acción penal en los casos de claros signos o síntomas, siempre con una adecuada valoración de las circunstancias. Por debajo de 0,4 mg/l aire y con idéntica ponderación, lo harán solo de modo excepcional.

## **V.3. La tasa objetivada en una de las dos pruebas**

Por regla general, solo procede el ejercicio de la acción penal cuando las dos tasas obtenidas con el alcoholímetro evidencial superan el límite de 0,6 mg fijado en el tipo. Así resulta del artículo 796.7 LECr. En él se dice que "La práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial". La remisión lo es a los arts 23-26 del RGCir.

Conforme a estos preceptos, la llamada prueba de alcoholemia está integrada por las dos espiraciones en el aparato, debiendo practicarse la segunda en un plazo no inferior a diez minutos desde la realización de la primera *"para una mayor garantía y a efectos de contraste"*.

Los términos imperativos que utiliza el art 23.1 ("*el agente someterá...*") indican que no se trata de un derecho renunciable con fines de garantía. Es expresivo en el mismo sentido el art 24.c) Se trata, en realidad, de un mandato legal que determina el modo en que necesariamente debe realizarse la prueba de alcoholemia. El resultado no se considera suficientemente fiable si la tasa obtenida en una de las mediciones no queda avalada por la arrojada en la otra. En definitiva, en ambas espiraciones ha de arrojarse una concentración de alcohol en aire superior a la establecida en el delito examinado (entre otras, vid. la SAP de Girona de 28 de enero de 2011).

Los matices como siempre son necesarios en la interpretación de las normas. Las reglas de procedimiento administrativo insertadas en la norma procesal son instrumento indispensable para la aplicación del delito, pero se debe atender a la delimitación temporal que no está en aquellas sino en la fórmula típica. Esta requiere que la tasa de alcohol concorra en el momento de la conducción (puesto que el delito lo comete "el que condujere" con dicha tasa). El precepto, por tanto, no se refiere al resultado de las pruebas sino a las tasas que concurren en el autor cuando conduce el vehículo. En la generalidad de los casos la cercanía temporal entre pruebas y conducción llevará a la inferencia fundada de que unas y otras coinciden.

En supuestos excepcionales la detección de tasas inferiores a la legal en las pruebas de alcoholemia podrá llevar a inferir o deducir que se conducía con concentración de alcohol en aire espirado o sangre superior a la resultante y subsumible en el tipo. Son los casos en que, por causas distintas a incumplimientos policiales, no se haya observado el lapso de tiempo reglamentario que ha de mediar entre la práctica de ambas pruebas. En general aquellos en que, por causas reprochables al imputado o por otras circunstancias impeditivas, la realización de la prueba de alcoholemia se dilate, alejándose en exceso del momento de la conducción. Los conocimientos científicos en progresión diseñan con una precisión cada vez mayor las llamadas curvas de alcoholemia ascendentes y descendentes que exigen para trazarlas la utilización de todos los datos probatorios dirigidos a perfilar el momento del consumo y la cuantía y clase de bebidas ingeridas. Desde esta perspectiva, los Fiscales pueden instar, con ponderada valoración de las circunstancias concurrentes, la pertinente prueba pericial forense y ejercitar la acción penal cuando de su resultado y demás pruebas resulte que el imputado conducía con tasa superior a la establecida en el tipo

#### **V.4. Márgenes de error. Redacción de atestados**

La objetivación de la tasa debe llevar a redoblar los esfuerzos para que los atestados cumplan escrupulosamente las exigencias de los artículos 12 LSV y 20 a 26 RGCir. Los Sres. Fiscales en defensa de las garantías procesales del imputado velarán por ello e impartirán las instrucciones oportunas.

Con todo rigor debe cumplirse la normativa recogida en los preceptos antes citados de la Ley de Metrología y de su Reglamento en relación a la homologación, las revisiones, la cualificación técnica de los aparatos y el margen de error normativo (EMP). Es de específica aplicación la OM/ITC/3707/2006, de 22 de noviembre. Los atestados contendrán los documentos y datos precisos para realizar los cálculos de error. Se adjunta, a estos efectos, un cuadro con las explicaciones oportunas.

Las pruebas de alcoholemia se han de realizar con los etilómetros evidenciales oficialmente aprobados, siendo indispensable la incorporación al procedimiento de los correspondientes certificados de verificación a los efectos

de comprobar los EMP citados

De acuerdo con lo dispuesto en dicha Orden cabe distinguir diferentes supuestos:

1. *Etilómetros nuevos y que no han sufrido reparación o modificación en su primer año en servicio.* Los errores, desviaciones típicas y máximos permitidos están establecidos en el Anexo II de la Orden Ministerial, que remite a la Recomendación Internacional OIML R 1264. Son los siguientes:

· Para concentraciones  $< 0,400$  mg/L; EMP = 0,020 mg/L. Significa que si la lectura del instrumento declarado conforme resulta menor que 0,400 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 0,020 mg/L

· Para concentraciones  $\geq 0,400$  mg/L y  $\leq 2$  mg/L; EMP = 5 % del valor de la concentración. Por ello si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor o igual que 0,400 mg/L y menor o igual que 2 mg/L, se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,95 por el valor de lectura obtenido. Por ejemplo: si la tasa de alcohol es de 1mg. la operación será la siguiente,  $1 \times 0,95 = 0,95$  mg

· Para concentraciones  $> 2$  mg/L; EMP = 20 % del valor de la concentración;  $s < 6$  %. Supone que si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor que 2 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,8 por el valor de lectura obtenido.

2.- *Etilómetros que llevan más de un año en servicio y/o han sido reparados o modificados.* En este caso los errores máximos permitidos están establecidos en el Anexo II de la Orden Ministerial y son los siguientes:

· Para concentraciones  $\leq 0,400$  mg/L; EMP = 0,030 mg/L. Significa que si la lectura del instrumento declarado conforme resulta menor o igual que 0,400 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el valor de lectura obtenido menos 0,03 mg/L.

· Para concentraciones  $> 0,400$  mg/L y  $\leq 1$  mg/L; EMP = 7,5 % del valor de la concentración, lo cual Implica que si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor que 0,400 mg/L y menor o igual que 1 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,925 por el valor de lectura obtenido.

· Para concentraciones  $> 1$  mg/L; EMP = 20 % del valor de la concentración;  $s < 1,75$ %. La conclusión es que si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor que 1 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,8 por el valor de lectura obtenido.

En todo caso será necesario incorporar al atestado el acta de sintomatología externa y los datos obrantes sobre

el modo de conducir -aun cuando el tipo penal no exija signos ni otros requisitos adicionales a la tasa objetivada. Las razones son que en los casos en que no sea posible acreditar la comisión del delito del arts 379.2 inciso 2 (tasa superior a 0'6 mg), podrían existir pruebas de la presencia del regulado en el art. 379.1 inciso 1 CP. Aun habiendo prueba de la tasa penal, nada se opone a que la individualización de la pena se funde en la entidad de los signos y maniobras concurrentes

En resumen, los Sres. Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial de Tráfico para que se una al atestado la documentación expresiva del ajuste del aparato a la normativa metrológica y en concreto de la que permita calcular el error normativo. De ser imposible su aportación tras los oportunos esfuerzos, aplicarán el margen máximo contemplado en la norma. Al atestado se incorporará el acta de síntomas externos y, en su caso, los datos pertinentes sobre maniobras irregulares.

## **VI. EL DELITO DE CONDUCCION TEMERARIA DEL ART. 380 CP. EL NUEVO SUPUESTO CONTEMPLADO EN EL ART. 380.2 CP**

El delito de conducción temeraria conserva, tras la LO 15/2007, su configuración como delito de peligro concreto con dos modificaciones:

a) Desaparece la modalidad delictiva introducida por la LO 15/2003 en el artículo 381.2, que suscitaba críticas unánimes en la doctrina por implicar una presunción de peligro en términos confusos .Tuvo escasísima incidencia práctica.

b) En contrapartida, se incorpora un segundo apartado que aporta un supuesto específico de "temeridad manifiesta".

Así pues, el artículo 380.1 CP recoge sin variación el tipo tradicional de conducción con temeridad manifiesta y concreto peligro, sin alterar ninguno de estos dos conceptos tradicionales.

El artículo 380.2 CP dice que: "*a los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior*".

La norma no se estructura sobre la idea de *numerus clausus*. No quiere decir que solo hay temeridad manifiesta cuando concurren la conducción con los excesos de velocidad punible estudiados y con la tasa objetivada de alcohol La intención de legislador es, desde esta perspectiva, aclarar que la conducción en la que concurre la conducta del artículo 379.1 y la del artículo 379.2 inciso 2 CP es ya, por su peligrosidad intrínseca, una conducción con temeridad manifiesta. Es claro que en estos casos la subsunción en el art 380.1 necesita además la creación de una situación de peligro concreto.

La expresión "se reputa" sin otros añadidos como podrían haberlo sido " solo o únicamente se reputará o hay temeridad manifiesta.." no tiene la virtualidad de interpretar de modo auténtico y exclusivo el concepto del art 380.1 que por tanto permanece incólume incluye así una modalidad amplia de supuestos de hecho (conducción en zig-zag, saltarse semáforos en rojo, conducir en dirección prohibida etc) que se ajustan a una inveterada

tradición histórico legislativa y a la definición de la conducción temeraria como aquella que desprecia las más elementales normas de precaución, gravemente irregular y contraria al ordenamiento jurídico de tráfico (entre otras, SSTS de 1 de abril de 2002, 20 de diciembre de 2004 y 1464/2005).

En realidad el nuevo precepto de alguna manera viene a sancionar la doctrina jurisprudencia! tradicional de conformidad con la cual los excesos de velocidad del actual artículo 379.1 y la conducción bajo la influencia de alcohol ya suponían *per se* conductas temerarias que, al traducirse en resultado, daban lugar a la imprudencia grave de los artículos 142 y 152 CP (entre otras muchas, SSTS de 22 de marzo de 2002, 19 de mayo de 2006 y 24 de septiembre de 2008). El anterior artículo 381.2, introducido por la LO 15/2003, los reunió y extrajo una presunción de peligro concreto, no de temeridad -para la que, con el tipo básico, una y otra eran autosuficientes-.

Por las razones anteriores tanto la conducción con tasa objetivada de alcohol como con exceso de velocidad aisladamente consideradas constituyen temeridad manifiesta.

Finalmente deben ser advertidas las consecuencias *ad absurdum* de la interpretación contraria a la propuesta. En efecto la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art 379.2 inciso 1 no se encuentra entre las previsiones del art 380.2 y debería entenderse que solo hay temeridad si la influencia del alcohol se explicita en la tasa de 0'6 mg .Si el imputado se negara a las pruebas, presentara aparatosos signos de embriaguez y realizara maniobras irregulares incurriendo en el delito del art 379.2 inciso 2 no conduciría con temeridad manifiesta ni incidiría en el tipo del art 380.1 pese a crear peligro concreto para los usuarios de la vía.

En relación con este delito conviene recordar que sigue vigente la Consulta 1/2006 acerca de la extensión del peligro típico a los acompañantes y su consideración como sujetos pasivos del delito, salvo que sean partícipes a título de inductor o cooperador necesario. El fundamento radica en el dominio de la acción que tiene el conductor y no en argumentos atinentes a la eficacia suprallegal del consentimiento y al principio de auto-puesta en peligro (STS de 17 de noviembre de 2005).

Goza también de vigencia el criterio establecido en la Consulta para los casos de huida ante los agente de la autoridad. El principio de autoencubrimiento impune solo es aplicable a la comisión de delitos de desobediencia, sin que pueda extenderse a aquellos que ponen en peligro bienes jurídicos tan relevantes como la vida e integridad física, tutelados en los arts 380 y 381 CP.

Los Sres. Fiscales, en resumen deberán interpretar el artículo 380.1 y 2 CP sobre la base del concepto tradicional de temeridad manifiesta. Éste comprende ahora por mandato legal la conducción en la que concurren, aisladamente consideradas, las conductas de los tipos de los artículos 379.1 y 379.2 inciso 2 CP, pero no excluye otras modalidades que, suponen una vulneración patente y grave de las más elementales reglas del tráfico viario. Determinada la temeridad manifiesta, ha de acreditarse, en todo caso, la existencia de peligro concreto para la vida e integridad física.

## **VII. LA CONDUCCION CON MANIFIESTO DESPRECIO A LA VIDA DE LOS DEMÁS DEL ART. 381 CP**

Este delito, introducido en su momento por la LO 3/89, se diferencia del previsto en el artículo 380 CP en el tipo

subjetivo. Es el dolo eventual referido al resultado lesivo para la vida e integridad física del art 381, frente al referido al peligro típico para ambos bienes jurídicos el que justifica la mayor punición. Consecuentemente, si se produce un resultado de homicidio o lesiones, será de aplicación en situación concursal el delito del art 381 examinado junto con las infracciones dolosas correspondiente de los artículos 138 y 147 y siguientes del Código Penal, que comportan sanciones penales elevadas, acordes con la extraordinaria gravedad que revisten hechos de esta especie (entre otras, SSTS 17 de noviembre 2005 y de 19 de febrero 2006).

La doctrina jurisprudencial consolidada atiende al concepto normativo de dolo eventual entendido como conocimiento por el sujeto del riesgo jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados y la conformidad con el probable resultado derivado de su comportamiento, asumiendo graves peligros que no tiene la seguridad de controlar (SSTS de 8 de octubre de 2010 y 2 de noviembre de 2010).

No obstante, la nueva expresión "*manifiesto desprecio*" que sustituye en la redacción vigente del artículo 381 a la anterior referida al "*consciente desprecio*", ha suscitado dudas sobre la vigencia de esta interpretación. Podría pensarse que el adjetivo "manifiesto" —el mismo que utiliza el tipo del artículo 380- tiene un carácter más objetivizado, referido a la evidencia probatoria, al hecho perceptible o notorio (SSTS de 1 de abril de 2002 y 29 de noviembre de 2001). Con este hilo argumental la modificación legal habría desplazado el tipo subjetivo desde el ámbito del dolo eventual al terreno fronterizo de la culpa con previsión o representación. Consecutivamente, el resultado producido daría lugar a la aplicación del tipo imprudente de resultado -de homicidio o lesiones-, con aplicación de los artículos 142 y 152 CP. Se produciría, así, una sustancial rebaja de la pena aplicable

La interpretación propuesta es rechazable e incompatible con la intención legislativa de elevar el rigor penal en el tipo de peligro del art 381 (la pena es ahora de dos a 5 años de prisión, frente a la anterior de 1 a 4 años anterior). En realidad, expresiones similares a la que ahora se incluye en el artículo 381 -como el "temerario desprecio" comprendido en los artículos 205 y 208 CP- se reconducen normalmente a la categoría de dolo eventual. La expresión legislativa tiene un concreto significado doctrinal, ajeno a la exégesis descartada de claro tinte procesal. La nueva expresión deriva de la concepción dogmática del dolo estructurado sobre la experiencia general *ex ante*, de acuerdo con el criterio del espectador objetivo. En definitiva, la sustitución de la expresión "consciente desprecio" por "manifiesto desprecio" no implica la modificación del tipo subjetivo, que sigue identificándose con el dolo eventual. Este es, además, el criterio de la reciente doctrina jurisprudencial (por todas, SSTS de 8 de octubre de 2010, 2 de noviembre 2010 y 29 de diciembre de 2010).

Descendiendo a la realidad al concretar las conductas que resultan incardinables en el tipo, las Audiencias Provinciales vienen incluyendo supuestos distintos al clásico de las conducciones en sentido contrario en autopistas y autovías para las que fue concebido inicialmente el antiguo artículo 340 bis d) del Código penal anterior y la Reforma llevada a cabo por la LO 3/89 del que procede (entre otras muchas SSAP Barcelona de 20 de junio de 2008 y Huesca de 19 de enero de 2011). La evolución de la realidad social del tráfico -con aparición de conductas dotadas de una idéntica o incluso mayor peligrosidad- ha llevado al ámbito del actual artículo 381 casos diversos, como los "piques" en que dos o más conductores en zonas urbanas con tránsito de personas emprenden agresivamente competición de velocidad adornada de extraordinarias velocidades y de toda una panoplia de maniobras propias de circuito. En la misma línea la conducción a muy elevada velocidad en zonas



peatonalizadas con gran afluencia de personas en contextos exhibicionistas unidos a consumos de alcohol o drogas previo.

Finalmente, es preciso hacer referencia a las carreras ilegales. Desarrolladas en lugares clandestinos o en vías públicas, a velocidades extremas, con cruce de apuestas, exhibición en Internet, y utilizando motores trucados generan un intenso peligro para los espectadores, para terceros o para los propios participantes. Los llamados "safaris" tienen lugar entre capitales europeas con elevadísimas apuestas y vehículos muy potentes y caros dotados de la última tecnología para eludir los radares y controles. La preocupación por estos graves hechos ya llevó a la tipificación en la ley 18/2009 como ilícito administrativo la participación "en competiciones y carreras de vehículos no autorizadas" (art. 65.6.g de la LSV).

La calificación será la del artículo 380 en función de la menor peligrosidad objetiva de la conducción y cuando el dolo se proyecte sobre el peligro y no sobre el resultado. Conservan en este punto plena vigencia los criterios establecidos en la Consulta 1/2006, que basa la diferenciación entre ambas infracciones y la inferencia del dolo correspondiente en criterios atinentes a la mayor o menor antijuricidad de la conducta y a la flagrancia -desde el punto de vista objetivo de las características de la conducta desplegada-. Se ratifican así también los criterios de la Circular 2/90, en este punto vigente.

En los casos de circulación en sentido contrario por desconocimiento de la configuración de la vía o por desatención a las circunstancias del tráfico, se trata de una situación subjetiva de culpa sin previsión. El Código Penal alemán contempla la comisión imprudente del delito de conducción con desprecio a la vida. Al carecer nuestra ley penal de una prescripción de este tenor, el comportamiento descrito es penalmente atípico y meramente constitutivo de la infracción administrativa muy grave contenida en el art 65.5. f) LSV. Ahora bien, si, una vez realizada la maniobra citada, el conductor se apercibe de la situación de riesgo generada y persiste en su marcha en sentido contrario -sin realizar el comportamiento exigible tendente a hacer cesar el peligro-, puede ya desde ese momento existir una situación de dolo eventual, quedando cumplido el tipo. Todo ello con sujeción a las circunstancias probatorias sobre la objetividad del comportamiento y a las inferencias en torno al tipo subjetivo.

En definitiva, los Sres. Fiscales deberán valorar la posible subsunción en el tipo examinado de comportamientos distintos al del llamado conductor suicida, siempre con sujeción a las circunstancias concurrentes, a la mayor o menor peligrosidad para terceros y a las representaciones del autor derivadas de su conducta. En este sentido, deberá interpretarse la expresión "manifiesto desprecio" como referente al dolo eventual de resultado que obliga a calificar como dolosos los delitos de homicidio y las lesiones que puedan llegar a cometerse.

## **VIII. LA NUEVA REGLA CONCURSAL DEL ART. 382 CP**

### **VIII.1. Las modificaciones introducidas en la norma concursal por la LO 15/2007. Naturaleza del concurso**

La norma concursal contemplada en el anterior art 383 CP fue objeto de numerosas críticas por un amplio sector doctrinal defensor de la existencia de concurso ideal entre los delitos de peligro y de resultado. El peligro

adicional dimanante de los delitos de conducción bajo la influencia de tóxicos y temeraria, que despliegan su eficacia antes de la producción del resultado lesivo no es valorado en el concurso de normas, venía a argumentarse. El régimen del art 8.3 es inaplicable, se decía, pues los delitos de resultado no absorben el desvalor del peligro creado de modo general o individualizado para otros bienes jurídicos objeto de protección en los delitos regulados en los artículos 379 y siguientes del Código Penal.

En consecuencia, la solución recogida en el anterior artículo 383 CP privilegiaba al responsable cuando el resultado lesivo se producía en el contexto del tráfico viario, conculcando de esta forma los fines preventivo-generales propios de las normas penales protectoras de la seguridad vial.

En efecto, la tesis contraria se plasmaba, en la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 316 CP ( STS de 17 de julio de 1999), en otras figuras de peligro y en las soluciones penológicas del anterior artículo 325.2 CP (actual artículo 328.5 tras la reforma operada por LO 5/2010) y artículo 346 CP.

El artículo 382 CP dispone ahora que *"cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado"*

La nueva norma es imprecisa. La dicción literal dice que *"apreciarán tan sólo"*, expresión alusiva al concurso de normas previsto en el artículo 8 CP. Pero establece a continuación un sistema punitivo propio de un concurso ideal cualificado. El precepto no contempla una remisión expresa al artículo 77 CP con la opción de la punición separada sino que, en todo caso, impone la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior. El mayor rigor penológico está justificado únicamente cuando, antes de la producción del resultado, se ha consumado el correspondiente delito de peligro por el decurso de un mínimo lapso de tiempo o por la previa puesta en peligro concreto. Así han de entenderse ahora las remisiones a "los actos sancionados en los artículos 379. 380 y 381".

Por todo ello en la conclusión primera del escrito de acusación deben describirse claramente los supuestos fácticos que llevan a aplicar el delito de peligro que fundamenta la exasperación punitiva, especificando los datos que permiten apreciar los tipos de los artículos 379 a 381 CP e interesando la condena tanto por el delito de resultado como por el de peligro.

## **VIII.2. Delitos de peligro y de resultado que entran en situación de concurso**

El artículo 382 CP delimita las figuras delictivas de peligro a las que se aplica la regla concursal estableciendo que *"cuando con los actos sancionados*

*en los art. 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad..."*. Por el contrario, el anterior artículo 383 CP disponía que *"cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 (actual artículo 380) y 382 (actual artículo 385) se ocasionara,*

*además del riesgo prevenido, un resultado lesivo...*". Excluía el legislador expresamente del régimen del concurso la conducción con consciente desprecio por la vida de los demás bajo la idea implícita de que este delito estaba construido sobre el dolo eventual de resultado, dando lugar, en su caso, a un concurso ideal con homicidios y lesiones dolosas (entre otras, STS de fecha 1 de abril de 2002).

El actual artículo 382 CP se refiere, por el contrario a los delitos regulados en los artículos 379, 380 y 381 CP. Este último (anterior artículo 384), entra, pues, en el ámbito de la norma concursal. El precepto exige un resultado lesivo "constitutivo de delito". La finalidad es evitar que la exasperación punitiva opere también cuando los resultados no tienen la suficiente gravedad por constituir meras faltas del artículo 621 CP.

Carece también de virtualidad la norma cuando el resultado es constitutivo del delito de daños del artículo 267 CP. Como se desprende de las menciones de los demás tipos del capítulo ("concreto peligro para la vida e integridad de las personas, grave riesgo para la circulación, manifiesto desprecio de la vida de los demás"), los bienes jurídicos mediata o inmediatamente protegidos son solo la vida e integridad, siendo ya expresiva de esta intención legislativa la reforma de 1989, que suprimió la referencia a los bienes del tipo del anterior 340 bis a) del Código Penal de 1973.

Tanto las faltas de lesiones como el delito de daños, aun excluidos del ámbito del artículo 382, están en relación de concurso ideal del artículo 77 CP con los correlativos delitos de peligro, dado que inmediatamente antes de la producción del resultado lesivo se ha originado una situación de riesgo que no lo absorbe.

Los delitos de peligro de los artículos 379 al 381 CP, en definitiva, se hallarán en situación de concurso regida por la norma examinada solo en relación con los tipos de homicidios y lesiones imprudentes de los artículos 142 y 152 CP y, en su caso, en los delitos de homicidios y lesiones dolosas de los artículos 138, 147 y concordantes del CP.

Por todo ello, deberá solicitarse la aplicación de la pena en su mitad superior únicamente en los casos de homicidio y lesiones imprudentes y dolosas de los artículos 138, 142, 152, 147 y concordantes del CP, con exclusión de los casos en que el resultado constituya falta del artículo 621 o delito del artículo 267 CP.

### **VIII. 3. Relación de causalidad. Imputación objetiva**

Los delitos de peligro de los artículos 379 a 381 CP se hallan en relación de concurso con las infracciones penales de resultado referidas. Debe centrarse ahora la atención en la expresión inicial " Cuando con los actos sancionados en los artículos 379 a 381 se ocasionare además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito ...". La norma no se conforma con la concurrencia simultánea de la embriaguez, exceso de velocidad o temeridad y el resultado de lesión de los bienes jurídicos protegidos Sin embargo la doctrina jurisprudencial que valora las conducciones peligrosas de referencia como imprudencia grave, ha conducido en ocasiones a la inercia de constatar la simultaneidad sin mayores exigencias .

La fórmula concursar típica a través del sintagma verbal "ocasionare" obliga, por el contrario a probar la relación de causalidad entre conducción arriesgada y resultado. Los comportamientos imprudentes de terceros o de la

propia víctima pueden degradar o descartar la imputación objetiva del resultado en la norma concursal de conformidad con la doctrina jurisprudencial (SSTS de 11 de junio 2001, 22 de marzo de 2002, 5 de marzo de 2003, 4 de marzo de 2005 y 20 de octubre de 2005).

En consecuencia los Sres. Fiscales habrán de probar y consignar en la conclusión primera del escrito de acusación los datos de hecho de los delitos de peligro y la relación causal con el resultado.

#### **VIII.4. Pluralidad de homicidios y lesiones imprudentes**

Si además de cometerse el delito de riesgo se produjese más de un resultado lesivo, es decir, si el resultado lesivo lo constituye una pluralidad de homicidios o lesiones imprudentes de los arts. 142 y 152 CP (o bien de uno u otro), entre ellos a su vez media una relación de concurso ideal del art 77 CP.

Las razones provienen del CP de 1995 que abolió la noción de *crimen culpae* y la sustituyó por la de *crimina culposa*. Significa que si, en vía de ejemplo, concurre un delito de conducción temeraria del art 380 CP con dos delitos de homicidio imprudente del art 142 CP, habrá una doble exasperación punitiva. Primero se aplicará la pena de prisión de 1 a 4 años en su mitad superior, y la resultante a su vez en la mitad superior, con sujeción a lo previsto en el artículo 77 del Código Penal.

De lo contrario la gravedad de injusto del hecho no tendría la correspondiente réplica punitiva y sería penalmente indiferente causar la muerte imprudente de 1 o de 10 personas. Puede razonablemente entenderse que evitar estas situaciones es una de las finalidades del legislador al modificar el precepto concursal. Atendiendo a la redacción gramatical de la norma, despliega su virtualidad cuando tiene lugar "...un resultado lesivo constitutivo de delito.". Cuando son varios, el desvalor de resultado lleva a exigir la aplicación del concurso ideal, esta vez el del régimen ordinario del art 77 CP entre ellos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia 1135/2010, de 29 de diciembre, ha optado por aplicar únicamente la regla concursal especial contenida en el ámbito de la seguridad vial incluso en los casos de producción de varios resultados lesivos. Según la citada sentencia: "La regla concursal específica no se ve alterada en el caso de concurrencia de diversos resultados lesivos, pues la absorción se producirá siempre en la infracción más gravemente penada. Realmente el artículo 383 (ahora 382) consagra un concurso de normas a resolver por el nº 4 del artículo 8 CP que es la solución específica prevista por el referido art. 383 CP".

El precedente no es claro .El TS se ocupa de la interpretación del anterior art 383 inspirado en una distinta concepción de las relaciones entre delitos de peligro y resultado y con un régimen penológico muy diferente. El nuevo art 382 cuya exégesis no aborda deriva de la ley 15/2007, cuya finalidad es elevar la respuesta penal frente a la delincuencia de tráfico.

Por lo expresado, los Sres. Fiscales cuando en aplicación de la norma del art 382 concorra una pluralidad de delitos de resultado imprudentes, solicitarán la pena del delito más grave en su mitad superior y dentro de ella -y si éste es el delito de resultado- aplicarán a su vez las reglas del concurso ideal del art 77 CP.

#### **VIII.5. Criterios de determinación de la infracción más grave**

La determinación de la infracción más gravemente penada y de la pena a imponer presenta algunas dificultades cuando el concurso se produce con las lesiones imprudentes del artículo 152 CP. Los Fiscales han de atender al criterio de la mayor gravedad de la pena privativa de libertad, a su carácter de sanción única o alternativa y, en algunos casos, al examen conjunto de las penas previstas.

Con carácter orientativo y sin perjuicio de lo que resulte del análisis individualizado:

- La pena del art. 152.1 CP, de acuerdo con lo dicho, es más grave que la del art. 379 CP, dada la alternatividad de la prisión en esta última.
- La pena del art. 152.2 CP es preferente a la del art. 380, por la mayor extensión de la pena privativa de libertad, aun cuando su pena de privación del derecho a conducir sea de menor entidad.
- La pena del art. 380 resulta aplicable frente a la del art. 152.3 CP, al ser idéntica la pena de prisión y de mayor entidad la pena privativa de derechos.
- Cuando se trata de la pena contemplada para el delito de homicidio imprudente del art. 142 CP, se impone a las de los arts. 379 y 380 CP. Igual criterio es aplicable cuando con el delito de lesiones concurre el de conducción con manifiesto desprecio.

En la praxis de Fiscalías y Juzgados anterior a la Ley Orgánica 15/2007, si el delito del artículo 379 CP concurría con lesiones imprudentes del art 152.1 y 3 se resolvía el concurso aplicando, la pena más grave de la conducción con temeridad manifiesta del anterior artículo 381 (hoy 380). Eran los supuestos del que conduciendo embriagado y debido a su estado colisiona o atropella a un peatón originándole las lesiones del art 147.1 o 150 El argumento radicaba en que el peligro concreto exigido en el tipo de peligro del art 380 se ha consumado, y que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes expuesta, conducir en estado de embriaguez es siempre una infracción de reglas elementales o básicas del tráfico constitutiva de la temeridad manifiesta.

El criterio ha sido ratificado en la reforma penal de 2007 y es de aplicación a las conducciones con exceso de velocidad y con la tasa objetivada de alcohol de los arts 379.1 y 2 inciso 2. Ambas son expresamente consideradas por el legislador como constitutivas de temeridad manifiesta (art 380.2)

Cuando el resultado es constitutivo de falta del art 621.1 y 3 los argumentos de fondo son idénticos y pueden convertir la conducción con exceso de velocidad o embriaguez del art 379 en conducción con temeridad manifiesta del art 380. El peligro típico de esta última infracción penal supone una situación de riesgo grave, inminente o muy próximo de lesión de los dos bienes jurídicos, "vida o integridad física" alternativamente contemplados en la fórmula típica. Si el resultado lesivo para la integridad se ha producido es claro que ha estado precedido por la situación de riesgo descrita. De todos modos los Fiscales deben ponderar las circunstancias concurrentes, la relación causal y la gravedad de los riesgos creados.

La imposición de la pena más grave en su mitad superior se refiere tanto a las penas privativas de libertad como a las privativas de derechos.

En síntesis, para la determinación de la pena más grave, deberá atenderse ordinariamente a la pena privativa de libertad a su mayor o menor extensión y a su alternatividad, pero se valorarán las circunstancias concurrentes a fin de decantarse por ella o por la pena privativa de derechos. En los casos en que el delito de peligro sea el del artículo 379.1 y 2 CP y concurra una falta de lesiones del artículo 621 CP podrá entenderse cometido un delito de conducción con temeridad manifiesta del artículo 380 y se aplicará la pena que le corresponde. En estos casos, si el resultado es constitutivo de delito de lesiones del artículo 152.1 ó 3, el cómputo se hará sobre la pena más grave -que es la del delito de conducción temeraria-. En uno y otro supuesto se valorarán las circunstancias concurrentes. En todo caso, la agravación penológica del artículo 382 afectará a la pena privativa de libertad y a la privativa de derechos.

#### **VIII.6. Responsabilidad civil**

La regulación concursal del anterior artículo 383 (actual 382) permitía la declaración de responsabilidad civil aun cuando el delito apreciado fuera el de peligro y no el de resultado. De este modo se evitaba el desamparo de las víctimas (SSTS de 29 de mayo de 1997, 1 de junio de 1999, 22 de febrero de 2005 y 27 de septiembre de 2006), que podían ser resarcidas cualquiera que fuera la infracción apreciada por el tribunal. La LO 15/2007 mantiene esta solución tuitiva.

Sin embargo, se han suscitado dudas acerca de la posible exclusión del régimen del artículo 382 de la responsabilidad civil derivada de un resultado lesivo constitutivo de falta, puesto que el precepto se refiere solo al constitutivo de delito. La existencia de un concurso ideal en estos casos funda la declaración de responsabilidad civil. La misma solución es aplicable para los daños imprudentes del artículo 267 CP. El art 382 dice al respecto "condenando en todo caso a la responsabilidad civil que se hubiere originado". La rotunda expresión legal aboca a la tesis defendida.

Más enjundia ofrecen los casos constitutivos de daños imprudentes atípicos. La acción civil *ex delicto* es difícilmente sostenible al no haber infracción penal. La exclusión del resarcimiento de estos daños llevaría, sin embargo, a consecuencias indeseables desde el punto de vista procesal y desde la óptica de la protección de las víctimas de la delincuencia de tráfico. En efecto, carece de sentido que, tras desarrollarse un proceso en que se han depurado los hechos, quede fuera del pronunciamiento judicial una responsabilidad civil de ellos derivada obligando a los perjudicados al llamado "peregrinaje de jurisdicciones".

No puede olvidarse, en este punto, que el "hecho" es único y en el proceso ha quedado constatada la relación causal entre los daños patrimoniales y la conducta delictiva de peligro que está en su origen. Derivándose la responsabilidad civil, conforme al artículo 109 del Código penal, del "hecho" realizado (que trasciende, en su realidad fáctica, los meros elementos típicos de la infracción punible), la solución correcta es la exigencia dentro del propio proceso penal del resarcimiento de estos daños, conclusión que, por otra parte, se ha generalizado en la praxis judicial.

Por tanto, se ejercitará la acción civil interesando las oportunas indemnizaciones cuando el resultado lesivo sea constitutivo de falta de lesiones, de daños imprudentes del artículo 267 y de daños patrimoniales atípicos.

## **VIII.7. La supresión del libre arbitrio. Otras cuestiones**

En los delitos de peligro contra la seguridad vial se excluía por mandato legal la aplicación de los arts 61 a 78 CP reguladores del proceso de individualización de la pena, que quedaba sometido al criterio del prudente arbitrio del Juez. No había razón alguna para esta exclusión, al tratarse de infracciones dolosas, y no meramente imprudentes -estas sí exceptuadas del régimen general penológico (art. 66.2)-. Por todo ello, suprimida la cláusula excepcional en la redacción vigente, el proceso de individualización penal de los delitos contra la seguridad vial queda sujeto ahora a las reglas generales de los artículos 66 CP y concordantes.

## **IX. LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS LEGALMENTE ESTABLECIDAS PARA LA DETECCIÓN DE BEBIDAS ALCOHOLICAS Y DROGAS TOXICAS DEL ART. 383 CP. LOS CONTROLES DE DROGAS DEL ART. 796.7 LECRIM**

### **IX.1. El bien jurídico protegido**

Dispone el art. 383 CP en su redacción actual —introducida por la LO 15/2007- que *"el 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, será castigado (...)"*

Puede identificarse un doble objeto de tutela. En primer lugar, el artículo 383 protegería la seguridad vial, dado el emplazamiento sistemático y las finalidades que se persiguen con la incriminación de esta conducta. En segundo lugar, otorgaría tutela o protección al principio de autoridad inherente a las funciones de policía o supervisión del tráfico que corresponden a la Administración, para asegurar que discurra en condiciones de seguridad frente a las conducciones bajo la influencia de alcohol y drogas generadoras de graves riesgos.

No obstante, la redacción actual suprime la remisión penológica que se efectuaba al delito de desobediencia descrito en el artículo 556 CP, ubicado en el Título XXII del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica "delitos contra el orden público". De esta forma el legislador parece reforzar la seguridad vial como objeto de tutela preferente.

### **IX.2. Conductas típicas**

Por todos es sabido que la conducta típica, la negativa a someterse a las pruebas, exige la advertencia expresa al conductor de la responsabilidad en que puede incurrir en caso de no hacerlo y, concretamente de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia. Así deriva de la interpretación consolidada de las Audiencias Provinciales (entre las más recientes, SAP de Vizcaya de 17 de mayo de 2007). La negativa ha de ser abierta y clara (entre otras, SAP de Baleares de fecha 16 de abril de 2008 y SAP de Barcelona 23 de julio de 2008).

El anterior artículo 380 del Código Penal sancionaba al conductor que *"requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior"*. La redacción generó distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la necesidad de que el conductor presentase una sintomatología compatible con la conducción etílica castigada en

el artículo 379 CP o la suficiencia, por el contrario, de la mera negativa consciente e informada a someterse a las pruebas.

Audiencias Provinciales como la de Lérida (entre otras, Sentencia de 5 de febrero de 1998) y Oviedo (en Sentencia de 2 de julio de 1998) penalizaban la negativa en todos los supuestos contemplados en el artículo 21 RGCir (implicación en accidente, síntomas, comisión de infracción, controles preventivos, aún cuando en estos últimos no se apreciaran indicios o signos externos de comisión del delito del artículo 379 CP). A raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 se impuso el criterio de considerar aplicable el tipo penal solo cuando hubiera signos o datos en la conducción reveladores de la influencia del alcohol o drogas en el conductor que se negaba a someterse a las pruebas. La exigencia se ajustaba a la expresión típica *"para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior"*, que eran los de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas solo constatable mediante tales signos o maniobras irregulares modificada en la actual redacción. Tales síntomas o indicios debían ser valorados en el momento de la actuación de los agentes (entre otras, SSTS de 17 de febrero y 22 de marzo de 2002).

El nuevo delito del artículo 383 CP amplía su ámbito de aplicación a todos los supuestos del artículo 21 RGCir. La novedosa fórmula puntualiza que la negativa punible se refiere 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"*. En definitiva, quedan dentro del precepto los controles aleatorios, a través de los que se comprueba, no la influencia, sino la tasa objetivada -cuya presencia es constitutiva de delito a diferencia de la regulación anterior-. No es necesaria, por tanto, la presencia adicional de síntomas externos o comportamientos infractores en la conducción.

Mayores dudas ofrece la inclusión en el tipo penal de la conducta cuando el conductor se somete voluntariamente a la primera prueba y se niega a hacerlo a la segunda. Los artículos 379.2 y 383 CP con la expresión "pruebas legalmente establecidas" remiten al Reglamento General de Circulación y a la Ley de Tráfico, Circulación y Seguridad Vial, reguladores de la práctica de las pruebas de detección de alcohol y drogas. El artículo 12.2 de la LSV establece que *"quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan..."* Es claro el carácter imperativo de ambas.

La segunda prueba no es, por tanto, un derecho del interesado de ejercicio potestativo. Ambas pruebas son obligatorias y están orientadas a garantizar el acierto en el resultado. En definitiva, se puede concluir que la negativa a someterse a cualquiera de ellas constituye una conducta subsumible en el tipo estudiado.

El carácter garantista y voluntario corresponde, en realidad, a las analíticas de sangre y a las demás previstas en los artículos 12.2 *in fine* LSV y en el artículo 23.4 RGCir. El artículo 24 b) alude al *"derecho que le asiste [al interesado] a contrastar los resultados obtenidos en las pruebas de detección alcohólica por aire espirado mediante análisis adecuados..."*. Ahora bien, el derecho a estos análisis de contraste surge cuando el interesado se ha sometido a las pruebas reglamentarias, pues tal derecho lo es a contrastar (artículos 23.3 y 24.b mencionados que emplean esta expresión) pruebas efectivamente realizadas. Solo surge, por tanto, cuando se han realizado las de alcoholemia (entre otras SAP Barcelona de 16 de junio de 2004 y SAP de Burgos de 7 de



septiembre de 2010).

Tras los casos de negativa a las pruebas y solicitud de los análisis de sangre suele esconderse en este aparente comportamiento de sumisión a una prueba de mayor fiabilidad una actitud fraudulenta. Conocidas son las dificultades de organizar los controles, de interrumpirlos para el traslado a centro hospitalario y el lapso de tiempo que transcurre hasta practicar el análisis con probable resultado de una menor concentración de alcohol en sangre. De generalizarse estos planteamientos en los conductores finalizarían los controles policiales tal como los establece el legislador y habría que organizar otros diferentes de orden sanitario u hospitalario. Ha de atenderse, de todos modos a la hora de decidir si se ejercita o no la acción penal a las circunstancias concurrentes en el caso (si ha habido o no perturbación del control, tasa arrojada, tiempo transcurrido hasta la analítica, intención del conductor).

Por todo ello, la acción penal deberá ejercitarse en los supuestos de negativa abierta a la práctica de una de las dos pruebas de detección de alcohol en aire espirado. Asimismo, se ejercerá la acción penal, por regla general y con sujeción a las circunstancias concurrentes, cuando el conductor se niegue a someterse a las dos pruebas y solicite la analítica de sangre.

### **IX.3. La negativa a someterse a los controles de drogas del artículo 796.7 LECr**

Los controles de drogas están administrativamente regulados en los artículos 12 LSV y 27 y 28 RGCir. Antes de la reforma operada por LO 5/2010 sólo era subsumible en el tipo la negativa a someterse al reconocimiento médico prescrito en el artículo 28.b) RGCir. Debía tratarse de un reconocimiento externo, pues la práctica de pruebas que implicaran intervenciones corporales (análisis de sangre, orina, saliva) contra la voluntad del interesado precisa autorización judicial, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC de 16 de diciembre 1996, 14 de febrero de 2005 y 24 de octubre de 2007).

Consecuencia de esta doctrina es que la imposición de la obligación de someterse a tales pruebas y las consecuencias jurídicas anudadas a su incumplimiento requieren la cobertura de Ley Orgánica al afectar al derecho fundamental a la intimidad. Todo ello restaba o eliminaba la operatividad que los controles pudieran tener, en particular para la investigación del delito del artículo 379.2 CP (conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas). La infracción administrativa correlativa está prevista en el artículo 65.5. c) LSV.

La reciente reforma penal de 2010 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de los controles de drogas en el marco del proceso penal que va en línea con la existente en los países de la UE, dada la insuficiencia de la normativa administrativa. El legislador ha asumido la propuesta que a tal efecto formuló la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2009, con la finalidad de dotarse de un instrumento normativo de detección e investigación.

Son conductas de extraordinario riesgo que concitan la preocupación y esfuerzos de prevención y persecución en el ámbito de la UE. Las drogas inciden de modo intenso, ya desde bajos consumos, en las principalísimas facultades visuales del conductor. El reciente Informe europeo DRUID detectó en nuestro país -en la muestra

realizada- un porcentaje muy superior al 10% de conducciones bajo la influencia de sustancias tóxicas (el de conducciones bajo los efectos del alcohol se halla en torno al 2%).

En la materia que nos ocupa, por las razones constitucionales indicadas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la disciplina de esta prueba en el proceso penal. Por ello sus prescripciones han de prevalecer — aparte de por su mayor rango normativo- sobre las administrativas, que no pueden contradecirlas, pero sí complementarlas. El propio art 796.7 LECr señala que la prueba se realizará con "sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de seguridad vial...". Es necesario, por tanto, acudir también a lo previsto en los arts. 12 LSV y 27 y 28 RGCir. Estas normas son insuficientes y sería deseable que se regularan en el futuro con detalle las cuestiones que no caen bajo el ámbito normativo de la LECr y modificarlas en lo que no se le opongan.

La realización corresponde a "*...agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica...*". La expresión "policía judicial de tráfico" tiene la significación funcional de los arts. 282 y ss. LECr. No se refiere, por tanto a las Unidades Orgánicas (arts. 548 y 549 LOPJ). Alude a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando actúan en la investigación de delitos de tráfico y lo hacen, por tanto, bajo la dirección de los Tribunales y del Ministerio Fiscal (art. 550 LOPJ). De conformidad con el art. 547 LOPJ se deben incluir la ATGC, las Policías Autonómicas y las Policías Locales.

Dada la complejidad de la prueba y de los conocimientos sobre drogas tóxicas y su influencia en la conducción, el legislador exige formación especializada, con una exigente preparación en estas materias. Las competencias para diseñarla, organizarla y dirigirla están atribuidas al Ministerio del Interior (art. 5.1 LSV) y a las CCAA que en virtud de sus Estatutos tienen competencia para la formación de las policías locales y autonómicas, sin perjuicio de las que ostentan las Escuelas de Formación Municipales que actúan bajo la coordinación autonómica.

Sobre los conductores se imponen dos obligaciones. La primera es la relativa al *test* indiciario salivar "*al que obligatoriamente deberá someterse el conductor...*". La terminante expresión no deja dudas acerca de que cuando hay negativa, cabe la subsunción en el tipo del art. 383. En efecto, el citado *test* es la diligencia legalmente establecida para la comprobación de la presencia de drogas tóxicas.

La segunda obligación es la facilitación de saliva para ser analizada en los laboratorios homologados a los que después se hará mención. Comporta una actuación orientada a suministrarla. La negativa conlleva, asimismo, la comisión del delito del precepto mencionado. La obligación, para surgir, necesita un supuesto de hecho formulado en términos de alternatividad. En primer lugar el resultado "positivo" del *test* indiciario salivar. La expresión "positivo" alude no a una determinada tasa en nanogramos sino a cualquier resultado del que se desprenda la presencia de droga en el organismo (el artículo 383 CP se refiere a pruebas para detectar "la presencia de drogas tóxicas..."). En segundo lugar, la existencia de signos de haber consumido las sustancias tóxicas derivados de la exploración llevada a cabo por los agentes especializados. Han de tener entidad, valorados en conjunto, como para hacer surgir el deber de sometimiento.

Es obligatorio el análisis de la saliva, pues el artículo 796.7 LECr establece que "será analizada...". La expresión "laboratorio homologado" hay que reconducirla a lo prescrito en el artículo 788.2 LECr. Entrarán dentro de este concepto los laboratorios, públicos o privados, en los que se sigan, para la realización de las pruebas, "los

*protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas*". El adjetivo "homologado" exige actividades de control por parte de la Administración competente. El art. 796.7 exige garantizar la cadena de custodia. Ha de estarse al cumplimiento riguroso de lo prescrito en la Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, en tanto no haya un desarrollo normativo específico.

La legislación procesal penal ha consagrado el modelo o fórmula del policía experto como pieza básica y directiva en las actuaciones de los controles. Por ello, ha descartado el modelo mixto en el que comparten protagonismo el policía y el perito médico, forense o no, y aquellos otros modelos en los que se le atribuye a este último la dirección de la diligencia con la ayuda policial. En este sentido, las alusiones que el artículo 28.1.a) del RGCir realiza a la necesidad de intervención médica han de ser relativizadas, pues de la norma legal superior se desprende que dicha intervención no tiene carácter imperativo ni exclusivo.

El reconocimiento médico ha dejado de ser imprescindible, tal y como sugería el referido artículo 28. También lo ha dejado de ser el papel directivo del facultativo en el sentido en que se deducía de la norma. La decisión acerca de si concurre la obligación de facilitar saliva y la orden de que se lleve a cabo la analítica compete al policía experto actuante. Nada impide que éste o sus superiores (con carácter general o particular) acuerden complementar el atestado con un informe del facultativo presente en el momento de realizar la prueba o cuya colaboración se recabe desplazando al sometido a ella al correspondiente centro para efectuar el oportuno reconocimiento. En este caso la prueba médica es obligatoria en los términos de los artículos 12 LSV y 28.c) RGCir.

El atestado debe recoger el cumplimiento de esta normativa (artículos 796.7 LECr, 12 LSV y 27 y 28 RGCir) en los términos expresados, con mención de todas las circunstancias y datos que sean procedentes en el contexto de una profunda investigación de los hechos (arts 282 y ss. LECr). Sobre todo, han de reseñarse los signos expresivos de la influencia o afectación de facultades por el consumo de drogas y las pruebas para percibirlos.

El delito de conducción del artículo 379.2 CP inciso 1 es un tipo de influencia. Ésta debe acreditarse -como en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas- a través del testimonio de los agentes actuantes sobre los signos de afectación, maniobra en su caso realizada y por el informe pericial analítico que ha de hacer referencia al punto analítico de corte, a la tasa en nanogramos, y a su significación y conexión con consumos recientes. En función de las circunstancias probatorias concurrentes el Ministerio Fiscal decidirá si ejercita o no la acción penal.

Por todo ello, se impulsará la aplicación del artículo 796.7 LECr como herramienta de primer orden en la investigación de los delitos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dando las instrucciones pertinentes a la Policía Judicial y velando por el cumplimiento de los requisitos de las pruebas reguladas en el artículo 796.7 LECr. En particular se velará por la formación especializada de los policías actuantes y por la realización del análisis de saliva en laboratorios homologados con garantía de la cadena de custodia. Se ejercerá, de este modo, la acción penal por el delito del artículo 379.2 CP -conducción bajo la influencia de drogas tóxicas- en función del resultado pericial de tales pruebas y del testimonio de los policías actuantes.

Asimismo, se ejercitará la acción penal conforme al artículo 383 CP en los casos de negativa a someterse al test indiciario salivar o de negativa a facilitar saliva en cantidad suficiente cuando el resultado del test indiciario sea positivo o haya signos de haber consumido sustancias estupefacientes. También se ejercerá la acción penal por este delito en los casos de negativa al reconocimiento médico siempre que éste haya sido debidamente acordado.

## **X. EL DELITO DE CONDUCCION TRAS LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL PERMISO POR PÉRDIDA TOTAL DE PUNTOS (ART. 384 inciso 1)**

La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, dictada en aplicación directa del artículo 384 del Código Penal en sus distintas modalidades delictivas, incide en que vienen a configurarse dentro de un delito unitario de quebrantamiento especial en el ámbito de la seguridad vial. Resplandece el ánimo o intención de integrar en un solo precepto las conductas incumplidoras de mandatos legales, administrativos o judiciales (entre otras, SSAP de Ourense de 17 de enero de 2008 y de Bilbao 30 de junio de 2009, respectivamente). En definitiva esta norma penal contempla con idéntico régimen penológico las conducciones realizadas por quien no tiene derecho a conducir. El parentesco mayor tiene lugar entre los tipos del artículo 384 inciso 1 y 2 CP, en los que el permiso de conducir se ha obtenido y la autoridad legítima priva al infractor del derecho a la conducción.

En realidad, en el delito del art 384 inciso 1 el legislador sigue la misma técnica utilizada en la negativa a las pruebas de alcoholemia y drogas, sancionando otra modalidad específica de desobediencia. Con los matices antes desarrollados la perspectiva de tutela es igualmente el principio de autoridad en relación con las potestades de la Administración dentro del ámbito del tráfico viario (la de autorización para conducir en las vías públicas en íntima conexión con la sancionatoria, conforme a los arts. 60 y 63 LSV). Similar estructura es la del tipo del art 384 inciso 2 de conducción con privación judicial del permiso. En realidad, se tipifica aquí un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP, estableciendo una pena cualificada. El bien jurídico protegido es, en este caso, el respeto a las resoluciones judiciales.

La ubicación sistemática obedece a las razones antes expuestas de agrupación de figuras delictivas extraídas de otros lugares y reunidas aquí en la medida en que el legislador entiende que afectan a la seguridad vial. No por ello pierden su naturaleza de quebrantamientos o desobediencias, generándose una situación de concurso de normas. La conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia presenta singularidades o perspectivas de tutela.

### **A) Acción típica y supuestos de pérdida de vigencia.**

El tipo penal no requiere una conducción peligrosa o irregular, bastando la consciente desobediencia, el incumplimiento de las pertinentes resoluciones. La pérdida de vigencia por pérdida de puntos responde a una nueva filosofía o cultura sobre la seguridad vial

El permiso de conducir deja de concebirse como una autorización incondicionada y absoluta para circular al volante de vehículos de motor, desconectada de la utilización que se haga de las facultades que concede. Antes al contrario, se presenta como una autorización condicionada en su validez jurídica a la observancia de

comportamientos respetuosos con la legalidad en los términos previstos en el Anexo 2 de la LSV. El permiso es concebido de este modo como un crédito de confianza, según resulta tanto de la Exposición de Motivos de la ley 17/2005 de 19 de julio, como de las normas que lo regulan.

La pérdida de vigencia tiene naturaleza sancionatoria, pero su finalidad reeducativa se deduce con claridad de las reglas sobre recuperación de puntos por el transcurso de plazos sin infringir la ley o por someterse a cursos de sensibilización vial.

Su regulación se halla en los artículos 60.4 a 6 y 63.6 a 8 LSV, preceptos que constituyen el presupuesto de aplicación de la ley penal. La expresión legal "*pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de puntos*" es un elemento normativo del tipo que reenvía a estas prescripciones. La pérdida de vigencia se produce con la declaración o acuerdo de la Jefatura Provincial de Tráfico dictada en los términos de los artículos 63.6 LSV y 37 del RGCon. Una vez dictada la resolución, con los matices que se pondrán después de manifiesto, el permiso pierde su vigencia y surge, en consecuencia, la prohibición de conducir. Su incumplimiento origina la aplicación de la figura de delito que es objeto de estudio.

El primer caso a plantearse es el de la pérdida de vigencia a consecuencia de la previsión del artículo 47.3 CP, es decir, al dictarse una condena a la privación del derecho de conducir por tiempo superior a dos años. Una vez firme la sentencia, la conducción realizada mientras se está cumpliendo la pena privativa del derecho a conducir es constitutiva del delito del art. 384 inciso 2 que consagra una modalidad específica de quebrantamiento de condena.

La duda se plantea cuando, una vez cumplida la pena, el penado conduce sin haber recuperado la vigencia perdida ex art 47.3 e impuesta en la condena del modo indicado en el artículo 63.7 LSV, es decir, sin haberse sometido al curso de sensibilización y a la superación de las pruebas reglamentarias. Las opciones son la subsunción en el delito del art 384 inciso 1, en el del art 384 inciso 2 o la atipicidad.

La pérdida de vigencia por pérdida de puntos y la que se produce por efecto de la condena a una pena de privación del permiso de conducir de más de dos años tienen similar naturaleza. La primera se deriva de infracciones administrativas y la segunda de una infracción penal, por lo que habría razones para la subsunción en el tipo del art 384 inciso 1. Argumento en la misma línea sería la parificación entre ambas que se observa en el régimen de recuperación de la vigencia de la Disposición Adicional 13.1ª LSV. Sin embargo, el principio de legalidad impide la equiparación y calificación consiguiente propuesta al referirse estrictamente el tipo a "...la pérdida de vigencia por pérdida de puntos...", sin referencia a la condena penal. El art 47.3 no es un supuesto de pérdida de puntos sino de vigencia.

La conducta, sin embargo, no es atípica sino subsumible en el tipo genérico de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP, siempre que tras cumplirse la pena de privación del derecho de conducir, el Juzgado realice un apercibimiento expreso de incurrir en este delito si el penado vuelve a conducir sin haber recuperado el permiso. Los argumentos a favor de esta tesis son varios. Así, la pérdida de vigencia del artículo 47 CP forma parte de la condena dictada a que se refiere el tipo de quebrantamiento. Su naturaleza se aproxima a la de las penas

accesorias, como revela la subordinación preceptiva a la pena principal de privación del derecho a conducir plasmada en la expresión gramatical "...comportará..." del art 47.3, similar a la utilizada en los arts 54 a 56 CP - "...llevará consigo..." (art. 55) e "...impondrán..." (art. 56)-.

La subsunción en el tipo del artículo 384 inciso 2 es inviable en virtud del principio de legalidad. En efecto, el precepto contempla un quebrantamiento de condena cualificado. El art 468 prevé en el apartado 1 inciso 2° el incumplimiento o quebrantamiento de las penas privativas de derechos en general. El art 384 inciso 2, otorga un régimen penal de mayor rigor cuando la pena quebrantada es la privación del derecho a conducir, regulada en los artículos 39.d) y 47 CP. En los casos contemplados no se incumple o quebranta esta pena que ya ha sido ejecutada .sino la pérdida de vigencia acordada en sentencia y prevista en el artículo 63 LSV. Su contenido es distinto y su naturaleza no corresponde a la de pena principal —a diferencia de la prevista en los arts 39.d) y 47 mencionados- sino de pena accesoria, según lo expuesto. La menor respuesta penal de los casos analizados frente a los del delito del artículo 384 inciso 1 se justificaría porque en ellos el penado ya ha cumplido una pena privativa del derecho de conducción superior a los 2 años.

Un segundo supuesto que en la práctica diaria genera dudas interpretativas es el de las conducciones realizadas con pérdida de vigencia por pérdida de puntos una vez transcurridos los plazos para poder presentarse a la nueva obtención del permiso de conducir (6 ó 12 meses en caso de reincidencia y 3 ó 6 respectivamente cuando son conductores profesionales, según el artículo 63.6 LSV) sin haberlo conseguido, bien por no haber superado las pruebas tras el preceptivo curso de sensibilización vial o bien sin haberlo intentado.

La pérdida de vigencia conlleva la efectiva privación del derecho a conducir, la absoluta carencia de eficacia de la autorización que se posee conforme al artículo 60.1 LSV y la necesidad de obtener una nueva tras realizar el curso de sensibilización y reeducación vial y superar las pruebas a que se refiere el artículo 63.7 LSV.

Por ello, es irrelevante para la subsunción en el tipo penal que hayan transcurrido los plazos citados si no se ha obtenido el nuevo permiso de conducir. Con la declaración de pérdida de vigencia, el hasta entonces vigente permiso debe entregarse a la Jefatura Provincial de Tráfico. Si no es entregado voluntariamente, será retirado por los agentes (conforme al artículo 37 RGCon antes mencionado). Por ello, la conducción que se realice a partir de este momento, será siempre constitutiva del delito, por no estar el conductor en posesión de la autorización legal.

El transcurso de los plazos del artículo 63.6 solo faculta a recuperar de nuevo los derechos perdidos. De seguir la interpretación contraria, bastaría con apoyarse en el transcurso del lapso de tiempo reglado para eludir la sanción penal y las obligaciones del artículo 63.7, desvaneciéndose la eficacia de la tutela penal. La expresión típica "pérdida de vigencia" no se refiere al momento de la resolución que la declara sino al tiempo que duran o permanecen sus efectos, durante el que el permiso no estará vigente, no tiene validez.

En resumen, se calificarán como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP los casos de conducciones realizadas una vez cumplida la pena de privación del derecho a conducir superior a dos años generadoras de la pérdida de vigencia del permiso conforme al artículo 47.3 CP cuando éste aún no se ha obtenido de nuevo.

La calificación se hará por el contrario conforme al artículo 384 inciso 1 en los casos de conducciones con pérdida de vigencia por pérdida de puntos, en tanto no se haya vuelto a obtener el permiso de conducir tras la superación de las pruebas reglamentarias.

B) Naturaleza de la declaración de pérdida de vigencia. Firmeza de la resolución administrativa.

En primer lugar, es necesario plantearse si es precisa la firmeza de la declaración de pérdida de vigencia del artículo 63.6 de la LSV y 37 RGCon para que la conducción sea típica. Resuelto este interrogante, pueden resolverse los casos de interposición de recurso contencioso-administrativo.

Como cuestión previa cabe preguntarse por la naturaleza de la resolución que declara la pérdida de vigencia a la luz de la legislación administrativa. Para algunos su contenido es meramente declarativo de los puntos descontados que han alcanzado, ya previamente sumados, el tope legal. El discurso argumental conduce a entender vulnerado el principio *ne bis in idem*. Las razones son que hay un doble cómputo o valoración de las diversas sanciones, primero al hacerse efectivas aisladamente consideradas y al provocar después la pérdida de vigencia contemplándolas conjuntamente como sumandos.

La tesis correcta es la que otorga a la decisión o pronunciamiento administrativo una clara naturaleza sancionatoria aun cuando el artículo 63.6 LSV que lo regula se halla formalmente extramuros del procedimiento sancionador de los artículos 70 y ss. A pesar de su ubicación sistemática, la declaración de pérdida de vigencia incluye materialmente una sanción. La STEDH de 23 de septiembre de 1998 atribuye efectos punitivos al llamado "carnet por puntos" y con esta naturaleza debe abordarse su régimen jurídico. La respuesta sancionadora más drástica de la LSV es la privación del derecho a conducir con la necesidad de obtener un nuevo permiso. Este es el contenido aflictivo de la pérdida de vigencia, sin perjuicio del fin rehabilitador que se aprecia en la normativa reguladora.

La STS de 4 de junio 2009 se decanta con claridad por atribuirle tal naturaleza. Razona que no hay vulneración del principio *ne bis in idem* sino una legítima opción legislativa de imponer mayor sanción en el supuesto de reiteración de infracciones, en cuanto evidencia una actitud de persistente de rebeldía ante las normas de tráfico. Con ella se quiebra el principio de confianza inspirador del permiso de conducir entendido como autorización condicionada a la observancia de los preceptos de seguridad vial.

En relación a la cuestión de la firmeza de acto administrativo, no es otro que la declaración o resolución del artículo 37.2 RGCon. Es susceptible de recurso de alzada. En este remedio impugnatorio cabe la suspensión por el órgano administrativo que conoce del recurso en los casos que regula el artículo III Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPPAC). La posibilidad de suspensión de la ejecución del acto y la naturaleza sancionadora de la pérdida de vigencia, unidas a razones de seguridad jurídica, lleva a concluir con la necesidad del transcurso del plazo de interposición del recurso o de su desestimación para entender cerrada la vía administrativa. El agotamiento de ésta (artículo 109 LRJAPPAC) es el momento a partir del cual la conducción puede considerarse como típica.

Con esta base pueden analizarse los efectos en el proceso penal del recurso contencioso- administrativo interpuesto contra las declaraciones de pérdida de vigencia o de las nulidades detectadas .El problema está ligado al régimen jurídico de las cuestiones prejudiciales que es la vía de posible incidencia. La primera pregunta es si es una cuestión determinante de la culpabilidad o inocencia en los términos del art. 4 LECr originadora de la suspensión del procedimiento.

Las cuestiones de los arts 4 y 5 solo pueden plantearse por la defensa en el trámite de los artículos de previo pronunciamiento de los arts 666 y ss o por la vía del art 786.2 LECr (ya desde las SSTS 14 de diciembre de 1976, 3 de octubre de 1983 y 23 de noviembre de 1998 entre otras). El Juez de Instrucción no puede decretar la suspensión, pues son presupuesto de la sentencia, no del juicio.

Por su parte la doctrina del TC y TS se ha consolidado en el sentido de dar prioridad al art 10.1 y 2 (*a sensu contrario*) LOPJ sobre el art 4 LECr, hablando de la derogación de este último. En las Sentencias de 3 de mayo de 2002 y 25 de junio de 2002, el Tribunal Constitucional razona que la solución exegética es congruente con el nuevo Derecho Penal en que proliferan los tipos protectores de bienes jurídicos emergentes, de esencial relevancia, plagados de numerosos elementos normativos pertenecientes a otras ramas del derecho. La tutela penal quedaría vacía de contenido si los órganos de la justicia penal no pudieran resolver estas cuestiones (en esta línea STC 27 de noviembre de 2000) y fuera precisa la suspensión con las inevitables demoras y distorsiones en la prueba.

La doctrina jurisprudencial consolidada entiende que, como regla general, la validez de la resolución administrativa o las irregularidades que en el procedimiento administrativo se hayan podido producir no puede ser revisadas en el proceso penal sino en su propio ámbito administrativo o en la jurisdicción contencioso administrativa (entre otras muchas SSAP Zaragoza 30 de enero de 2009 y Navarra 29 de mayo de 2009).

Solo en el caso de que la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera acordado como medida cautelar la suspensión del acto administrativo, se puede considerar atípica la conducción realizada a partir de la resolución correspondiente.

En virtud de lo argumentado y en síntesis, la conducción sólo es típica si la declaración de pérdida de vigencia ha ganado firmeza en vía administrativa. Por otra parte, la interposición de recurso contencioso no puede paralizar el proceso ni impedir el ejercicio de la acción penal. Corresponde a la defensa realizar las alegaciones oportunas que serán resueltas por el Juez Penal.

C) La notificación de las resoluciones administrativas de pérdida de vigencia. La prueba del dolo

En su Exposición de motivos la reforma de 2009 de la Ley de Tráfico pone de relieve cómo el empleo cada vez más frecuente de medios de detección de infracciones en los que no se produce la detención del vehículo y las deficiencias derivadas del sistema de notificaciones en el procedimiento, pueden generar una clara vulneración del derecho del conductor a conocer el estado de tramitación de los procedimientos en los que está implicado, derecho que le reconoce el artículo 35 a) de la LRJAPPAC.



En este sentido, la Disposición Adicional 6ª de la Ley de Seguridad Vial obliga a la Administración a adoptar las medidas oportunas para facilitar el acceso y conocimiento del saldo de puntos.

.De estas normas se desprende la importancia de conocer el régimen normativo de las notificaciones y de aplicarlo.

La disciplina legal de las notificaciones se halla en los arts 59 bis, 76-78 LSV y 59 y 60 LRJAPPAC. El art 77 LSV prescribe que si la iniciación del procedimiento no ha sido notificada personalmente al interesado en el acto de cometerse la infracción (supuestos del art 76: riesgos de tráfico para la identificación y detención, vehículo indebidamente estacionado sin hallarse el conductor, utilización de medios de captación y reproducción de imágenes), la

notificación se hará en el domicilio que figure en los Registros de la Dirección General de Tráfico (el titular está obligado a comunicar su domicilio a los mismos, art 59 bis LSV ) y si no fuera posible, se reintentará en los 3 días siguientes.

La comunicación puede hacerse al interesado o a cualquier persona que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad, anotándose todas las incidencias junto con el día y hora en que se realizan. La LRJAPPAC citada establece en su artículo 59 que las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente. La resolución debe incluir el texto íntegro y los recursos que pueden interponerse y de no ser así se tiene por cumplido el requisito cuando el afectado intente recurso o "realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido de la resolución".

Cuando se trate de correo certificado, son de aplicación las normas de los arts 40, 42 y 44 del RD 1829/99 del Reglamento de Prestación de los Servicios Postales y concordantes. De acuerdo con ellas, en el envío ha de constar firma y número de identificación del operador, el acto de que se trata (requerimiento, citación, resolución) y el número de expediente u otra expresión que lo identifique. Además, tras el segundo intento, el aviso de llegada ha de colocarse en el casillero del domicilio y en la lista de notificaciones de la oficina de correos por el plazo de un mes (la necesidad del cumplimiento de estas reglas se exige, entre otras, en la STS 28 de octubre de 2003).

Cuando exista dirección electrónica vial (DEV), la notificación se entenderá rechazada, salvo imposibilidad técnica, desde el momento en que haya constancia de la recepción de la notificación y transcurran 10 días sin acceder a su contenido.

Si no pudiera llevarse a cabo en el domicilio o en la DEV, se publica en el Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico (TESTRA) — de naturaleza electrónica - y a los 20 días se tiene por realizada (arts 77 y 78 LSV).

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial (SSTC 22/87, 72/88, 242/91, TS 28 de mayo de 2001 y 10 de enero de 2002 entre otras), los actos de comunicación procedimental guardan conexión con la tutela judicial efectiva, por lo que los requisitos de los preceptos citados habrán de cumplirse en lo esencial. De lo contrario puede

incidirse en el supuesto de nulidad del art 62.1.e) de la LRJAPPAC. La jurisprudencia del TS (STS 28 de octubre de 2003) y TC (SSTC 226/2007 y 32/2008) sobre notificaciones por edictos obliga a las autoridades administrativas a especiales esfuerzos y diligencias de búsqueda de domicilios o paraderos antes de acudir a esta modalidad notificadora concebida como último recurso.

.Los Fiscales deben prestar atención al cumplimiento de este régimen normativo Lo fundamental en su actuación es, sin embargo probar que el imputado es consciente de que la conducción la realiza habiendo perdido la vigencia del permiso por pérdida de puntos.

El dolo debe abarcar, en consecuencia que se ha dictado el acto administrativo de declaración de pérdida de vigencia de los arts 63.6 LSV y 37 RGCon. No basta con saber o calcular por el cómputo de las distintas infracciones que el saldo de puntos está agotado.

El conocimiento exigido puede acreditarse por cualquier medio de prueba: firma del interesado obrante en el expediente, declaración suya o del tercero firmante, manifestaciones del agente notificador conductas constitutivas de "*acta concludentia*" como la recogida del permiso por la Autoridad de Tráfico o la presentación del recurso.

A falta de otros instrumentos de prueba la notificación edictal carece de valor acreditativo.

La praxis suscita dudas acerca de si cabe deducir el conocimiento propio del dolo a partir del hecho de haber sido puesto de manifiesto al imputado la pérdida de vigencia en su declaración judicial cuando hay posteriormente archivo o absolución. También en los casos en que tal conocimiento se obtiene con la notificación de la sentencia absolutoria o auto de archivo o con cualquier otra actuación procesal.

Podría argumentarse en contra que la notificación de la declaración de pérdida de vigencia corresponde a la Administración y no al órgano judicial. Sin embargo, lo relevante no es el régimen normativo de las notificaciones sino la prueba del dolo en los términos expresados En los supuestos contemplados el sujeto llega finalmente a conocer que se ha producido la declaración de pérdida de vigencia. Desde la perspectiva de colaboración institucional, nada obsta a que el Juzgado facilite al imputado, finalmente absuelto, una copia de la declaración administrativa.

Concurrirá así un relevante dato probatorio que junto con los demás formará parte del acervo probatorio con el que el Fiscal decidirá si ejercitar o no la acción penal si se producen conducciones futuras .Todo ello no obsta a los recursos que puedan asistir al interesado frente a los incumplimientos de las normas reguladoras de la notificación.

Ante nuevas normas penales, nuevos mecanismos de fraude es para algunos estudiosos de la criminalística axioma o regla general histórico-social .Respecto de este delito son los puestos en práctica por quienes conociendo que han cometido o cometen una pluralidad de infracciones, en concierto con otros familiares o conocidos y cambiando de domicilio, acuerdan frustrar el régimen de notificaciones y eludir las sanciones administrativas y penales. De detectarse durante el proceso pueden ordenarse las investigaciones pertinentes.

Para hacer frente a comportamientos fraudulentos los Fiscales deben impulsar contactos con las autoridades de tráfico y diseñar protocolos coordinados de actuación. En ellos pueden priorizarse con la debida prudencia los casos de mutirreincidencia en los que se sospecha fundamentalmente el fraude reiterado. Una de las respuestas puede ser recabar la selectiva colaboración de los funcionarios policiales en diligencias de notificación personal.

Finalmente, la documentación referida a las actuaciones administrativas examinadas (en síntesis, el expediente administrativo de la declaración de pérdida de vigencia) debe constar en el atestado para fundamentar las pretensiones del Ministerio Fiscal desde el principio y evitar que sean citados como imputados conductores que desconocen que han sufrido la pérdida de vigencia por pérdida de puntos. La citación judicial como imputado del art 118 LECr ha de evitarse cuando en el atestado solo se cuenta escuetamente con el dato anotado en los Registros de Tráfico de la pérdida de vigencia sin ninguna otra verificación.

Por tanto:

a) Será preciso estar atentos al cumplimiento del régimen normativo de notificaciones de los arts. 59 y 60 LRJAPPAC, 59 bis y 76-78 LSV.

b) Ante actuaciones fraudulentas dirigidas a eludir la notificación, se promoverán en colaboración con las autoridades policiales y de tráfico, las fórmulas de notificación adecuadas.

c) En el atestado deberá constar el expediente administrativo.

d) Puede acudirse a cualquier medio de prueba para acreditar e inferir el dolo exigido en el tipo referido al dictado de la resolución declarativa de la pérdida de vigencia, entre otros al conocimiento que por primera vez se tiene de ella en el procedimiento judicial que finaliza con archivo o sentencia absolutoria.

## **XI. EL DELITO DE CONDUCCION HABIENDO SIDO PRIVADO CAUTELAR O DEFINITIVAMENTE EN VIA JUDICIAL DEL DERECHO A CONDUCIR DEL ART. 384.2 CP**

El quebrantamiento de la privación judicial del permiso según reseñaban las Memorias de la Fiscalía General del Estado de años anteriores a la LO 15/2007 tenía en el art 468 prevista solo pena de multa, censurándose la ineficacia de la función de prevención general negativa de la sanción penal ante la frecuencia de los correspondientes comportamientos punibles.

El nuevo art 384 inciso 2 ha elevado la respuesta penal desde la perspectiva de reforzar la tutela de la seguridad vial.

### **XI.1. Privación definitiva o cautelar**

Procede analizar la fórmula típica "*privación cautelar o definitivamente*".

Para un sector jurisprudencial la expresión es imprecisa en cuanto alude a privaciones definitivas, mientras que otro asimila las privaciones definitivas a las que tienen lugar en los casos del art 47.3.CP (pérdida de vigencia del permiso o licencia por condena a privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores superior

a dos años).

Esta última interpretación no parece procedente. En los casos del art 47.3 CP no hay privación definitiva sino pérdida de vigencia que son conceptos heterogéneos. El resultado de la exégesis propuesta llevaría a la paradójica conclusión de subsumir en el tipo del art 384 inciso 2 la conducción con privación cautelar del permiso y no la privación del derecho de conducir acordada en sentencia cuando fuera inferior a 2 años.

Por privación definitiva habrá de entenderse la acordada en sentencia firme. Lo permite el significado gramatical y procesal de "definitivo" referido no a los efectos de la privación sino a la naturaleza de la resolución que la acuerda.

El Diccionario de la RAE por definitivo entiende "...lo que resuelve, concluye o decide" y su antónimo en la expresión típica es provisionalmente, de modo que privación cautelar o definitiva puede interpretarse lingüísticamente como la acordada en sentencia firme o en resolución judicial provisional, interlocutoria. La alternativa "cautelar" subraya la significación procesal de la expresión. Es la que se acuerda durante el procedimiento conforme a los arts 529 bis y 764.4 LECr.

En resumen, debe interpretarse que la dualidad privación definitiva o cautelar del permiso de conducir trata de diferenciar la privación acordada en sentencia firme o en sede de medidas cautelares.

## **XI.2. Momento de ejecución del delito**

El permiso de conducir se puede intervenir policialmente de conformidad con el art 770.6 LECr. La conducción consecutiva es atípica, dado que el precepto se refiere al "...privado ...por decisión judicial". La solución no varía aun cuando se diga en el atestado incorporado o no al procedimiento que el permiso de conducir está a disposición judicial y existan advertencias o requerimientos policiales.

Solo será subsumible la conducción en el tipo examinado tras el dictado de resolución judicial ratificando la intervención policial y apercibiendo expresamente al imputado de incurrir en este delito (art 764.4 LECr).

Los Sres. Fiscales deben tener en cuenta que tanto en la privación cautelar como en la acordada en sentencia es obligado el cumplimiento de lo ordenado en el art 764 .4 in fine y 794.4 LECr, procediéndose a la retirada material e inmediata del documento y comunicación al Registro de Conductores e Infractores. Así resulta de ambos preceptos en relación con los art 93.2 LSV y 77.i) y j) del RGCon.

Cuando no es posible la retirada material basta con la notificación al penado de que el día en que se practique comienza la vigencia de la medida o de la pena y tiene prohibida la conducción de vehículos de motor con el apercibimiento expreso referido. La liquidación de condena determinará el período temporal en que la conducción es típica. En los casos de medida cautelar se extenderá hasta que se alcance.

En consecuencia, solo se ejercerá la acción penal por el delito del art 384 inciso 2 cuando la conducción tenga lugar tras la notificación de la medida cautelar judicial o sentencia prohibiendo la conducción y el apercibimiento expreso de incurrir en delito.

### **XI.3. Las retiradas inmediatas del permiso de conducir tras la sentencia de conformidad en el Juzgado de Guardia**

El problema real que se aborda en este apartado guarda relación con el elevadísimo número de sentencias de conformidad que suponen más del 80 % de las dictadas por los delitos a que se refiere este apartado.

Las dificultades se presentan en la ejecución. Los Juzgados de lo Penal o de Ejecutorias a los que corresponde proceder al cumplimiento de la pena y, en particular, a la liquidación de la de privación del derecho a conducir sufren una situación de saturación. Lo que viene sucediendo es que en un relevante número de casos se dicta sentencia de inmediato y la intervención del permiso de conducir tarda meses o incluso lapsos de tiempo superiores hasta que la lleva a cabo el Juez de ejecución.

Durante ese período temporal en un número no desdeñable de casos se continúa conduciendo y generando riesgos para la seguridad vial, a veces traducidos en trágicos resultados sin incidir en ilícito penal alguno. Surgen quejas de los propios penados, en su inmensa mayoría delincuentes primarios, cuyo deseo es empezar a cumplir la pena lo antes posible para alcanzar la cancelación de antecedentes delictivos del art 136 CP

Los Fiscales Delegados de Seguridad Vial, bajo la dirección de los Fiscales Jefes han promovido protocolos con los Jueces Decanos y criterios coordinados de actuación para buscar una solución. Ha consistido en que la Policía Judicial cite al imputado (art 796.3 LECr) para que comparezca en el Juzgado de Guardia con el permiso de conducir, ya que el art 762.11º de la LECr obliga a que en la primera declaración ante el Juez se reseñe el permiso de conducir, el de circulación y el seguro.

Tras la sentencia de conformidad, el permiso de conducir se interviene, se une a los autos y se apercibe al condenado de que, en caso de conducción, incurre en el delito del art 384 inciso 2 CP. Simultáneamente se remite al Registro de Conductores e Infractores la fecha de la intervención y la condena impuesta. De este modo las conducciones punibles realizadas a partir de ese momento pueden ser detectadas por los terminales de la policía judicial de tráfico y comienza el cumplimiento efectivo de la pena. En su momento el Juzgado de ejecución practica la liquidación y la remite asimismo a los Registros de Tráfico. En casi el 100% de los casos hay plena coincidencia entre el cómputo generado por la remisión de datos del Juez de Guardia y el de la liquidación, al no haber medidas cautelares ni cuestiones jurídicas que afecten a la liquidación definitiva.

En los territorios en que se ha implantado esta fórmula se ha incrementado la eficacia en la persecución de los delitos objeto de esta Circular, reforzándose los fines de prevención general de la norma penal. Ha supuesto además una simplificación del procedimiento y alivio de la carga de trabajo que pesa sobre los Juzgados. Tiene además pleno soporte legal, además del fundado en el art 762.11a LECr citado.

En este sentido, el art 794.2, dice que *"tan pronto como sea firme la sentencia..."*, procede *"la inmediata retirada del permiso o licencia habilitante..."*. Por su parte el art 801.4 LECr en sede de conformidad en diligencias urgentes, indica que dictada sentencia el Juez acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado *"...y realizará los requerimientos que de ella deriven"*. La expresión *"de ella"* no se refiere a la puesta en libertad, sino a la sentencia. En definitiva son los requerimientos derivados de la propia sentencia

que afectan tanto a las penas privativas de libertad como a las de derechos. La norma disciplina la ejecución penal, pues hay ya sentencia firme, y atribuye facultades para adoptar decisiones iniciales sobre ella al Juez de Guardia, en razón del principio de celeridad y singularidades procesales de las diligencias urgentes.

Carecería de sentido que el Juez pudiera adoptar la medida cautelar de privación del permiso de conducir durante la instrucción y no lo pudiera hacer tras dictar sentencia firme.

El Juez de Guardia debe comunicar al Registro de Conductores la intervención del permiso. También ha de ser él y no el Juez de Ejecución el que remita el testimonio de sentencia a que obliga el art 93.2 LSV, dado que la remisión según la norma debe hacerse en el plazo perentorio de 15 días, cuyo cumplimiento solo está a su alcance

Practicadas estas diligencias el Juez de Guardia conforme ordena el art 801.4 remitirá lo actuado al Juzgado de lo Penal para que " *...continúe la ejecución...*".

En resumen, los Sres. Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial para que citen a los denunciados por delitos del art 379 CP ante el Juzgado con la obligación de presentar el permiso de conducir. De producirse sentencia de conformidad interesarán al Juez de Guardia la intervención inmediata del permiso con apercibimiento de incurrir en delito del art 384 inciso 2 si se lleva a efecto la conducción así como la comunicación también inmediata de la referida intervención y sentencia al Registro de Conductores e Infractores..

## **XII. EL DELITO DE CONDUCCION SIN HABER OBTENIDO NUNCA PERMISO O LICENCIA DEL ART. 384 ULTIMO INCISO CP**

Fue tipificado por primera vez en el art. 574 del Código Penal de 1928. Vuelve a ser recogido en la legislación penal especial en la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos a Motor, de 9 de Mayo de 1950, en su art. 3, pasando a la siguiente ley especial, de 24 de Diciembre de 1962, en su art. 6º, integrándose finalmente en el Código Penal, art. 340 bis c), por Ley 3/1.967 de 8 de Abril.

La conducta en él sancionada fue despenalizada por la Ley Orgánica 8/83 de 25 de Junio, quedando desde entonces relegada al ámbito administrativo. Constituía infracción muy grave el art 65.5 j) del RD Legislativo 339/90 entonces vigente (ahora 65.5. k) cuando entró en vigor la reforma de 2007. En nuestro entorno jurídico-cultural europeo está extendida su penalización (así en el parágrafo 21.1 LSV alemana, 221 CR francés y recientemente tras la Road Safety Act del Reino Unido de 2006 sección 3 ZA en el contexto de la causing death unlicensed).

La previsión legislativa que propició su incriminación en la ley 15/2007 tiene origen en una enmienda parlamentaria introducida en el Senado. Comenzaba esta iniciativa su razonamiento sobre la sanción penal del art 384 inciso 1 prevista en la Proposición inicial de la ley dirigida al que conduce tras haber incidido en graves infracciones administrativas que conllevan la pérdida de vigencia por pérdida de puntos. Contraponía este comportamiento al del que comete idénticas infracciones y por carecer de permiso no puede perder su vigencia.

La incoherencia es que estando dotada su conducta de mayor gravedad de injusto quedaba extra- muros del CP.

La ley 15/2007 introdujo un período de *vacatio legis*. Permitió a la Dirección General de Tráfico comunicar a los conductores sancionados administrativamente la punición de este comportamiento a partir del 1 de mayo de 2008, fecha de entrada en vigor y el ofrecimiento de muy ventajosas opciones económicas para sufragar los gastos de la obtención del permiso o licencia.

El bien jurídico tutelado es la protección penal de las potestades de la Administración en la expedición de permisos y licencias para la conducción con el fin de "... *garantizar la aptitud de los conductores para manejar los vehículos y la idoneidad de éstos para circular con el mínimo riesgo posible...*" (art 59.1 LSV ). A través de ellas la seguridad vial como se desprende del tenor literal de este precepto es mediatamente objeto de tutela en el tipo en cuanto que la norma penal tiende a preservar riesgos o peligros para la vida e integridad

física. Son los procedentes de conductores que carecen no solo de los conocimientos y aptitudes correspondientes sino también de las necesarias condiciones psico-físicas para circular por las vías públicas (arts 60.1 LSV y 1 del RGCon) generando por ello un incremento intolerable del riesgo no permitido.

Repárese en que los controles de la potestad administrativa no solo se orientan a poseer las habilidades oportunas que pueden de hecho tenerse en algún caso sino lo que es de tanta o mayor relevancia, las necesarias condiciones de salud física y mental. Basta examinar los arts 44-46 y Anexo 4 del RGCon para comprobar las progresivas exigencias que la UE formula en las pruebas de aptitud «Proviene de la Directiva 2006/126/CE a través de la que las mayores comprobaciones y requisitos en unas y otras pruebas previas a la autorización tienden a paliar los riesgos consecuentes.

Los razonamientos conectan además con la peligrosidad de los vehículos de motor, la progresiva complejidad de su manejo, las elevadas velocidades que alcanzan y la necesidad de someterse, por ello a las exigencias de la legislación administrativa (entre otras, SAP Madrid de 12 de febrero de 2009).

## **XII.1. Los supuestos de pérdida de vigencia y permisos extranjeros**

La fórmula típica excluye los casos de pérdida de vigencia de los arts 63.4 y 63.6 LSV (por desaparición de las aptitudes y condiciones psico-físicas o pérdida de puntos, esta última prevista en el art 384 inciso 1 ) y de los antiguos arts 17 y 18 del RGCon de 1997, ahora 12 y 13 del Reglamento de 2009 (falta de renovación, supuesto derogado por el RD 25-1-2008), dado que en estos casos no puede decirse que nunca se haya obtenido el permiso de conducir.

Y es que el art. 384 último inciso CP castiga a quienes conduzcan "*sin haber obtenido nunca* [el permiso o licencia]". La expresión legal es suficiente para excluir conforme a los arts 15 a 20 del RGCon las conducciones con permisos extranjeros de la Unión Europea sin validez en España por no ajustarse a la edad requerida en el ordenamiento jurídico nacional o estar restringidos, suspendidos, retirados, anulados o perdida su vigencia en el Estado miembro o en España

También deben excluirse los casos de conducción con permisos de países no comunitarios cuando se han

incumplido los requisitos de los arts. 21 a 23 del Reglamento y, en concreto, también cuando han perdido vigencia sea cual fuera el motivo.

El fundamento exegético para las exclusiones es que el art. 384 se refiere a la obtención no a la validez en nuestro derecho del permiso con el que se conduce. No distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional. La expresión "nunca" refuerza esta interpretación.

En cualquier caso es precisa la constancia de la autenticidad y validez del permiso o licencia extranjeros conforme a la legislación del país emisor que debe haberse cumplido rigurosamente. En caso de documentos falsos, procederá valorar la imputación no solo por el tipo penal estudiado sino también, por el de falsedad del art. 392 y concordantes del CP.

En síntesis, no se ejercerá la acción penal cuando el conductor posea un permiso o licencia obtenido en país extranjero conforme a su legislación interna, aun cuando haya perdido en ella vigencia y no sea válido para conducir en nuestro país. Se investigarán los posibles fraudes o falsificaciones que puedan detectarse y de constatare la falsedad los Fiscales formularán acusación por los delitos de los arts 392 y 393 CP con sujeción a las circunstancias concurrentes y además por el delito del art 384 inciso último.

## **XII.2. Conducción con permiso distinto al exigido por la categoría del vehículo**

El art. 384 inciso último ha configurado un tipo muy restrictivo de conducción sin permiso en relación con los correlativos de los países de nuestro entorno cultural al referirse al que conduce "sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción".

El art 340 bis c) del CP de 1973 (derogado por la LO 8/1983, de 25 de junio (1983) castigaba al que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso. El término "correspondiente" no incluido ahora permitía a la doctrina jurisprudencial anterior a 1983 (entre otras muchas SSTS 30 de mayo de 1964 y 17 de diciembre de 1960) considerar típicos los casos de conducción con permiso distinto al exigido por la categoría del vehículo.

A la luz de la redacción del artículo 384 inciso último se plantea la cuestión de si es o no punible conducir vehículos necesitados de permiso solo con licencia; sobre todo en supuestos como la conducción de un autobús escolar o camión de gran tonelaje con la anterior licencia de ciclomotor (hoy permiso AM), reveladores de una singular gravedad y riesgo.

En este punto, debe distinguirse la situación anterior al Reglamento de Conductores de 8 de mayo de 2009 y la situación posterior a la entrada en vigor de dicho reglamento el 8 de noviembre de 2009.

La mención del Código penal a "permiso o licencia", debía interpretarse en el sentido de que permiso se refería a vehículos de motor y la licencia a ciclomotores (Anexo 1, 7 y 9 al RD 339/90). El RGCon les atribuía regímenes normativos diferenciados: a) para los permisos el de los arts. 3 y correlativos RGCon anterior y b) el de las licencias en arts 8-13 .Cabía la exégesis fundada en la redacción alternativa "permiso o licencia "consistente en que con la mera licencia regulada por normas de requisitos atenuados no podían conducirse vehículos



sometidos a una disciplina normativa de mucha mayor exigencia. Fue mantenida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008 y seguida por un relevante sector de la doctrina jurisprudencial de Audiencias.

Los razonamientos y conclusión subsiguiente no pueden mantenerse a la luz del principio de legalidad y taxatividad de las normas penales tras la entrada en vigor del Reglamento.

Considera la licencia de conducir ciclomotores como "permiso" en la clasificación que de ellos lleva a cabo su art. 4. Es preciso dejar constancia de que si bien entró en vigor el 8 de noviembre de 2009, la Disposición Transitoria 1ª establece un régimen de equivalencia manifestado en la Disposición Transitoria 2ª que permite la expedición del nuevo AM en cualquier momento.

Por su parte el art. 2 prescribe que "los permisos de conducción expedidos por los Estados miembros serán reconocidos recíprocamente". La norma significa que la hasta ahora licencia se convierte en permiso y con ello nuestro país queda obligado como los demás a reconocerlo y considerarlo como tal. Como licencias solo subsisten aquellas las que el Reglamento otorga esta condición. En síntesis, las antiguas licencias se convierten ya, en definitiva, en permisos y con ello desaparece la alternativa típica fundante de la interpretación hasta entonces mantenida

En consecuencia, los hechos han dejado de ser típicos.

La pendencia aún de procedimientos tramitados por conductas de esta naturaleza anteriores al 8 de noviembre de 2009 obliga a plantearse la retroactividad de los preceptos reglamentarios citados constitutivos de legislación de complemento del tipo examinado Sabido es que no cabe la retroactividad de las normas extrapenales de esta naturaleza cuando se trata de leyes temporales o no suponen un cambio valorativo (entre otras muchas, SSTS 23-4-2004, 26-6-2007 y 5-11-2008).

En este caso, no hay temporalidad. La obligada adaptación de la normativa interna a la Directiva 2006/126 exigía modificaciones legales en un plazo determinado. No puede hablarse, sin embargo, de ley temporal porque ninguna de las normas traspuestas tenía carácter transitorio. La modificación en la calificación de permisos afecta al núcleo del comportamiento (la autorización administrativa que era licencia pasa a ser permiso) y obedeció según el Preámbulo de la Directiva a un cambio valorativo. La retroactividad debe extenderse, pues, a los procesos pendientes o en ejecución y a los antecedentes en los términos de la Disposición Transitoria 6ª CP.

Por todo ello, los Fiscales no ejercitarán la acción penal en ninguno de los casos de conducciones con permiso distinto al exigido por la categoría o características del vehículo y solicitarán la aplicación retroactiva de este criterio a los procedimientos tramitados por hechos de esta especie anteriores al 8 de noviembre de 2009.

### **XII.3. La obtención del permiso en el proceso. Resultado de daño**

En consonancia con las finalidades de prevención general positiva de las normas penales, es legítima la aspiración de que el procedimiento penal sea un cauce dirigido no solo a aplicar la sanción penal sino a la "legalización" de la situación en la que se halla el conductor carente de permiso que reincide sistemáticamente

con el vehículo que posee o del que es titular en la conducta típica. Las respuestas penales, se vienen percibiendo como absolutamente insuficientes, particularmente cuando el vehículo de motor es instrumento de trabajo en contextos de precariedad económica.

En consecuencia, los Sres. Fiscales en estos casos han de impulsar la obtención del permiso en el proceso. En primer lugar con flexibilidad y ponderación de las circunstancias, pueden solicitar el cómputo de clases de conducir como jornadas en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Otra vía a explorar es la aplicación de los arts 88.1 y ad 83.1.5 CP, condicionando la sustitución a las mismas o en todo caso a un curso de sensibilización vial

Las exigencias para el cómputo de jornadas de la pena de trabajos o para la sustitución no pueden radicarse en el resultado, obtención del permiso sino en la acreditación del esfuerzo pertinente para lograrlo. La consecución de estos objetivos resocializadores puede exigir la suscripción de los correspondientes Protocolos.

En los casos en los que la conducción imprudente genere resultados lesivos atípicos, el hecho de carecer de permiso de conducir puede ser un elemento indiciario revelador de la impericia o falta de diligencia del conductor o (art. 116.1 CP) y fundar el ejercicio de la acción civil.

#### **XII.4. Motos de competición, minimotos o minibikes**

La aplicación del art. 384 inciso último del CP ofrece dudas en la conducción de determinados vehículos, esto es, las motos de competición y minimotos. En lo referente a las motos de competición, cuando con ellas se circula en vía pública y por tanto fuera de los lugares permitidos sin haber obtenido permiso o licencia, se trata de una conducta subsumible en el tipo. En efecto, el art. 11 del Anexo 2 RGCir prescribe que los participantes que circulen fuera del espacio delimitado para la prueba serán considerados usuarios normales de la vía, no siéndoles de aplicación la normativa especial referida a las pruebas deportivas.

En el caso de las minimotos, la Directiva 2002/24/CE dispone que son de utilización exclusiva en circuitos cerrados autorizados y en terrenos particulares de uso individual. Está prohibida su circulación por vías públicas aceras, zonas peatonales o vías privadas de uso comunitario. Se hallan excluidas de la definición de vehículo de motor del art 1 del Reglamento de Seguro Obligatorio y por tanto no les afectan las obligaciones correspondientes (RD 1507/2008 de 12-9).

La prohibición legal y absoluta de circulación de estos vehículos por vías públicas hace que no les sea de aplicación el régimen de autorización previa para la conducción y circulación del art 60 y ss LSV. La formulación típica excluye la subsunción. En efecto la expresión "... *sin haber obtenido permiso o licencia* ", hace referencia inequívoca a la conducción de vehículos de motor y ciclomotores respecto de los que cabe la autorización administrativa para transitar por vías públicas, previo cumplimiento de los requisitos legales.

Los vehículos de motor para poder circular por ellas deben estar sujetos a los tipos homologados según la reglamentación del Anexo 1 del Reglamento General de Vehículos aprobado por RD 2822/1998 de 23-12 y en particular de conformidad con las Directivas 70/156, 74/150 y 92/61 de la CEE. El procedimiento corresponde al

Ministerio de Industria. Han de obtener la matriculación con posterioridad a la inspección técnica y finalmente la autorización para la circulación. Todo ello de acuerdo con lo previsto en los arts 1, 5, 21 y 25 del Reglamento.

Las minimotos y vehículos similares no cumplen estos requisitos ni los pueden cumplir, dada la ausencia de homologación europea y la prohibición citada de ser conducidas por las vías públicas.

La prohibición de circulación tiene otro fundamento normativo en el art 61.1 LSV por lo que su incumplimiento puede constituir ilícito administrativo del art 65 LSV. De todos modos, al hallarnos ante vehículos de motor en el sentido de la definición del apartado 9 del Anexo 1 LSV, su conducción por las vías públicas sí que puede dar lugar a los demás delitos contra la seguridad vial de los arts 379 a 383 CP.

En consecuencia, se considerará delito del art 384 inciso 3 CP la conducción de las motos deportivas fuera de los recintos habilitados para las pruebas. Sin embargo, no se considerará tal delito cuando se trate de minimotos o minibikes.

## **XII.5. Participación**

Los delitos abordados en esta Circular en los que la conducta típica es la conducción de vehículos de motor son de propia mano en el sentido de que su naturaleza excluye la coautoría y autoría mediata (STS 4 de diciembre de 2009) y permite las demás formas de participación. Su punición se funda en que la acción de conducir un vehículo no es una "condición, cualidad o relación personal del sujeto activo" (art 65.3), sino mera actividad de hecho que no impide trasladar el injusto de la acción con plenitud al partícipe (art 65.3). Son en particular los casos en que conscientemente se induce o presta el coche al que no puede conducir por no haber obtenido nunca el permiso.

La ley 18/2009 introduce nuevas perspectivas en la materia objeto de examen. El art 9 bis b) LSV impone al titular la obligación de "impedir que el vehículo sea conducido por quienes nunca hubieren obtenido el permiso o la licencia de conducción correspondiente". El incumplimiento de esta obligación da lugar a la infracción grave sancionada en el art 65.4. y) de la LSV.

En una primera aproximación argumental se podría entender que los casos mencionados de cooperación necesaria han sido convertidos en ilícitos administrativos y por tanto extraídos de la norma punitiva. Desde la óptica del principio de intervención mínima al imponerse sanción administrativa, antes inexistente, la respuesta penal devendría innecesaria.

El argumento debe rechazarse, por cuanto existen diferencias sustanciales entre el ilícito administrativo y el penal. El primero se funda en un comportamiento omisivo "no impedir", referido no solo al momento inicial sino a momentos posteriores en que no se impide la ilícita conducción. El penal por el contrario a la actuación positiva de prestar o ceder el vehículo en el momento único de consumación de la acción del tipo de participación.

De acuerdo con el citado art 9 bis, el deber reseñado junto al de facilitar el número del permiso de conducir del tercero conductor (a quien está obligado a identificar) o la copia de la autorización administrativa si no figura en el Registro de Conductores, recaen en el conductor habitual o arrendatario a largo plazo cuando el titular así lo

haya comunicado al Registro.

En el Anexo I LSV tras la ley 18/2009 se incluye un apartado 1 bis «conductor habitual» con la siguiente redacción:«a los exclusivos efectos previstos en esta Ley será la persona que, contando con el permiso o licencia de conducción necesario, que estará inscrito en el Registro de Conductores e Infractores, ha sido designada por el titular de un vehículo, previo su consentimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 bis, por ser aquella que de manera usual o con mayor frecuencia conduce dicho vehículo».

Los cooperadores necesarios en estos casos serán normalmente el conductor habitual y el arrendatario a largo plazo.

El titular puede seguir siéndolo en la medida que conserva facultades que le permiten llevar a cabo los actos típicos.

En cualquier caso más que a conceptos normativos de la legislación administrativa debe atenderse a argumentos de la realidad de las cosas .En definitiva la cooperación necesaria la puede llevar a cabo toda persona que por cualquier otro título disponga del vehículo y lo ceda a tercero en las mismas condiciones.

La conformación adecuada del tipo subjetivo exige que la consciente cesión o préstamo del vehículo lo sea para la utilización en un momento cercano temporalmente a aquél en que tiene lugar.

En consecuencia, es punible a título de cooperación necesaria en el delito del art 384 inciso último del CP, la conducta de aquellos que ceden o prestan el vehículo para su conducción inmediata o cercana en el tiempo a quien nunca ha obtenido permiso o licencia, con plena consciencia de dicha carencia.

### **XIII. LA NUEVA REDACCION DEL TIPO DE CREACION DE GRAVE RIESGO PARA LA CIRCULACION DEL ART. 385.1 CP**

La expresión "alterando la seguridad del tráfico" se ha suprimido por innecesaria, llevándose a cabo una ampliación de las conductas típicas a través de los nuevos verbos en el número 1. Mutación o daño de la señalización se han sustituido por mutación, sustracción o anulación. La modificación es coherente desde la perspectiva del bien jurídico protegido (la seguridad vial) y aclara la inclusión de supuestos como arrancar la señal, más graves que el estricto daño material proyectado sobre ella.

El daño material, en efecto, es irrelevante si no altera la funcionalidad de la señal. Si la altera como sucede en casos de pintadas, cabe la subsunción en "mutación" o "anulación". No estaban previstas además conductas como esta última y la sustracción que tienen el mismo significado y revisten idéntica peligrosidad. La anulación ha de entenderse como toda conducta que haga perder a la señal la finalidad orientadora, de información, advertencia o prescripción para la que se ha establecido (arts 144-172 RGCir). Pueden tratarse de comportamientos como tapanla o realizar alteraciones en ella o su entorno que supriman la visibilidad, induzcan a confusión etc. (arts. 58.2 y 3 LSV).

### **XIV. LA PREVISIÓN PENOLÓGICA DEL ART 47.3 CP. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 13ª DE LA LSV**

#### **XIV.1. Las condenas a penas de privación del derecho a conducir inferiores a 2 años**

La condena a la pena de privación del derecho a conducir inferior a 2 años conlleva la consecuencia descrita en la Disposición Adicional 13a, apartado 2 de la LSV según la cual el conductor penado "...para volver a conducir, únicamente deberá acreditar haber superado con aprovechamiento un curso de reeducación y sensibilización vial al que hace referencia el primer párrafo del citado ad 63.7 LSV".

El precepto describe un supuesto de retirada provisional o temporal del permiso supeditada a la realización del curso. El designio legislativo es establecer una medida educativa para los condenados a la pena privativa de derechos citada. No hay pérdida de vigencia ni necesidad por tanto de obtener de nuevo el permiso.

La medida no forma parte de la condena ni tiene naturaleza punitiva. Sus efectos se producen en el ámbito administrativo. Por ello los pronunciamientos, la interpretación del precepto y su ejecución corresponde a la autoridad administrativa de tráfico. Así se desprendía de la rúbrica "efectos administrativos de las condenas penales", anterior a la ley 18/2009 y la exégesis, generalizada en la praxis penal, se debe seguir manteniendo dada la naturaleza de la norma y su ubicación sistemática.

Por ello producido el cumplimiento de la pena de privación del derecho a conducir, el permiso se entrega al penado y corresponde a la administración acordar su retención y condiciones para la recuperación. Más allá de las exigencias legales han existido y pueden existir asimismo modos de proceder distintos basados en el principio de colaboración y coordinación con la autoridad administrativa en los que el permiso era y puede ser enviado directamente a ella.

#### **XIV.2. Sentencia y ejecución. Examen del art 47.3. CP. Fundamento**

El nuevo art. 47.3 CP significó un intento de coordinación de la legislación penal con la administrativa (anterior Disposición Adicional 4ª introducida por la ley 17/2005) en cuanto a las consecuencias en el ámbito administrativo de las condenas de privación del permiso. La Disposición Adicional 13ª de la ley 18/2009 apartado 1 completa la regulación.

Con penas de privación del derecho a conducir superiores a dos años entra en juego la norma penal comentada y en la sentencia se impone la pérdida de vigencia del permiso de conducir según ordena el precepto. Está sometida al régimen normativo de la originada por pérdida de puntos como se expresa con claridad en la Disposición Adicional comentada. A diferencia de los casos de su apartado 2, aquí se trata de una previsión contenida en la norma punitiva, por lo que sí es preciso el pronunciamiento jurisdiccional. La naturaleza de esta pérdida de vigencia es asimilable a la de las penas accesorias. A pesar de la obligatoriedad de la imposición debe incluirse su petición en el correspondiente escrito acusatorio.

Para evitar fraudes y, en general, para la efectividad de la previsión legal, los Fiscales deben promover un estricto cumplimiento de la obligación de comunicar la sentencia y la liquidación de condena a las Autoridades de Tráfico ínsita en el art. 93.2 LSV. Los arts 794 LECr y 14.b) del Reglamento de Conductores impiden que durante el cumplimiento de la pena de privación del derecho de conducir se expida nueva autorización al haber

perdido vigencia la anterior. Este entendimiento lo ratifica la Disposición Adicional 13 LSV apartado 2 de acuerdo con el cual la nueva autorización al haber perdido vigencia la anterior sólo puede conseguirse "... una vez cumplida la pena...". La ejecución, por tanto comienza justo al terminar el cumplimiento de la pena de privación del derecho a conducir de conformidad con la liquidación

La cuestión se plantea cuando ha habido un olvido en el pronunciamiento condenatorio. Son dos las cuestiones. Una si cabe acordarlo en momento posterior por auto motivado y en segundo lugar si es innecesaria la constancia en sentencia al haber un mandato *ex lege* de que la pena impuesta "comportará la pérdida de vigencia". Nada se opone a la subsanación en auto posterior aclaratorio pero, en ningún caso, puede aplicarse si no hay pronunciamiento judicial. El supuesto es el mismo que el de las penas accesorias de los arts 54 y 56 CP.

La aplicación de lo prescrito en la Disposición Adicional 13<sup>a</sup> apartado 1, en todo lo referente a cursos, pruebas y plazos de los arts 63.6 y 7 de la LSV y recuperación del permiso es materia no de la ejecutoria judicial sino del procedimiento administrativo. La competencia la ostentan las autoridades de este orden como resulta de la naturaleza jurídico administrativa de la norma, extramuros del CP y de las normas atributivas de los preceptos de la legislación vial mencionados. Por ello, cumplida la pena de privación del derecho de conducir, el permiso se entregará a las autoridades de tráfico y se archivará la ejecutoria, previo apercibimiento expreso al penado conforme a lo indicado anteriormente.

Por tanto, en los casos de la Disposición Adicional apartado 2 (exigencia de curso de sensibilización cuando la pena de privación del derecho a conducir es inferior a 2 años) se solicitará por otrosí en la calificación que la sentencia se comunique a las autoridades de tráfico (art 93.2 LSV) a efectos del cumplimiento de la misma. En escrito de acusación solicitarán cuando la pena sea superior a dos años, la pérdida de vigencia de la autorización administrativa para conducir del art 47.3, la misma comunicación de la condena y la entrega del permiso a las autoridades de tráfico una vez cumplida la pena.

#### **XIV.3. Cómputo. La suma de las penas impuestas. Otros supuestos**

La pérdida de vigencia deriva de las penas privativas del derecho a conducir superiores a 2 años. Los problemas se suscitan en la determinación del cómputo del tope punitivo. En definitiva si se atiende a la pena impuesta por cada delito o a la suma de las impuestas en el mismo o diversos procesos.

Desde la perspectiva del tenor literal, el artículo 47 hace referencia exclusivamente a "la pena impuesta", no "a la pena o penas impuestas" cláusula recogida en el artículo 81.2 del CP.

La comparación de los textos permite concluir que, al no contener el artículo 47 ésta última especificación, debe atenderse a la cuantía de cada pena por separado. Además sumar las penas impuestas puede dar lugar a situaciones procesales de agravio comparativo con los casos en que por razones aleatorias los delitos han sido objeto de enjuiciamiento separado. La única excepción la constituyen los casos de concurso ideal en que la unicidad del hecho impedirá siempre romper la continencia de la causa

Los supuestos en que ya hay pérdida de vigencia declarada por la autoridad administrativa del art 63.6 LSV o aquellos en que se impongan varias condenas que la conlleven no significan o suponen un incremento de la respuesta penal sino repercusiones en el ámbito administrativo (art. 63.6 p. 3).

En todo caso, la pérdida de vigencia del art 47.3 no se produce cuando hay conformidad y el resultado de la reducción queda por debajo de los dos años.

En consecuencia para el cómputo de los dos años de privación del permiso de conducir y la solicitud de pérdida de vigencia del art 47.3 CP, se atenderá a cada pena por separado y no a la suma de las impuestas en sentencia.

## **XV. LOS CONCURSOS DE DELITOS Y LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA**

### **XV.1. Concursos**

#### **A. Concurso entre delitos del art 379 1 y 2 CP**

Entre los tipos de exceso punible de velocidad y conducción étlica debe sostenerse el concurso de normas. Las razones son que una y otra se equiparan en el art 380.2 como modalidades de conducción con temeridad manifiesta y de haber resultado lesivo la acumulación de ambas no altera la penalidad.

#### **B. Entre delitos de los arts 379, 380, 381 CP**

La primera consideración que surge en el discurso argumentativo es que la progresión de gravedad (peligro abstracto, peligro concreto, dolo eventual de homicidio) conduce al principio de absorción (art 8.3 CP). En la Exposición de Motivos hay referencias indirectas a la idea al hablarse del control del riesgo tolerable. La conducción embriagada o con exceso de velocidad, el concreto peligro y el manifiesto desprecio por la vida de los demás suponen una intensificación o mejor acercamiento del riesgo que de ser potencial o colectivo en el delito del art 379, se individualiza en personas determinadas pertenecientes a la colectividad protegida en los de los arts 380 y 381.1.

Para un sector doctrinal los delitos del art 379.2 están en relación de concurso ideal con los de peligro concreto de los arts 380 y 381, si antes de la puesta en peligro, ha habido una conducción con una cierta continuidad constitutiva de aquellos. El nuevo art 380.2 supone una objeción insalvable para esta tesis al considerar las conductas típicas del art 379. 2 integradas en el concepto de temeridad manifiesta.

#### **C. Entre los delitos del art 384 y los delitos de los arts 379, 380 y 381**

Para deslindar si entre los delitos del art 384 y los de los arts 379, 380 y 381 hay concurso real o ideal es preciso acudir al concepto de unidad natural y normativa de acción .En este sentido aun cuando se pueda concluir que antes de los actos ejecutivos de los arts. 380, 381 y 379.1 en los que se produce la consumación del peligro concreto o se alcanza el exceso de velocidad, ha habido actos previos de conducción sin haber obtenido el permiso, estando privado judicialmente del mismo o habiendo perdido los puntos, desde la perspectiva apuntada existe una acción única de conducir en el contexto espacio-temporal y personal en que se

produce. La solución más correcta, es, pues, el concurso ideal.

No parece procedente aplicar el concurso de normas. Los delitos del art 384 incisos 1, 2y 3 ofrecen perspectivas de tutela diferenciadas como son el respeto a la Administración de Justicia y al principio de autoridad ínsito en el ejercicio de las potestades administrativas de vigilancia, control y sanción en el tráfico viario.

#### D. Concurso entre los delitos del art 379 y 383

Tras la LO 15/2007 han crecido en la jurisprudencia de Audiencias las opiniones favorables al concurso de normas con el argumento de la desaparición de la referencia al art 556 CP contenida en el texto anterior.

No obstante, subsisten argumentaciones más precisas favorables al concurso real. En efecto, la remisión al art 556 CP era meramente penológica sin que nada dijera de la relación entre los dos tipos. La situación ahora es que desaparece no la relación o conexión entre ellos sino el régimen punitivo que se estructura con autonomía, con establecimiento de pena propia.

En cuanto al objeto de tutela, no deja de serlo el principio de autoridad. La relación entre el tipo del art 556 y el del art 383 sigue siendo la de concurso de normas. Es la técnica utilizada por el legislador penal en otros casos, consistente en extraer de la regulación general de la figura delictiva, modalidades específicas a las que da ubicación sistemática diferente por su relación con otros bienes jurídicos protegidos. Ejemplos similares se encuentran en los arts 294 y 326 b) CP.

Para la disciplina del concurso ha de asumirse la perspectiva de las facultades o potestades de la Administración de controlar dentro de los límites del riesgo tolerable la conducción en las vías públicas detectando a quien no se encuentra en condiciones de hacerlo y evitando que continúe originando peligros o riesgos para los demás (en este sentido SSTC 161 y 234/97 TC y STS 15 de diciembre de 2006). Los controles de alcoholemia son un instrumento de primer orden para la lucha contra la siniestralidad vial por su carácter preventivo, educativo y disuasorio. Las cifras de siniestralidad debidas al alcohol están condicionadas en alguna medida por su mayor o menor frecuencia. La negativa a ellos, aparte del contenido de desobediencia, implica poner en cuestión este relevante mecanismo.

Hay otras líneas argumentales conectadas con las anteriores y nuevas resoluciones dictadas contrarias al concurso real. Se viene a decir que si el delito del art 383 tiene como finalidad la prevención de riesgos y éstos ya se han producido en la conducción previa embriagado, rige el principio de absorción del art 8.3 o el del art 8.4 CP. Con la modificación operada por la LO 15/2007 la regla del concurso de normas encontraría nuevo fundamento, dada la elevación de penalidad del tipo destinada a absorber el desvalor de la correspondiente a la del art 379.

Frente a lo dicho caben asimismo otras consideraciones. El delito del art 383 y el del art 379 son de todo punto autónomos entre sí y sus acciones están temporalmente diferenciadas. La absolución por el tipo del art 379 no impedía la condena por el delito del anterior art 380 (estos razonamientos en SSTS 192-2002 y 22-3-2002). En dos casos o supuestos de negativa a las pruebas legales, está dotado de una mayor gravedad de injusto aquél



en el que además se ha conducido embriagado.

La mayor sanción del art 383 se funda en las nuevas valoraciones del legislador sobre la gravedad del delito. Es preciso resaltar que las penas ahora impuestas son similares a las de las legislaciones de nuestro entorno (entre otros arts 186,187 CP italiano, 234 Code de Route Francés y art 11(2) RTA inglesa), rigiendo en ellas el principio de su compatibilidad con las de la conducción embriagado. La elevación de pena lo es, por tanto, a los solos efectos del art 383, sin que guarde ninguna relación con el régimen de concursos al que no se puede extrapolar.

En el concurso real hay mecanismos para encontrar una pena proporcionada a la gravedad de los hechos. Así en el delito del art 383 la apreciación de la atenuante o eximente incompleta de embriaguez, cuando proceda, puede atemperar la pena. La eximente incompleta permite además la aplicación de medidas de seguridad (art 104) especialmente recomendables para los alcohólicos y bebedores habituales .En el art 379 se cuenta ahora tras la reforma de 2010 con la previsión del art 385 ter.

#### E. Concurso entre los delitos del art 384

Entre el tipo de conducción tras haber perdido la vigencia por pérdida de puntos y haber sido privado judicialmente del permiso hay concurso de normas. El primero, en realidad es una modalidad de desobediencia del art 556 a resoluciones de la autoridad administrativa y el segundo está en la misma línea de ataque de incumplimiento o desobediencia a la resolución, en este caso, de una autoridad judicial manifestada en una condena.

Entre el tipo de conducción tras haber sido privado judicialmente del derecho a conducir del inciso 2º y la conducción sin haber obtenido nunca el permiso o licencia, no se puede establecer relación concursal. La privación judicial cautelar o definitiva del derecho comporta, según la Disposición Adicional 13ª, la imposibilidad de obtención del permiso. El delito del art 384 inciso 2 solo se comete por tanto cuando pese al mandato judicial se ha obtenido. En los casos en que el permiso no se ha obtenido pero se conduce sin él no se quebranta la condena .La prohibición de conducir no dimana de ella sino de las normas de la legislación vial (arts 60 y ss LSV).La sentencia no añade nada a esta prohibición cuya naturaleza es idéntica antes y después de ella .Tal prohibición legal funda el injusto del delito del art 384 inciso 3 que es el único apreciable

Por lo expuesto:

- a) Entre los delitos de los arts 379.1 y 2: concurso de normas.
- b) Entre los de los arts 379 a 381: concurso de normas.
- c) Entre los del art 384 inciso 1 y 2: concurso de normas.
- d) Entre los del art 384 inciso 2 y 3: no hay relación concursal. d) Entre los del 379 y los del 383: concurso real de delitos.
- e) Entre los delitos del art 384 y los de los arts 379 ,380 y 381: concurso ideal.

## **XV.2. La agravante de reincidencia**

Entre los delitos del art 384 hay mayor claridad para la apreciación de la agravante. Los bienes jurídicos tienen un componente común de desobediencias a concretas resoluciones de la autoridad judicial, administrativa o a las potestades de la Administración. En todos los supuestos se conduce sin estar legitimado para ello.

Aun cuando la causa de privación es distinta en los 3 supuestos se atacan bienes jurídicos comunes o afines de idéntica manera, conduciendo un vehículo sin estar autorizado a ello. Las mismas consideraciones se pueden hacer para los delitos de los arts 379 en relación con los del 380 y 381.

En el resto de los supuestos, habrá que atender no solo al bien jurídico protegido, sino a la modalidad de ataque. La conducta ha de ser homogénea (arts 789.3 LECr y art.22.8 y disposición transitoria 7ª del CP).

## **XVI. LA APLICACIÓN DEL COMISO EN LOS DELITOS VIALES. EL NUEVO ART 385 BIS CP**

El art. 385 bis admite el comiso para todos los delitos contra la seguridad vial. La regulación anterior era anacrónica y contradictoria y desentonaba con el derecho comparado europeo que de modo general lo permite para las infracciones penales de tráfico. Consideraba a esta delincuencia de "segundo grado", pues los delitos contra la seguridad vial a excepción del previsto en el art 381, eran los únicos delitos dolosos de peligro del CP respecto de los que no cabía aparentemente la medida.

La norma se refiere a los "hechos previstos en este capítulo" sin excepciones, por lo que pueden incluirse los del art. 385 CP cuando el vehículo detenido en la calzada (por ejemplo de noche, sin iluminación y sin la señalización adecuada) se convierte en obstáculo típico del delito del art 385.1, siendo instrumento del delito (entre otras muchas SAP Soria 17 de octubre de 2001). También las infracciones del art 383. Podría argumentarse de contrario que el vehículo no es aquí instrumento pero el derecho comparado lo permite al exigir el tipo la conducción previa y el art 385 bis no contiene excepciones.

De otra parte, la reforma en el art 127.2 CP, faculta el comiso para los delitos imprudentes sancionados con pena privativa de libertad superior a 1 año. La expresión legal "sancionados", alude a la pena del tipo y no a la efectivamente impuesta. En los delitos relacionados con la seguridad del tráfico cabe para los casos de homicidio imprudente del art. 142 y de lesiones imprudentes del art 152. 2 y 3.

### **XVI.1. Criterios**

Los criterios para acordarlo (atendiendo a una exégesis racional de los arts. 127 y 128 CP y del art 66.6 CP aplicado analógicamente) son la naturaleza, gravedad, valor económico y las concretas circunstancias concurrentes en el hecho reveladoras de un mayor reproche objetivo o subjetivo de la conducta y la situación económica y personal del penado (entre otras SSTS 31 de octubre de 2007 y 1 de julio de 2008). Con estos criterios y bajo el entendimiento flexible del principio de proporcionalidad se podrá solicitar cuando por las reiteradas y anteriores conductas infractoras realizadas con el automóvil o por la gravedad del hecho quede evidenciada una relación criminógena consolidada con el mismo que se ha convertido en fuente de peligros para la comunidad. De modo particular se planteará en los casos de multirreincidencia y delitos de los arts. 380 y

Asimismo, se planteará en los supuestos de homicidio o lesiones graves por dolo eventual.

## **XVI.2. La titularidad del vehículo. Los terceros de buena fe**

La protección de los terceros exige buena fe y adquisición legal. La norma del art 127.1 inciso 2 se enfrenta a la problemática tan frecuente en el mundo del tráfico, de titularidades administrativas que figuran en los registros de tráfico y que son ficticias o bien se conciben deliberadamente para eludir el cumplimiento de las normas sobre seguridad vial. Hay una consolidada doctrina jurisprudencial que prima la titularidad real sobre la formal del Registro de las autoridades de tráfico. Para ello se atiende a la utilización habitual, posesión en concepto de dueño, pago del precio, pago de impuestos y recibos del seguro y en general a la prueba documental y testifical obrante en autos (entre otras muchas SSTC 8-5-87 y 15-7-2002, SSTS 27-11-98, 10-4-2000 y 9-7-2004).

En estos casos será preciso indagar la verdadera titularidad con los criterios apuntados y con las pautas de las Circulares 2/2005 y 4/2010.

## **XVI.3. La intervención policial del vehículo**

Tiene fundamento en el art 282 LECr en el que se sanciona como obligación de la Policía Judicial "... recoger todos los... instrumentos del delito de cuya desaparición hubiere peligro...". Asimismo en el art. 11.1.g) de la LO 1/86 de Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado en el que se indica que dentro de sus funciones está la de "...asegurar los instrumentos, pruebas y efectos del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente...".

También y de modo específico el art. 770.6 LECr. En la definición de efectos del art. 367 bis LECr se alude a los bienes puestos a disposición judicial incautados en el curso de un procedimiento penal. La norma se refiere, en concordancia con otras de idéntica expresión (art 282 y 770.3), a los intervenidos, aprehendidos o incautados por la Policía Judicial.

Esta última debe someterse a las instrucciones de los Fiscales Jefes (art 773.1) que las darán con cautela y proporción en función del riesgo de imposibilidad de un eventual comiso (art 127.3 CP). Todo ello desde la perspectiva de que la sede más segura, de cara a realizar las valoraciones oportunas para adoptar el comiso y en su caso las correspondientes medidas cautelares para garantizarlo, no es otra que la judicial.

## **XVII. LA REFORMA DE LA LO 5/2010. NUEVAS PREVISIONES PENOLÓGICAS EN LOS ARTS. 379, 384 Y 385 TER CP. LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD**

### **XVII.1. Modificaciones penológicas.**

El legislador ha modificado, en primer lugar, el régimen de alternatividad de las penas de los tipos de los arts 379 y 384. Con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma el 23 de diciembre de 2010 ofrecía la única opción entre pena de prisión de 3 a 6 meses o bien multa de 6 a 12 meses (de 12 a 24 meses en el tipo del art 384) y trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días, impuestas estas dos penas últimas conjuntamente.

Ahora hay tres opciones, puesto que cabe imponer la pena de prisión, la de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad, contempladas por separado.

Aun cuando la reforma ofrece una respuesta penal alternativa de menor entidad (lo reconoce la Circular 3/2010), sin embargo permite una mejor individualización de la pena y adaptación a la realidad de medios de la que se dispone. Pese a los progresos en el cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, debe valorarse la situación en el concreto territorio de que se trate, puesto que la irregular implantación de los medios que permiten ejecutarla ha generado dificultades y riesgo de impunidad, a los que -entre otros objetivos- parece pretender salir al paso la repetidamente citada LO 5/2010 de reforma del Código Penal.

Por otra parte, el artículo 385 ter permite rebajar en un grado las penas de prisión previstas para los delitos de los arts. 379, 383, 384 y 385, "en atención a la menor entidad del riesgo causado y demás circunstancias del hecho".

La norma va inequívocamente dirigida a restringir el ingreso efectivo en prisión, en particular en los delitos de los arts 379 y 384. En ellos la pena tipo de 3 a 6 meses de prisión (con la multirreincidencia del art. 66.1.5° puede llegar a 9), es la de extensión más leve de las previstas en el Código Penal. El cumplimiento efectivo ha de ser, de este modo, la excepción, dado además el espíritu que inspira las normas de los arts. 80-88 CP y en general el capítulo III del título III, claramente tendente a evitar la ejecución de penas cortas de prisión. En realidad, ya sin este precepto podía cumplirse idéntica finalidad, pues la reincidencia no obliga a imponer la pena privativa de libertad y en todo caso —dadas las penas previstas para estos delitos- no impide la sustitución con arreglo al art. 88 CP.

Lo anterior no significa que el cumplimiento efectivo de la pena de prisión quede del todo excluido de estos comportamientos punibles, teniendo en cuenta el riesgo para la seguridad vial que significan. Se trata de conductas en muchos casos dotadas de una relevante gravedad de injusto, y vinculadas a factores comprobadamente generadores de una alta siniestralidad (consumo de alcohol, drogas, exceso de velocidad, falta de aptitudes y de su control para la conducción). Lo que sí procede es la utilización de criterios más restrictivos.

## **XVII.2. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad**

Se ha convertido, como queda dicho, en pena alternativa a las de prisión o multa, con una extensión de 31 a 90 días, salvo en el artículo 385, donde no ha habido modificación. En este tipo por tanto la pena de trabajos de 10 a 40 días forma, junto con la multa, un bloque punitivo alternativo a la pena de prisión.

Si antes de la LO 15/2007 de reforma del Código Penal la naturaleza facultativa de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad generaba una escasa estadística, la situación cambió de manera drástica al apostar el legislador decididamente por esta sanción penal en la delincuencia de tráfico, atendiendo sin duda a las posibilidades de reinserción que conlleva.

Su obligada imposición junto a la pena de multa, frente a la prisión, provocó en efecto que se impusiera de modo

generalizado. La dinámica de las conformidades y su elevadísimo número centrado en los nuevos tipos de los arts 379.2 y 384 inciso último, multiplicó los datos estadísticos de modo extraordinariamente relevante al descartarse, por lo general, la aplicación de la pena alternativa de privación de libertad. En tres años, hasta la reforma de 2010, casi el 80 % del total de los trabajos en beneficio de la comunidad impuestos en todo el territorio lo fueron por estos delitos.

Pues bien, frente a unos iniciales porcentajes de incumplimiento en torno al 60%, los esfuerzos coordinados de los servicios sociales penitenciarios, autoridades de tráfico, entidades colaboradoras y la Fiscalía permitieron en 2010 revertir la situación y en la actualidad son os porcentajes de cumplimiento los que alcanzan la cifra citada.

El Código Penal la considera pena privativa de derechos, calificación que solo es aceptable desde la perspectiva de negar su inclusión entre las penas privativas de libertad y la multa. La doctrina mayoritaria especifica con razón que se estructura en torno a la privación del derecho a ser remunerado por el trabajo del art 35.1 CE y afecta a la libre disposición del ocio y a la autoorganización de la propia vida diaria del art. 43.3. En realidad, es la única pena que se desarrolla sobre la base de una obligación de realizar determinados actos, en posición activa, y no a partir de la mera posición pasiva consistente en sufrir restricciones o limitaciones de derechos.

En esta última faceta, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad ofrece diversas perspectivas, todas ellas necesarias para su entendimiento en profundidad. En primer lugar, responde con especial claridad —mayor que otras penas- al principio constitucional de la reeducación y reinserción social del penado. Puede efectivamente ser articulada de manera que la realización de determinadas tareas induzcan al sujeto a una toma de conciencia sobre la significación del delito cometido y los valores y razones que es preciso asumir y ponderar para evitar su reiteración; y también sobre sus consecuencias, entrando en contacto directo con los perjudicados y con los efectos, en general, de la infracción penal. Todo ello se deriva sin dificultad del art. 49.1 CP según el cual los trabajos "podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de apoyo o asistencia a las víctimas".

En los términos de la Circular 2/2004, los Fiscales, al redactar el escrito de acusación, interesarán la pena de trabajos condicionada a que el acusado preste su consentimiento antes de la sentencia, debiendo proponer la alternativa penológica (multa o prisión) para el supuesto de que no lo preste. Lo que no procede es que el condicionamiento se establezca en sentencia. La imposición judicial de penas no puede producirse en forma alternativa y supeditada a sucesos o eventos posteriores como la negativa al cumplimiento, dejando en la indeterminación la sanción a cumplir. Para ejecutar penas o medidas no determinadas de modo directo en sentencia son precisas previsiones legales específicas como las de los arts. 88, 89, 97 c) y 100 del Código Penal y 50.2 de la L.O. de Responsabilidad Penal del Menor.

En lo demás ha de tenerse en cuenta la Circular citada y los preceptos del Reglamento aprobado por RD 1849/2009 y modificado por el RD 840/2011 de 17 de junio. El primero, en su art. 6.4, consagró los talleres de seguridad vial como fórmula operativa y específica para la delincuencia vial ("...delitos contra la seguridad del tráfico..."). Se denominan "talleres de actividades en seguridad vial". El RD 840/2011 permite optar por ellos "cuando las circunstancias y características vinculadas a la persona del condenado o derivadas de su etiología

delictiva así lo aconsejen".

El texto del citado art 6.4 no ha sido modificado por el Real Decreto 840/2011. Diseña un modelo mixto de formación y prestaciones de utilidad pública que conduce a un flexible sistema de cómputo del trabajo a efectos del cumplimiento de la sanción penal. Este entendimiento es el que ha de mantenerse, por tanto, tras la reforma en 2010 del art. 49 párrafo 1 del Código Penal, cuando el legislador se refiere, dentro de las actividades de utilidad pública posibles junto a las relativas a delitos de similar naturaleza, labores de reparación de daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, a "la participación del penado en talleres o programas formativos o de (...) educación vial...". Por todo ello, los Fiscales deben promover en principio esta fórmula específica de cumplimiento.

En coherencia con lo expuesto, en los delitos de los arts. 379 y 384 del Código Penal el Fiscal solo debe optar por la pena de prisión con carácter restrictivo, a partir de una cuidadosa valoración de las circunstancias del hecho, del riesgo (conceptos que, *a contrario*, maneja el art. 385 ter para autorizar la modulación a la baja de dicha pena) y las personales del autor (art 66.1.6 CP).

No obstante todo lo anterior, es importante que a la hora de instar la imposición y cumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, los Sres. Fiscales barajen cuidadosamente las posibilidades reales de ejecución en el territorio, las circunstancias personales y económicas del penado, la gravedad de los hechos y la utilidad procesal de la conformidad. En base a la ponderación de todos estos factores optarán por ella o por las alternativas de multa o prisión, atendiendo en este último supuesto al criterio restrictivo indicado. De optar finalmente por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, solicitarán como fórmula más adecuada, siempre con sujeción a las circunstancias previstas en el art 5 del RD 840/2011, el cumplimiento en los talleres de educación vial.

#### **XVIII. LA DIFERENCIACIÓN ENTRE LOS DELITOS DE LESIONES Y HOMICIDIO IMPRUDENTE EN EL TRÁFICO VIARIO Y LA FALTA DEL ART 621 DEL CÓDIGO PENAL. VIGENCIA DE LA INSTRUCCIÓN 3/2006 FGE**

La Instrucción 3/2006 ordenaba a los Fiscales que, de modo selectivo y al margen de la actuación procesal de los perjudicados, impulsaran la tramitación en procedimiento por delito de las más graves imprudencias. Esa regla de actuación conserva plena vigencia. A raíz de la publicación de dicha Instrucción y sin duda gracias al esfuerzo llevado a cabo por los Fiscales para su cumplimiento, se ha elevado el número de procedimientos tramitados y las condenas impuestas por los tipos de homicidio y lesiones imprudentes de los arts. 142 y 152.

La incidencia de esa clase de conductas especialmente graves sigue exigiendo un control estrecho por parte del Ministerio Público. Por ello, bajo la coordinación del Fiscal de Sala, los Fiscales Delegados de Seguridad Vial, con el debido apoyo de medios humanos y materiales que deberán facilitarles los respectivos Fiscales Jefes, deberán llevar a cabo un riguroso seguimiento, desde su incoación, de todas las causas tramitadas por los delitos de homicidio imprudente del art. 142 CP. y por los comprendidos en art.152, éstos últimos al menos cuando se refieran a lesiones de singular gravedad (en especial lesiones medulares y cerebrales).

Los Fiscales han de velar en general porque se lleve a cabo una investigación en profundidad de los siniestros de tráfico en que aparezcan indicios de delito, se tramiten las causas y califiquen los hechos (en su caso) con celeridad, y queden protegidos los derechos procesales y económicos de las víctimas desde el inicio del procedimiento, recogiendo, asimismo, con la debida precisión los correspondientes datos estadísticos de orden criminológico.

Asimismo, el Ministerio Fiscal debe servirse de todos los instrumentos a su alcance para procurar un pronto señalamiento de juicio oral, evitando dilaciones innecesarias derivadas de la práctica de actuaciones que pueden resultar superfluas o practicarse en el juicio e incluso en fase de ejecución de la sentencia, si existiera finalmente condena. De conformidad con las prescripciones de los arts. 778.2, 780.2 y 781.1, 788.1 y 794 LECr y 115 CP cuando se hayan practicado las diligencias esenciales para la tipificación, el Fiscal, en su caso, debe formular escrito de acusación y solicitar por *otrosi* los informes de sanidad y demás datos probatorios para el cálculo de la indemnización. Todo ello, eso sí, sin automatismos, atendiendo a las circunstancias concurrentes y actuando con particular esmero en los casos en que las víctimas no hayan sido resarcidas o no haya habido consignación judicial por parte de las Compañías de Seguros.

Por otra parte, en los supuestos de homicidio o en las lesiones a las que se refieren los artículos 149 y 150 del Código Penal, el Fiscal encargado de la causa deberá hacer un seguimiento especial de la misma, y cuidará sobre todo de que la calificación como falta en diligencias previas cuando proceda (art 779.2 LECr) esté debidamente justificada en atención a la constancia suficiente de los hechos acontecidos reflejados en el atestado y a la naturaleza de la conducta de los implicados. En los casos de señalamiento directo de juicio de faltas deberá constar el atestado y en función de su existencia y valoración se interpondrá o no recurso.

En ambos supuestos cuando sea procedente la celebración de un juicio de faltas, cuidará de que sean citados todos los que puedan ser responsables penal y civilmente, así como las víctimas y perjudicados, en especial cuando se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Decidirá además, según las circunstancias (gravedad o complejidad del hecho, número de las víctimas y gravedad del perjuicio sufrido por ellas, problemas en torno a la cobertura de los seguros, existencia de perjudicados no personados en el procedimiento, existencia de dudas en torno a la naturaleza leve o grave de la imprudencia del autor, etc), sobre la necesidad de asistir al juicio.

Precisamente en orden a la distinción entre la imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes ya recogidos en la Instrucción 3/2006.

Pero es preciso hacerlo, además, tomando en especial consideración los distintos principios inspiradores del tráfico viario: son el llamado principio de conducción dirigida y el correlativo de confianza.

El primero se refiere a aquel modo de conducir realizado o "dirigido" conforme a los deberes de cuidado que vienen determinados de entrada por las normas concretas ordenadoras o reguladoras del tráfico viario. Se hallan en el Título II de la Ley de Seguridad Vial ("Normas de comportamiento en la circulación") y en los títulos II y III

del Reglamento General de Circulación.

En concreto, el art 9.2 LSV prescribe que "los conductores deben utilizar el vehículo con la 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 usuarios de la vía".

Este deber de cautela o precaución está, como queda dicho, en la raíz de la configuración de los tipos de injusto imprudentes. En relación con la conducción de vehículos y por su específica singularidad y peligrosidad va unido a otros dos, también plasmados legislativamente, que en realidad son desarrollos o concreciones del anterior. En primer lugar el deber impuesto en el art 11.2 de "...mantener la atención permanente a la conducción..", y en segundo lugar el deber de "no distracción " ya reseñado.

Este último ha sido introducido por la Ley 18/2009, en cuya exposición de motivos se hacía referencia al incremento progresivo, en los países de la UE y en el nuestro en particular, de los accidentes de tráfico con resultado de muerte y lesiones graves imputables a una conducción distraída. En las últimas estadísticas de la Dirección General de Tráfico referidas a 2010 y 2011, alcanzan el 40%.

Tanto uno como otro deber u obligación (mantener la atención y su reverso, evitar las distracciones) se traducen en el que los expertos y la doctrina penal denominan *deber de concentración exclusiva* en el acto de conducir. Es una actitud o estado subjetivo generado por el correspondiente esfuerzo o diligencia para excluir del campo de atención otras actividades o contenidos.

Junto a esto deberes referidos a actitudes o estados del sujeto activo de la conducción, los arts 9 y 11 LSV contienen también los relativos al concreto modo de conducir y al vehículo. La conducción ha de realizarse estando "...en todo momento en condiciones de controlar los vehículos..." (art. 11.1 LSV) y cuidando "...mantener (...) el campo necesario de visión ..." Como puede observarse, se trata de normas directamente reguladoras del modo de conducir que impregnan las concretas obligaciones sobre velocidad, alumbrado y las demás disciplinadas en el Título II, capítulos II y III de la Ley de Seguridad Vial.

En cuanto a los vehículos, el art 9.3, asimismo introducido por la Ley 18/2009, dispone que "los titulares y en su caso arrendatarios de los vehículos tienen el deber de actuar con la máxima diligencia para evitar los riesgos que conlleva su utilización, manteniéndolos en las condiciones legal y reglamentariamente restablecidas, sometidos a los reconocimientos e inspecciones que correspondan e impidiendo que sean conducidos por quienes nunca hubieren obtenido el permiso o licencia correspondiente". Esta norma permite, por tanto, fundar imputaciones penales a título de imprudencia en los casos en que el sujeto es consciente del riesgo - jurídicamente desaprobado- que comporta la conducción de un vehículo que no se halla en las condiciones adecuadas para circular con seguridad.

En segundo lugar, el principio de confianza, correlativo al anterior, ha sido definido por la doctrina alemana en los términos siguientes: "el participante en el tráfico puede confiar en que los demás se comporten también correctamente mientras no le conste lo contrario por las especiales circunstancias del caso". Ha sido sancionado, entre otras, por las SSTS de 8 de junio de 1985 y 18 de marzo 2003.



La ponderación de este principio exige sin embargo algunas matizaciones derivadas de la necesidad de tomar en consideración la existencia de otros riesgos derivados de factores externos (por ejemplo, el estado de la calzada o fallos del vehículo, aunque en este último punto hay que recordar lo dicho en relación con el ad 9.3 LSV).

Junto a los anteriores surge el principio de protección o defensa inspirado en el deber de solidaridad y orientado a la protección de determinados grupos de personas en situación de especial vulnerabilidad (menores, personas de la tercera edad, discapacitados, incluso peatones y ciclistas). No se trata de que el conductor no pueda confiar en ningún momento en la correcta conducta de las personas desvalidas, pues el razonamiento abocaría a una imputación objetiva del riesgo (*versare in re ilícita*). El principio se traduce en la concreción de deberes de cuidado dirigidos a advertir los riesgos o peligros derivados de la presencia en el tráfico de usuarios especialmente vulnerables en determinados casos.

El principio de defensa en el tráfico viario (reconocido entre otras ya en SSTs 11 de abril de 1978, 21 de junio de 1979 y 26 de enero de 1982) significa en síntesis que hay determinados usuarios de las vías públicas respecto de los que, más allá del principio bifronte de conducción dirigida y confianza, se requiere una especial tutela en el orden jurídico regulador de la seguridad vial. Estos colectivos han sido objeto en los últimos años de programas, resoluciones y recomendaciones europeas, como las Directivas 2003/102/CE, 2005/66 y 2007/46/CE. El Reglamento (CE) 78/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14-1-2009 (que modifica la última y deroga las otras dos) ha plasmado normativamente el concepto de la "protección de peatones y otros usuarios vulnerables" y las primeras consecuencias jurídico-comunitarias unidas a esta condición.

Por todo ello, lo Sres. Fiscales, a la hora de interpretar los conceptos de grave y leve imprudencia, el principio de protección o defensa y los deberes normativos de cuidado que articulan dichos conceptos, no pueden permanecer ajenos a estas consideraciones referentes a tales colectivos. Más aún cuando la tradición histórica y las realidades actuales han llevado, en particular por la vía del principio de especialización, a la consolidación de un modelo de Ministerio Fiscal garante y protector de sus derechos.

Aunque tal vez el Legislador debería traducir en las normas de seguridad vial mayores exigencias de tutela para esos grupos sociales, puede ser oportuno, a los fines de esta Circular, un examen de la normativa vigente.

En torno a los menores, el art 11.1 LSV establece un deber reforzado de cautela, en su concreción de hallarse en condiciones de controlar el vehículo al aproximarse a ellos cuando sean usuarios de las vías. Por su parte, el art 46 a), b) y e) del Reglamento General de Circulación impone la obligación reforzada de moderar la velocidad o detenerse si fuera preciso cuando el conductor en la parte de la vía que está utilizando se halle en presencia de peatones que sean menores de edad o pueda preverse racionalmente su irrupción, al acercarse a lugares en que sea previsible su presencia y al aproximarse a un autobús escolar en situación de parada.

En relación con "ancianos, personas ciegas, o en general con personas con discapacidad y con problemas de movilidad", el art 11.1 LSV impone el mismo deber de precaución que para los menores y el art 46.a) similar obligación de moderar la velocidad ante la presencia real o previsible de los pertenecientes a la tercera edad o discapacitados.

Respecto de los peatones en general se imponen el mismo deber genérico de cuidado en el artículo 11, y una serie de reglas especiales en los arts. 23, 36 o 38 LSV.

Los ciclistas tienen en el contexto de la Unión Europea la consideración de usuarios vulnerables, según se desprende, entre otros textos comunitario de la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al "Plan de Acción de Movilidad Urbana" de 30 de septiembre de 2009. El principio de protección o defensa en relación con ellos se refleja en los deberes normativos de cuidado del art 46 RGCir impuestos a los conductores de vehículos de motor; así, el de moderar la velocidad "al aproximarse a ciclos circulando, en las intersecciones y vías de uso exclusivo de los ciclos (art 46.1 .b). Hay normas tuitivas en el art. 34.4 LSV en relación con los adelantamientos a ciclos o conjuntos de ellos (el mismo sentido, art. 85.4 del RGCir establece un deber reforzado de mantener distancias cuando se trata de ciclistas). Numerosas sentencias de Audiencias Provinciales de los últimos años vienen aplicando el principio de defensa a los usuarios de bicicletas, resaltando su vulnerabilidad en relación con vehículos de motor (entre otras SSAP Alicante 4 de abril de 2001, 12 de septiembre de 2006 y Huesca de 16 de octubre de 2006).

En esencia, de estas normas se desprende un deber de específico cuidado y en particular de moderación de velocidad cuando el menor, discapacitado, persona de la tercera edad, peatón o ciclista entre en el campo visual del conductor, en el que debe generarse un impulso de reacción solidaria y cautelosa ante su presencia. También resulta exigible esa específica precaución ante los casos de presencia inmediata o previsible. Especialmente, en relación con los atropellos en vía urbana.

Este régimen de especiales deberes respecto de los colectivos vulnerables ha de ser tenido en cuenta, por consiguiente, cuando los Fiscales deban concretar la calificación del hecho como delito o falta en función de la naturaleza de la imprudencia generadora del accidente de tráfico.

En resumen, los Sres. Fiscales se seguirán ateniendo a los criterios de la Instrucción 3/2006 para discriminar los accidentes de tráfico originados en comportamientos imprudentes que han de dar lugar a un procedimiento por delito, o en su caso, falta, ateniendo a los deberes normativos de cuidado que emanan de los arts. 9,11 y concordantes de la LSV, con especial atención a los establecidos en defensa de los colectivos vulnerables (menores, discapacitados, tercera edad, peatones y ciclistas), en el art. 46 del Reglamento General de Circulación y concordantes. El Fiscal de Sala de Seguridad Vial coordinará un seguimiento exhaustivo de los procedimientos incoados por delitos de los arts 142 y 152 (especialmente, en cuanto a estos últimos, en casos de lesiones medulares, cerebrales y grandes traumatismos).

## **XIX. EL RESARCIMIENTO A LAS VÍCTIMAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO. EL BAREMO DE SEGURO OBLIGATORIO**

### **XIX.1. Introducción**

El especial seguimiento y estudio de los distintos procedimientos incoados por homicidio imprudente en accidentes de tráfico (art. 142 CP) ha puesto de manifiesto la disparidad de criterios interpretativos que en

ocasiones se siguen en las distintas Fiscalías territoriales en el ámbito de la responsabilidad civil, muy especialmente en la cuantificación de las indemnizaciones y determinación de los perjudicados conforme a las reglas y principios recogidos en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios personales, conocido popularmente como baremo de indemnizaciones de tráfico (*Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2004 de 29 de octubre, en adelante LRCSCVM*).

El baremo de indemnizaciones se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico con carácter vinculante en el año 1995, a través de la Disposición Adicional octava de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privado. Desde su entrada en vigor se suscitaron infinidad de cuestiones de técnica jurídica, derivadas principalmente de la apuesta del Legislador por la seguridad jurídica traducida en el carácter tasado y vinculante del esquema tabular. Esta opción se hacía en detrimento de una mayor flexibilidad que, atendiendo a criterios de justicia material, permitiera valorar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y asumiendo que la respuesta adecuada pueda hallarse, en ocasiones, extramuros de este esquema taxativo.

Como es sabido, el sistema de la ley citada para la valoración de los daños y perjuicios causados en accidentes de circulación está integrado por un primer apartado que recoge los criterios "para la determinación de la responsabilidad e indemnización", y un Anexo dividido en seis tablas: las Tablas I y II para las indemnizaciones básicas por muerte y sus factores de corrección; las Tablas III, IV y VI para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, sus factores de corrección y la clasificación/valoración de las secuelas, y finalmente la Tabla V para las indemnizaciones por incapacidad temporal.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 181/2000 de 28 de julio consagró la constitucionalidad del sistema justificándolo en los siguientes términos: "En suma, la decisión del legislador de establecer, con carácter vinculante, un sistema legal de predeterminación y cuantificación tasada de las indemnizaciones por los daños corporales producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor, ha de situarse en un momento de renovación del instituto de la responsabilidad civil, especialmente significativo en su proyección al sector del automóvil que, por su alta siniestralidad y por la garantía en la reparación del daño que supone el aseguramiento obligatorio, entre otros factores, ofrece una serie de particularidades necesitadas de soluciones jurídicas diferenciadas".

Ahora bien, los profundos cambios sociales y demográficos producidos desde la entrada en vigor del baremo en el año 1995, concretamente durante la primera década del siglo XXI, han sido determinantes para consolidar distintos modelos y estructuras familiares en nuestra sociedad, a veces alejados del patrón tradicional de familia que el Legislador tomó como referencia para establecer, en caso de fallecimiento de la víctima, el elenco de perjudicados incluidos en el esquema de grupos que establece la Tabla I.

Asimismo, durante estos quince años han tenido lugar grandes avances científicos en el ámbito de los tratamientos médicos-rehabilitadores que, unidos a la indudable mejora en la respuesta de los servicios de emergencia y posterior atención sanitaria, han provocado la disminución de las víctimas mortales en accidentes

de circulación. Pero también se ha producido el correlativo aumento del número de personas que sufren lesiones permanentes de gravedad con una esperanza de vida impensable en el año 1995 y, por ello, con unas necesidades cuya cobertura, que resulta indispensable para garantizarles un nivel de vida mínimamente digno, no siempre está prevista en el baremo.

En estos casos, cuando el Fiscal prevea que el lesionado pueda encontrarse en situación de incapacidad, o cuando observe una inadecuada administración de la indemnización por parte de los familiares lo pondrá en conocimiento de los Fiscales integrados en la Sección de Incapacidades, para que se valore la incapacitación o la adopción medidas de protección de su patrimonio.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010 se apuntaba la necesidad de reformas imprescindibles ante la insuficiencia del baremo de indemnizaciones. En la misma línea se pronuncia el Plan Estratégico de Seguridad Vial 2010-2020, y de hecho se ha constituido una Comisión interministerial *ad hoc* por los Ministerios de Hacienda y Justicia, con destacada participación del Ministerio Fiscal, gracias a cuyo trabajo la Comisión parlamentaria no Permanente de Seguridad Vial y Prevención de Accidentes de Tráfico aprobó, con fecha 30 de agosto de 2011 (Boletín Oficial del Congreso 13-9-2011) una Proposición no de ley instando al Gobierno a promulgar "un nuevo sistema de valoración para las indemnizaciones de los daños y perjuicios a las víctimas en accidentes de circulación...".

En este contexto es forzoso procurar una interpretación de las reglas y criterios vigentes más flexible, coherente con los cánones hermenéuticos contemplados en el art. 3 del Código Civil, especialmente en lo referente a la "realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada", recurriendo igualmente a la analogía cuando no se contemple un supuesto específico pero se aprecie "identidad de razón" con otro semejante, tal y como prevé el art. 4.

En este punto, el Ministerio Fiscal no puede ser ajeno a la nueva realidad. La función tuitiva que tanto el artículo 124 de la Constitución como los artículos 1 y 3.10 del EOMF atribuyen al Ministerio Fiscal como defensor de las víctimas en el proceso penal, obliga a actuar con el máximo rigor cuando de proteger sus derechos se trata.

En este sentido, la Instrucción 8/2005 de la FGE profundiza en el desarrollo de esa función protectora del Fiscal, asumiendo que el proceso penal no puede ser contemplado exclusivamente desde la perspectiva de la necesaria tutela de los intereses de la sociedad y de las garantías del acusado, sino también y de modo relevante, como instrumento de reparación del daño moral y patrimonial que la víctima ha recibido por el hecho delictivo, constatando que "la víctima, en el no siempre fácil camino para lograr la reparación del daño inferido por el hecho delictivo, tiene que sentirse amparada (...)".

Así pues, cuando corresponda al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones civiles en el marco de un procedimiento penal de conformidad con lo dispuesto en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o cuando el Ministerio Fiscal ejerza la función de supervisión respecto de los acuerdos transaccionales que afecten a los perjudicados más vulnerables como menores e incapaces en los términos establecidos en la Instrucción nº 3/2006 del FGE, la aplicación de las reglas previstas en el baremo deberá tener en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de cada una de las víctimas, valorando por una parte los

distintos daños y perjuicios efectivamente sufridos, y evitando de otra que el transcurso del tiempo perjudique sus intereses, siguiendo para ello los criterios que se establecerán a continuación.

## **XIX.2. Elemento temporal: cuantificar las indemnizaciones conforme a la fecha del siniestro o de la determinación judicial**

En primer lugar, una de las cuestiones que suscita mayor controversia es la relativa a la determinación del baremo que se debe invocar a la hora de fijar las indemnizaciones. Como punto de partida hay que destacar que en el esquema tabular figuran unas cantidades y porcentajes para calcularlas, incorporando igualmente en el apartado 1.10 de las reglas del Anexo un mecanismo de actualización conforme al IPC para garantizar el valor de las cuantías.

A pesar de las cautelas adoptadas por el legislador para evitar la devaluación del quantum indemnizatorio con el paso de los años, en la práctica diaria se vienen dando dos posiciones contrapuestas a la hora de determinarlo, por una parte la de aquellos Jueces y Tribunales que aplican las cuantías y/o conceptos vigentes en el momento de producirse el siniestro con el consiguiente perjuicio para las víctimas y, por otro lado, la resoluciones que se atienen a las vigentes al tiempo de la dictarse la resolución judicial.

El principio de seguridad jurídica e igualdad de trato consagrados en el art. 9.3 CE aconsejan aclarar este extremo desde la perspectiva de la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, en aras a garantizar que todas las víctimas de accidentes de circulación sean resarcidas conforme al mismo criterio temporal. Se analizan ambas posiciones:

[I] La primera defiende que el perjuicio personal debe valorarse conforme al baremo vigente en la fecha del accidente, invocando para ello el principio general de irretroactividad de las leyes ex art. 2.3 del Código Civil, a partir de la premisa de que las cantidades expresadas en las tablas constituyen parte de la norma jurídica. En contrapartida y como mecanismo de compensación por la devaluación anudada al mero transcurso de tiempo, los defensores de esta solución recurren al devengo de los intereses moratorios regulados en el art. 9 de la LRCSCVM y en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguros (en adelante, LCS), aplicable de acuerdo con la disposición adicional, añadida a la Disposición Adicional 8ª de la ley 30/95.

No obstante, en la práctica diaria es fácil encontrar multitud de supuestos en los que no hay abono de los intereses. De hecho, los intereses moratorios tienen un carácter estrictamente punitivo orientado a sancionar las prácticas dilatorias injustificadas de las entidades aseguradoras y en consecuencia no se imponen cuando las indemnizaciones son satisfechas o consignadas judicialmente dentro de los tres meses siguientes a la fecha de producción del siniestro, como se verá más adelante.

En los casos citados se excluye la mora y con ella los intereses, repercutiendo sobre la víctima los efectos derivados de la inflación y devaluación de la moneda. En consecuencia, la interpretación de las normas que se acaba de reseñar la sitúa en una posición de desventaja e indefensión frente a las entidades aseguradoras, por cuanto el perjudicado recibe una cantidad que en el momento de su entrega no se corresponde con el valor del daño.

Como respuesta a los problemas que plantea esta primera tesis, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en dos sentencias de 17 de abril de 2007 (Pleno) resolviendo un recurso de casación para unificación de doctrina, propone como solución atender a la fecha de la sanidad de las lesiones o alta médica, en base a los siguientes argumentos [FJ6]:

1º La regla general determina que el régimen legal aplicable a un accidente es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 30/1995 y el punto 1.3º del Anexo de la ley.

2º Sin embargo, puede ocurrir -y de hecho ocurre con demasiada frecuencia- que la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado se produzca en un momento posterior. La naturaleza de deuda de valor que la Sala atribuye a la obligación de reparar los daños personales, según reiterada jurisprudencia, requiere que los puntos se cuantifiquen conforme al baremo aplicable en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado precisadas, que es el del alta definitiva. Es entonces, además, cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización.

En definitiva, el Tribunal Supremo confirma que no pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse, y por ello al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evitan los perjuicios consiguientes. (SSTS Sala 1º de 8 julio 1987, 16 julio 1991, 3 septiembre 1996, 22 abril 1997, 20 noviembre 2000, 14 y 22 junio 2001, 23 diciembre 2004 y 3 octubre 2006, entre muchas otras). Desde la perspectiva de esta tesis intermedia el TS aborda los casos de mala fe de las víctimas y su enriquecimiento injusto cuando demoran la cuantificación de sus lesiones o secuelas hasta la posterior resolución judicial y dilatan indebidamente el procedimiento resarcitorio para lograr una indemnización mayor.

El criterio recogido en la STS de 17 de abril de 2007 y su carácter disuasorio respecto de potenciales víctimas "codiciosas", tiene su razón de ser en el marco del proceso civil en que la acción de resarcimiento constituye el objeto mismo de la demanda tramitada por los cauces establecidos en los art. 12 y concordantes de la LRCSVM- excluyéndose con carácter general la posibilidad de que el proceso se prolongue por cuestiones ajenas a la pretensión civil. Ahora bien, la aplicación automática del criterio referido puede tener consecuencias insatisfactorias para los legítimos intereses de la víctima cuando la responsabilidad se dilucida en un procedimiento penal. En él se discuten e investigan cuestiones ajenas a la pretensión civil. Es necesario por tanto buscar alternativas que garanticen la total reparación del daño.

[II] La segunda posición defiende que la indemnización debe ser conforme a las cuantías y conceptos vigentes en la fecha de la resolución judicial.

La mera tramitación de los procedimientos judiciales puede demorar en el tiempo la resolución de la pretensión resarcitoria por cuestiones totalmente ajenas al ejercicio de la acción. En aquellos procesos que se sustancian en la vía penal debe agotarse la práctica de las diligencias de investigación tendentes al esclarecimiento de circunstancias relacionadas con la calificación jurídica de los hechos y la culpabilidad de los responsables (art. 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Puede ocurrir entonces que el lapso de tiempo

transcurrido entre la fecha del siniestro (o alta médica conforme SSTS Sala 1º 17 de abril de 2007) y la fecha de la declaración judicial resolviendo la pretensión civil opere en detrimento de la parte más débil del procedimiento: las víctimas.

Precisamente para garantizar la total reparación de los perjudicados, la doctrina dominante de la Sala 2º del Tribunal *Supremo* ha concebido la indemnización por el daño como una deuda de valor que nace en el momento de producirse el perjuicio (fecha del siniestro) pero cuyos límites cuantitativos deben determinarse en el momento en el que se declara judicialmente (entre otras, SSTS Sala 2º 14 abril y 20 de diciembre de 2000, 15 de febrero y 16 de junio de 2001, 15 de noviembre de 2002). Los principales argumentos en defensa de esta teoría son los siguientes:

1º. Desde la perspectiva del derecho positivo el apartado 1.10 del Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre establece que 'anualmente con efectos desde el primero de enero de cada año...deberán actualizarse las cuantías indemnizatorias' entroncando con la vocación expresa del baremo de alcanzar la "total indemnidad" prevista en el apartado 1.7 del Anexo.

2º. Desde la óptica de la reparación del daño a la víctima (art 109 a 113 del Código Penal) la acción resarcitoria aspira a conseguir la indemnidad retornándola a "la situación anterior al siniestro". Si el resarcimiento se produce en forma de compensación económica, la cuantía deberá fijarse en el momento de la declaración judicial para no desplazar a las víctimas los perjuicios derivados del lapso de tiempo transcurrido durante la tramitación de la causa. Recientemente la STS de la Sala 2º de fecha 24 de abril de 2008, en su FJ5 afirmaba que las deudas indemnizatorias son deudas de valor que han de acomodarse al real cuando se hagan efectivas a los perjudicados.

Esta concepción de las obligaciones monetarias como "deuda de valor" que requiere la actualización del importe corrigiendo la pérdida de valor adquisitivo de la moneda para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, también aparece recogida en la STS Sala 4º de fecha 17 julio 2007 resolviendo un supuesto ajeno a la circulación rodada, entendiendo la Sala más ajustado a derecho el empleo de módulos cuantitativamente actualizados.

En la misma línea argumental, la Resolución (75)7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre reparación en caso de lesiones corporales y fallecimiento consagraba el derecho de la persona que ha sufrido un perjuicio a ser repuesto en la situación lo más cercana posible a aquella en la que hubiese estado si el evento dañino no se hubiera producido (Disposición general 1.1), añadiendo como criterio temporal de cálculo el valor del daño el día del juicio (Disposición general 1.2).

En el marco de la Unión Europea, la Directiva 2009/103/CE de 16 de septiembre de 2009 relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, en su considerando [12] prevé que "con el fin de asegurar que el importe mínimo de cobertura no se erosione con el paso del tiempo, debe establecerse una cláusula periódica de revisión utilizando como referencia el índice europeo de precios de consumo (IPCE) publicado por Eurostat, tal como establece el Reglamento (CE) 2494/95 del Consejo, de 23 de octubre de 1995, relativo a los índices armonizados de precios al consumo. Conviene establecer también las

normas de procedimiento para tal revisión".

En definitiva, la protección de los intereses económicos de las víctimas requiere que las indemnizaciones monetarias se configuren como "deuda de valor", de tal forma que su cálculo se efectúe conforme a los parámetros vigentes en la fecha en que la pretensión resarcitoria es reconocida judicialmente.

Tratamiento distinto merecen los intereses moratorios regulados en los art. 9 y concordantes de la LRCSCVM y art. 20 y concordantes de la LCS. Como regla general, las entidades aseguradoras disponen de un plazo de tres meses desde la reclamación del perjudicado para realizar una oferta motivada de indemnización (art. 7.2 y 3 de la LRCSCVM). Si en ese momento se desconoce su valor exacto, el órgano jurisdiccional resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida, siempre que la consignación no sea extemporánea y se solicite el pronunciamiento expresamente por la aseguradora. La consignación de la compañía liberará del devengo de intereses si va acompañada del previo ofrecimiento de pago según establece el art. 1176 del C. Civil y art. 7.3e) de la LRCSCVM. La Sala 1º del TS confirma este criterio entre otras, en sentencias de 26 de marzo de 2009 y 10 de noviembre de 2010).

En contrapartida, no se impondrá recargo cuando el retraso sea debido a causa justificada o no imputable a la entidad aseguradora. Al respecto, la doctrina consolidada de la Sala 1º del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs 19 de mayo de 2011, 12 de julio, 17 de noviembre, 10 y 17 de diciembre de 2010) establece que la mora del asegurador se excluye apreciando "causa justificada" Concorre cuando existe una discrepancia razonable en torno a la cobertura del seguro o del importe siempre y cuando se haya consignado o abonado el importe mínimo.

Por el contrario, no excluye la mora la simple oposición al pago frente a la reclamación judicial del perjudicado, cuando no se aprecia una auténtica necesidad de acudir al litigio. Son los casos en que la discrepancia en la cuantía indemnizatoria se debe al retraso de la aseguradora en la tasación del daño, o por discrepar en la culpa, ya sea para negarla o apreciar la concurrencia de conductas culposas.

Cuando proceda la imposición de intereses moratorios atendiendo a los criterios anteriormente expuestos, ha de calcularse su importe distinguiendo los dos tramos previstos en el art. 20 de la LCS y siguiendo el criterio de la STS Sala 1º (Pleno) de 1 de marzo de 2007:

Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, se devengará un interés equivalente al interés legal anual incrementado en un 50%.

A partir de esta fecha, el interés no podrá ser inferior al 20%.

En todo caso, se reconocerán efectos liberatorios a la cantidad consignada en tiempo y forma por la entidad aseguradora, descontándose dicho importe para efectuar el cálculo de los intereses moratorios.

Por este motivo, los Sres. Fiscales deberán cuantificar las indemnizaciones aplicando el régimen legal vigente en la fecha del hecho, actualizando las cantidades al baremo vigente en la fecha en que se realice la entrega efectiva de su importe a los perjudicados o a la fecha en que se presente el escrito de acusación provisional o



definitivo en el Juicio Oral.

Cuando proceda imponer intereses moratorios a las entidades aseguradoras conforme a los criterios expuestos en la presente Circular, los Sres. Fiscales distinguirán dos tramos temporales: interés legal anual incrementado en un 50 % durante los dos primeros años desde la producción del siniestro y un mínimo del 20 % a partir de esta fecha. Se descontará de la indemnización las cantidades que se hubieran entregado o consignado con carácter liberatorio.

### **XIX.3. Elemento personal: los perjudicados tabulares y extratabulares en caso de muerte**

El baremo de indemnizaciones de tráfico tiene como finalidad la cuantificación de todos los daños y perjuicios ocasionados a las personas en accidentes de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso (apartado 1.1 del Anexo), dando lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes y la incapacidad temporal.

Dispone el apartado 1.<sup>04</sup> del Anexo que los perjudicados en caso de fallecimiento son las personas enumeradas en la Tabla I y en los restantes supuestos, la condición de perjudicado corresponde a la propia víctima del accidente. Excepcionalmente, el Legislador reconoce la condición de perjudicados a los familiares más próximos de los grandes inválidos (Tabla IV), cuando la atención a los mismos genere al familiar una sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atenciones continuas.

La identificación de los perjudicados es una tarea relativamente sencilla en la mayoría de los asuntos, bien por la propia información que facilitan los interesados o por los datos que figuran en las diligencias policiales. El máximo rigor que debe regir la actuación del Ministerio Fiscal, exige en cualquier caso cierto el estudio detenido de los dos principales problemas que pueden suscitarse: la existencia de perjudicados extra tabulares en caso de fallecimiento y los derechos de las "víctimas secundarias" en caso de lesiones de gravedad.

[I] Los perjudicados extratabulares lo pueden ser por ausencia, sustitución y analogía. En caso de fallecimiento, el Legislador reconoce la condición de perjudicado a los familiares del finado, configurando un derecho de adquisición *jure proprio* -en función del daño efectivamente producido- y no *jure hereditatis*. De esta forma, aquellos que ostenten los vínculos de parentesco previstos en los la Tabla I serán resarcidos en detrimento de los designados como herederos por el propio fallecido (entre otras, Sentencia Tribunal Supremo Sala 2<sup>a</sup> de 20 de octubre de 1986 [FJ1<sup>o</sup>]).

Los perjudicados quedan determinados legalmente conforme al esquema de grupos excluyentes diseñado en la Tabla I, inspirado en los principios del Derecho Romano propios de la sucesión intestada (art. 912 y concordantes del Código Civil) que toma como referencia los distintos lazos afectivos del *more uxorio*, *more filiae* y *more fraternae*: en primer lugar se encuentra el cónyuge y los descendientes del fallecido, dando preferencia a los hijos menores sobre los mayores, después los ascendientes (padres) y los colaterales (hermanos) siempre y cuando sean menores de edad, huérfanos y dependientes de la víctima. En defecto de todos los anteriores entran los abuelos y, en último lugar, los hermanos mayores de edad.

Ahora bien, como se señalaba anteriormente, este patrón familiar no siempre encaja con la diversidad de modelos y estructuras familiares que conviven en la sociedad actual. Basta pensar en supuestos como las familias recompuestas donde hermanos de vínculo sencillo conviven con hermanos de doble vínculo, familias monoparentales integradas por un único progenitor y uno o más hijos, núcleos familiares donde los abuelos ejercen de padres en ausencia o sustitución de éstos, primos con relación de hermanos o padres que se desentienden de sus obligaciones para con sus hijos.

La búsqueda de la verdad material demanda un esfuerzo adicional para identificar los vínculos reales existentes y acomodarlos al esquema tabular. La doctrina especializada propone como mecanismo para superar las injusticias de la rigidez del sistema, atribuir al perjudicado tabular una presunción *juris tantum* de afectividad con el finado que le exime en un primer momento del deber de probar su vinculación real *more uxorio, more filiae o fraternae* con la víctima, admitiéndose prueba en contrario.

Así pues, si llegara a acreditarse que en la persona que reuniendo la condición tabular de perjudicado no concurre el requisito de afectividad inherente al daño moral, cabe perder la condición de perjudicado. En sentido contrario, la persona que sin ostentar el vínculo familiar establecido en el esquema tabular, acreditase una relación de afectividad con el fallecido análoga a la conyugal, filial o fraternal, sí tendría el derecho a ser resarcido como tal.

Esta regla presuntiva encuentra su justificación en la doctrina del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC de 16 de octubre de 2000, 12 de febrero de 2001, y 25 de septiembre de 2006) que atribuye a los Jueces y Tribunales -en el ejercicio de la función jurisdiccional consagrada en el art. 117.3 de la CE- la determinación de los perjudicados por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria. La STC 117/2006 se refiere expresamente a la adaptación de las reglas tabulares a la singularidad del caso concreto, al objeto de evitar un resultado indemnizatorio contrario a la propia estructura del sistema remitiendo a su vez a la STC de 26 de septiembre de 2005, FJ 5; y todas las allí citadas.

A lo anterior se suma la doctrina consolidada de la Sala 2º del Tribunal Supremo (entre otras SSTS de 18 de octubre de 1974, 25 de junio de 1983, 10 de febrero de 1990, 17 de septiembre de 2001 y 15 de noviembre de 2002) a favor de la indemnización del daño o perjuicio efectivamente producido, identificando al perjudicado como la persona que sufre el daño material o moral ocasionado directa y necesariamente por el hecho delictivo. Así pues, lo importante no es tanto el parentesco "oficial" con el fallecido sino la causación de un daño vinculado a la pérdida de la convivencia, la dependencia económica u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, ruptura de estos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la inexistencia material y moral de manera voluntaria y consciente de toda relación personal y afectiva.

A modo de ejemplo se puede citar:

a) Los nietos que conviven *more filiae* con la abuela fallecida y que reciben la consideración de hijos, incorporándose al elenco de perjudicados en el Grupo III "Víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores" de la Tabla I (STC Sala 2º de 26 de septiembre de 2005).

b) La sobrina que convive *more filiae* con el tío fallecido, concurriendo únicamente con su propia madre-hermana de la víctima. Al recibir la consideración de perjudicada del Grupo III de la Tabla I, perdería la hermana, su madre la condición que le correspondería en aplicación del Grupo V "Víctima con hermanos solamente" (SAP Sevilla 26 de diciembre de 1997).

c) El menor de edad fallecido que convivía con su madre y la pareja *more uxorio* de ésta a quien se reconoce la condición de progenitor a los efectos del Grupo IV de la Tabla I "Victima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes" (STS Sala Penal 17 septiembre de 2001).

Mención aparte merecen los hermanos mayores de edad de la víctima, especialmente cuando convivan con el fallecido. El esquema tabular restringe el derecho resarcitorio al supuesto en que no concurren con ningún otro familiar (grupo V de la Tabla I "Víctima con hermanos solamente"). Fuera de estos casos, el sistema reconoce la condición de perjudicados a los hermanos cuando concurren los siguientes requisitos: ser menor de edad, huérfano y dependiente de la víctima, si hubiera al menos un progenitor vivo (grupos I, II y III) ó ser menor de edad y conviviente con la víctima, si no lo hubiere (grupo IV).

La STC (Pleno) 190/2005 de 7 de julio [FJ4] resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad sobre este extremo constató que "ninguna exigencia constitucional impone que toda persona que sufra un daño moral por la muerte de alguien en accidente de circulación haya de ser indemnizada" [FJ5] , y en relación al derecho de los hermanos mayores de edad declara que el legislador ha optado por "concentrar en los ascendientes y hermanos menores las cantidades resarcitorias (...)" y que "a la finalidad de reparar un daño efectivo se añade otra que es la de prestar la protección a una categoría de personas también típicamente necesitada de una mayor protección: la de los menores de edad art. 39.3 y 4 CE " [FJ4].

Este criterio se mantiene en la STC 231/2005 de 26 de septiembre entre otras. Por el contrario, La Sala 2ª del Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de noviembre de 2002 confirma una sentencia donde se reconoce la condición de perjudicada a una hermana mayor de edad, insistiendo en que la determinación de los perjudicados es una cuestión de legalidad ordinaria anudada al perjuicio material y moral, correspondiendo en cada caso al Juez o Tribunal. Lo anterior nos permite concluir que si bien los hermanos mayores de edad están excluidos del elenco del perjudicados más allá del grupo V de la Tabla I, también en este caso deviene necesario valorar todas las circunstancias concurrentes y si se cumplen los requisitos exigidos para los hermanos menores de edad en los grupos 1-1V, nada impide una interpretación analógica ex art. 4 CC que les ofrezca cobertura en los distintos grupos del esquema tabular.

Por tanto, los Sres. Fiscales a la hora de determinar conforme al esquema diseñado en la Tabla I quiénes son los perjudicados en caso de fallecimiento, deberán valorar de forma individualizada la realidad de cada núcleo familiar dando entrada, cuando resulte debidamente acreditado, a quien 'de facto' y en ausencia, sustitución del pariente oficial o por analogía con el mismo, ejerza de forma estable las funciones inherentes al vínculo conyugal, parental, filial o fraternal.

#### **XIX.4. Las víctimas secundarias**

Las consecuencias derivadas de los accidentes de tráfico afectan tanto a las personas implicadas directamente en los mismos como a su entorno familiar más próximo. El Código Penal en su art. 113 extiende la indemnización de los perjuicios materiales y morales a los que se hubieren irrogado a familiares y terceros. En el ámbito de los accidentes de circulación, el baremo de indemnizaciones alude expresamente a los familiares como "víctimas secundarias" contemplando en la Tabla IV relativa a los "factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes" el resarcimiento de perjuicios morales a los familiares próximos en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continua, 'según circunstancias'.

La defectuosa redacción de la Tabla IV siembra la duda sobre si tales perjuicios a familiares están restringidos a quienes lo sean de "grandes inválidos" (colectivo definido por el Legislador como aquellas personas afectadas por secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria como vestirse, desplazarse, comer o análogas) o por el contrario tienen derecho a ser resarcidos los familiares que acrediten haber sufrido una alteración sustancial en su rutina diaria debido a los cuidados y atención al *accidentado*. Esta segunda vía interpretativa, en coherencia con lo dispuesto en los arts. 39 y 49 de la CE, ofrece cobertura a los familiares de víctimas menores de edad, disminuidos físicos y/o psíquicos y ancianos que, sin necesidad de sufrir secuelas tan graves como las que caracterizan a los grandes inválidos, por su mayor vulnerabilidad precisan de mayores cuidados por parte de sus familiares más cercanos.

Cuestión distinta es la determinación de quién tiene derecho a tal indemnización. A diferencia de lo que ocurre en la Tabla I anteriormente analizada, la Tabla IV emplea el genérico "familiares próximos" para referirse a los potenciales beneficiarios, correspondiendo por lo tanto a los Sres. Fiscales determinar, en cada caso concreto, quién ha sufrido efectivamente el daño y por ende, es merecedor de tal indemnización.

Por lo tanto, en aquellos supuestos en que la víctima del siniestro sufra secuelas que por su gravedad o por las circunstancias personales del accidentado, alteren de forma sustancial la vida y convivencia de los familiares próximos derivada de los cuidados y atención continua, los Sres. Fiscales deberán valorar el resarcimiento de aquellos familiares afectados conforme a lo dispuesto en el factor de corrección contemplado en la Tabla IV.

#### **XIX.5. Elemento material: el principio de reparación íntegra. Los daños y perjuicios resarcibles**

El inesperado y siempre trágico fallecimiento de una persona en accidente de tráfico comporta para sus familiares una serie de gastos cuya cobertura corresponde al seguro obligatorio del automóvil. Cuando las víctimas sufren secuelas permanentes, la cobertura de los gastos necesarios para su curación y reinserción socio-laboral, de carácter vitalicio en los supuestos más graves, debe garantizarse igualmente a cargo del seguro obligatorio de automóvil.

El art. 1.2 de la LRCSVM establece como regla general que "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo". El apartado 1.7 del Anexo enumera las circunstancias que se tienen en cuenta "para asegurar la total indemnidad de los daños

perjuicios causados". En este sentido, los trabajos de armonización europea en responsabilidad extracontractual elaborados por el European Group on Tort Law y publicados en el año 2005 bajo la rúbrica de "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" consideran la reparación íntegra como un principio básico del derecho de daños, consignando en el artículo 10:101 que la reparación debe colocar a la víctima en una posición lo más parecida posible a aquélla en que se encontraría si no se hubiera producido el daño. Este principio aparece consagrado en la ya citada Resolución 75-7 del Consejo de Europa.

Dejando al margen las indemnizaciones por daños morales y psicofísicos, es preciso centrarse en las categorías del daño emergente y lucro cesante comprendidas en el "daño patrimonial":

#### [I] El daño emergente

El derecho a ser resarcido de las pérdidas sufridas a consecuencia del siniestro generador de la responsabilidad civil aparece contemplado en el citado art. 1.2 de la LRCSCVM, y con carácter general en el art. 1106 del Código Civil y 110 del Código Penal.

Si en el accidente se produjese el fallecimiento de la víctima, la indemnización comprenderá "los gastos de entierro y funeral según los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio, en la cuantía que se justifique" (apartado 1.6 del anexo). Además de estos gastos expresamente contemplados en el anexo, la acreditación por parte de los perjudicados de otros gastos directamente relacionados con el accidente, como puede ser el desplazamiento, manutención o alojamiento, deberán ser resarcidos y por ello recogidos en los escritos de calificación del Ministerio Fiscal. Este criterio se recoge, entre otras, en la STC 244/2000 de 16 de Octubre [FJ1], en STS Sala 2º de 28 de abril de 2001, y más recientemente en la STS, Sala Iª, de 22 de junio de 2009 [FJ3].

Si la víctima del accidente sufriera secuelas de gravedad, la indemnización deberá comprender todos aquellos conceptos necesarios para procurarle un nivel de vida digno en el marco de lo previsto en el art. 10 y 49 de la CE y de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad adoptada el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007. En el contexto europeo, la Directiva 2009/103/CE en su Considerando [12] reconoce igualmente la necesidad de compensar "de manera íntegra y justa a todas las víctimas que hayan sufrido lesiones muy graves".

El baremo de indemnizaciones en la Tabla IV dedica un apartado a los 'grandes inválidos'. Las personas que a resultas del accidente padecen secuelas de tal entidad que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria tienen derecho a percibir una cantidad tasada destinada a una tercera persona que le ayude en tareas tan cotidianas como el vestirse, alimentarse o análogas. Los grandes inválidos tienen derecho también a percibir unas cantidades tasadas para adecuar su vivienda y vehículo propio, con la finalidad última de procurar su reinserción socio laboral.

Sin entrar a valorar la suficiencia de las cuantías establecidas en la Tabla IV, sí conviene destacar la existencia de otros gastos no incluidos en el esquema tabular derivados directamente del hecho generador y que deben ser objeto de indemnización ex art. 1.2 de la LRC. En concreto, los gastos de ortopedia y ayudas técnicas (sillas de

ruedas manuales o eléctricas, muletas, camas especiales, sillas de baño, grúas, bitutores, cojines antiescaras o prótesis de amputados entre otros), que pueden a su vez requerir mantenimiento o sustitución.

El mismo criterio se sigue respecto de los gastos de asistencia médica, rehabilitación, fisioterapia o asistencia psicológica. Al respecto, el apartado 1.6 del Anexo consigna como límite temporal para el resarcimiento de la asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria la fecha de la sanación o consolidación de las secuelas, desconociendo que los supuestos de mayor gravedad exigen una asistencia vitalicia.

La Sala 1a del Tribunal Supremo (por todas, STS 8 de junio de 2011 y 22 de junio de 2009), en supuestos acaecidos con anterioridad a la reforma operada por Ley 21/2007 de 11 de julio que establece el límite temporal de la sanación o consolidación de las secuelas para fijar los gastos médicos o análogos, se posiciona a favor de resarcir todos los gastos que resulten acreditados y con vínculo causal en el siniestro. A modo de ejemplo, la STS Sala 1º de 23 de junio de 2009 [FJ3] confirma la obligación de una entidad aseguradora de hacerse cargo de los importes acreditados en concepto de ingreso, estancia y tratamiento del paciente en una clínica después de consolidación de las secuelas, basándose en el informe forense de sanidad que reflejaba que el paciente en el futuro precisaría de cuidados constantes para prevenir la aparición de infecciones urinarias y respiratorias y tratarlas cuando aparezcan así como la conveniencia de la fisioterapia de mantenimiento a fin de mantener la movilidad.

El límite temporal del apartado 1.6 del Anexo requiere prestar la máxima atención a los informes médico-forenses, de manera que el dictamen final sobre la sanidad o consolidación de secuelas recoja expresamente y de forma pormenorizada las distintas secuelas que padece el perjudicado y los tratamientos y terapias que sean necesarias en el proceso de curación.

La práctica judicial pone de manifiesto que los Fiscales, bien por confiar en que las acusaciones particulares asegurarán la debida acreditación y reclamación de tales conceptos, bien por carecer de un conocimiento suficiente de las necesidades específicas de las víctimas, omiten muchas veces en sus escritos de calificación, al exigir la responsabilidad civil derivada de la infracción penal, la reclamación de indemnización por este tipo de gastos (entierro, funeral, ayudas técnicas, necesidades de grandes inválidos...), con el consiguiente riesgo de desamparo de las víctimas al que alude la Instrucción 8/2005.

Por tanto, los Sres. Fiscales en el ejercicio de las acciones civiles, cuidarán de agotar todos los medios de prueba en fase de instrucción para determinar las necesidades de las víctimas y los gastos efectivamente sufridos a resultas del accidente, reclamando en el escrito de calificación la correspondiente indemnización detallada y justificada. A tales efectos, velarán para que los informes médico-forenses detallen de forma pormenorizada las distintas secuelas que sufren los perjudicados, así como su entidad y pronóstico futuro, y los tratamientos y terapias necesarios en el proceso de curación.

[II] Lucro cesante

El fallecimiento de una persona o su incapacidad permanente o temporal para trabajar conlleva la supresión o disminución de ingresos en el núcleo familiar que dependía económicamente de la víctima antes del siniestro,

desencadenando situaciones de carencia o insuficiencia económica que traen causa directa del siniestro generador.

El resarcimiento de las ganancias dejadas de obtener (lucro cesante) es un principio básico de responsabilidad civil recogido en el artículo 1106 CC y en el art. 1.2 de la LRCSVM, y desarrollado en el apartado 1.7 del Anexo. En el baremo de tráfico este principio se traduce en un factor de corrección por "perjuicios económicos" previsto en la Tabla II para las indemnizaciones por muerte, en la Tabla IV para las indemnizaciones por lesiones permanentes y en la Tabla IV B) para los supuestos de incapacidad temporal. El factor de corrección distingue cuatro tramos con un tope máximo atendiendo a los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo temporal, y se aplica a todas las víctimas que se encuentren en edad laboral aunque no se justifiquen ingresos.

La STC n° 181/2000 de 29 de junio se pronunció sobre esta cuestión, constatando que el lucro cesante tenía suficiente entidad e identidad para integrar un concepto indemnizatorio propio y que el sistema recogido en la Ley 30/1995 impedía su debida individualización, declarando la inconstitucionalidad y nulidad del total contenido del apartado letra B) "factores de corrección" de la Tabla V. Argumentaba que si la causa determinante del daño a reparar fuera la culpa relevante judicialmente declarada, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejados de obtener podrá establecerse de manera independiente y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite.

El TC no extendió tal inconstitucionalidad al factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla II y IV - aparentemente idéntico- justificando su decisión en dos motivos: a) en el supuesto de la Tabla V se trata de un perjuicio ya producido, frente a los supuestos de las Tablas II y IV, en que se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo, y b) en que en la Tabla II el perjudicado no es la víctima, sino un perjudicado secundario (STC n° 258/2005 de 24 de octubre [FJ3]).

De lo anterior se infiere que el resarcimiento del lucro cesante en caso de fallecimiento de la víctima, de lesiones permanentes y de incapacidad temporal —salvo culpa relevante judicialmente determinada- se cuantificará con carácter general mediante la aplicación del factor de corrección de perjuicios económicos.

La regulación de este factor de corrección presenta, sin embargo, características singulares. Su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre la indemnización básica, es decir, sobre un valor económico orientado a resarcir un daño no patrimonial. Por ello, aunque dicho factor facilita al perjudicado la difícil prueba del lucro cesante, la aplicación de los porcentajes sobre un concepto ajeno (la indemnización básica) puede dar lugar a notables insuficiencias. Por ejemplo, los perjuicios derivados de la imposibilidad de volver a trabajar cuando se trata de una profesión cualificada son muy superiores a los compensados por el factor de corrección previsto en el baremo.

La cuantificación del daño (lucro cesante) en estos supuestos, más allá del factor de corrección, debe ser coherente con lo dispuesto en el apartado 1.7 del Anexo, que establece como circunstancias que se tienen en cuenta para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados *"las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta*

*valoración del daño causado".*

Sobre la premisa anterior, la Sala 1a del Tribunal Supremo, en Sentencia (Pleno) de 25 de marzo de 2010 [FJ3 y 4] resolviendo un recurso en el que se planteaba la insuficiencia del lucro cesante calculado con arreglo al factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV respetando los límites tabulares del SVDP, consideró que el apartado previsto en Tabla IV como factor de corrección que remite a los "elementos correctores" del apartado 1. 7 del Anexo, estableciendo un porcentaje de aumento o de reducción *"según circunstancias"*, *debe comprender también las circunstancias excepcionales relacionadas con las circunstancias personales y económicas de la víctima.*

En este contexto, entiende la Sala que el lucro cesante resultante del factor de corrección de perjuicios económicos es susceptible de incremento por aplicación del factor relativo a los elementos correctores del apartado 1.7 del Anexo. La citada Sentencia afirma que: *"el factor de corrección de la Tabla IV que permite tener en cuenta los elementos correctores del Anexo, primero, 7, debe aplicarse siempre que:*

*1) Se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.*

*2) Este no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos, ya que la falta de vertebración de la indemnización por este concepto de que adolece la LRCSCVM no impide que este se tenga en cuenta.*

*A juicio de esta Sala, la aplicación del expresado factor de corrección debe sujetarse, además, a los siguientes principios:*

*3) La determinación del porcentaje de aumento debe hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo analógicamente a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. De esto se sigue que la corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos.*

*4) La aplicación del factor de corrección de la Tabla IV sobre elementos correctores para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos, en virtud de la regla general sobre compatibilidad de los diversos factores de corrección.*

*5) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante futuro quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente. En la fijación del porcentaje de incremento debe tenerse en cuenta la suma concedida aplicando el factor de corrección por perjuicios económicos, pues, siendo compatible,*



*se proyecta sobre la misma realidad económica.*

6) *El porcentaje de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal, puesto que el Sistema de valoración únicamente permite la aplicación de un factor de corrección por elementos correctores de aumento cuando se trata de lesiones permanentes a las que resulta aplicables la Tabla IV".*

De esta forma, la Sala 1ª del Tribunal Supremo encuentra una vía para reparar la injusticia que puede derivarse de la aplicación automática del sistema tabular en la cuantificación del concepto examinado. Ahora bien, la solución no es aplicable ni a las indemnizaciones por causa de muerte ni a las incapacidades temporales, por cuanto las Tablas II y V no contemplan el factor integrador de las circunstancias excepcionales relativo a los "elementos correctores" del apartado 1.7 del Anexo.

En cualquier caso, el criterio interpretativo recogido en la STS 25 de marzo de 2010 debe ser tenido en cuenta por los Sres. Fiscales a la hora de cuantificar el lucro cesante, en aquellos supuestos en que se constate un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido.

## **XX. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.** -Para determinar lo que es vía urbana e interurbana en el tipo de exceso de velocidad punible del art. 379.1 CP, los Sres. Fiscales estarán como regla general, a las definiciones de los apartados 76 y 77 en relación con el 64 del Anexo 1 de la LSV, que atienden al espacio geográfico marcado por la señal de entrada a poblado, siendo posible apartarse de este criterio en los casos de inexistencia o manifiesta inadecuación de la señalización. Las travesías, de conformidad con el apartado 77, se reputarán vías interurbanas pero, excepcionalmente, en casos de clara conflictividad viaria y peatonal, se podrá valorar la aplicación a este supuesto de los límites de velocidad de las vías urbanas.

**SEGUNDA.** - A la hora de realizar el cómputo de los excesos de velocidad punible del art. 379.1 CP, se partirá de los límites de velocidad máxima genéricos, (determinados *ex lege*) y fijados principalmente en los arts. 48 (vías interurbanas en función de la clase de la vía y vehículo) y 50 (vías urbanas) del RGCir. Del mismo modo se tendrán en cuenta los específicos, inferiores a aquellos, plasmados en señalizaciones fijas o variables establecidas por el titular de la vía o las autoridades de gestión del tráfico, así como a los derivados de limitaciones psicofísicas del conductor (art 52.1.b) del RGCir).

**TERCERA.** - Cuando se trate de límites de velocidad máximos plasmados en señalización fija o variable, habrá de tenerse en cuenta la normativa de la legislación vial sobre señales -arts 53 a 58 de la LSV y 131-173, en especial 131-142, 150, 154 R-301, 156, 157 y 169.c) del RGCir- y comprobar su cumplimiento para computar los límites. En los casos en que la señalización por su estado de deterioro u otras circunstancias induzca de modo claro a confusión o perjudique su visibilidad, siempre con ponderación de las circunstancias concurrentes, no se ejercerá la acción penal y se interesará el archivo del procedimiento con comunicación de las irregularidades a las autoridades administrativas competentes para que lleven a cabo la señalización adecuada y, en su caso,

exijan las responsabilidades que procedan.

**CUARTA.-** Se velará por que en los atestados se consignen las circunstancias de la vía, las meteorológicas, densidad del tráfico, riesgos concurrentes y las demás a que alude el art 19.1 de la LSV (en este sentido Consulta 1/2006 FGE). También ha de hacerse una descripción con fotografías de la señal, ubicación, visibilidad y estado material. Junto a ello deberán indicarse, asimismo, las características de la vía, vehículo y las circunstancias del conductor a efectos de determinar las limitaciones de velocidad aplicables. Los Sres. Fiscales darán instrucciones al respecto a la Policía Judicial de Tráfico (art 773.1 LECr) y solicitarán, cuando proceda, que se complete la investigación policial. Todo ello a los efectos de diferenciar los casos del art. 379.1 de los del art 380 CP.

**QUINTA.-** Se darán asimismo instrucciones a la Policía Judicial para que en los atestados conste de modo exhaustivo la documentación y datos del cinemómetro utilizado, de modo que se pueda comprobar el cumplimiento de las exigencias metrológicas y el cálculo del margen normativo de error regulados en la OITC 3123/2010, y que en todo caso se aplicarán para el cómputo del exceso de velocidad. Todos los supuestos de hecho (si el radar es fijo o móvil, fecha de aprobación de modelo, tiempo de utilización desde su puesta en funcionamiento, reparación, etc...) que fundan el cálculo del error han de incluirse en el atestado inicial o en ampliación posterior. En caso de duda sobre cuál de los exigidos en la OITC para calcular el error concurre y siempre que tras los debidos esfuerzos no se hayan podido aportar los datos oportunos, se aplicará el máximo porcentaje de error contemplado en esta norma.

**SEXTA.-** En el tipo del art. 379,2 inciso 2 CP se formularán los escritos de acusación con la mera constancia de la concurrencia en el conductor de la tasa objetivada, superior a 0'6 mg de alcohol por litro de aire espirado o l'2 gramos por litro de sangre. Si las pruebas detectasen el consumo de alcohol, pero arrojasen un resultado inferior a la tasa objetivada, serán de aplicación los criterios de la Instrucción 3/2006 FGE. Así, por encima de la tasa de 0'4 mg de alcohol en aire espirado, se ejercerá normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez y de las anomalías en la conducción. Aun cuando éstas no concurrieren, puede ejercitarse la acción penal en los casos de claros signos o síntomas, siempre con una adecuada valoración de las circunstancias. Por debajo de 0,4 mg/l aire y con idéntica ponderación, se hará sólo de modo excepcional.

**SÉPTIMA.-** Solo se ejercitará la acción penal, como regla general, cuando la citada tasa del tipo del art 379.2 inciso 2 se constate en las dos pruebas reglamentarias de alcoholemia, computando los márgenes normativos de error conforme a la OM/ITC/3707 y siempre que se haya observado en su práctica lo dispuesto en los arts. 20 a 26 del RGCir. Asimismo, se darán instrucciones a la Policía de Tráfico para que al atestado se una la documentación que permita calcular el error normativo y, en el caso de ser imposible su aportación, se aplicará el margen máximo contemplado en la norma. También se aportará la ficha o reseña de signos y es conveniente que el atestado incluya, en su caso, los datos pertinentes sobre maniobras irregulares.

**OCTAVA.-** Los Sres. Fiscales interpretarán el artículo 380.1 y 2 CP sobre la base del concepto tradicional de temeridad manifiesta. Éste comprende ahora por mandato legal la conducción en la que concurren, aisladamente consideradas, las conductas de los tipos de los artículos 379.1 y 379.2 inciso 2 CP, pero no excluye otras

modalidades que, suponen una vulneración patente y grave de las más elementales reglas del tráfico viario. Determinada la temeridad manifiesta, ha de acreditarse, en todo caso, la existencia de peligro concreto para la vida e integridad física.

**NOVENA.-** Deberá valorarse la posible calificación jurídica conforme al tipo del artículo 381 CP también en comportamientos distintos al del llamado conductor suicida, siempre con sujeción a las circunstancias concurrentes, a la mayor o menor peligrosidad para terceros y a las representaciones del autor derivadas de su conducta. En este sentido, deberá interpretarse la expresión "manifiesto desprecio" como referente al dolo eventual de resultado que obliga a calificar como dolosos los delitos de homicidio y las lesiones que puedan llegar a cometerse.

**DÉCIMA.-** En los supuestos de la regla concursal del artículo 382 CP:

a) En la conclusión primera del escrito de acusación deben describirse claramente los supuestos fácticos que llevan a aplicar el delito de peligro que fundamenta la exasperación punitiva, especificando los datos fácticos que permiten apreciar el delito de peligro de los artículos 379 a 381 CP e interesando la condena tanto por el delito de resultado como por el tipo de peligro.

b) Únicamente deberá solicitarse la aplicación de la pena en su mitad superior en los casos de homicidio y lesiones imprudentes y dolosos de los artículos 138,142, 152, 147 y concordantes del CP, con exclusión de los casos en que el resultado constituya falta del artículo 621 o delito del artículo 267 CP.

c) Han de acreditarse los requisitos constitutivos de las infracciones de peligro en concurso así como la causalidad conforme a los criterios de imputación objetiva manejados por la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

d) Los Sres. Fiscales cuando en aplicación de la norma del art 382 concorra una pluralidad de delitos de resultado imprudentes, solicitarán la pena del delito más grave en su mitad superior y dentro de ella -y si éste es el delito de resultado- aplicarán a su vez las reglas del concurso ideal del art 77 CP.

e) Para la determinación de la pena más grave, deberá atenderse ordinariamente a la pena privativa de libertad —como aquella de mayor gravedad-, a su mayor o menor extensión y a su alternatividad, pero se valorarán las circunstancias concurrentes a fin de decantarse por ella o por la pena privativa de derechos. En los casos en que el delito de peligro sea el del artículo 379.1 y 2 CP y concorra una falta de lesiones del artículo 621 CP podrá entenderse cometido un delito de conducción con temeridad manifiesta del artículo 380 y se aplicará la pena que le corresponde si concurren los requisitos exigidos en este punto por la jurisprudencia tradicional. En estos casos, si el resultado es constitutivo de delito de lesiones del artículo 152.1 ó 3, el cómputo se hará sobre la pena más grave -que es la del delito de conducción temeraria-. En todo caso, la agravación penológica del artículo 382 afectará a la pena privativa de libertad y a la privativa de derechos.

f) Asimismo, se ejercitará la acción civil interesando las oportunas indemnizaciones cuando el resultado lesivo sea constitutivo de falta de lesiones, de daños imprudentes del artículo 267 y de daños patrimoniales atípicos.

g) En el proceso de individualización penal de los delitos contra la seguridad vial se aplicarán ahora las reglas generales de los artículos 66 CP y concordantes.

**UNDÉCIMA.-** En los supuestos del artículo 383 CP, deberá ejercitarse la acción penal en los supuestos de negativa abierta a la práctica de una de las dos pruebas de detección de alcohol en aire espirado. Asimismo, se ejercerá la acción penal, por regla general y con sujeción a las circunstancias concurrentes, cuando el conductor se niegue a someterse a las dos pruebas y solicite la analítica de sangre.

Los Sres. Fiscales impulsarán la aplicación del artículo 796.7 LECr como herramienta de primer orden en la investigación de los delitos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dando las instrucciones pertinentes a la Policía Judicial y velando por el cumplimiento de los requisitos de las pruebas reguladas en el artículo 796.7 LECr. En particular, velarán por la formación especializada de los policías actuantes y por la realización del análisis de saliva en laboratorios homologados con garantía de la cadena de custodia. Se ejercerá, de este modo, la acción penal por el delito del artículo 379.2 CP -conducción bajo la influencia de drogas tóxicas- en función del resultado pericial de tales pruebas y del testimonio de los policías actuantes.

Asimismo, se ejercerá la acción penal conforme al artículo 383 CP en los casos de negativa a someterse al test indiciario salivar o de negativa a facilitar saliva en cantidad suficiente cuando el resultado del test indiciario sea positivo o haya signos de haber consumido sustancias estupefacientes. También se formulará acusación por este delito en los casos de negativa al reconocimiento médico siempre que éste haya sido debidamente acordado.

**DECIMOSEGUNDA.-** Los Sres. Fiscales calificarán como delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP los casos de conducciones realizadas una vez cumplida la pena de privación del derecho a conducir superior a dos años generadora de la pérdida de vigencia del permiso conforme al artículo 47.3 CP cuando éste aún no se ha obtenido de nuevo, siempre que haya habido apercibimiento expreso al penado.

La calificación se hará por el contrario conforme al artículo 384 inciso 1 en los casos de conducciones con pérdida de vigencia por pérdida de puntos, en tanto no se haya vuelto a obtener el permiso de conducir tras la superación de las pruebas reglamentarias.

**DECIMOTERCERA.-** Solo se ejercerá la acción penal en los supuestos de la pérdida de vigencia por pérdida total de los puntos del inciso 1º del artículo 384, cuando haya quedado agotada la vía administrativa al haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso de alzada o resultar éste desestimado. La interposición de recurso contencioso administrativo no impide la formulación de escrito de acusación por el delito del art 384 inciso 1.

En estos casos:

a) Será preciso estar atentos al cumplimiento del régimen normativo de notificaciones de los arts. 59 y 60 LRJAPPAC, 59 bis y 76-78 LSV.

b) Ante actuaciones fraudulentas dirigidas a eludir la notificación, se promoverán en colaboración con las autoridades policiales y de tráfico, las fórmulas de notificación adecuadas.

c) En el atestado deberá constar el expediente administrativo

d) Puede acudirse a cualquier medio de prueba para acreditar e inferir el dolo exigido en el tipo referido al dictado de la resolución declarativa de la pérdida de vigencia, entre otros al conocimiento que por primera vez se tiene de ella en el procedimiento judicial que finaliza con archivo o sentencia absolutoria.

**DECIMOCUARTA.-** Por privación definitiva o cautelar del permiso de conducir del artículo 384 inciso 2° se entenderá la acordada en sentencia firme o en sede de medidas cautelares.

Solo se ejercerá la acción por el delito del art 384 inciso 2 cuando la conducción tenga lugar tras la notificación de la medida cautelar judicial y la liquidación de condena con apercibimiento expreso de incurrir en delito. En todo caso la fecha a computar es la de la comunicación o notificación de la liquidación con el apercibimiento oportuno.

Los Sres. Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial para que citen a los denunciados por delitos del art 379 CP ante el Juzgado con la obligación de presentar el permiso de conducir. De producirse sentencia de conformidad interesarán al Juez de Guardia la intervención inmediata del permiso con apercibimiento de incurrir en delito del art 384 inciso 2 si se lleva a efecto la conducción así como la comunicación también inmediata de la referida intervención y sentencia al Registro de Conductores e Infractores.

**DECIMOQUINTA.-** No se ejercerá la acción penal por el delito previsto en el inciso 3° del artículo 384 cuando el conductor posea un permiso o licencia obtenido en país extranjero conforme a su legislación interna, aun cuando haya perdido en ella vigencia y no sea válido para conducir en nuestro país. Se investigarán los posibles fraudes o falsificaciones que puedan detectarse y de constatare la falsedad y formularán acusación por los delitos de los arts 392 y 393 CP con sujeción a las circunstancias concurrentes y además por el delito del art 384 inciso último.

Tampoco se ejercitará la acción penal en ninguno de los casos de conducciones con permiso distinto al exigido por la categoría o características del vehículo y solicitarán la aplicación retroactiva de este criterio a los procedimientos tramitados por hechos de esta especie anteriores al 8 de noviembre de 2009.

Se considerará delito del art 384 inciso 3 CP la conducción de las motos deportivas fuera de los recintos habilitados para las pruebas. Sin embargo, no se considerará tal delito cuando se trate de minimotos o minibikes.

**DECIMOSEXTA.-** En la aplicación de las reglas del concurso, los Sres. Fiscales considerarán:

a) Entre los delitos de los arts 379.1 y 2: concurso de normas.

b) Entre los de los arts 379 a 381: concurso de normas.

c) Entre los del art 384 inciso 1 y 2: concurso de normas.

d) Entre los del art 384 inciso 2 y 3: no hay relación concursal. d) Entre los del 379 y los del 383: concurso real de delitos.

e) Entre los delitos del art 384 y los de los arts. 379, 380 y 381: concurso ideal.

**DECIMOSÉPTIMA.-** Los Sres. Fiscales se seguirán ateniendo a los criterios de la Instrucción 3/2006 para discriminar los accidentes de tráfico originados en comportamientos imprudentes que han de dar lugar a un procedimiento por delito, o en su caso, falta, atendiendo a los deberes normativos de cuidado que emanan de los arts. 9,11 y concordantes de la LSV, con especial atención a los establecidos en defensa de los colectivos vulnerables (menores, discapacitados, tercera edad, peatones y ciclistas), en el art. 46 del Reglamento General de Circulación y concordantes.

**DECIMOCTAVA.-** Bajo la coordinación del Fiscal de Sala, los Fiscales Delegados de Seguridad Vial, con el debido apoyo de medios humanos y materiales que deberán facilitarles los respectivos Fiscales Jefes, deberán llevar a cabo un riguroso seguimiento, desde su incoación, de todas las causas tramitadas por los delitos de homicidio imprudente del art. 142 CP y por los comprendidos en art.152, éstas últimas al menos cuando se refieran a lesiones de singular gravedad (en especial lesiones medulares y cerebrales).

**DECIMONOVENA.-** Los Sres. Fiscales, en la notificación y firma de los señalamientos de juicio de faltas por imprudencias de tráfico de los arts. 621.1, 2 y 3 CP , en los casos de muerte e indicios o probable pronóstico de graves lesiones (en especial de lesiones medulares y cerebrales), cuidará que sean citados al mismo todos los que puedan ser responsables, así como las víctimas y perjudicados, en especial cuando se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (singularmente menores, personas de la tercera edad, discapacitados y ciclistas), y decidirá además, según las circunstancias (gravedad o complejidad del hecho, número de las víctimas y gravedad del perjuicio sufrido por ellas, existencia de perjudicados no personados, existencia de dudas sobre la naturaleza leve o grave de la imprudencia del autor, etc), sobre la necesidad de asistir al juicio.

Asimismo, procurarán un pronto señalamiento de juicio oral, y de conformidad con las prescripciones de los arts. 778.2, 780.2 y 781.1, 788.1 y 794 LECr y 115 CP cuando se hayan practicado las diligencias esenciales para la tipificación, procederán, en su caso, a formular escrito de acusación y solicitarán por *otrosí* los informes de sanidad y demás datos probatorios para el cálculo de la indemnización. Todo ello sin automatismos, atendiendo a las circunstancias concurrentes y actuando con particular esmero en los casos en que las víctimas no hayan sido resarcidas o no haya habido consignación judicial por las Compañías de Seguros.

En todo caso, en los procedimientos incoados por delitos de los arts. 142 y 152 CP a que se refiere la conclusión anterior promoverán una investigación en profundidad de los siniestros de tráfico en que aparezcan indicios de delito, se tramiten las causas y califiquen los hechos (en su caso) con celeridad, y queden protegidos los derechos procesales y económicos de las víctimas desde el inicio del procedimiento, recogiendo, asimismo, con la debida precisión los correspondientes datos estadísticos de orden criminológico

**VIGÉSIMA.-** La Instrucción 8/2005 Fiscal General del Estado es de plena aplicación a las víctimas de accidentes de tráfico. Los Sres. Fiscales han de velar por sus derechos de información, participación en el proceso (arts. 779.1.1, 785.3, 789.4, 792.4, 962, 973 y 976 LECr) y cobertura completa de sus necesidades en el aspecto económico y personal de acuerdo con la Decisión Marco de 15-3-2001, Recomendación CE de 24-6-2006 y normas jurídico-civiles de nuestro ordenamiento.

En este sentido, cuando el Fiscal prevea que el lesionado pueda encontrarse en situación de incapacidad, o cuando observe una inadecuada administración de la indemnización por parte de los familiares lo pondrá en conocimiento de los Fiscales integrados en la Sección de Incapacidades, para que se valore la incapacitación o la adopción medidas de protección de su patrimonio.

**VIGÉSIMO PRIMERA.-** Cuando en el curso de un procedimiento penal se ejerciten conjuntamente las acciones civiles y penales, los Sres. Fiscales deberán cuantificar las indemnizaciones que correspondan a los perjudicados aplicando el régimen legal vigente en la fecha del hecho. A los efectos de la aplicación de las tablas, la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la de la fecha del accidente, actualizando las cantidades al baremo vigente en la fecha en que se efectúe la entrega de la indemnización, se presente el escrito de acusación provisional y -si fuera distinto- el vigente en la fecha en que se eleven a definitivas las conclusiones en el Juicio Oral.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** La determinación de los perjudicados en caso de fallecimiento de la víctima es una cuestión de legalidad ordinaria. Los Sres. Fiscales en la aplicación de la Tabla I, deberán recabar toda la información que sea necesaria dando entrada a los perjudicados extra tabulares por ausencia, sustitución y analogía de conformidad con lo dispuesto en los arts. 3 y 4 del CCivil. Asimismo cuando la víctima del siniestro sufra secuelas que por su gravedad o por sus circunstancias personales, alteren de forma sustancial la vida y convivencia de los familiares próximos derivada de los cuidados y atención continua, los Sres. Fiscales deberán valorar el resarcimiento de aquellos familiares afectados conforme a lo dispuesto en el factor de corrección contemplado en la Tabla IV.4.

**VIGÉSIMO TERCERA.-** La cuantificación de las pérdidas sufridas o daño emergente a consecuencia del siniestro debe comprender los daños y perjuicios efectivamente producidos y que resulten debidamente acreditados. En todo caso el resarcimiento incluirá el coste de las ayudas técnicas y ortopedia que precisen los lesionados como sillas de ruedas, prótesis o muletas, así como los gastos de asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica cuando sean necesarios en el proceso de curación. A tales efectos, los Sres. Fiscales velarán para que los informes médico forenses detallen de forma pormenorizada las distintas secuelas de los perjudicados, entidad, pronóstico futuro y los tratamientos y terapias que sean necesarias en el proceso de curación.

**VIGÉSIMO CUARTA.-** La cuantificación del lucro cesante en caso de fallecimiento de la víctima, de lesiones permanentes y de incapacidad temporal -salvo culpa relevante judicialmente determinada- se efectuará mediante la aplicación del factor de corrección de perjuicios económicos previsto en la Tabla II, IV y V respectivamente. Excepcionalmente, si la víctima sufriera secuelas permanentes y se constatará un grave desajuste entre la

cantidad que resulte de aplicar el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante futuro realmente padecido, el desajuste podrá ser corregido aplicando el factor relativo a "los elementos correctores del apartado 1.7 del Anexo" recogido en la Tabla IV.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.



