

5.4 Cuestiones jurídico-penales relacionadas y administrativas de los delitos de peligro e imprudentes en el ámbito del tráfico viario

5.4.1 LOS DELITOS DE PELIGRO DEL ART. 379 CP Y LOS CONTROLES DE VELOCIDAD, ALCOHOL Y DROGAS

Los excesos de velocidad y el consumo de alcohol y drogas son las principales causas de siniestralidad. Los controles, cuya finalidad no es estrictamente sancionadora sino preventiva, constituyen una estrategia esencial para su disminución.

La sanción por exceso de velocidad cuando el conductor, como ocurre en la mayoría de los casos, no es sorprendido, constituye un aviso de los riesgos que se asumen para sí y para terceros de persistir en estos comportamientos.

En los controles de alcohol y drogas, junto a esta eficacia para el futuro, se evitan riesgos inminentes de presente, pues de haber proseguido la conducción bajo la influencia de dichas sustancias se habrían originado peligros jurídicamente desaprobados y generadores de las tragedias que esconden las cifras reseñadas. Por eso no es exagerado decir que *salvan vidas* y que justifican la imprescindible función supervisora que la ley [arts. 5.i) y o), 7.a) y e) del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*, en adelante, LSV], otorga a la Administración del Estado, Autonómica y Local, ejercida a través de las Policías de Tráfico.

En las vías públicas, que son de todos (de naturaleza jurídico-demanial), la preservación de bienes jurídicos como la vida y la integridad física no depende solo de que su titular respete las normas sino, de que los demás también lo hagan. De ahí que el tráfico viario, llamado por los sociólogos *sociedad circulante*, sea interdependiente. Por todo lo que se expone, las competencias de los arts. 5 y 7 LSV referidas, sin perjuicio del margen de discrecionalidad administrativa, han de ejercitarse con la determinación propia de sus relevantes finalidades para la seguridad vial.

La trascendencia de los controles es incompatible con las conductas que se vienen observando en los últimos tiempos de avisar, en particular a través de *apps* de uso compartido u otras herramientas tecnológicas, de los lugares en que se está realizando un control de alcohol o drogas. Lo mismo es predicable de la utilización de inhibidores o detectores de radar, contrarios al art. 13.6 LSV y sancionados en los arts. 76.g) y 77.h) de la misma norma, que en los delitos de

peligro de los arts. 379 y 380 CP, cuando se constaten en el atestado, pueden convertirse en los términos del art. 66.1. 6.º CP, en circunstancias de individualización agravatoria.

Aun cuando el art. 13.6 LSV excluye de la prohibición *los mecanismos de aviso que informan de la posición de los sistemas de vigilancia del tráfico*, cuando se trata de radares deliberadamente camuflados u ocultos por la autoridad competente, los comportamientos de aviso de algún modo obstaculizan el ejercicio de las potestades de supervisión referenciadas. Sea como fuere, no debe impulsarse la cultura de que pasado el radar se pueden infringir los límites legales de velocidad y hay un porcentaje no desdeñable de conductores que tras el aviso en las *apps* van ya preparados para dar rienda suelta a la velocidad que estiman oportuna o conveniente a sus fines particulares.

Centramos la atención en el aviso de los lugares en que se realizan los controles de alcohol o drogas que, a diferencia de los de velocidad, carecen de respaldo legal y suponen una obstaculización grave al ejercicio de las potestades administrativas, pues frustran en gran medida su finalidad preventiva ocasionando una perturbación relevante de las estrategias para atajar la siniestralidad. En efecto, obliga a las policías a establecer controles itinerantes o en lugares de escaso tráfico o de corta duración. Con ello se dispersan los esfuerzos de los agentes que pierden así eficacia y, sobre todo, se ocasiona un daño considerable a la seguridad vial.

Al mismo tiempo, al crearse últimamente avisos de presencia de la policía –sin más comprobación del motivo– en determinados lugares de las vías pueden frustrarse actuaciones de los agentes dirigidos a la investigación o persecución de otras formas delictivas de mayor gravedad, como el tráfico de drogas o las actividades terroristas.

Por ello, desde la Fiscalía de Seguridad Vial se requiere la colaboración de las policías de tráfico para que informen acerca de cuáles son las *apps* y herramientas tecnológicas con que se realizan estas conductas en cada territorio, *modus operandi*, daños o perturbaciones que se ocasionan a los controles referidos y fuentes de las que se obtiene la información. Con los datos recibidos se examinarán las iniciativas, propuestas o acciones que sean procedentes.

5.4.2 APLICACIÓN DE LOS ARTS. 142 Y 152 CP, EN PARTICULAR EN EL ÁMBITO DE LA SINIESTRALIDAD URBANA

Como se dice en el Dictamen 3/2016 del Fiscal de Sala Coordinador, *sobre la Ley 35/2015*, al analizar la nueva redacción que esta

norma le da al párrafo 5.º del artículo 7.1 de la *Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor* (en adelante, LRCSCVM), «la expresión *atestados e informes* empleada en el precepto no significa en modo alguno que ante un accidente con indicios de delito los cuerpos policiales encargados del tráfico viario puedan optar por uno u otro incumpliendo las previsiones del art. 282 LECrim, o que junto al atestado se elabore un informe simultáneo, salvo los informes ampliatorios que como parte del atestado son posteriores. Los informes que se puedan elaborar cuando los hechos no son delictivos están sometidos en cuanto a su procedencia y requisitos a la legislación administrativa» sobre protección de datos.

Vienen observándose, sobre todo en el ámbito urbano, praxis de sentido contrario sin criterios uniformes, con la consecuencia de la inseguridad jurídica que generan, la ausencia de respuesta penal cuando hay imprudencia grave con resultados lesivos de menor entidad (art. 152.1.1.º CP) y la inexistencia de un procedimiento judicial en el que las víctimas gocen de los derechos reconocidos en el Estatuto de la Víctima y accedan al informe forense y al atestado gratuitamente, viéndose obligadas para obtenerlos a abonar una tasa, a veces de elevada cuantía, variable según el lugar en que se produce el accidente.

Por todo ello, en el oficio dirigido a las policías de tráfico el 13 de diciembre de 2018, el Fiscal de Sala recordó que conforme al Dictamen 2/2016 «en principio la infracción del deber normativo de cuidado asociada a los ilícitos considerados infracciones graves o muy graves de los arts. 76 y 77 LSV y con la concurrencia de los resultados lesivos de los arts. 147, 149 o 150 CP debe instruirse [en] atestado con valoración *ad casum*». Si no consta la entidad de las lesiones a efectos de su encaje en el art. 152.1. 1.º CP deben hacer un seguimiento hasta que se acredite si la lesión ha exigido tratamiento médico o quirúrgico.

En los Juzgados se observa, de otra parte, que no siempre siguen la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el concepto legal a la hora de dictar resoluciones de archivo.

En el oficio citado se recuerda que los conductores de vehículos de motor tienen especiales deberes de precaución ante los colectivos vulnerables en los términos de la Circular 10/2011 y del Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador, dimanantes del art. 13.1 LSV, que asimismo conviene recordar, y que son de aplicación ante la presencia en la vía de peatones, ciclistas y ahora también patinadores, debiendo esmerarse en la atención a la conducción, moderar la velocidad y, en su caso, detener el vehículo (art. 46 del Real Decreto 1428/2003, de

21 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación*, en adelante RGCirc). La configuración y potencial lesivo de los primeros es patente también frente a la fragilidad de los patinadores, hasta ahora no considerados en este concepto de vulnerabilidad.

Como se expone más arriba, en una convivencia urbana cada vez más compleja todos tienen que respetar las normas. Por eso el oficio se refiere también específicamente a las motocicletas y a los ciclomotores que circulan de forma negligente, como cuando lo hacen por la acera, en zigzag entre vehículos, en contrasentido, cruzando pasos de peatones, etc., considerando que les son de aplicación los mismos criterios.

La cifra de peatones y ciclistas fallecidos en ciudad –empiezan a serlo también los patinadores– es inasumible y revela una conducción insensible a la posición y derechos de circulación de ambos colectivos protegidos por las normas de la legislación nacional y los textos europeos. En particular, en un porcentaje no desdeñable de conductores se observa una percepción insolidaria del ciclista –ahora también del patinador– a los que se ve como obstáculos ante la exclusividad en el uso de la vía que, en ocasiones, parecen pretender los conductores de los vehículos a motor.

5.4.3 ATROPELLOS A PEATONES Y RIESGOS DERIVADOS DE LA CIRCULACIÓN DE CICLISTAS Y USUARIOS DE VEHÍCULOS DE MOVILIDAD PERSONAL (VMP)

En el decurso de estos tres últimos años viene extendiéndose exponencialmente en las ciudades la utilización de VMP. Son fruto de los avances tecnológicos y ofrecen soluciones de movilidad que pueden complementar las existentes hasta el presente.

La Dirección General de Tráfico (en adelante, DGT) se ocupó ya de ellos en la Instrucción 16/V-124, de 3 de noviembre de 2016.

Su novedosa y brusca aparición en las vías públicas –en especial de los llamados patinetes– junto a los conductores de vehículos de motor, ciclistas y peatones está generando, más allá de las ventajas indudables para los desplazamientos, algunas situaciones de incertidumbre y de riesgo que, en ocasiones, se materializan en accidentes por incumplimiento de las normas correspondientes o por desconocimiento de cuáles son de aplicación.

De ahí que con fecha 5 de noviembre de 2018 el Fiscal de Sala solicitara información a las policías de tráfico sobre estos extremos.

De las respuestas recibidas resulta que las normas viales no están del todo debidamente interiorizadas por los ciclistas en vías urbanas, constatándose diversos incumplimientos, a diferencia de lo que ocurre en vías interurbanas, que no solo ponen en riesgo al propio conductor del ciclo y a la circulación en general, sino muy en particular a los peatones, cuando no se respetan sus pasos por la calzada y sobre todo cuando el ciclista circula de modo manifiestamente contrario a la Ley por las aceras o zonas peatonales, incluso para acortar su viaje o enlazar con la ruta ciclista.

De otra parte, la indebida circulación por la acera o zona peatonal genera indudables peligros para los peatones de singular vulnerabilidad, como los niños, las personas de edad avanzada, las que tienen alguna discapacidad o las que presentan movilidad reducida y se desplazan en silla de ruedas.

No es infrecuente el comportamiento de ciclistas que circulan por la acera para llegar al paso de peatones y que, sin bajarse y sin habilitación normativa, cruzan el semáforo en rojo y de ahí continúan a la circulación por la calzada, y vuelta a empezar. Con tales comportamientos los ciclistas infractores afectan al bienestar urbano en cuanto crean inseguridad e intranquilidad en el peatón, sobre todo en aquellos más vulnerables, con olvido de su derecho a desplazarse en exclusiva y sin peligros por los paseos, calles y zonas que el legislador ha acotado para él.

En lo que respecta a los usuarios de VMP, los informes enviados subrayan la situación de alegalidad con la que se desplaza un relevante porcentaje de vehículos acogidos a este concepto jurídico-administrativo, sin atender ni la legislación nacional ni la europea sobre requisitos técnicos de diseño, fabricación y comercialización, y circulando con frecuencia carentes de marca de fábrica y de toda certificación o documentación, o siendo éstas inveraces.

Su circulación, al salirse del marco de la Instrucción de la DGT, conlleva un aumento notable el riesgo de atropellos y sus consecuencias, al no cumplirse las exigencias referentes a ángulos peligrosos (inferiores a 130 grados), potencia, velocidad y masa.

Algunos de ellos, vendidos como patinetes eléctricos, *scooters* eléctricos o con la marca comercial correspondiente, con masa superior a 50 kg y a veces ocupados por más de una persona —en ocasiones menores de edad—, circulan, sin matriculación ni seguro a velocidades que alcanzan los 70 km/h, creando gravísimos riesgos. Se producen, además, situaciones de fraude de ley al vender ciertas empresas verdaderos ciclomotores sin cumplir con sus exigencias normativas, bastando para ello la eliminación de alguna característica

técnica no esencial. En Internet no es infrecuente que figuren instrucciones acerca de cómo modificar el acelerador para alcanzar altas velocidades.

En los once primeros meses de 2018 se han contabilizado 273 accidentes en 44 ciudades. En 203 de ellos habría, en principio, algún tipo de responsabilidad del patinador. Se trata solo de una estimación muy provisional que esconde cifras de bastante mayor entidad.

Los accidentes, según los informes de las policías, están asimismo vinculados a la falta de documentación, por cuanto no hay control mínimo sobre las posibles deficiencias o carencias técnicas del vehículo (insuficiente iluminación, déficits en la adherencia de las ruedas, carencia de timbre, insuficiente frenada, etc.) así como a la velocidad del patinete en relación con las circunstancias del tráfico, su irrupción súbita y sin control en la vía y el atravesar la calzada en rojo para los peatones, subrayándose la dificultad de convivencia en los *carriles bici* con los ciclistas, así como con los peatones y los vehículos de motor. No se puede generalizar, pues hay zonas y lugares en los que la convivencia es fluida, según otros informes.

En todo caso, falta conciencia de respeto a las normas, lo que significa un riesgo para ellos mismos y para los demás usuarios de las vías. En primer lugar, por no existir o ser insuficientes las normativas municipales y carecerse de una específica regulación estatal, así como por la falta de conocimientos y advertencias, lo que genera una falsa sensación de seguridad e impunidad. De otra parte, por ser muy reciente el uso del patinete frente a la ya consolidada y antigua utilización de la bicicleta.

En las zonas peatonales se desarrolla la vida familiar, social, cultural, lúdica, comercial, de encuentro y diálogo, facetas que no pueden verse interrumpidas por la presencia de ciclistas y patinadores. En particular y como resalta el Dictamen 2/2016, la *Convención de Derechos de Personas con Discapacidad* de 13 de diciembre de 2006 reconoce los derechos de accesibilidad, seguridad e integridad que las personas que sufren discapacidad tienen conforme al tenor de los artículos 9 a 11 de dicha Convención. Asimismo, deben tenerse en cuenta los derechos de los discapacitados visuales ante vehículos como los patinetes eléctricos que carecen de aviso sonoro y constituyen un riesgo añadido, además de la perturbación derivada del aparcamiento en la acera o zona peatonal [art. 40.2.e) LSV].

Es cierto que, a diferencia de la bicicleta, cuya fabricación y comercialización está regulada en el RD 339/2014, de 9 de mayo, y cuyas características técnicas regula el art. 22 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el

Reglamento General de Vehículos, los VMP carecen de toda regulación legal sobre estos relevantes extremos, que deben abordarse con urgencia. Se requiere pues, en primer lugar, la elaboración de una norma reglamentaria y de una norma UNE, que podrá asemejarse a la UNE-EN-ISO 4210 para bicicletas, pero con mayores exigencias por su mayor peligrosidad. Resulta necesario, asimismo, la regulación de sus características técnicas en el Reglamento General de Vehículos.

El que no les sea de aplicación en la actualidad esta normativa ni la de vehículos de motor –Reglamento 168/2013, de 15 de enero de 2013, y Reglamento General de Vehículos–, no significa que exista un *limbo jurídico* en la UE y en nuestro país, de modo que puedan circular por las vías públicas incidiendo en la seguridad vial sin ningún tipo de mínimo control sobre su aptitud técnica para hacerlo.

En el ámbito europeo es de aplicación, entre otras normas, el Reglamento 765/2008, de 9 de julio de 2008, *por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 339/93*, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el RD 1715/2010, de 17 de diciembre.

En el ámbito nacional, les sería de aplicación la Ley 21/1992, de 16 de julio, *de Industria* (en adelante, LI), en su vertiente de seguridad industrial, como se dispone para las bicicletas en el art. 5.2 del RD 339/2014, aplicable con mayor razón en este caso, al tratarse de productos industriales que significan riesgos para la seguridad.

En este contexto, deben plantearse las responsabilidades tanto de las empresas vendedoras como de las comercializadoras, para que se esmeren en facilitar las instrucciones de uso y la documentación o certificaciones necesarias, así como también de los ayuntamientos en el control de su uso y del cumplimiento de la normativa y la promoción de cursos exhaustivos de formación en el manejo y en la regulación que les obliga.

Los fabricantes, vendedores y empresas no pueden actuar con la misma actitud o mentalidad que cuando el producto es un juguete (no es de aplicación en ningún caso la Directiva 2009/48 CE en virtud del RD 1205/2011, de 25 de agosto, Anexo 1.5), pues están sometidos, como se viene exponiendo, a la legislación nacional sobre productos industriales y seguridad industrial que obliga a tener en cuenta la seguridad vial.

Debe recordarse el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, LGDCU), en el que se desarrollan los derechos titulari-

dad de consumidores y usuarios conforme al art. 51.2 CE. Según sus preceptos, los adquirentes y usuarios de patinetes tendrían los irrenunciables derechos (art. 10) a la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (art. 8.a), a la información para un uso adecuado (art. 8.d) y a la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos (art. 8.c), con la tutela de los poderes públicos cuando se trate de un uso común, ordinario y generalizado (art. 9).

En particular, los consumidores y usuarios tienen derecho a la necesaria información sobre instrucciones o indicaciones para su correcto uso, advertencias y riesgos previsibles que deberá figurar, al menos, en castellano (art. 18.3). No puede olvidarse que, en el ámbito del transporte urbano, un déficit en la protección de derechos tan esenciales como la salud o la seguridad resultaría particularmente sensible, pudiendo llegar a tener consecuencias dramáticas.

Igualmente ha de tenerse en cuenta el derecho del usuario a recibir información comprensible y suficiente sobre las características esenciales del contrato electrónico que formaliza (arts. 60 y 97 LGDCU y arts. 10, 27 y 28 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de Información y del Comercio Electrónico*), no siendo infrecuentes las irregularidades detectadas en este ámbito.

En el oficio de 13 de diciembre de 2018 se indicó a las policías de tráfico que cuando se generen situaciones de riesgo para peatones por la circulación en zonas a ellos reservadas, pueden y deben hacer uso –valorando las circunstancias concurrentes–, de las facultades de retirada y depósito de la bicicleta o VMP prevista en el art. 105.1.a) y h) LSV y, si presentan deficiencias técnicas, de las de inmovilización del art. 104.1.b) de la misma norma.

Dentro del margen de discrecionalidad administrativa, las policías pueden y deben llevar a cabo los controles de alcohol y drogas previstos en el art. 14 LSV. Tanto los ciclistas como los usuarios de VMP, desde el momento en que circulan por la calzada, tienen deberes normativos de cuidado derivados del ámbito de riesgo en el que se adentran, por lo que resultan de aplicación los arts. 10 a 52 LSV (dichas normas se refieren a *vehículos*, y unos y otros lo son en los términos del Anexo 1.6).

Con la misma claridad, resultarían de aplicación los deberes de obedecer las señales de circulación de los arts. 53 a 55 LSV, que el art. 53 refiere, como se vio, al *usuario de las vías*.

Como complemento a estas disposiciones, habrá de estarse a las correspondientes Ordenanzas, que integran la normativa de los usuarios de VMP sin poder contradecir la legislación estatal.

Con este fundamento se han dado indicaciones acerca de cuándo hay que instruir atestado por imprudencia grave del ciclista o usuario de VMP, basada en la vulneración de estas normas y de los deberes genéricos de los arts. 10 y 13 LSV sobre mantenimiento del vehículo en condiciones adecuadas, cuidado, precaución, atención permanente a la conducción y protección de colectivos vulnerables, que para ellos son los peatones en general.

Todo ello sin reducir el protagonismo que deben tener las medidas educativas, por lo que se ha solicitado a los jefes de policía que completen los datos de siniestralidad de bicicletas y VMP de los últimos tres años, con el fin de decidir sobre propuestas de seguro y régimen normativo de esos vehículos.

5.4.4 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 2.^a TS SOBRE DELITOS VIALES DE PELIGRO

La función nomofiláctica de la nueva modalidad de casación introducida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* ha seguido dando sus frutos a lo largo de 2018, siendo destacables las sentencias que citamos a continuación.

En primer lugar, la STS 184/2018, de 17 de abril, unifica el cómputo de los márgenes de error de los cinemómetros a los efectos del art. 379.1 CP –exceso de velocidad típica–, siguiendo el criterio de la Circular 10/2011 FGE. Así, define los distintos tipos de cinemómetros: fijos, instalados en elementos inmuebles con carácter permanente; móviles en sentido estricto –trasladables de un lugar a otro y dispuestos para la medición en movimiento–; y estáticos, que son aquéllos móviles, en cuanto trasladables, que no desarrollan su función de medición en movimiento, sino parados, ya sea colocados sobre trípodes o en un vehículo detenido, a los que es aplicable el mismo margen de error que a los fijos.

Por su parte, la STS 670/2018, de 19 de diciembre aborda el instituto de la continuidad delictiva en los delitos de peligro. El supuesto de hecho que da lugar a esta sentencia se refiere a un conductor sin permiso de circulación por pérdida de puntos que se vio sorprendido en dos momentos sucesivos con un mínimo lapso temporal entre ambos de apenas media hora, habiendo sido identificado, imputado y citado a juicio rápido en la primera ocasión por efectivos policiales.

La sentencia señala que la acción de conducir es única a efectos típicos, aunque se desarrolle durante un cierto espacio temporal, incluso con detenciones ocasionales –semáforos, retenciones, paradas fugaces, etc. Queda, por el contrario, finalizada –y se están en consecuencia en presencia de varias acciones– cuando se produce su ruptura por una detención policial, imputación judicial o condena, o bien cuando transcurre un tiempo significativo entre las acciones. En el hecho enjuiciado el Tribunal respalda la solución de la Audiencia Provincial, favorable a la apreciación de la continuidad delictiva dado *el cortísimo espacio temporal entre ambas acciones, apenas media hora, el aprovechamiento de la misma ocasión y el dolo unitario del autor*; no sin destacar, limitando los supuestos de delito continuado, que, *en cualquier otra circunstancia, la solución debería ser el concurso real.*