



DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL

Tras la labor nomofiláctica y unificadora
de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

ROSARIO
DE VICENTE
MARTÍNEZ



AFERRE

Delitos contra la seguridad vial

*Tras la labor nomofiláctica y unificadora
de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*

Delitos contra la seguridad vial

*Tras la labor nomofiláctica y unificadora
de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Castilla-La Mancha



Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, cualquiera que sea su medio (mecánico, electrónico, por fotocopia, etc.) sin la autorización expresa de los titulares del copyright.

© AFERRE EDITOR S.L. 2022

© Autora 2022

Diseño de cubierta: Clara Batllori

Primera edición marzo 2022

ISBN: 978-84-124886-2-3 (papel)

ISBN: 978-84-124886-3-0 (digital)

Depósito Legal: B 1957-2022

Edita: AFERRE EDITOR S.L.

Gran Vía de les Corts Catalanes, 510

08015 Barcelona

Telf. (+34) 934548180

Email: aferreeditor@gmail.com

Impresión y encuadernación: Ulzama Digital

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y la autora no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

INTRODUCCIÓN

Antes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves, esto es, los delitos con penas inferiores a cinco años de prisión, suponía un serio y grave obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, entre ellos algunos delitos contra la seguridad vial que eran enjuiciados por los Jueces de lo Penal, y cuyas resoluciones solo podían ser revisadas mediante un recurso de apelación ante la Audiencia Provincial sin posibilidad de acudir al Tribunal Supremo. Ello provocaba una indeseable dispersión interpretativa ya que algunas cuestiones polémicas, como la negativa a someterse a la segunda prueba de alcoholemia, eran interpretadas de forma diversa por las Audiencias Provinciales lo que daba lugar a resoluciones contradictorias.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 supuesto una revolución para la casación penal al llevar a cabo una profunda y sustancial modificación del recurso de casación penal. La Ley 41/2015 regula la instauración general de la segunda instancia, la ampliación del recurso de casación a todos los procesos por delitos y la reforma del recurso extraordinario de revisión. En el caso concreto de la casación, ha permitido la interposición de tal recurso contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos interpuestos frente a las sentencias dictadas en instancia por los Juzgados de lo Penal. La regulación del recurso de casación en este ámbito concreto ha permitido a la Sala de lo Penal conocer y resolver determinados asuntos con la pretensión de unificar doctrina, en relación con delitos de difícil acceso a la casación, atendiendo a su gravedad.

En su Preámbulo la citada Ley justifica la labor unificadora de la doctrina penal del Tribunal Supremo en estos términos: “es necesario remodelar la casación para conseguir que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal. Actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación

unificadora se lleva a cabo por las Audiencias Provinciales, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España. A esta realidad se unen las sucesivas reformas del Código penal, a impulsos de exigencias sociales, transposición de directivas europeas o con motivo del cumplimiento de normativas internacionales, la última de las cuales en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto cambios profundos en la ley sustantiva. Ante esta situación se hacía imprescindible una reforma del ámbito material del recurso de casación para permitir que el Tribunal Supremo aportara la exigible uniformidad en tales materias.

Para hacer posible el acceso de los nuevos delitos al recurso de casación la reforma contempla distintas medidas que actuarán como contrapesos para equilibrar el modelo y hacerlo plenamente viable. En primer lugar, se generaliza el recurso de casación por infracción de ley, si bien acotado al motivo primero del artículo 849, y reservando el resto de los motivos para los delitos de mayor gravedad. En segundo lugar, se excluyen del recurso de casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las resoluciones recaídas en primera instancia, por considerarse que en estas situaciones la casación se convertiría en un trámite superfluo y dilatorio, sin que suponga sustraer la causa al conocimiento del Tribunal Supremo, toda vez que esta vía impugnativa permanecerá abierta una vez resueltas las causas de nulidad. Y, finalmente, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» por unanimidad de los componentes de la Sala cuando carezca de interés casacional, aunque exclusivamente cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. A efectos de determinar la existencia de ese interés casacional deberán tomarse en consideración diversos aspectos, entre otros, los siguientes: si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

De esa forma, existirá doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales”.

La voluntad del recurso de casación históricamente ha sido llevar a cabo una función nomofiláctica¹ y unificadora² de la interpretación de los tipos penales, garantizándose la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación del Derecho. Pese a esa voluntad, el modelo anterior a la entrada en vigor de la Ley 41/2015 no permitía cumplir con dicha función como sucedía con los criterios dispares de las diferentes Audiencias Provinciales, sin acceso a la casación, lo que se compatibilizaba mal con la seguridad jurídica y el principio de igualdad ante la aplicación de la Ley³.

La entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha añadido a la tradicional finalidad nomofiláctica de protección del Derecho objetivo del recurso de casación propiamente dicho, una función integradora o uniformadora del Derecho, pues mediante el establecimiento por el Tribunal Supremo de una doctrina legal vinculante para todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado jurisdiccional, se garantiza la aplicación uniforme de la Ley en todo el territorio nacional, evitando la perpetuación de criterios interpretativos establecidos en sentencias de Jueces y Tribunales inferiores que se estiman erróneos y gravemente dañosos para el interés general.

Como se ha señalado por algunos autores⁴, la fijación de una interpretación uniformadora por parte del Tribunal Supremo pretende que se respeten al máximo los principios de igualdad y seguridad jurídica, porque las decisiones judiciales son más predecibles y uniformes, pero también fomenta la confianza en la integridad del sistema judicial, toda vez que los ciudadanos pueden esperar que las decisiones de los órganos judiciales se ampararán en esa doctrina y no en el voluntarismo de sus titulares, contribuyendo asimismo a la eficacia del sistema.

La reforma de 2015 ha permitido a la Sala Segunda del Tribunal Supremo pronunciarse sobre algunas de las figuras delictivas nuevas introducidas en el Código penal en las últimas reformas, como ha sucedido con el nuevo delito de acoso y hostigamiento, conocido por el anglicismo *stalking* (STS 324/2017, de 8 de mayo) y sobre otros delitos que, si bien no han sido objeto de cambios, si venían siendo interpretados de manera dispar por las Audiencias Provinciales, como era el caso del delito de negativa a someterse a la segunda prueba de alcoholemia.

Para conseguir esta ansiada unificación, la reforma de 2015 modifica el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que pasa a tener la siguiente redacción:

1. Procede recurso de casación:

a) Por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra:

1.º Las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

2.º Las sentencias dictadas por la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

b) Por infracción de ley del motivo previsto en el número 1.º del artículo 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. Quedan exceptuadas aquellas que se limiten a declarar la nulidad de las sentencias recaídas en primera instancia.

El legislador, con esta reforma, asegura que el Tribunal Supremo extienda su función de unificación de criterios en la interpretación y aplicación de las normas del Derecho penal a aquellas materias de las que, en principio, no llega a conocer, salvo por razón de conexidad; en concreto, aquellos delitos cuyo conocimiento se atribuye, en última instancia, vía recurso de apelación, a las distintas Audiencias Provinciales, con el consiguiente riesgo de que surjan disparidad de criterios en la aplicación de una misma norma, en función del lugar donde se haya cometido el delito⁵.

La sentencia que estrenó esta nueva modalidad fue la sentencia del Tribunal Supremo 210/2017, de 28 de marzo⁶ que resolvió un recurso de casación interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial cuyo órgano de enjuiciamiento había sido un Juzgado de lo Penal. El Tribunal Supremo afirma que este nuevo diseño satisface el principio de igualdad, pues se producían “respuestas desiguales ante situaciones iguales”, añadiendo que el nuevo recurso “enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)”.

Para el Tribunal Supremo “esta nueva modalidad de casación se prevé para homogeneizar la interpretación en todos los órganos de la jurisdicción penal de las normas penales que antes, ordinariamente, no accedían al Tribunal Supremo por razón de la penalidad, al estar excluido del ámbito de la casación los delitos menos graves, lo que conducía a una indeseable dispersión interpretativa. Con esta nueva herramienta procesal se

minimizan los riesgos de respuestas judiciales desiguales ante situaciones iguales”.

El propio Tribunal Supremo en la citada sentencia 210/2017, aprovecha la ocasión para realizar una severa crítica al legislador anterior pues “la exclusión del ámbito de la casación de los delitos menos graves ha venido suponiendo un muy serio obstáculo para la creación de doctrina legal sobre un buen número de tipos penales, lo que acarrea unas disfunciones que crecieron a medida que se sucedían las reformas del derecho penal sustantivo tan frecuentes como sobredimensionadas. Una buena parte del Código penal de 1995 y sus nada esporádicas modificaciones han permanecido al margen de la doctrina jurisprudencial propiciando una dispersión interpretativa que exigía con urgencia la adopción de medidas legislativas correctoras”.

Completa la previsión del artículo 847, el nuevo párrafo segundo añadido por la misma Ley de 2015 al artículo 889 de la LECrim⁷, que exige que el recurso revista interés casacional, dado que la carencia de este requisito se erige como causa de inadmisión.

No obstante, la introducción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de esta modalidad de recurso de casación suscitó problemas en orden a la verificación de cual o cuales pudieran ser los motivos por los que se podía fundamentar el recurso debido a la existencia de distintos preceptos que pudieran entrar en contradicción. El Tribunal Supremo zanjó la cuestión con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, relativo a la unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, fijando que únicamente se podía fundar dicho recurso en los supuestos de error de derecho —infracción de un precepto penal sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal—, siempre y cuando exista interés casacional en la resolución del recurso; deben, por tanto, ser inadmitidos aquellos recursos que aleguen infracciones procesales o constitucionales, sin perjuicio de que en este último caso, se puedan alegar para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva⁸.

Conforme al Acuerdo adoptado:

“Primero: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Acuerdo: a) El art. 847.1º letra b) de la LECrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849.2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849.1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889.2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECrim).

Segundo: Posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos de delitos leves.

Acuerdo: El art. 847 b) LECrim debe ser interpretado en relación con los arts. 792. 4º y 977, que establecen respectivamente los recursos prevenidos para las sentencias dictadas en apelación respecto de delitos menos graves y respecto de los delitos leves (antiguas faltas). Mientras el art. 792 establece que contra la sentencia de apelación corresponde el recurso de casación previsto en el art. 847, en el art. 977 se establece taxativamente que contra

la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. En consecuencia el recurso de casación no se extiende a las sentencias de apelación dictadas en el procedimiento por delitos leves”.

La tarea de unificación de criterios llevada a cabo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo a partir del recurso de casación conforme a la reforma de 2015 ha puesto de manifiesto la necesidad de la citada unificación a la vista de los recursos planteados. Pues bien, una de las materias que se han beneficiado de este recurso ha sido, sin lugar a duda, los delitos contra la seguridad vial. Como afirma Lanzarote Martínez, ningún otro delito en estos últimos años ha dado lugar a tantas sentencias para la unificación de la doctrina por parte del Tribunal Supremo vía recurso de casación como los delitos contra la seguridad vial, lo que vendría a subrayar la relevancia de estas infracciones penales en el marco global de la criminalidad².

¹ La función nomofiláctica tiene por objeto corregir las interpretaciones incorrectas o inadecuadas de los jueces, asegurando de este modo la exacta observancia de la ley.

² La función unificadora garantiza el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

³ Vid. más ampliamente en Jorge Navarro Masip, “El recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020.

⁴ María Ángeles Villegas García / Miguel Ángel Encinar del Pozo, “La reforma de la casación penal: novedades y ámbito de aplicación”, en *Diario La Ley* de 6 de marzo de 2018.

⁵ Sobre los límites del recurso de casación contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales (o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), resolviendo recursos de apelación vid. la sentencia Tribunal Supremo 934/2021, de 1 de diciembre, que reitera que el recurso de casación únicamente es dable por infracción de ley (artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que obliga a respetar el relato de hechos probados que se contiene en la sentencia impugnada, quedando también excluidas las cuestiones no sometidas previamente a la consideración de las Audiencias en el marco del recurso de apelación previo.

⁶ Vid., más ampliamente en Rosario de Vicente Martínez, “Dos sentencias del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que han unificado el escenario de los delitos contra la Seguridad Vial”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal* núm. 47, 2017, págs. 85 y ss.; Manuel Jesús Dolz Lago, “Primera sentencia sobre el nuevo recurso de casación por infracción de ley contra sentencias de apelación de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”, en *Diario La Ley* de 6 de junio de 2017.

⁷ Conforme establece el párrafo segundo del artículo 889: *La inadmisión a trámite del recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) podrá acordarse por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional.*

⁸ Vid. Javier González Gutiérrez, “El recurso de casación tras la reforma introducida por la Ley 41/2015”, en *Diario La Ley* de 8 de marzo de 2021.

⁹ Pablo Lanzarote Martínez, *Doctrina unificada del Tribunal Supremo sobre delitos contra la seguridad vial*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 8.

CAPÍTULO I

El delito de conducción a velocidad excesiva: artículo 379.1 Código penal

El delito de conducción a velocidad excesiva fue incorporado al catálogo de delitos contra la seguridad vial por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial. El apartado 1 del artículo 379 del Código penal dispone:

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

La conducta típica consiste en la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor a velocidad excesiva, entendiéndose por ella la que se realiza con la superación de determinados parámetros marcados en el propio tipo penal y que resulta variable dependiendo de las limitaciones administrativamente previstas según la categoría y circunstancias de la vía y de cada uno de sus tramos, es decir, la conducta típica consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente.

El legislador ha configurado el delito de conducción a velocidad excesiva como un delito formal, donde constatada la velocidad superior a la exigida en el tipo penal, se está en presencia de un delito, sin que sea necesario indagar en más elementos objetivos, por ello, la mayor objeción al delito de conducción con velocidad excesiva radica en que presume que cuando se conduce a las velocidades señaladas en el mismo existe delito aunque no se haya puesto en peligro, ni concreto ni abstracto, la vida ni la integridad de las personas¹⁰.

La velocidad típica se convierte así en un elemento típico descriptivo objetivo que no precisa interpretación por el juzgador, quien simplemente debe condenar si se superan los límites marcados en el tipo penal. Ahora bien, para su aplicación resulta indispensable la medición de la velocidad y esta puede variar, y con ello la determinación de si los hechos son o no típicos, según se realice mediante un cinemómetro o radar, fijo o móvil, porque el margen de error varía en uno u otro caso.

1. SOBRE LOS MÁRGENES DE ERROR DE LOS RADARES DE TRÁFICO: STS (SALA DE LO PENAL, PLENO) 184/2018, DE 17 DE ABRIL

En la actualidad no es posible medir la velocidad con margen de error cero, es decir, no es posible obtener una medición de la velocidad real. La velocidad medida por los cinemómetros es aproximada, por lo que existen unos márgenes de error permitidos. La Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida, en el Apéndice I, “Requisitos esenciales específicos para cinemómetros”, del Anexo III, “Instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor”, en el apartado 1.6. dispone que: “En función de su tipo de instalación y a efectos de considerar los errores máximos permitidos, los cinemómetros pueden ser:

- i. Fijos, cuando van instalados sobre emplazamientos permanentes y funcionan de forma autónoma sin la presencia de un operador.
- ii. Estáticos, cuando van instalados de forma no permanente sobre un emplazamiento inmóvil, al menos, durante la realización de la medición y con la intervención del operador, presencial o remoto.
- iii. Móviles, cuando van instalados firmemente sobre un vehículo y realizan mediciones con este en movimiento, teniendo en cuenta su propia velocidad. Estos también pueden realizar mediciones con el vehículo parado, en este caso se consideran estáticos”.

La Orden establece como errores máximos permitidos en verificación periódica, los siguientes:

Instalaciones fija o estática: 5% para velocidades superiores a 100 km/h.
Instalación móvil: 7% para velocidades superiores a 100 km/h.

En esta clasificación se ha seguido el criterio recogido en la STS 184/2018, de 17 de abril.

La velocidad que aparece en un radar no es la real porque no existe una programación de los aparatos para que ya lleven inserto en sus cálculos tales márgenes cuando se les permite funcionar con ellos. La consecuencia debe ser, pues, que si a esa velocidad de la pantalla no se le ha detraído el margen de error tolerable, el interesado y en este caso el Tribunal debe hacerlo por permitírsele la norma.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial, señala que 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 en la OITC. 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 han de incluirse en el atestado inicial o ampliación posterior.

Los datos obtenidos mediante estos aparatos gozan de presunción *iuris tantum* de veracidad, siempre que los mismos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante la correspondiente certificación de naturaleza técnica.

1.1. Cuestiones planteadas

Como se observa en la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, los radares fijos y los móviles tienen diferentes grados de fiabilidad, y en general se supone que los fijos son más precisos y sus resultados más próximos a la realidad, mientras que los radares móviles hacen mediciones que dependen no solo del aparato sino también de las circunstancias del montaje lo que se traduce en una mayor incertidumbre en la medición. Los radares definen su margen de fiabilidad considerando una velocidad de 100 km/h como referencia, de manera que, en el caso de los radares fijos, si la velocidad es inferior a 100 km/h el margen de error es de 5 km/h, y si es mayor a 100 km/h el error es del 5%. Por el contrario, en el caso de los radares móviles, ya estén en trípodes o en coches, el margen es de 7km/h o del 7% de la velocidad medida según supere o no los 100 km/h.

En función del margen de error que se aplique, el conductor puede ser absuelto o condenado, y las Órdenes Ministeriales que lo regulan sólo diferencian dos tipos de instrumentos a los que corresponden un distinto margen de error, respectivamente del 5 y 7 %, según sean fijos o móviles, sin clarificar la cuestión de los dispositivos —en principio móviles— colocados sobre trípodes o en un vehículo parado pero cuya medición se realiza en el modo estático.

En el caso examinado por el Tribunal Supremo, el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Pamplona, absolvió al conductor que conducía a una velocidad de 214 km/h cuando la velocidad límite en esa vía era de 120 km/h, al entender que el aparato de medición era móvil, por lo que después de aplicar un margen de error del 7% concluyó que la velocidad a la que circulaba el conductor podía ser de 199 km/h, y, en consecuencia, no superaba en 80 km/h la velocidad máxima permitida en esa vía, por tanto, no era delito. Sin embargo, la sentencia de apelación, que es objeto de casación, consideró que el sistema de medición era estático, con un margen de error del 5%, por lo que la velocidad a la que circulaba era como mínimo de 203 km/h. La Audiencia Provincial de Navarra, al superar el conductor el margen legal, revocó la absolución y condenó al conductor como autor de un delito contra la seguridad vial.

La cuestión controvertida y de interés casacional, habida cuenta de su repercusión a efectos de aplicar el delito de conducción a velocidad excesiva, sobre la que gira la sentencia del Tribunal Supremo 184/2018, de 17 de abril, surge a la hora de determinar si el cinemómetro que se coloca en una instalación móvil (un trípode), pero que permanece estático cuando realiza la medición de velocidad, debe ser considerado como fijo o móvil a efectos de determinar el índice de corrección por error, respectivamente del 5% o del 7%.

1.2. Doctrina discrepante de las Audiencias Provinciales

Para apreciar el delito de conducción a velocidad excesiva resulta indispensable la medición de la velocidad que puede variar según se realice mediante un cinemómetro (radar) fijo o móvil, porque el margen de error varía en uno o en otro caso.

Algunas Audiencias Provinciales han equiparado los radares situados en instalaciones estáticas a los situados en instalaciones fijas. En este sentido se

pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2017, de 24 de febrero. La Audiencia Provincial de Navarra, siguiendo la doctrina sentada en anteriores sentencias de 9 de junio de 2009 y de 23 de junio de 2014 aplicó en el caso concreto el porcentaje de error del 5%, por considerar que no era una instalación móvil, sino estática, tratándose de un radar instalado en un vehículo detenido, por entender que la norma distingue entre instalaciones fijas o estáticas, y las móviles, equiparando las estáticas en cuanto porcentaje de error a las fijas, criterio que se ratifica en esta resolución, donde aplicando el porcentaje de error del 5% sobre una velocidad de 214 km/h resulta que el acusado circulaba a 203,03 km/h en una vía interurbana en la que velocidad máxima permitida era de 120 km/h¹¹.

Por el contrario, otras Audiencias Provinciales consideraban que los radares debían considerarse móviles aun cuando se encontraran en instalaciones estáticas. En este sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 776/2017, de 9 de octubre. En este caso se trataba de un cinemómetro de instalación móvil, ubicado en un coche patrulla policial, por lo que debía operar el margen del error del +-7%. Aplicado ese margen de error a los 118 km./hora detectados de velocidad excesiva, da un resultado de 8,26, lo que restado a esa cantidad, supone que el acusado circularía a una velocidad de 109,76 km./hora que no excedería en 60 km. al límite de velocidad permitido que lo era en aquel tramo de 50 km./hora y, por ende, se situaría en 110 km./hora¹².

1.3. La doctrina unificadora de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno 184/2018, de 17 de abril, aborda la unificación que se solicita para decidir la catalogación del sistema de medición, cinemómetro, y, concretamente, si cuando se coloca sobre un trípode es un instrumento fijo o móvil, a los efectos de determinar el índice de corrección por error, respectivamente del 5% o del 7%.

El Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo confirma la línea seguida por la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 38/2017, de 24 de febrero y establece que si el aparato de medición, cinemómetro, es empleado desde una ubicación fija, esto es sin movimiento, ya sea fijo o estático, el margen de error es del 5%. Esa catalogación es lógica pues, como

advierte el Tribunal Supremo, la medición de la velocidad, desde un radar fijo, o desde una instalación sin movimiento, supone un menor margen de error que la medición realizada desde un dispositivo en movimiento.

Para el Tribunal Supremo “abordamos la unificación que se insta en el recurso, para decidir la catalogación del sistema de medición, cinemómetro, y, concretamente, si cuando se coloca sobre un trípode es un instrumento fijo o móvil, a los efectos de determinar el índice de corrección por error, respectivamente del 5% o del 7%.

Las Órdenes Ministeriales distinguen entre cinemómetros fijos o móviles, y éstos últimos, entre estáticos o en movimiento. A los fijos les señalan un margen de acción del 5%, y a los móviles, del 7%. Hasta aquí la norma es clara al señalar por el tipo de instrumento un margen de error. A continuación, equipara a los fijos la medición realizada en el modo estático, esto es, cuando un sistema móvil no realiza la medición en movimiento. Es obvio, y no es objeto de cuestionamiento. La consideración como móvil el sistema de detección colocado sobre un vehículo en movimiento, por la propia naturaleza del sistema de medición, y es fijo el que se coloca, de forma permanente, sobre un elemento inmueble, arco, edificio, poste o pórtico de carretera.

El problema se plantea respecto a sistemas de detección, en principio móviles, colocados sobre trípodes o en un vehículo parado. La norma de aplicación son las órdenes ministeriales, anteriormente reseñadas, las cuales no clarifican la cuestión planteada. Los criterios que sustentan la diferenciación entre fijos, estáticos y móviles, son básicamente dos. Por el primero, la diferencia radica en el método de una medición. Así, el aparato de medición es fijo o estático, según que la medición se realice desde un aparato que no estaría en movimiento. Por el contrario, es móvil cuando la detección se realiza desde un soporte en movimiento. Siguiendo un segundo criterio, la diferencia resulta de la propia condición del aparato de medición, si es fijo o es trasladable, toda vez que esa consideración afecta a las condiciones de los aparatos y las necesidades de revisión.

Las Órdenes Ministeriales distinguen entre instrumentos de medición fijos o móviles, a los que asigna un distinto margen de error en sus mediciones, derivadas de su distinta ubicación y función que realiza. Los primeros, instalados en elementos inmuebles con carácter permanente, y los segundos, son trasladados de un lugar a otro. Dentro de los contemplados

como móviles, por su movilidad, se distingue entre móviles en sentido estricto, dispuestos para la medición en movimiento, y aquellos otros que además de la movilidad, por poder ser trasladados, desarrollan su función de medición en situación de parados. Estos últimos son denominados estáticos, a los que se atribuye el margen de error de los fijos”.

1.4. Resolución final

Los radares móviles de tráfico que realizan la medición de la velocidad desde una ubicación fija, esto es, sin movimiento, ya sea instrumento fijo o estático, situado en trípodes o en coches parados, tienen un margen de error del 5% y no del 7%, porcentaje éste último de los radares fijos. La medición de la velocidad desde un radar fijo o desde una instalación sin movimiento, supone un menor margen de error que la realizada desde un dispositivo en movimiento.

¹⁰ Un estudio detallado de este delito puede verse en Rosario de Vicente Martínez, *Derecho penal de la circulación. Delitos relacionados con el tráfico vial*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 2008, págs. 489 y ss.

¹¹ En igual sentido se ha pronunciado, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias 291/2015, de 4 de junio o la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Salamanca 234/2017, de 17 de agosto.

¹² En el mismo sentido se pronuncian la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 486/2008, de 3 de diciembre o la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 90229/2016, de 15 de junio.

CAPÍTULO II

El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas: artículo 379.2 Código penal

La correlación entre consumo de alcohol y/o droga y probabilidad de accidente de tráfico es significativa y tiene una importantísima prevalencia en el contexto de la seguridad vial, de ahí que el Capítulo IV, “De los delitos contra la seguridad vial”, del Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, del Libro II del Código penal, castigue en el apartado 2 del artículo 379, primer inciso, la conducción de un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas, al establecer:

2. Con las mismas penas¹³ será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

Partiendo de las expresiones gramaticales empleadas en la descripción del tipo objetivo, la conducta típica consiste en conducir un vehículo a motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. De estas expresiones gramaticales se desprende que la conducta típica se integra por dos elementos. En primer lugar, por la “conducción de un vehículo a motor o ciclomotor” y, en segundo lugar, que el sujeto activo se halle “bajo la influencia” de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 379.2, primer inciso.

Sin embargo, desde una perspectiva teleológica en la construcción dogmática del tipo penal se debe entender que junto a esos dos elementos es preciso añadir otros dos elementos más, por un lado, la ingestión de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas por quien conduce y, por otro, la creación de un riesgo o peligro para la seguridad vial.

Estas cuatro exigencias o elementos: conducción, ingesta, influencia y riesgo integran en definitiva el núcleo de la conducta prohibida.

Tras la entrada en vigor de la Ley 41/2015, el Tribunal Supremo ha dictado doctrina legal relacionada con diversos aspectos del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas como, por ejemplo, la responsabilidad civil, el concepto de “conducción”, la relación entre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, etc.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJOS LOS EFECTOS DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS: STS (SALA DE LO PENAL, PLENO) 390/2017, DE 30 DE MAYO

La responsabilidad civil en los casos de delitos del artículo 379 del Código penal que vayan anudados a un delito de resultado en el ámbito de la circulación, o que por sí mismos hayan causado no solamente el riesgo de conducir bajo la influencia de alcohol o drogas, sino también un resultado dañoso o lesivo, ha planteado la duda de si dicha responsabilidad debe ser resuelta en el seno del proceso penal o bien en la jurisdicción civil. Se trata de resolver, en definitiva, si los delitos de peligro abstracto pueden generar *per se* la obligación de indemnizar o si, por el contrario, es necesario que el resultado lesivo sea constitutivo de delito para que proceda la indemnización.

1.1. Cuestiones planteadas

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de los de Girona dictó sentencia condenando a los autores a las penas y demás pronunciamientos incluidos en el fallo, pero excluyendo todo pronunciamiento sobre responsabilidad civil por los daños materiales causados —1.605’89 euros por daños causados en una farola del alumbrado público, propiedad del Ayuntamiento de Lloret de Mar—.

Contra la expresada sentencia formalizó recurso de apelación el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 790 LECrim, interesando la revocación parcial de la sentencia de instancia en relación al particular pronunciamiento de no existir responsabilidad civil por los daños causados, y que se condenase a la acusada así como a la compañía de seguros AXA Seguros en calidad de responsable civil directa y con carácter principal, y con carácter

subsidiario a la autora como responsable civil subsidiaria al pago de 1.609'69 euros al Ayuntamiento de Lloret de Mar por los daños causados.

La Audiencia Provincial de Girona el 27 de octubre de 2016, dictó sentencia en apelación por la que, desestimando íntegramente el recurso de apelación instado por el Ministerio Fiscal, confirmó íntegramente la sentencia de instancia.

Contra la expresada sentencia dictada en apelación el Ministerio Fiscal de acuerdo con el artículo 847.1 b) de la LECrim en la modificación dada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, formalizó recurso de casación, por infracción de ley por un único motivo, por inaplicación de los artículos 109-1º, 110, 116-1º, 117, 120-5º y 382 del Código penal.

En síntesis, la argumentación del Ministerio Fiscal es la siguiente:

En primer lugar, el delito de peligro o riesgo abstracto del artículo 379 del Código penal se consuma sin producir un resultado lesivo porque hay un adelantamiento de las barreras de protección, como es sabido, pero ello no significa que la acción llevada a cabo por el autor condenado no pueda causar un perjuicio económico a un tercero. Lo relevante será determinar las consecuencias lesivas que genera el hecho de la conducción, no la naturaleza del delito por el que resulta condenado, debiendo la propia jurisdicción penal efectuar el pronunciamiento resarcitorio al ser consecuencia directa de la acción delictiva. Otra solución, es decir relegar el pronunciamiento indemnizatorio a la jurisdicción civil, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva, obligando a los perjudicados a instar un nuevo proceso, esta vez en el orden civil.

En segundo lugar, en el presente caso es claro que los daños en la farola del Ayuntamiento —1.609'89 euros— son consecuencia directa del hecho de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, aunque no sean punibles tales daños.

En tercer lugar, la regla concursal del artículo 382 del Código penal que establece que en caso de concurrencia de otro delito de resultado junto con el de riesgo abstracto, resolviendo el concurso con aplicación exclusiva del delito más gravemente penado, no debe ser interpretada en el sentido negativo de no efectuar pronunciamiento civil cuando el resultado dañoso sea atípico.

La cuestión que se plantea es determinar si existe obligación de efectuar un pronunciamiento civil en relación a los daños causados en los casos en los

que estos sean consecuencia de la comisión de un delito de peligro abstracto del artículo 379 del Código penal, esto es, si cuando un delito de peligro, como es el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, provoca un daño material, si nace una obligación indemnizatoria con independencia de su importe o si, por el contrario, únicamente existirá dicha obligación de indemnizar cuando el importe del daño supere el límite previsto en el artículo 267 del Código penal para el delito de daños por imprudencia.

1.2. Doctrina discrepante de las Audiencias Provinciales

Las resoluciones de las Audiencias Provinciales en este tema no han ido encaminadas en un solo sentido, sino que se han mostrado diversas. Así en contra de incluir la responsabilidad civil se muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 67/2016, de 1 de febrero que considera que no genera responsabilidad civil alguna por la simple razón de tratarse de un delito de peligro que se consuma por la sola conducción en estado de ebriedad y la creación del consiguiente riesgo para la seguridad vial que de ese hecho se deriva: “Es por ello por lo que el delito tipificado en el artículo 379 no genera “per se” ninguna responsabilidad civil, que deberá demandarse en otro ámbito, sino que la misma solo surgirá cuando la conducta peligrosa desencadene la causación de “un resultado lesivo constitutivo de delito”, es decir, cuando el acto peligroso de pasa a la producción de un resultado penalmente relevante”.

Se alinea con esta visión la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya 87/2006, de 13 de febrero, que considera improcedente la indemnización de perjuicios por ser la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas un delito de mero peligro y no acreditarse, en este caso, que el accidente hubiese sido causado por su negligencia. También lo hace la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona 611/2013, de 1 de octubre que entiende que es imposible declarar la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas y afirma la necesidad de acudir al procedimiento civil oportuno.

En cambio, a favor de incluir la responsabilidad civil, se muestra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 464/2014, de 18 de noviembre, para la que siendo el autor penalmente responsable de un delito contra la seguridad vial del artículo 379.2 del Código penal y de una falta de

lesiones del artículo 621.3 del mismo texto legal, esta falta de lesiones quedará absorbida por el delito contra la seguridad del tráfico penado con la pena más grave, si bien manteniendo la responsabilidad civil correspondiente a la misma.

También lo ha entendido así la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 137/2009, de 6 de julio.

1.3. La doctrina unificadora de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

El Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo por unanimidad compartió en su integridad la fundada argumentación del Ministerio Fiscal y estimó el recurso. Recuerda una vez más el Tribunal Supremo que “con este pronunciamiento, se materializa la función nomofiláctica de esta Sala Casacional, como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, dando efectividad a los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica sin los que no es posible un funcionamiento adecuado de la jurisdicción, principios de seguridad e igualdad cuya raíz constitucional es clara, estando específicamente consagrados en los arts. 9-3° y 14 de la Constitución. Con este pronunciamiento, se pone fin a la diversidad de interpretaciones jurisprudenciales existentes en esta materia, así como de una litigiosidad incentivada por la imposibilidad —hasta ahora— de una instancia superior que ponga fin a las controversias jurídicas, existentes entre las Audiencias Provinciales sobre cuestiones que nunca llegaban a esta Sala de Casación, lo que generaba desigualdad ante la ley e inseguridad jurídica, y, consecuencia de ello un injustificado incremento de la litigiosidad”.

Los argumentos que abonan la decisión de la Sala Segunda son:

“1) El artículo 109-1° del Código penal establece como criterio y norma general como se deriva de su ubicación sistemática en el Libro I del Código penal que “la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito, obliga a reparar, en los términos previstos en la ley, los daños y perjuicios por él causados”. Se trata de un precepto general que impone tal causa indemnizatoria cuando se acredite el nexo causal entre el hecho constitutivo de delito y el resultado dañoso.

2) En relación con el artículo 382 del Código penal, en el se establece una norma concursal cuando junto con el delito de riesgo abstracto, concurra

otro delito de resultado. En tal caso, y por el juego de tal norma solo se sanciona el más gravemente penado, pero en todo caso deben satisfacerse los perjuicios causados, de suerte que si el delito más grave es el de resultado, se sancionará este último, con los pronunciamientos civiles a que hubiese lugar, pero si el más grave de los delitos siguiera siendo el de riesgo abstracto, solo se sancionará este, pero además se indemnizarán los perjuicio causados. “En todo caso”.

Por lo tanto, la norma concursal del artículo 382 no puede interpretarse en el sentido de que vacíe de contenido el deber indemnizatorio ex artículo 109-1º del Código penal.

3) El artículo 116 del Código penal abunda en la misma idea de que “toda persona criminalmente responsable de un delito, lo es también civilmente si del hecho se derivasen daños o perjuicios”. A notar que habla del “hecho” no del delito, y en el presente caso, el hecho fue la conducción de la condenada lo que causó daños en una farola del Ayuntamiento de Lloret de Mar. Obviamente, en caso de existir aseguradoras, dentro del ámbito de las pólizas suscritas, la efectividad del pago será a cuenta de tales aseguradoras para lo que será preciso su traída al proceso para poder ser escuchadas y efectuar alegaciones. Volveremos sobre esta cuestión en la segunda sentencia.

4) Se comparte totalmente la reflexión del Ministerio Fiscal en relación a la Disposición Adicional Tercera del Código penal de 1995. Por supuesto que la traída al argumentario en favor de la tesis del Ministerio Fiscal de procedencia del pago de los daños causados de tal Disposición Adicional es una interpretación analógica pero carece de virtualidad la pretendida prohibición de interpretación analógica en contra del reo, por la sencilla razón de que tal prohibición opera exclusivamente en el ámbito penal, en relación a la aplicación de tipos delictivos.

El actual debate se sitúa extramuros del ámbito penal, ya que se trata de una Disposición de naturaleza civil, aunque injertada en el proceso penal, pero no por ello pierde su naturaleza civil y por tanto, le es de plena aplicación el art. 4 del Código Civil según el cual “procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Como ya recordaba la STS 936/2006 de 10 de octubre de esta Sala: “La llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es diferente de la responsabilidad