

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA



**BASES DE POLÍTICA CRIMINAL Y
PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD VIAL
(ESPECIALMENTE SOBRE EL ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL)**

TESIS DOCTORAL

**ELABORADA POR:
RODRIGO CRISTHIAN CARDOZO POZO**

**DIRIGIDA POR LA PROF. DRA.
CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO GENERAL
ÁREA DE DERECHO PENAL
SALAMANCA 2009**

A mi Bosque, mis QQ.:HH.: Patricio Martínez, Freddy
Arancibia, mi UDA y como no, a Pierre Menard.
Stephanie, vielen Dank für alles. Insbesondere für
deine Liebe und Unterstützung. Du bist meine
Welt, mein Anfang und mein Ende. Was würde
ich nur ohne dich machen... Nichts

ÍNDICE

Índice de abreviaturas	XV
Introducción	19

Primera parte:
BASES DE POLÍTICA CRIMINAL
Y SOCIEDAD DEL RIESGO

CAPÍTULO I
BASES DE POLÍTICA CRIMINAL

1.- Sobre el concepto de Política criminal	31
1.1.- Acerca de las dificultades “limitativas” del concepto Política criminal.....	33
1.2.- Aproximaciones a un concepto de Política criminal	36
2.- Punto de partida: una distinción formal	43
2.1.- Política criminal como manifestación de saber	45
2.1.1.- Perspectiva emancipadora: la Política criminal como disciplina científica autónoma	47

2.1.2.- La Política criminal multidisciplinaria	49
2.1.3.- Política criminal en sentido amplio: la multidisciplinariedad como consecuencia inevitable	57
2.2.- Política criminal como manifestación de poder	65
2.2.1.- Prevención desde una concepción social del delito	66
2.2.2.- La Política criminal como actividad del Estado	67
3.- Consideraciones a modo de síntesis	76
4.- De la función de la Política criminal y la comunicación entre las ramas que la componen	81
4.1.- Consideraciones previas	81
4.2.- Política criminal con Función de “Lege Ferenda”	83
4.3.- Política criminal como “puente” entre la Criminología y la Dogmática penal	84
4.3.1.- Evolución por “asentamiento”	84
4.3.2.- La Función del “Puente”	86
4.4.- La Política criminal “desde las bases” del sistema penal	91
5.- Conclusiones parciales: integración de la Política criminal al sistema	96

**CAPÍTULO II
POLÍTICA CRIMINAL DE LA SEGURIDAD EN LA
SOCIEDAD DEL RIESGO**

1.- Características de relevancia político criminal de la sociedad del riesgo	103
1.1.- Perspectiva general	103
1.2.- Aproximaciones a la sociedad del riesgo y de la información	107
1.2.1.- La realidad del riesgo “Objetivo”	107
1.2.2.- El riesgo sentido como realidad	111
2.- Política criminal del Derecho penal del riesgo	118
2.1.- Consideraciones preliminares	118
2.2.- Aproximación al denominado Derecho penal del riesgo	120

2.2.1.- Derecho penal del riesgo y tolerancia cero	127
2.2.2.- Derecho penal del riesgo y sociedad de la información: vínculos con la tolerancia cero	137
2.2.3.- Toma de postura: de la necesidad de distinguir entre expansión expansiva y expansión intensiva	145
3.- De lo moderno y la expansión en el Derecho penal actual	150
3.1.- Consideraciones preliminares	150
3.2.- De la “modernización” del Derecho Penal	151
3.2.1.- De lo que se entiende por moderno en esta postura	151
3.2.2.- Análisis y críticas a esta forma de entender la modernización del Derecho penal	152
3.3.- Sobre la expansión del Derecho penal	160
3.3.1.- La metáfora de las velocidades en el proceso de expansión	161
3.3.2.- El Derecho penal de la intervención de Hassemer. Paralelo con la tesis de Silva Sánchez y análisis crítico del mismo	162
3.3.3.- Perspectiva crítica de la expansión del Derecho penal. En particular sobre la metáfora de las velocidades	165
3.3.4.- De lo razonable en la expansión del Derecho penal	171
3.4.- Recapitulación y toma de postura	175

Segunda parte:

**PROTECCIÓN PENAL DE LA
SEGURIDAD VIAL**

CAPÍTULO III

**APROXIMACIONES A LA PROTECCIÓN PENAL
DE LA SEGURIDAD VIAL**

1.- Política criminal de la seguridad vial	185
1.1.- Relevancia social de la seguridad vial	185

1.2.- Política criminal de la seguridad vial: entre el Derecho penal del riesgo y el moderno Derecho penal	190
1. 2. 1.- La seguridad como eje político criminal	194
1. 2. 2.- De la intervención penal en el ámbito de la seguridad vial	200
1.2.2.1.- Moderno Derecho penal: viejos riesgos, nuevas valoraciones	200
1.2.2.2.- Sobre el efecto simbólico comunicativo	205
1.3.- De la intervención administrativa o penal	210
2.- Evolución de la intervención penal en la seguridad vial en España	217
2.1.- Análisis sintético de su origen y evolución	217
2.2.- Del génesis y lo administrativo en el “Derecho de la circulación”	218
2.3.- De la intervención penal y el final de la especialidad	219
2.4.- Sobre la especialidad del “Derecho de la circulación”	220
3.- Protección penal de la seguridad vial: cuestiones comunes	224
3.1.- Concepto de conducción penalmente relevante	224
3.2.- Concepto de vehículo a motor y ciclo motor	226
3.3.- Elemento espacial: vía pública	229
3.4.- Ubicación en el código penal	236

**CAPÍTULO IV
SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
Y LA SEGURIDAD VIAL**

1.- Cuestiones generales.....	237
2.- Marco de trabajo.....	238
3.- Sobre el concepto de bien jurídico seguridad vial.....	239
3.1.- Del contexto de la discusión.....	239
3.2.- Concepto y contenido de la seguridad vial como bien jurídico protegido en estos delitos.....	240
3.3.- Análisis crítico a esta forma de concepcionar el bien jurídico.....	243
3.3.1.- Sobre la relación de la seguridad colectiva y la seguridad vial.....	244

3.3.2.- Sobre la difícil distinción entre Derecho penal y administrativo	
en esta forma de entender la seguridad vial.....	247
4.- Sobre la naturaleza del bien jurídico seguridad vial.....	249
4.1.- Del contexto de la discusión.....	249
4.2.- De las diversas posturas sobre la naturaleza del	
bien jurídico seguridad vial.....	251
4.2.1.- La seguridad vial como bien jurídico colectivo	
sin referente individual.....	251
4.2.2.- La seguridad vial como bien jurídico colectivo	
con referente individual.....	254
4.2.3.- La seguridad vial con función delimitadora de la modalidad	
de riesgo de bienes jurídicos individuales.....	263
5.- Valoración crítica y toma de postura.....	268
5.1.- Análisis crítico de las teorías expuestas.....	269
5.2.- Toma de postura.....	280

CAPÍTULO V

DE LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN EXCEDIENDO LA VELOCIDAD REGLAMENTARIA Y BAJO LA INFLUENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS O BEBIDAS ALCOHÓLICAS (art. 379 nº 1 y 2)

1.- Consideraciones previas	287
2.- Conducción excediendo la velocidad reglamentaria (art. 379 nº 1)	289
2.1.- Estructura típica objetiva	289
2.1.1.- Sujeto activo y pasivo	289
2.1.2.- La conducta típica	290
2.2.- Tipicidad subjetiva	293
2.3.- De la técnica de tipificación	294
2.3.1.- Ley penal en blanco	294

2.3.2.- Delito de peligro abstracto puro	298
2.4.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	300
3.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. (art. 379 nº 2)	303
3.1.- Consideraciones previas	303
3.2.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. (art. 379 nº 2 inc. primero)	304
3.2.1.- Origen y antecedentes	304
3.2.2.- Tendencia legislativa de este precepto	307
3.2.3.- Estructura típica objetiva	309
3.2.3.1.- Sujetos activo y pasivo	310
3.2.3.2.- La conducta típica	310
3.2.4.- La influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas	311
3.2.4.1.- Sustancias típicas	311
3.2.4.2.- Influencia en la conducción	314
3.2.5.- El tipo subjetivo	322
3.2.6.- De la técnica de tipificación	323
3.2.7.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	327
3.2.7.1.- Consideraciones preliminares	327
3.2.7.2.- Los delitos de peligro abstracto puro como técnica de tipificación en el artículo 379 nº 2 inc. primero	328
3.2.7.2.1.- Exposición de esta postura	328
3.2.7.2.2.- En la jurisprudencia	330
3.2.7.2.3.- Valoración crítica	332
3.2.7.4.- Los delitos de peligro hipotético como técnica de tipificación en el artículo 379 nº 2 inc. primero. (variante bien jurídico intermedio)	334
3.2.7.4.1.- Exposición de esta postura	334
3.2.7.4.2.- Valoración crítica	341
3.2.7.5.- Los delitos de peligro hipotético como técnica de tipificación	

en el artículo 379 nº 2 inc. primero. (variante bienes jurídicos individuales)	344
3.3.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. (art. 379 nº 2 inc. segundo)	347
3.3.1.- Consideraciones previas	347
3.3.2.- Descripción típica	350
3.3.3.- De la técnica de tipificación	351
3.3.4.- Una interpretación material posible	356

**CAPÍTULO VI
EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA (art. 380)**

1.- Consideraciones previas	361
2.- El tipo objetivo	363
2.1.- Análisis de la descripción típica	363
2.2.- La temeridad manifiesta	364
2.3.- La presunción del nº 2 del artículo 380	369
3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	372
4.- El tipo subjetivo	376

**CAPÍTULO VII
EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA CON MANIFIESTO
DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS (art. 381)**

1.- Consideraciones previas	379
2.- El tipo objetivo	381

3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	383
4.- Tipo subjetivo	384
5.- Consecuencia accesoria: el comiso del vehículo	389

CAPÍTULO VIII
EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS
PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA (art. 383)

1.- Consideraciones previas	391
2.- La cuestión de inconstitucionalidad del antiguo art. 380.....	393
3.- El tipo objetivo	397
3.1.- La conducta típica	397
3.2.- Análisis de la conducta típica	397
4.- El tipo subjetivo	400
5.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido.....	401
5.1.- De la controversia en torno a la nueva redacción del art. 383 del Código penal.....	402
5.1.1.- Sobre la pluriofensividad y la supresión de la referencia al delito de desobediencia grave.....	403
5.1.2.- Sobre el distingo de la infracción administrativa del injusto penal	407

CAPÍTULO IX
CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR O CICLOMOTOR CON EL PERMISO SIN VIGENCIA, CON PÉRDIDA TOTAL DE PUNTOS ASIGNADOS LEGALMENTE, PRIVADOS DEL MISMO POR DECISIÓN JUDICIAL, O SIN HABERLO OBTENIDO NUNCA (art. 384)

1.- Consideraciones previas	415
2.- El tipo objetivo	416

2.1.- Conducción sin permiso por haber perdido la totalidad de los puntos asignados legalmente	417
2.1.1.- De la ratio legis	417
2.1.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	418
2.2.- Conducción sin permiso o licencia por privación cautelar o definitiva por decisión judicial	421
2.2.1.- De la ratio legis	421
2.2.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	422
2.3.- Conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción	425
2.3.1.- De la ratio legis	425
2.3.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	426
3.- El tipo subjetivo	430

**CAPÍTULO X
EL DELITO DE CREACIÓN DE GRAVE RIESGO PARA LA
SEGURIDAD DEL TRÁFICO (art. 385)**

1.- Consideraciones previas	431
2.- El tipo objetivo	433
2.1.- Originar un grave riesgo para la circulación mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutando, sustrayendo o anulando la señalización o cualquier otro medio	434
2.2.- Originar un grave riesgo para la circulación no restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo	438

3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido	442
4.- El tipo subjetivo	444
Conclusiones	449
Bibliografía citada	472

ABREVIATURAS

AAVV:	Autores varios
ADPCP:	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
Art. (s):	Artículo (s)
AUSEJP:	Asociación de Universitarios Salmantinos de Estudios Jurídicos y Políticos
BOE:	Boletín Oficial del Estado
COA:	Colección Opiniones y Actitudes
Coord. (s):	Coordinador (s)
Comp. (s):	Compilador (s)
CNRR:	Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación
CECUL:	Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna
CCUM:	Centro de Criminología de la Universidad de Medellín
CPC:	Cuadernos de Política Criminal
CDJ:	Cuadernos de Derecho Judicial
CGC:	Cuadernos de la Guardia Civil
CFD:	Cuadernos de Filosofía del Derecho
CJ:	Cuadernos Jurídicos
CIS:	Centro de Investigaciones Sociológicas
CISE:	Ciencias de la Seguridad Universidad de Salamanca
CIVC:	Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
CRTB:	Centre de Reserca Thomas Becket
DGT:	Dirección General de Tráfico
DPCRI:	Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional

**BASES DE POLÍTICA CRIMINAL Y
PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD VIAL
(ESPECIALMENTE SOBRE EL ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL)**

Dir. (s):	Director (s)
Ed.:	Edición
Edit.:	Editor (es)
Esp.:	Especialmente
EUS:	Ediciones Universidad de Salamanca
Fcu.:	Fundación de cultura universitaria
Fasc.:	Fascículo
Ibíd.:	Mismo autor y obra
inc.	Inciso
INACIPE:	Instituto Nacional de Ciencias Penales (México)
IAAP:	Instituto Andaluz de Administración Pública
LH.:	Libro Homenaje
LO.:	Ley Orgánica
LTCVMSV:	Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial
Ob.cit.:	Obra citada
Pág. (s):	Página (s)
PG:	Parte General
PE:	Parte Especial
PL:	Periódico la Ley
PAJA:	Periódico Actualidad Jurídica Aranzadi
RAE	Real Academia Española
Reim.:	Reimpresión
Rgc.	Reglamento general de circulación
RP:	Revista Penal
RDCS:	Revista de las Disciplinas del Control Social
RICPCUE:	Revista del Instituto de ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia
RDC:	Revista de Derecho de la Circulación
RDL:	Revista Latinoamericana de Derecho
RJEDJB	Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
RDDP:	Revista de Derecho Penal
RDPP:	Revista de Derecho y Proceso penal
RDMF:	Revista del Ministerio Fiscal
RIBC:	Revista del Instituto Bartolomé de las Casas
RDV:	Revista Doctrina Penal
RDPC:	Revista de Derecho Penal y Criminología
REGASP:	Revista Galega de Seguridad Pública
RJPS:	Revista Justicia Penal y Sociedad
RJPD:	Revista Jueces para la Democracia
RL:	Revista la Ley

RECPC:	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RECPCR:	Revista Electrónica de Ciencias Penales de Costa Rica
REDA:	Revista Electrónica de Derecho Ambiental
REDDA:	Revista Española de Derecho Administrativo
REPC:	Revista Electrónica de Política Criminal
RECJ:	Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas
RNFP:	Revista Nuevo Foro Penal
RAP:	Revista Actualidad Penal
RJCL:	Revista Jurídica de Castilla y León
RJC:	Revista Jurídica de Catalunya
RJUAM:	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid
RADA:	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RFDUG:	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada
RFDUCM:	Revista Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid
RPJ:	Revista Poder Judicial
RPC:	Revista Poder y Control
RPE:	Revista Pena y Estado
RIDP:	Revue Internationale de Droit Pénal
REEI:	Revista electrónica de estudios internacionales
ss.:	Siguientes
SEUPV:	Servicio Editorial Universidad del País Vasco
SGTMJE:	Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia de España
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP:	Sentencia de Audiencia Provincial
T.:	Tomo
Trad.:	Traducción, traducido
Univ.:	Universidad
Vid.:	Véase
Vol.:	Volumen

INTRODUCCIÓN

“Siempre hay una zona de indeterminación entre un sistema que pretende ser reformista y una reforma que pretende ser sistemática”¹

Es justamente en esa zona de indeterminación, de la que nos habla NEGRI, en la que se encuentra el Derecho penal actual y que desde luego va mucho más allá de la sola cuestión de la seguridad vial. Sin embargo, huelga decirlo, no debe perderse de vista que las manifestaciones de aquélla son visibles en todos los planos del mismo. Dicho de otra manera, siendo el ámbito del tráfico viario parte de ese todo que se encuentra en pleno tránsito de un sistema a otro, no tiene éste posibilidad alguna de escapar del mismo fenómeno. Ello en la actualidad resulta evidente, y no sólo por la vinculación que con dichas transformaciones puede vislumbrarse ya de su misma denominación (seguridad adjetivada), sino también por la tendencia material que en esta área se ha ido dando, de la cual es muestra palmaria la última reforma operada en este sector.

¹ Vid. NEGRI Toni, “Prefacio”, *“Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control”*, trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús, Barcelona, Editorial Virus, 2005, pág. 27.

Nadie estaría dispuesto a negar que en la actualidad la discusión doctrinaria de estos tiempos pasa de una u otra manera, y en muchos sentidos, por ese nuevo referente sociológico al que se ha llamado sociedad del riesgo, y en el que en materia penal suele asociársele con términos como “expansión”, Derecho Penal del riesgo, modernización, administrativización...etc. En este plano de la discusión se puede encontrar, en todo caso, y por más novedosas que se nos presenten algunas polémicas, con problemas o controversias que han marcado al Derecho Penal a lo largo de su historia. En este sentido podemos destacar básicamente dos: la tensión permanente en todo sistema penal entre eficacia y garantías y, la contradictoria relación existente entre una sociedad que exige cada vez mayor intervención del Derecho Penal y la declaración de principios de éste, en la que se atribuye a su intervención el carácter de subsidiaria y de ultima ratio.

De lo anterior puede vislumbrarse que el contexto en el que se incerta esta tesis, es más amplio que la sola exégesis del articulado penal. De esta forma, he tratado de modular el trabajo con el objetivo de alcanzar un punto medio entre la perspectiva general y la particular sobre los delitos relativos a esta materia. Así, esta tesis se encuentra referida al ámbito de la protección penal de la seguridad vial y no sólo de los delitos contra el mismo. Ya desde el título ésto quiere dejarse claro, haciendo alusión a unas bases político criminales de la mencionada parcela penal, lo que entre otros motivos se fundamenta en mi nacionalidad “latinoamericana”, pues dicha plataforma servirá también para acercarme a mi realidad.

Ahora bien, desde otro ángulo pero en el mismo sentido, naturalmente no se me escapa que existen espacios sociales en los que hoy en día las

consecuencias penales del referido periplo entre paradigmas sociales puede observarse con mayor intensidad (expulsión de seres humanos en razón de nacionalidad o criminalización de la solidaridad, como en el caso de los delitos relativos a la inmigración), pero no es menos cierto que difícilmente con mayor facilidad que en el plano de la Política criminal de la seguridad vial. Esa cotidianidad en la aplicación de la Política criminal de corte netamente securitario, esa aplicación a pie de calle del riesgo como dispositivo de gobierno, ha sido no sólo motivo de la elección de este tema, sino también guía en la elaboración de esta tesis.

Desde una perspectiva político criminal, es imposible no tener en consideración, atendida la necesaria vinculación a la realidad que ha de tener ésta y a través de ella el Derecho penal, las estremecedoras estadísticas que respecto de esta materia se han venido manifestando a lo largo ya de años. No me parece necesario hacer aquí una justificación detallada de cifras escalofriantes para destacar que el ámbito social del tráfico rodado ha alcanzado un nivel de extraordinaria relevancia en la sociedad española, sin perjuicio de que la toma de conciencia individual de los riesgos de la actividad sea casi inversamente proporcional. Desde otro punto de vista, aunque en el mismo sentido, conviene tener en consideración que se trata de una problemática que se encuentra muy lejos de ser sólo una cuestión local, que afecte a España en particular, sino que se ha desarrollado como un triste fenómeno de dimensiones continentales y mundiales.

Teniendo la calidad señalada, la discusión es aplicable a la parte especial del Código Penal, y buscar, desde esa perspectiva, el entendimiento de los tipos penales que se adecuen de mejor manera a los tiempos que corren. No cabe

duda que en esta área puede ubicarse a los delitos que atenten contra la seguridad vial, pues en ellos y, a pesar de tener la intervención penal una ya larga vida, iniciada en 1950 mediante ley especial e incorporada al Código Penal en 1967, el interés que actualmente se le dedica por los medios de comunicación y por su intermedio la sociedad, es no sólo marcado, sino también creciente. Así es como se dan las controversias más arriba señaladas pues, las dificultades que plantea al Derecho Penal como ha sido conocido hasta ahora, con su plexo de garantías, y la intervención y eficacia de ella en detrimento de lo administrativo, son temas que comprenden el ámbito de estos delitos y que aquí serán analizados.

Ahora bien, parece evidente el interés y actualidad que el tema tiene en sí mismo pero, me parece que antes de entrar al estudio de las conducta típica en sí, resulta necesario destinar algún tiempo a clarificar la base de aquello que se sostendrá. De ahí que me pareció adecuado, comenzar esta tesis con el análisis de la Política criminal, para luego ubicar la tendencia que esta tiene en la actual sociedad del riesgo, para finalmente dedicarnos al análisis de los delitos en particular que aquí se tratan.

En este orden de cosas, y a pesar de reconocerse en la Política criminal un concepto, una institución básica, lo cierto es que casi no existen puntos de acuerdo respecto de ella, ni en su función, límites y objeto. Para ello atenderemos a la evolución de ésta, para luego, partiendo de una ya asentada distinción formal, aproximarnos a lo que se entenderá por Política criminal. Me parece ésta una cuestión de gran relevancia, si se tiene en cuenta el importante papel que a ella se le ha venido asignando en la discusión dogmática.

Y en esta materia en particular, pues, se nos habla siempre de una “tendencia político criminal” o de la “Política criminal de la sociedad del riesgo”, partiéndose de una base que se presume, sin perjuicio de no existir solidez en la misma, “Quiero decir con ello que gran parte de los penalistas también recurrimos con gran frecuencia a la Política criminal, pero casi siempre dentro del marco de la Dogmática y sin precisar ni delimitar su significado y contenido esencial”. Con intención de contrarrestar aquéllo, se planteará la visión político criminal desde la que aquí se parte.

Seguidamente se dedicarán las líneas que vienen, a la determinación de la función de la Política criminal y la comunicación entre las ramas que la componen, analizando las diversas funciones que se le han asignado a la Política criminal, desde aquella que le consideraba como de mera lege ferenda hasta las más actuales que implican el reconocimiento de la intervención de ésta no ya sólo con función de “puente” entre la dogmática y, básicamente, la criminología, sino que entendiendo a la Política criminal desde las bases del sistema, de manera que sus criterios valorativos, y por tanto políticos, sean considerados en todo éste.

Pasado que sea dicho tema, y habiendo tomado posición respecto de él, se dedicará el capítulo segundo a la caracterización de la sociedad del riesgo en aquello que se vincule con la Política criminal. En dicho sentido se realizará una aproximación a ella desde una perspectiva dual, esto es, incorporando los efectos que también tiene lo que se ha denominado como “sociedad de la información”. Desde esta visión se advertirá la relación y diferencias existentes entre lo que aquí se ha llamado sociedad del riesgo objetivo y sociedad del riesgo sentido, deteniéndonos en el axial papel que los medios de comunicación

cumplen en esta materia. Sobre esta premisa se analizarán las distintas visiones o plataformas que, imbuidos en la descrita sociedad, se ha dado al actual desarrollo del Derecho Penal.

Primeramente, se estudiará el concepto y críticas de la postura denominada Derecho penal del riesgo. En ella se hará fundamental hincapié en el, a mi juicio, principal defecto que de ella se desprende, esto es, otorgar cobertura ideológica a manifestaciones alejadas no sólo del Derecho penal en particular, sino de cualquier Política criminal que tenga como marco un Estado social y democrático de derecho.

Para ello se dedicarán algunas líneas a demostrar la incompatibilidad de ciertos movimientos que, bajo el lema de “seguridad ciudadana” y eufemismos afines, mantienen con esa forma de Estado y de cómo dichas tendencias autoritarias se han infiltrado en la discusión sobre el papel del Derecho penal en la sociedad del riesgo, expresándose en políticas criminales del mismo tipo. Con ello se intentará poner en evidencia la conveniencia de adoptar una visión distinta que se aleje del binomio seguridad-riesgo como única base de la intervención y respuesta del Estado a los conflictos de la sociedad actual.

Atendido lo anterior, se analizarán otras dos plataformas desde donde enfrentar las problemáticas de la sociedad que se estudia. Para ello me referiré en primer término a la postura denominada como “modernización del Derecho penal”. En ella se advertirán las dificultades que se plantean en esta visión, principalmente la ambigüedad en que se expresa la aceptación o no del denominado Derecho penal del enemigo, criticando dicha postura sin perjuicio de referirnos a manifestaciones que concretamente parecen acertadas de la

lectura de la dinámica social de estos tiempos. Se verá, con la misma visión crítica, lo que aquí se aglutinará bajo la expresión “expansión del Derecho penal”. Además, se advertirán las dificultades que plantea sustentar en una forma de Estado como la que ha adoptado España, el reconocimiento legal de las velocidades del Derecho penal, que se proponen como mejor manera de enfrentarse a la actual realidad de las sociedades post industrializadas.

Con ello se pone fin a la primera parte de esta tesis, estableciendo las bases político criminales desde las que aquí se parte para desarrollar el análisis posterior de la protección penal que el Estado otorga actualmente a la denominada seguridad vial.

De esta forma, y teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, respecto de la forma en que aquí se entiende a la Política criminal y la postura adoptada en cuanto a la modernización del Derecho penal, se pasa al estudio de la actual Política criminal de la seguridad vial. Podrá comprobarse cómo ésta se encuentra permeada por la idea de la seguridad, de modo tal que la hacen entrar en conflicto con la forma misma de Estado. Destacándose los factores que llevan a dicha situación y los rasgos que la caracterizan.

Se entrará luego al análisis y crítica del bien jurídico protegido por estos delitos, advirtiéndose como el consenso al que se ha arribado, tanto en la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, respecto de que este sería la seguridad vial, se basa antes que el fondo, en una mera cuestión de nomenclatura. Como se tendrá oportunidad de observar, lo anterior se refleja en la escasa referencia que actualmente se hace del concepto de este bien jurídico, como en las dificultades que plantea su naturaleza jurídica.

De este modo, se llega al estudio de los delitos en particular. Como se desprende del propio título de esta tesis, se ha prestado una mayor atención al artículo 379 del código penal. Ello tiene como fundamento no el mero capricho, sino la mayor connotación que el referido precepto tiene en este ámbito. De esta manera, existen razones de orden social, político criminal y dogmáticas que refrendan esta perspectiva. Desde el punto de vista social, es innegable que esta figura penal es la que más repercusión tiene en la opinión pública, y entiéndase bajo este concepto tanto a la ciudadanía como los medios de comunicación, como formadores de opinión. Sobre este aspecto, resulta ilustrativo tener en cuenta el contenido de las campañas de prevención de accidentes de tráfico impulsadas por el Estado. En ellas, invariablemente se insiste en poner mayor énfasis a los factores velocidad y consumo de alcohol y drogas, conductas éstas incriminadas por el precepto en comento, lo que viene a dejar en claro el impacto social al que hice referencia, y que da pie a ese aire paternalista que en estas campañas asume la DGT (“No podemos conducir por ti”).

Teniendo en cuenta dicha resonancia mediática, la Política criminal que el Estado desarrolla en el ámbito del tráfico viario se ve fuertemente influida, erigiéndose como ejemplo paradigmático el referido artículo 379. En el puede encontrarse, como se verá, las manifestaciones más propias de la Política criminal de corte securitario.

Desde el punto de vista de la dogmática penal, este artículo contiene al delito de conducción con exceso de velocidad (art. 379.1), cuya naturaleza jurídica bifronte tiene, por una parte, la estructura de una ley penal en blanco, de una discutible adecuación al marco constitucional y, por la otra, la naturaleza de delito de peligro abstracto. Luego encontramos la conducción

bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379.2), cuya estructura actual es diferenciada. Así, el inciso primero tiene la naturaleza jurídica de delito de peligro abstracto hipotético, y el inciso segundo se trataría, en el mejor de los casos, de un delito de peligro abstracto. En el mismo sentido, pero desde otro ángulo, podrá verse cómo la normativa contenida en este artículo refleja de mejor manera los problemas de que adolece la cuestión del bien jurídico en este ámbito. En definitiva, si se tienen en cuenta estas consideraciones queda perfectamente justificado el mayor grado de atención que en esta tesis se da a este precepto.

Sin perjuicio de lo anterior, no se descuida el análisis del resto de figuras que conforman este grupo de delitos, todo lo cual se llevará a cabo desde una postura crítica, tanto del bien jurídico protegido en cada tipo penal, como de la técnica de tipificación que el legislador haya otorgado en cada caso. Es ésta, además, una labor que me parece alcanza una relevancia mayor si se tiene en consideración el cada vez más marcado tono objetivista que sobre los delitos que aquí se tratan ha ido adoptando el legislador penal español, de lo cual es muestra palpable la última reforma legislativa que sobre estas materias se realizó (LO. 15/2007 de 30 de noviembre). Finalmente el lector podrá arribar a las conclusiones finales de esta tesis.

Por último, no puedo cerrar este epígrafe introductorio, sin dejar constancia de mi más sentido agradecimiento a mis compañeros del seminario Antón Oneca, y particularmente a mi directora Dra. Cristina Méndez, por su diligencia, interés y confianza en mi trabajo.

Primera parte:

**BASES DE POLÍTICA CRIMINAL
Y SOCIEDAD DEL RIESGO**

CAPÍTULO I

BASES DE POLÍTICA CRIMINAL

1.- Sobre el concepto de Política criminal

¿Qué es la Política criminal? Pues en principio una buena pregunta. Una de aquellas catalogables en la columna de “insoslayables” para los tiempos que corren en el ámbito de las ciencias penales. Éste, bien es conocido, se ha caracterizado por el gran acuerdo existente respecto de la creciente trascendencia de la Política criminal, sin perjuicio de no existir semejante concierto² en cuanto al contenido, límite y funciones de la misma³.

² En esta línea, BARATTA reconocía en la indeterminabilidad del “instrumental” la razón de la complejidad y con ello de la tortuosa conceptualización. Vid. BARATTA Alessandro, “Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, en AA.VV., Memorias Foro de Política Criminal, Universidad Javeriana, Bogotá, 1998, págs. 25-28 y en, del mismo, “La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales”, RFDUG, nº 2, 1999, pág. 89.

³ En este sentido, entre otros, vid. BAIGÚN David, “Política Criminal y Derecho Penal”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 31; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límite”, en AA.VV., Política criminal y Nuevo Derecho Penal, LH. a Claus Roxin, Barcelona, 1997, págs. 18-19; BARATTA Alessandro, “Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, ob.cit., pág. 25 y en, del mismo, “La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales”, ob.cit., pág. 89.

A primera vista resulta extraño, sin embargo ser muy frecuente, que lo que debiera ser un concepto asentado, teniendo en cuenta la particular importancia que señalábamos viene cobrando, tenga una dificultad tal que resulte ya en sí complejo reconocer aquello que parece ser lo “mínimo” a exigir a la Política criminal: establecer cuando menos los deslindes más o menos consensuados de una definición⁴.

Naturalmente que en una dinámica como la que se ha venido manteniendo, la precisión terminológica no puede ser una de sus características más destacadas⁵. Está fuera de discusión la capital importancia que tiene la utilización de un lenguaje riguroso en nuestra área de conocimiento⁶, no obstante, se está conteste también que ello, en el plano de la Política criminal, no se ha visto cumplido⁷.

⁴ “Las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminología, han sido materia de ardiente discusión desde que las dos últimas disciplinas aparecieron formalmente, es decir, al menos cuando Liszt, a finales del pasado siglo, señaló que el primero es el límite de la segunda”. Vid. FERNÁNDEZ Carrasquilla Juan, “Hacia un derecho penal de la liberación”, en AA.VV., Criminología Crítica, I seminario, CCUM, Medellín, 1984, pág. VII.

⁵ Sobre ello, señala BINDER: “Esto se debe a que a lo largo del tiempo al término “política criminal” se le han asignado muchos y diversos significados. Ha tenido el significado... de un determinado aspecto de la política pero que también se la ha considerado como una determinada “ciencia”. En ocasiones se lo ha referido a una cierta escuela. En otras, se lo usó para englobar a todas las escuelas de pensamiento sobre este tema. Obviamente, la proliferación de acepciones ha generado confusión”. Vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1997, pág. 28.

⁶ Consideración que, por lo demás, no atañe en exclusiva a la Política criminal. Sobre la polisemia de importantes vocablos, citando a Bentham, señala PÉREZ LUÑO: “...palabras tales como leyes, derechos, seguridad, libertad... son términos que se emplean con gran frecuencia en la creencia de que hay acuerdo sobre su significado, sin reparar que tales afirmaciones tienen un gran número de acepciones distintas. De ahí que usarlas sin tener clara idea de su sentido es ir de error en error”. Vid. PÉREZ LUÑO Antonio, “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Madrid, Tecnos, 2005, págs. 28-29.

⁷ En este sentido, vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., pág. 118; CERESO MIR José, “Curso de Derecho Penal Español”, PG., T. I, Madrid, Editorial Tecnos, 2005, pág. 88; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles”, Madrid, Thomsom-Civitas, 2004, pág. 39. Tachándola de “agujero negro difícil de llenar”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, Madrid, Editorial Colex, 2001, pág. 17.

1.1.- Acerca de las dificultades “limitativas” del concepto Política criminal

Dentro de ese contexto que he señalado, no es difícil encontrarse definiciones (¿declaraciones?) que sólo vienen a dejar testimonio por escrito de las dificultades existentes en la delimitación conceptual. Punto éste que se vislumbra como uno de los pocos sobre el que la doctrina encuentra un cierto acuerdo⁸. Muy gráfica respecto de lo que se viene señalando, la tantas veces citada DÉLMAS-MARTY expresa: “¿Y si política criminal no fuera más que palabras vacías? ¿O, más bien, palabras demasiado llenas por la pluralidad de significados que se les atribuye, y absolutamente distintas por la multiplicidad de manifestaciones y matices que cada cultura les ha aportado? ¿Un cuadro, quizá, demasiado laxo, del que las imágenes continuamente huyen?”⁹.

Es precisamente este “caleidoscópico” escenario de términos diversos el que ha llevado a parte de la doctrina a reconocer cierto abatimiento en la tarea de lograr un concepto unívoco por ser ésta una labor, según SILVA SÁNCHEZ, carente de sentido¹⁰.

Sería insensato, por supuesto, negar la profundidad de los breves a que nos somete la conceptualización de la Política criminal¹¹, pero el reconocimiento

⁸ En este sentido, y crítico respecto de la capacidad encubridora de la amplitud conceptual de la Política criminal, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)”, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp., págs. 859-860.

⁹ Vid. DÉLMAS-MARTY Mirelle, “Modelos Actuales de Política Criminal”, trad. dir. por Marino Barbero Santos, Madrid, SGTME, 1986, pág. 19.

¹⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límite”, ob.cit., pág. 19.

¹¹ En este sentido, entre otros, vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Curso de Política Criminal”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 21-37; GÖPPINGER Hans, “Criminología”, trad. Luisa Schwarck e Ignacio Luzárraga, Madrid, Editorial Reus, 1975, págs. 18-21; SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal”, trad. Alberto

de aquello no puede hacer perder de vista que las meras declaraciones no pueden transformarse en arcanos donde asentarse para conformarnos con “sucedáneos conceptuales”. Es conveniente tener presente que éstas, más bien, bosquejan la desesperación del dogmático ante un objeto de estudio que se niega a la pulcritud exigida por una individualización teórica. En definitiva, declaraciones que nos acercan más que a un supuesto “concepto del objeto”, a la representación de la “angustia del sujeto”.

Es justamente ese estado de la cuestión, que no ha pasado inadvertido para parte de la doctrina, el que da origen a que se cuestione, por lo demás con toda razón, el fundamento de la “popularidad” alcanzada entre los estudiosos del Derecho penal por la “voz” Política criminal¹². Y es que esa creciente notoriedad no ha ido acompañada del mínimo de precisión necesario que indique al menos que se ha querido decir¹³ con ella cuando se la invoca. De ahí que se tache la misión orientadora de ésta como un mero recurso retórico que no iría más allá de sí mismo¹⁴.

Elbert, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, págs. 7-28; BLANCO LOZANO Carlos, “Dogmática, Política Criminal y Criminología en el Sistema del Derecho Penal”, CPC, nº 86, 2005, págs. 5-29; LÓPEZ-REY Y ARROJO Manuel, “Criminología”, Madrid, Aguilar Ediciones, 1978, págs. 340-349; SERRANO GÓMEZ Alfonso, “Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”, en AA.VV., Estudios Penales, LH. al Prof. J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982, págs. 539-563 y, del mismo título y autor, en ADPCP, T. XXXIII, Fasc. I, 1980; ZIPF Heinz, “Introducción a la Política Criminal”, trad. Miguel Izquierdo Macías Picabea, Madrid, Edersa, 1979, esp., págs. 1-14; ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Criminología. Aproximación desde un Margen”, Bogotá, Editorial TEMIS, 1993, esp., págs. 20-21; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., esp., págs. 21-24.

¹² En este sentido, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella), ob.cit., esp., págs. 859-866.

¹³ Así, por ejemplo, señala BORJA: “Quiero decir con ello que gran parte de los penalistas también recurrimos con gran frecuencia a la Política Criminal, pero casi siempre dentro del marco de la Dogmática y sin precisar ni delimitar su significado y contenido esencial”. Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., pág.118. En el mismo sentido también, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal” en AA.VV., El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos, LH. al Prof. Ángel TORÍO López, Granada, Editorial Comares, 1999, págs. 213-215 y en, del mismo, “Política Criminal y Persona”, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2000, págs. 21-22.

¹⁴ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella), ob.cit., esp., pág. 860.

Sin pretensiones de oráculo, puede de todas formas advertirse que la falta de concreción que se le reprocha a la Política criminal no puede carecer de consecuencias. De entre ellas la más grave será la inevitable devaluación de la misma. A primera vista esta afirmación puede parecer chocar con la realidad, si se tiene en cuenta el alto grado de consenso doctrinal en reconocer que la labor jurídico penal debe estar guiada por coordenadas político criminales¹⁵, pero más temprano que tarde, ello se verá anulado si dicho acuerdo se sigue sustentando sobre un “espacio en blanco”.

Ahora bien, no se trata sólo de encender las alarmas y abandonarnos luego a un escepticismo rotundo. El real aporte de la perspectiva político criminal no requiere sólo de fortalecer sus innegables potencialidades, sino también de dar respuesta a las críticas sobre sus falencias. Sobre dicha premisa, y teniendo en cuenta las circunstancias reseñadas, es que en esta tesis, sin pretender resolver la problemática de los deslindes del concepto en términos definitivos, se opta por el planteamiento de un concepto de trabajo que se corresponda con el marco de referencia que le da sustento: el Estado social y democrático de derecho en la que se enmarca.

Así, y a fin de acercarnos a un concepto tal de Política criminal, en el siguiente punto se realizará una síntesis evolutiva de la misma que vaya sentando algunas bases en dicha dirección.

¹⁵ En este sentido, lo destaca por ejemplo, TAMARIT SUMALLA Josep María, “Política criminal con bases empíricas en España”, REPC, nº 3, 2007, <http://www.politicacriminal.cl>, esp., pág. 1, y la bibliografía que allí se cita.

1.2.- Aproximaciones a un concepto de Política criminal

Habitualmente la Política criminal ha sido esencialmente caracterizada en función de su tarea crítica respecto del derecho vigente¹⁶, de la que devendría una consecuente propuesta de modificación de las normas que fuesen objeto de dicha labor. Visión ésta que venía a encasillarla, básicamente, en el ámbito de la “*lege ferenda*”¹⁷.

De la asignación de esta tradicional función buen ejemplo encontramos ya en VON LISZT quien, desde la perspectiva dual en la que se sustentaba¹⁸, se refería a ella en los siguientes términos: “La Política criminal nos da el criterio para la apreciación del Derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir”¹⁹.

¹⁶ No se me escapa que el término política criminal es utilizado ya con anterioridad y con diverso contenido de los autores y forma aquí señalada. Y es que la historia del concepto de política criminal es tan larga como confusa, pero a pesar de ello, sin perjuicio de no existir acuerdo en su origen, ésta ha sido marcada con KLEINSROD (1793), FEUERBACH (1801) o HENKE (1823), por citar a los más renombrados. Ahora bien, me parece que no resulta oportuno extenderme a esos ámbitos por ser éstas tan breves páginas. Sobre ello, vid. VON LISZT Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”, trad. de la 18ª edición alemana y adicionado con Historia del derecho penal en España por Quintiliano Saldaña, T. I, Madrid, Reus, 1914, págs. 9-12, y en el Tomo II de la misma obra, trad. de la 20ª edición alemana por Luís Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1914, págs. 42-78. Sobre el desarrollo de la Política criminal en España después de Von Liszt vid. ANTÓN ONECA José, “*La Generación Española de la Política Criminal*”, en AA.VV., Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho, LH. al Prof. Luís Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, págs. 337-348. Desde otra perspectiva, hay quienes consideran a BECCARIA como el “verdadero padre de la Política criminal”, a modo de ejemplo, vid. ZÚNIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Política Criminal*”, ob.cit., págs. 75-77 y en, de ella misma, “*Nociones de política criminal*”, Salamanca, CISE, 2006, págs. 29-30; RIVERA BEIRAS Iñaki, “*Elementos para una aproximación epistemológica*”, en AA.VV., Política Criminal y sistema penal. Nuevas y viejas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona, Anthropos, 2005, esp., pág. 23; HERRERO HERRERO César, “*Política Criminal integradora*”, Madrid, Dykinson, 2007, esp., págs. 81-82. Respecto de la verdadera importancia de BECCARIA en este ámbito, y la recepción o no de su pensamiento en Latinoamérica. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “*La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo*”, ADPCP, T. XLII, Fasc. I, 1989, págs. 521-551.

¹⁷ Así, por todos, en este sentido, vid. MIR PUIG Santiago, “*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, esp., págs. 14, 24-25; MILLITELLO Vincenzo, “*Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea*”, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo”, Luís Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, págs. 42-43 u. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “*La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)*”, ob.cit., esp., pág. 866.

¹⁸ En el mismo sentido, por todos, vid. ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*”, trad. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, 1972, esp., págs. 32-35 o, más reciente, vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, “*El derecho penal de autor*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, págs. 36-51.

¹⁹ Vid. VON LISZT Franz, “*Tratado de Derecho Penal*”, T. I, ob.cit., pág. 3.

Asignando también dicho quehacer, el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA identificaba la Política criminal como una parte, un elemento más del Derecho penal, como un "...corolario de la dogmática: crítica y reforma"²⁰. De semejante signo se manifestaron también ANTÓN ONECA, SALDAÑA y LANGLE. Señalaba el primero que la ciencia del Derecho Penal es a su vez Política criminal, en el sentido de ser crítica de las instituciones vigentes y de la preparación de su propia reforma, de acuerdo a lo que él denominó "ideales jurídicos", mismos que se irían configurando conforme a las transformaciones sociales (histórico-culturales)²¹.

Ya antes, también en España, opinaba SALDAÑA que la Política criminal presenta dos funciones principales. La primera referida a una tarea crítica de la legislación penal vigente, a la luz de los fines del Derecho y de la pena, y la observación de sus resultados; y la segunda encaminada a efectuar proposiciones para la reforma del Derecho penal actual²². En esta misma línea, LANGLE otorgaba a la Política criminal la función de indicar los fines para el sistema penal y crear una legislación que respondiera a los mismos. De ahí que reconociera en ésta sus dos funciones: "*Es crítica y legislativa, somete a examen el Derecho vigente y prepara el del porvenir*"²³.

Dentro de la misma tendencia interpretativa, en Alemania, puede citarse a GÖPPINGER, destacando que la Política criminal se encarga de la política de

²⁰ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, "*Tratado de Derecho Penal*", PG., T. I, Buenos Aires, Editorial Losada, 1977, pág. 175.

²¹ Vid. ANTÓN ONECA José, "*Derecho Penal*", PG., 2ª edición anotada y puesta al día por José Hernández y Luís Beneytez, Madrid, Editorial Akal, 1986, pág. 25.

²² Vid. en VON LISZT Franz, "*Tratado de Derecho Penal*", T. I, ob.cit., pág. 63.

²³ Vid. LANGLE Emilio, "*La teoría de la Política Criminal*", Madrid, Reus, 1927, pág. 174. (cursiva en el original)

reforma del Derecho penal, y de la ejecución del mismo para, “la lucha contra el crimen por medio del derecho penal”²⁴.

Sintético sobre la perspectiva que se viene comentando, citaremos por último a KAISER, quien en este sentido explica que ante la imposibilidad de resultar completamente satisfactorio un régimen de protección social, cualquier sistema, si se tiene como parámetro la criminalidad y sus efectos secundarios, la política criminal (*criminalista*, dice este autor) encontraría su “*punto de gravedad en la renovación del derecho penal, la reforma de la justicia y sistema de penas*”²⁵. Por ello, según el mismo autor, la Política criminal se basa en “la expectativa de realizar la óptima solución de la política criminalista”²⁶, búsqueda que vendría a explicar que muchas veces se conceptúen como equivalentes Política criminal y reforma del Derecho penal²⁷.

En este punto inicial debe ya destacarse que, básicamente, la evolución de la Política criminal no se ha distinguido por la supresión de las funciones que se han venido señalando²⁸, si no que se caracteriza, más bien, por la incorporación, la adición, el asentamiento, de nuevas tareas a las ya existentes,

²⁴ Vid. GÖPPINGER Hans, “*Criminología*”, ob.cit., pág. 19.

²⁵ Vid. KAISER Günther, “*Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*”, trad. José Belloch, Madrid, Espasa-Calpe, 1983, pág. 60 (cursiva en el original).

²⁶ En el mismo sentido, señala SCHÜLER-SPRINGORUM: “Sin embargo, la política criminal es tenida con frecuencia, y no por excepción, como de sentido equivalente a la reforma penal”. Vid. SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “*Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 9.

²⁷ Vid. KAISER Günther, “*Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*”, ob.cit., pág. 60.

²⁸ Es más, no pocos son los autores que continúan definiéndola casi exclusivamente de acuerdo a esta función. Así, por ejemplo, vid. CEREZO MIR José, “*Curso de Derecho Penal Español*”, ob.cit., págs. 88-90; CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, “*Derecho Penal*”, PG., T. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1999, págs. 17-18; CUELLO CONTRERAS Joaquín, “*El Derecho Penal Español*”, PG., Madrid, Editorial Civitas, 1996, pág. 43; ROMEO CASABONA Carlos María, “*Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución* (presentación)”, en AA.VV., *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Tenerife, CECUL, 1997, pág. 12; SAINZ CANTERO José, “*Lecciones de Derecho Penal*”, PG., T. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1979, pág. 93.

sin perjuicio, claro está, de las diversas tendencias que ha ido adoptando de acuerdo a las circunstancias socio-culturales de cada época²⁹.

Así, se ha llegado a la suma de aquellas que son características de nociones más actuales. De esta forma, lo que se ha venido confeccionando es una suerte de “ampliación inventarial” del concepto, en base a la progresiva yuxtaposición de funciones añadidas, más que una sucesiva sustitución de los elementos conformantes del mismo, que permita ir delineando una silueta contenedora. Es de esta manera que, como señala SERRANO GÓMEZ: “se extiende la política criminal a la prevención general y especial, a la interpretación de la ley por los tribunales, al proceso penal, ejecución de la pena, sistemas penitenciarios y, en consecuencia, resocialización del delincuente”³⁰.

Es justamente en esa forma de evolución de la Política criminal donde puede encontrarse una de las causas a los aprietos conceptuales a que se ha hecho referencia al comenzar estas líneas. Esa falta de criterio uniforme sobre su contenido, objeto y función. Y es que a partir de la forma en que se entendió la Política criminal (crítica del derecho vigente y propuesta de lege ferenda) las interpretaciones y agregaciones, han sido tantas y tan variopintas que se ha

²⁹ Sobre las distintas corrientes que han ido marcando este desarrollo, por todos, vid. HERRERO HERRERO César, “*Política Criminal integradora*”, ob.cit., esp., págs. 81-90.

³⁰ Vid. SERRANO GÓMEZ Alfonso, “*Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro*”, ob.cit., pág. 617. En parecido sentido, vid. ZAFFARONI Eugenio, ALIAGA Alejandro, SLOKAR Alejandro, “*Tratado de Derecho Penal*”, PG., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2002, esp., págs. 155-157.

llegado a esta actualidad en la que predomina abiertamente el desconcierto³¹. Ha perdido, parafraseado a ZAFFARONI, todo contenido semántico³².

Teniendo en cuenta la situación precedentemente señalada, es que se han ido levantado algunas “plataformas de observación” que permitan apreciar de mejor manera las distintas tendencias contenidas en lo que se conoce como Política criminal. De esta manera la doctrina ha ido estableciendo ciertas distinciones, a modo de “marcas”, para hacer posible un análisis más fructífero. Así, por ejemplo, se ha dicho que debe distinguirse entre una perspectiva “extensiva” y otra “estricta” de la Política criminal. La primera se caracterizaría por la inclusión dentro de ella de un objetivo preventivo, mismo que no se encuentra en la segunda, pues estaría referida meramente a la represión con eficacia de actividades ilícitas por parte del Estado³³.

En parecido sentido RODRÍGUEZ DEVESA establece ciertos distinguos al interior del concepto de Política criminal. Así, se refiere a una encargada de lo que denomina “problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito” y otra abocada a buscar las soluciones legislativas³⁴ más adecuadas a situaciones concretas (ejemplificando con un auge de los delitos contra la vida o la propiedad). Para este autor la primera se encontraría dentro de la

³¹ En este sentido, vid. SERRANO GÓMEZ Alfonso, “Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”, ob.cit., pág. 616.

³² Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “La Ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)”, en AA.VV., Perspectivas Criminológicas: en el umbral del tercer milenio, Ana Messuti (Coord.), Montevideo, 1998, pág. 108.

³³ Vid. SAINZ CANTERO José, “Lecciones de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 92.

³⁴ Ello plantea otra de las perspectivas en que puede apreciarse la política criminal, esto es vinculándola directamente con la actividad legislativa. Sobre ello, específicamente, vid. SÁNCHEZ LÁZARO Fernando, “Política criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda”, Granada, Editorial Comares, 2007; SANZ MORÁN Ángel, “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en AA.VV., “Universitas Vitae”, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, EUS, 2007, págs. 729-740.

Criminología y la segunda, a su juicio “inseparablemente”, en el ámbito del Derecho penal³⁵.

MUÑOZ CONDE destaca también la función reformista de la Política criminal, a la que el autor llega a través de la labor crítica de la Dogmática Penal³⁶, en un claro acuerdo con lo que JIMÉNEZ DE AZÚA había propuesto ya muchos años antes³⁷. En Latinoamérica, por último, se puede destacar la perspectiva que sobre esta arista tiene FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien distingue dentro del concepto de Política criminal, una perspectiva del “Ser” y otra del “Deber ser”. La primera asimilada a los medios que oficialmente utilizará el Estado para prevenir la delincuencia, y la segunda se referiría a la descripción de estos medios, pero también, a la fijación de esa práctica estatal a los principios y valores del sistema específico de que se trate³⁸.

Desde un enfoque diferente de aquellas líneas generales que se han venido indicando, encontramos la posición del profesor BARATTA. Éste, desde una perspectiva más categórica, extiende el concepto de Política criminal y, consecuentemente con ello, también su objetivo y función. Así, sustentado

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA José María, SERRANO GÓMEZ Alfonso, *“Derecho Penal Español”*, PG., Madrid, Dykinson, 1994, pág. 18. Vid. además RODRÍGUEZ DEVESA José María, *“El Derecho Comparado como Método de Política Criminal”*, ADPCP, T. XXXII, Fasc. I, 1979, págs. 5-11, donde destaca la importancia y ventajas del Derecho comparado como método de Política criminal. Dicho rol, es también recalcado por ZIPF Heinz, *“Introducción a la Política Criminal”*, ob.cit., pág. 18. En el mismo sentido, más reciente, y en el marco de la integración europea también en nuestro ámbito, entre otros, vid. MILLITELLO Vincenzo, *“Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea”*, ob. cit., págs. 47-67; DONINI Massimo, *“La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, esp., págs. 91-94.

³⁶ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *“Introducción al Derecho Penal”*, Barcelona, Editorial Bosch, 1975, págs. 185-187.

³⁷ Ya antes, y en términos casi idénticos, JIMÉNEZ DE ASÚA la calificó como “corolario de la dogmática”. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, *“Tratado de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 175.

³⁸ Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *“Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídica penal”*, Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Bañiz, 2002, págs. 225-226.

desde una plataforma marxista, propone que la Política criminal debe erigirse como un instrumento al servicio de la transformación social.

Esta herramienta debería también incorporar como labor, auxiliar al movimiento obrero en su lucha contra la injusticia estructural del capitalismo, y con ello poder alcanzar las “grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las formas de vida comunitarias y civiles alternativas y más humanas, y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superación de las relaciones sociales de producción capitalista”³⁹. De lo que se ha venido esbozando, ya puede comprobarse aquello en que la doctrina es unánime: no existe hasta ahora claridad conceptual respecto de la disciplina en comento⁴⁰.

Se ha de señalar además, y por último, que de los intentos “conceptualizadores” ya referidos, puede arribarse a otros más bien de carácter incierto (con la carga paradójica que ello implica si de lo que se habla es de la concreción de un concepto). Así, pueden encontrarse definiciones que ya no hablan de ciencia sino más bien de “arte”, cuestión que, en mi opinión, antes que resolver la problemática planteada, pretenden superarla por vía de la

³⁹ Vid. BARATTA Alessandro, “*Criminología Crítica y Política Penal Alternativa*”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 50. Además, del mismo, vid. “*Democracia, Dogmática, y Criminología: Cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas*”, trad. Ana Sabadell, en AA.VV., *Política criminal y Sociología Jurídica*, Augusto Sánchez y Venus Armenta (Coords.), Ciudad de México, UNAM, 1998, esp., págs. 182-188, haciendo este planteamiento específicamente respecto de América Latina. Entiendo en el mismo sentido la posición de BERGALLI Roberto, “*Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales*”, en AA.VV., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, págs. 255-256, y de, DE SOLA DUEÑAS Ángel, “*Política Social y Política Criminal*”, en Bergalli /Bustos (Dirs.), *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Península, 1983, págs. 245-263.

⁴⁰ Desde una visión optimista de la polémica relativa a la confusión conceptual, FERNÁNDEZ señala: “Siendo claro que no hay al respecto proposiciones concluyentes, y ni siquiera acuerdos de significativa generalidad, no parece atrevido predecir que la polémica no concluirá pronto y, más aún, no debe ni puede concluir porque varía indefinida y dialécticamente a medida que cambian las concepciones sobre los objetos, los métodos y los límites de cada una de dichas disciplinas, dentro de éstas mismas, y esas hipótesis teóricas proyectan sus efectos inquietantes sobre sus más inmediatas vecinas en los estudios científicos de los sistemas de control social”. Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “*Hacia un derecho penal de la liberación*”, ob.cit., págs. VII-VIII.

evasión, construyéndose de dicha manera nociones más bien evanescentes, vaporosas. Concepciones de deslindes tan amplios como la volatilidad de sus marcas.

Así, en esta línea, por ejemplo, SCHÜLER-SPRINGORUM la califica como “arte de lo posible”⁴¹ o en España BERISTAIN IPIÑA que la considera, al unísono, como ciencia y arte de aquello que es posible y deseable en el dominio de la criminalidad⁴². Ya antes, JIMÉNEZ DE ASÚA, se había decantado por un concepto semejante, con la clara intención, eso sí, de marcar distancias con su primera postura sobre este punto, en el que calificaba a la Política criminal como una ciencia. El propio autor posteriormente reconoce ello como un error, fundado en la influencia alemana muy próxima a él en ese entonces, de ahí que, con la intención referida, remaricara que ésta es: “...más exactamente, un arte”⁴³.

2.- Punto de partida: una distinción formal

Como anteriormente fue avisado el lector, con estas líneas no se tiene por pretensión consolidar un concepto que supere en todas sus aristas las dificultades que se ha venido señalando plantea la Política criminal. Sino más bien, se trata de un intento por echar algunas luces sobre el tema en lo concerniente a establecer una “plataforma”. Unas bases político criminales, desde donde comprender el objeto de esta tesis. En dicha dirección, resulta

⁴¹ Vid. SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “Cuestiones Básica y estrategias de la Política Criminal”, ob.cit., pág. 28.

⁴² “science et art de ce qui est posible et desiderable dans le domaine de la criminalité”. Vid. BERISTAIN IPIÑA Antonio, “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”, en AA.VV., Política Criminal comparada, hoy y mañana, CDJ, 1999, pág. 18.

⁴³ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “Tratado de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 175.

aconsejable que el primer paso que se dé, en pro de lograr cierta claridad en el análisis, pase necesariamente por, primero que todo, poner sobre la mesa de manera explícita y manifiesta la distinción “formal” entre Política criminal como actividad del Estado y aquella actividad científica que tiene por objeto el estudio de esa actividad estatal⁴⁴.

Este distingo me parece primordial siempre y cuando no se pierda de vista su carácter “no material” y se le considere como un reconocimiento de elementos distintos, pero no distantes, vinculados e interactuantes que la conforman y que es la manera en que aquí se le entiende.

Esto es, una distinción, mas no separación, que nos encamine ya en dirección de ese complejo núcleo de articulaciones dialécticas entre política y ciencias penales, que en su tiempo, y en uno de sus múltiples aspectos, ya nos intentase enseñar el maestro BARATTA: “...toda esfera de la experiencia colectiva e individual resulta relevante para la forma y el contenido que adquiere la política; pero la política no es un objetivo en sí mismo y tampoco resulta ser una forma de conocer la realidad. En otras palabras, la política no es saber, pero se establece una relación funcional entre la producción y distribución del saber y la política”⁴⁵.

⁴⁴ En este sentido, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDCASAS, TERRADILLOS BASOCO, *“Curso de Derecho Penal”*, PG., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004, pág. 134. En contra de esta mayoritariamente aceptada distinción, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, *“Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal”*, Tomo I, Barcelona, Editorial Bosch, 2004, esp., pág. 60. Quien califica a la Política criminal teórica como: “mera ilusión”.

⁴⁵ Vid. BARATTA Alessandro, *“Democracia, Dogmática, y Criminología: Cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas”*, ob.cit., págs. 168-169. En este sentido, también vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *“Criminología. Aproximación desde un Margen”*, ob.cit., esp., págs. 58-59.

Sin perjuicio de que no siempre se tenga en consideración de la manera que aquí se plantea, la distinción entre Política criminal como actividad del estado y como actividad científica, es un aspecto de la problemática, al menos desde el punto de vista clasificatorio, que sirve como una suerte de pivote sobre el cual existe un alto grado de concordia doctrinal, siendo ésta otra razón por la que parece un buen punto de apoyo para emprender las tareas de acercamiento⁴⁶.

2.1.- Política criminal como manifestación de saber⁴⁷

La Política criminal como “manifestación de saber” ha requerido tradicionalmente situarse desde el plano de la relación “ciencia/objeto de estudio”. Así, y todavía desde una perspectiva formal, esa actividad estatal será analizada, sistematizada y criticada desde el ámbito científico, de forma que puede aportar desde allí no sólo a la consecución de los objetivos, sino también al establecimiento de los mismos⁴⁸.

⁴⁶ Distinción doctrinal ya bastante difundida, aunque con ligeras variantes terminológicas. Así, por ejemplo, se diferencia entre “ciencia políticocriminal y política criminal aplicada”, “política criminal teórica y praxis políticocriminal”, “actividad del Estado y actividad científica”, “enfoque científico y enfoque práctico” o, en peculiar distinción, entre “POLÍTICA CRIMINAL con mayúscula y política criminal con minúsculas”. A modo de ejemplo, y respectivamente, vid. ZIPF Heinz, “Introducción a la Política Criminal”, ob.cit., pág. 18 y ss.; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal”, ob.cit., págs. 212-213 y en, del mismo, “Política Criminal y Persona”, ob.cit., págs. 21-24; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 134; KAISER Günther, “Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos”, ob.cit., pág. 60; BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Curso de Política Criminal”, ob.cit., págs. 22-23, y en “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., págs. 130-131; DÍAZ-ARANDA, Enrique, “Teoría del Delito”, México, Straf, 2006, págs. 8-9.

⁴⁷ En expresión de MORENO HERNÁNDEZ Moisés, “Vinculaciones entre Dogmática Penal y Política Criminal”, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin, T. I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.), México, INACIPE, 2003, pág. 353.

⁴⁸ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., pág. 226.

De esta manera, ya se puede adivinar que la Política criminal, desde este punto de vista, se la advierte constituida por un conjunto de principios teóricos que deberían conferir una plataforma racional a la praxis de la misma⁴⁹.

Hasta aquí, el acuerdo doctrinal resulta más o menos unánime. Pero la controversia aparecerá en escena en cuanto se pregunte por el carácter científico-autónomo de esta disciplina. Este cuestionamiento no es nada original⁵⁰, sino más bien consubstancial al ámbito de las ciencias sociales y, sin embargo ese carácter congénito, resulta bastante relativa la verdadera importancia práctica de la cuestión. Sólo piénsese, por ejemplo, en la gran polémica provocada en torno a la misma pregunta respecto de la criminología⁵¹ y el gran aporte de ésta, hoy indiscutible, sin perjuicio de que no exista aún unanimidad sobre su carácter científico autónomo⁵². Desde esta perspectiva, se analizará el tema en las páginas que siguen.

⁴⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *"Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal"*, ob.cit., pág. 213. Crítico sobre la capacidad de rendimiento de la política criminal, incluso denominándola como "mera especulación moral", GÓMEZ BENÍTEZ José Manuel, *"Estudios Penales"*, Madrid, Editorial Colex, 2001, págs. 9-14. ZAFFARONI, aún más cáustico, en la línea de la criminología crítica, señala sobre el punto: "Es tan obvio que el derecho penal no puede permanecer separado de la política que, para evitar el escándalo de semejanza negación, se inventó un sustituto que da la impresión de mantener la interdisciplinariedad. Para eso se usó la política criminal: se apeló a la ya citada confusión entre los planos del ser y el deber ser, se inventó una sociedad que no existe, se dio por supuesto la función preventiva general de la pena y, como resultado de eso se alucinó una política que se pretende que funciona como nada funciona en la práctica. Eso sólo sirve para que los políticos sancionen las leyes con falsos fines manifiestos (pretendiendo que combaten lo que no combaten) y para aumentar el ámbito de arbitrariedad criminalizante y el de vigilancia policial". Vid. ZAFFARONI Eugenio, ALIAGA Alejandro, SLOKAR Alejandro, *"Manual de Derecho Penal"*, PG., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2006, pág. 126. Para la visión de la criminología crítica vid. BARATTA Alessandro, *"Criminología Crítica y Política Penal Alternativa"*, ob.cit., págs. 43-55.

⁵⁰ Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *"Criminología. Aproximación desde un Margen"*, ob.cit., esp., págs. 5-14.

⁵¹ Resulta inevitable al menos dejar constancia, de la extraordinaria semejanza existente entre este debate respecto de la Política criminal y aquél de hace unos años surgido en relación a la criminología. De lo segundo, y a pesar de no haber arribado a ningún consenso, ya casi no se habla, a no ser en los primeros capítulos de los manuales de criminología. Probablemente lo mismo sucederá con el tema que ahora me ocupa. Sobre el debate en el ámbito criminológico, vid. por todos, NAUCKE Wolfgang, *"Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal"*, trad. de Enrique Bacigalupo, CPC, nº 5, 1978, págs. 95-111.

⁵² Vid. entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *"Curso de Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 139; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *"Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos"*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, esp., págs. 36-38; GARRIDO Vicente, STANGELAND Per, REDONDO Santiago, *"Principios de Criminología"*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, esp., págs. 46-48; GÖPPINGER Hans, *"Criminología"*, ob.cit., págs. 136-145; SZABÓ Denis, *"Criminología y Política en materia criminal"*, Ciudad de México, Siglo veintiuno editores, 1980, esp., págs. 34-42.

2.1.1.- Perspectiva emancipadora: la Política criminal como disciplina científica autónoma.

Así pues, en relación con la Política criminal en cuanto “*actividad científica*” puede señalarse, en estrecho resumen, que las dificultades se presentarán, principalmente, en cuanto ésta tenga la aspiración de ser calificada como “*ciencia independiente*”⁵³, sin perjuicio de pasar no pocos apuros incluso a la hora de precisar su objeto de estudio⁵⁴, “*Es una disciplina que hasta ahora no está dotada de un método científico, de racionalidad, de claridad en el objeto y en el método*”⁵⁵. Desde esta perspectiva, es que ROXÍN ha dicho que sin lugar a dudas ésta todavía no es una ciencia⁵⁶.

Ciertamente es posible establecer con claridad que ella es un sector del conocimiento marcado por su interdisciplinariedad⁵⁷, característica que siéndole

⁵³ Respecto de los partidarios de dicha autonomía encontramos, en palabras de BAIGÚN, “Especialmente a Von Liszt y una lista interminable de sus seguidores”. Vid. BAIGÚN David, “*Política Criminal y Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 31, entre ellos ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 14. En contra, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, que retractándose de antes haberla calificado como ciencia, atendida la proximidad de su formación alemana, señalaba: “La Política criminal no puede calificarse como ciencia autónoma... Si desentrañamos lo que es, veremos que no se trata de una rama científica. Es un método de trabajo, o, más exactamente, un arte”. Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA Luis, “*Tratado de Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 175. En semejante sentido ANTÓN ONECA señalaba; “O sea que dogmática jurídico-penal y política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la ciencia penal”. Vid. ANTÓN ONECA José, “*Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 25. Vid. además, CEREZO MIR José, “*Curso de Derecho Penal Español*”, ob.cit., págs. 88-90.

⁵⁴ Negando todo carácter científico, PAREDES CASTAÑÓN José, “*Recensión: Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, REPC, nº 2, esp., págs. 9-11, http://www.politicacriminal.cl/n_02/r_7_2.pdf,

⁵⁵ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Política Criminal*”, ob.cit., pág. 21.

⁵⁶ Vid. ROXIN Claus, “*¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*”, en AA.VV., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 457.

⁵⁷ Sobre ello, por todos, vid. BARATTA Alessandro, “*Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*”, ob.cit., esp., págs. 39-46, y del mismo, “*La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales*”, ob.cit., págs. 94-99.

reconocida por unos como su mayor virtud⁵⁸, es a la vez y precisamente para otros su principal flanco de críticas⁵⁹, en lo que dice relación con la pretensión emancipadora de los saberes que la conforman⁶⁰. Sería, dicho de otra manera, más que una ciencia en busca de su objeto de estudio, un objeto de estudio en busca de su ciencia⁶¹.

Dicho de otra manera, la crítica de los primeros encuentra fundamento en que la Política criminal no debe ser sólo la “acumulación” de las ciencias que la componen, sino la “integración” de dichos conocimientos en un todo sistémico y coherente dirigido a un objeto de estudio mediante un método claro, sin que hasta ahora se haya indubitadamente logrado tal objetivo⁶².

⁵⁸ En este sentido, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “*Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 58. Quien hace ver la imposibilidad de prescindir de ninguno de los elementos de su interdisciplinaria estructura, sin que se afecte la significación de esta disciplina.

⁵⁹ Una de las posibles causas de estas dificultades puede encontrarse ya en la celeberrima separación que hiciera VON LISZT, entre derecho penal y política criminal, en el sentido que los esfuerzos dogmáticos se centraron con énfasis en la primera, no así en la segunda. En este sentido, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, “*Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*”, Doxa, CFD, Universidad de Alicante, 2001, pág. 491.

⁶⁰ En este sentido, vid. BAIGÚN David, “*Política Criminal y Derecho Penal*”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 31.

⁶¹ De esta manera resulta sugestiva una perspectiva rizomática como base epistemológica desde donde sustentarse para observar y analizar la Política criminal. Así, no se trataría sólo de una panorámica multidisciplinaria, sino de un cambio de paradigma en la forma de entender el conocimiento, es decir la ciencia. De esta forma, ya no desde una visión arbórea, sino precisamente desde su antípoda, con una percepción no fundacional, puede entenderse mejor el funcionamiento de una Política criminal donde las fronteras de las ciencias que la conforman antes que separarlas, las une. De esta forma, el funcionamiento del sistema político criminal no dependería de un centro desde el cual se ramifiquen otros conocimientos subsidiarios, evitando así la superioridad de una disciplina en desmedro de las otras, y provocando que la elaboración del conocimiento surja simultáneamente desde todos los puntos bajo la influencia recíproca de las distintas observaciones y conceptualizaciones. Ello viene a explicar otra cuestión que aquí se ha advertido, esa dificultad en la conceptualización de la Política criminal, pues desde una visión tradicional lo plantado desborda los márgenes de su epistemología. De dicha manera se entiende, que desde una plataforma convencional, antes que poder formularse una teoría apenas se deje constancia de un asombro.

⁶² En relación con la independencia conceptual de la Política criminal, respecto de la dogmática y la criminología, por ejemplo, vid. ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., esp., págs. 18-21. Sin perjuicio de que en ella sólo se esboce un concepto negativo, sin que se logre precisar “qué es” la política criminal. Recogiendo el reparo DÉLMAS-MARTY, que también marca dicha independencia, señala: “Manifiestar, empero, lo que no es la política criminal, no es suficiente, sin duda, para describir lo que es, y menos aún para captar su unidad a través de la diversidad...”. Vid. DÉLMAS-MARTY Mirelle, “*Modelos Actuales de Política Criminal*”, ob.cit., pág. 20. Desde una perspectiva diferente, BUSTOS RAMÍREZ viene a destacar que con el surgimiento de la criminología crítica tiende a confundirse ésta con la Política criminal, “...en tanto que ambas estudiarían la legislación desde el punto de vista de los fines del Estado y, además, harían la crítica de ellas para la posterior reforma del derecho penal en general”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “*La Criminología*”, en Bergalli/Bustos (Dirs.), *El Pensamiento Criminológico I*, Barcelona, Península, 1983, pág. 25. Igualmente, vid. LARRAURI PIJOAN Elena, “*Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo*”, REPCPR, nº1, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm>; SZABÓ Denis, “*Criminología y Política en materia criminal*”, ob.cit., esp., págs.101-104; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Criminología. Aproximación desde un Margen*”, ob.cit.,

De tal forma puede decirse que todavía no es cuestión pacífica dar a la Política criminal ese rango de “disciplina científica autónoma”⁶³ que algunos le reclaman como imprescindible⁶⁴.

2.1.2.- La Política criminal multidisciplinaria

Ahora bien, afirmar lo anterior no implica de ningún modo negar su, a estas alturas, incuestionable importancia, simplemente hay que ser conscientes de que la “forma en que nos aporta su análisis de la realidad que examina es distinta”⁶⁵.

pág. 20, y en, del mismo, *“Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas”*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982, esp., pág. 70. Sin perjuicio de ello, tal confusión existía ya con anterioridad. Gráfico sobre el punto resulta lo comentado por LOPEZ REY sobre la obra “Kriminalpolitik” de Mezger, señalando que éste: “...identifica en no poco política criminal y criminología, hasta el punto de que Rodríguez Muñoz, traductor de la obra, propuso que en el texto español el título fuera *Criminología*. Tal yuxtaposición ha oscurecido la separación necesaria entre criminología y política criminal”. Vid. LÓPEZ-REY Y ARROJO Manuel, *“Criminología”*, ob.cit., pág. 341.

⁶³ Respecto de la evolución del concepto Política Criminal entre otros, vid. VON LISZT Franz, *Tratado de Derecho Penal*, ob.cit., págs. 42-85; JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, *“Tratado de Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 170-175; LANGLE Emilio, *“La teoría de la Política Criminal”*, ob.cit., págs. 27-41; ROXIN Claus, *“La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000; BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Introducción al Derecho Penal”*, Bogotá, Editorial Temis, 1986, págs. 190-226 y en, del mismo, *“Política Criminal y Dogmática”*, en AA.VV., *El Poder penal del Estado*, LH. a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, págs. 123 y ss.; MIR PUIG Santiago, *“Estado, Pena y Delito”*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, págs. 13-34; LÓPEZ-REY Y ARROJO Manuel, *“Criminología”*, ob.cit., págs. 340-348 y en, del mismo, *“Compendio de Criminología y Política Criminal”*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985, págs. 147-152; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit., esp., págs. 67-130; BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *“Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”*, ob.cit., págs. 121 y ss.; MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *“Vinculaciones entre Dogmática Penal y Política Criminal”*, ob.cit., págs. 359 y ss. Respecto de la introducción y desarrollo de la Política criminal en América Latina, vid. DEL OLMO Rosa, *“América Latina y su Criminología”*, Ciudad de México, Edit. Siglo XXI, 1981, esp., págs. 179-196.

⁶⁴ Es evidente que ese “rango” de cientificidad no es “irrefutable”, pero también lo es, que no sólo en lo referido a la Política criminal. Lo mismo puede discutirse, aunque ahora se discuta menos, respecto de las ciencias sociales en general y, en un ámbito más cercano, en disciplinas como la criminología o la propia dogmática penal en particular. Sobre ello, por ejemplo, vid. NAUCKE Wolfgang, *“Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal”*, ob.cit., págs. 95-111, y más recientemente, vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Algunas limitaciones de la dogmática”* en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcaer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., págs. 624-625.

⁶⁵ Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *“Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal.”*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002, pág. 210.

Esa tarea, por tanto, que la Política criminal realiza desde la perspectiva de la “actividad científica” es mayoritariamente⁶⁶ encasillada dentro del ámbito de las “ciencias penales”⁶⁷, lugar desde el cual, como ya se ha dicho, llevará acabo su tarea de estudio y análisis tanto de los objetivos que se pretenden alcanzar como de los principios a los que, tanto medios como fines, deben estar sometidos.

En dicha función habrá de sistematizar las herramientas, no sólo jurídicas, claro está⁶⁸, en pro de conseguir los fines que se hayan determinado, además de dedicarse al examen en las distintas etapas del sistema penal en relación con los objetivos que se hayan establecido por las agencias estatales correspondientes⁶⁹, buscando concretar, o al menos intentar, poner en la práctica aquello que desde las normas y directrices se proclama. Por ello resulta importante no perder de vista al sistema penal precisamente como eso, un

⁶⁶ En contra, por ejemplo, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “*Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal*”, ob.cit., págs. 56-61.

⁶⁷ En este sentido, entre otros, vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, trad. por Olmedo Cardenete Miguel, Granada, Editorial Comares, 2002, esp., págs. 46-50; BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “*Lecciones de Derecho Penal*”, PG., Madrid, Editorial Trotta, 1999, esp., págs. 29-34; MIR PUIG Santiago, “*Derecho Penal*”, PG., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005, pág. 60; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, “*Curso de Derecho Penal*”, PG., T. I, Madrid, Editorial Universitas, 2004, esp., págs. 98-99; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, esp., págs. 201-216; MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARAN Mercedes, “*Derecho Penal*”, PG., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, pág. 194; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “*Curso de Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 134; NÚÑEZ BARBERO Ruperto, “*Derecho Penal y Política Criminal*”, en AA.VV., Estudios Penales, LH. al Prof. J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982, pág. 413; ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “*Roxin y la Dogmática político-criminalmente Orientada*”, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Ibero América, Homenaje a Claus Roxin, tomo I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.) Ciudad de México, INACIPE, 2003, págs. 425-440; VIDAURRI ARÉCHIGA Manuel, “*Criminología, Política Criminal y Sistema de Justicia Penal*”, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en IberoAmérica, LH. a Claus Roxin, tomo I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.) Ciudad de México, INACIPE, 2003, págs. 390-391; CUERVO PONTÓN Luis Enrique, “*Política Criminal*”, Univ. Javeriana, Bogotá, 1988, pág. 83. En el mismo sentido, aunque puntualizándola como auxiliar, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”, Barcelona, Editorial Bosch, reimpr. 2002, pág. 45.

⁶⁸ Si lo que se tiene en cuenta, como aquí, es una concepción amplia del término Política criminal. Sobre ello, vid. pto. 2.1.3., de este capítulo.

⁶⁹ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, “*Evolución Política y derecho penal en España*”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 14.

sistema. Como un “todo” que ha de mantener necesariamente, para su buen funcionamiento, coherencia entre sus distintos subsistemas.

Respecto de la Política criminal establecida por el Estado, siguiendo a BINDER, será ella quien establezca los objetivos macros de la totalidad del sistema. Por ello cada uno de los subsistemas que la componen deben estar a la altura y mantener coherencia⁷⁰ con la preservación y búsqueda de dichos objetivos⁷¹. De ahí que resulte trascendente destacar que; si la Política criminal como actividad del Estado se manifiesta en distintos niveles, ésta misma, desde la perspectiva que ahora se comenta, ha de desarrollar su tarea también en esos diversos planos⁷².

⁷⁰ En el mismo sentido, vid. MAIER Julio, “Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo II, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., pág. 2392.

⁷¹ Vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”, ob. cit., esp., págs. 26-28, y en, del mismo “Justicia Penal y Estado de Derecho”, Buenos Aires, Editorial AD HOC, 2004, esp., págs. 60-67.

⁷² En este sentido, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDCASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 135, señalan: “La política criminal realiza, por tanto, una investigación cuyos resultados van dirigidos no sólo al legislador, sino también al juez y a los restantes protagonistas de las distintas instancias de control, como la policía, el personal penitenciario, los trabajadores sociales, etc.” Sobre este aspecto resulta relevante lo que dice relación con el proceso penal, que como se ha dicho, “es uno de los ámbitos básicos donde se realiza la política criminal”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Política Criminal y Estado”, en AA.VV., Estudios Jurídicos LH. al Profesor José Casabó Ruiz, Vol. I, Universidad de Valencia, 1997, pág. 317. En este sentido, además, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Política Criminal y Persona”, ob.cit., págs. 113-125; BUENO ARÚS Francisco, “Algunas consideraciones de la Política Criminal de nuestro tiempo”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 118; BERISTAIN IPIÑA Antonio, “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”, ob.cit., págs. 18-19; BARLETTA-CALDARERA, “Política Criminal y Derecho Penal”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 72; BRICOLA Franco, “Política Criminal y Derecho penal”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 111; CÓRDOBA RODA Juan, “Evolución Política y derecho penal en España”, ob.cit., pág. 141; POLAINO NAVARRETE Miguel, “Criminalidad Actual y Derecho Penal”, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1988, esp., pág. 24; VASSALLI Giuliano, “Política Criminal y Derecho Penal”, RIDP, nº 1, 1978, pág. 387; MAIER Julio, “Política Criminal y Derecho Procesal Penal”, RIDP, nº 1, 1978, y del mismo, “Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”, ob.cit., págs. 2392-2395. Vid., además, la interesante síntesis del aporte que desde esta perspectiva ha realizado el profesor MAIER en, RUSCONI Maximiliano, “¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la Política Criminal?” en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, LH. al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, págs. 431-448.

Estas funciones han sido catalogadas por ZÚÑIGA en dos etapas⁷³, que podrían caracterizarse como una destinada al análisis y estudio compuesta por; 1) Estudio de la realidad del delito⁷⁴; 2) Estudios de los mecanismos de prevención del delito; 3) Crítica de la legislación Penal. Y la segunda referida al diseño y evaluación de la respuesta estatal⁷⁵, conformada por; 1) Diseño de un programa integral de Política criminal; 2) Evaluación de la Política criminal⁷⁶.

Es así, entonces, como puede entenderse que la Política criminal sea quien se fije en las causas del delito y se dé a la tarea de intentar comprobar la eficacia de las sanciones utilizadas por el legislador⁷⁷ “...pondera –dice JESCHECK- los límites donde el legislador puede extender el derecho penal para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse correctamente los elementos de los tipos para corresponder a la realidad del delito y comprueba si el derecho penal material

⁷³ En parecido sentido, señala NÚÑEZ PAZ que la Política Criminal debe intervenir en: La interpretación del Derecho Penal positivo, en la formación del sistema -dogmática- y en la determinación de la pena. Vid. NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, “Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma”, en AA.VV., La reforma Penal a debate, Rosario Diego Díaz-Santos, Eduardo Fabián Caparrós, Carmen Rodríguez (coord.), Salamanca, AUSEJP, 2004, pág. 16. En la misma línea, entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDCASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 135.

⁷⁴ Sobre la importancia de esta etapa, ya se pronunciaba VON LISZT, destacándola en el concepto mismo de política criminal. Vid. VON LISZT Franz, “Tratado de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 62.

⁷⁵ Criticando ácidamente la inexistencia real de esta función evaluadora, vid. DONINI Massimo, “La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”, ob.cit., esp., págs. 85-89.

⁷⁶ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., págs. 163-176. Al respecto, Marc ANCEL establecía: “Por lo tanto cualquier comentario acerca de la Política criminal exige: una definición clara de los objetivos de la PC y de los medios para alcanzarlos, una acción coherente y coordinada y, la utilización de los datos obtenidos y comprobados por las investigaciones empíricas acerca de la criminalidad y la justicia penal”. Vid. ANCEL Marc, cit., por BERISTAIN IPIÑA Antonio, “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”, ob.cit., págs. 15-16.

⁷⁷ De ahí, que a la Política criminal se la haya conectado, y casi igualado, a una teoría de la legislación, punto sobre el cual no me referiré a efectos de acotar esta investigación. Sobre este extremo puede consultarse a favor de esta perspectiva, destacando la actualidad de dicha postura dada la actual expansión del derecho penal, a SANZ MORÁN Ángel, “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en AA.VV., Universitas Vitae, LH. a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, EUS, 2007, págs. 729-740.

se haya configurado de tal forma que pueda ser verificado y realizado en el proceso penal”⁷⁸.

Pues bien, aceptar, como aquí, la falta de autonomía de la Política criminal en cuanto disciplina científica, no implica, como ya hemos dicho, desprestigiar el aporte que desde este sector multidisciplinar del conocimiento se pueda realizar. Quiero decir que ese “complejo interdisciplinar”, ese “conjunto de saberes”, bien es cierto que como “rama” puede carecer de propia soberanía, empero, no lo es menos que aquello en verdad no deviene en lo más importante⁷⁹, pues, de lo que trata la real valía de su aporte es de que el acercamiento a esa manifestación de poder que la Política criminal es como actividad del Estado, se hace desde una plataforma racional, teórica, científica.

De manera que las ramas que integran eso que se engloba bajo el, que podríamos denominar, “rótulo unificador” de “Política criminal”, tienen un acercamiento científico, cada una desde la perspectiva que le permita su plataforma, al modo en que el Estado hace frente al fenómeno del delito, de

⁷⁸ Vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, ob.cit., pág. 24. En este sentido LAZERGES señala: “...la política criminal es una reflexión epistemológica acerca del fenómeno criminal, una decodificación del fenómeno criminal y de los medios empleados para luchar contra los comportamientos desviados o delictivos...”. Citada por BERISTAIN IPIÑA Antonio, “*Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)*”, ob.cit., págs. 14-15, artículo en el que puede encontrarse una serie de otras concepciones. Además, vid. en el mismo sentido, entre otros: LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, “*Curso de Derecho Penal*”, PG., ob.cit., págs. 98 y ss; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, ob.cit., págs. 201 y ss; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, “*Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 193; BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “*Curso de Política Criminal*”, ob.cit., pág. 23; KAISER Günther, “*Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*”, ob.cit., pág. 60; SERRANO-PIEDecasas José Ramón, “*El Conocimiento Científico del Derecho Penal*”, en AA.VV., LH. al doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001, págs. 669-670; CUERVO PONTÓN Luís Enrique, “*Política Criminal*”, ob.cit., págs. 83-85; LANGLE Emilio, “*La teoría de la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 82; NOVOA MONRREAL Eduardo, “*La evolución del Derecho Penal en el presente Siglo*”, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, págs. 64-65; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, “*Curso de Derecho Penal*”, ob.cit., págs. 134-137. Desde una perspectiva criminológica, BARBERET Rosemary, “*La Investigación Criminológica y la Política Criminal*”, RDPC, nº 2, 2000, págs. 221-222.

⁷⁹ Sobre la escasa importancia de esta cuestión, nos advertía ZAFFARONI ya en 1982. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “*Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas*”, ob.cit., esp., págs. 70-71.

forma tal que tanto el Derecho penal, la Criminología, la Sociología, etc....⁸⁰ aporten con el mayor grado de racionalidad político coyunturalmente posible a esa respuesta Estatal, otorgando (o debiendo otorgar) sustento científico empírico a las medidas que se adopten por las agencias estatales que correspondan.

En este sentido, señala MIR PUIG: "...para que los principios axiológicos y las necesidades prácticas tengan específico sentido político criminal, es preciso algo más: que tanto la valoración, como la consideración de la realidad, se apoyen en bases científico-empíricas"⁸¹. De esta manera lo que se quiere enfatizar es que los postulados valorativos que deben sustentar el derecho positivo y la dogmática, y las necesidades del caso, para que no tiendan a emanar de un origen "puramente intuitivo" deben necesariamente encontrar apoyo en la investigación del delito como "fenómeno empírico, individual y social"⁸². A lo que ha de sumarse su papel crítico cuando las medidas adoptadas se muestren ayunas de dicho soporte⁸³.

Así las cosas, y en relación con lo que se quiere precisar en estas páginas, si bien afirmar que la Política criminal es una "disciplina científica autónoma" resulta, por decir lo menos, controvertible, no es menos cierto que ello no es

⁸⁰ Al respecto, por todos, vid. BAIGÚN David, "Política Criminal y Derecho Penal", ob.cit., págs. 32-39.

⁸¹ Vid. MIR PUIG Santiago, "Introducción a las bases del Derecho Penal", Montevideo, Editorial B de F, 2ª edición reimpresa, 2002, págs. 319-320. En este sentido se señala: "Los Estados requieren de apoyaturas fácticas, de investigaciones empíricas para el conocimiento de sus realidades sociales, con el fin de poder instrumentar programas para la prevención del delito". Vid. MARCO DEL PONT Luís, "La Política Criminal en Argentina", en AA.VV., Política criminal y Sociología Jurídica, Coord. Augusto Sánchez y Venus Armenta, Ciudad de México, UNAM, 1998, pág. 319.

⁸² Gráfico sobre ello, señala ZAFFARONI: "La criminología y la ciencia jurídico-penal, sin la política criminal, serían un juego de insensatas posibilidades en una noche de insomnio sin la menor chispa orientadora. Cualquier decisión político-criminal, por su parte, sin una fundamentación empírica (criminológica), es obra de dementes...". Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, "Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas.", ob.cit., pág. 71.

⁸³ En este sentido, entre otros, vid. BERISTAIN IPIÑA Antonio, "Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)", ob.cit., pág. 19; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, "Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal", ob.cit., págs. 225-227.

óbice para afirmar que mediante las disciplinas que normalmente se incorporan bajo el alero de dicho rótulo puede lograrse una valiosa “aproximación científica”⁸⁴.

En este sentido, es que me parece importante recalcar, que el negar autonomía a la Política criminal, evidentemente, no puede implicar la negación de rango científico a las aproximaciones que desde distintas áreas del saber se realizan, de manera que tampoco podría negarse dicho valor a los aportes que englobados bajo el rótulo de Política criminal puedan realizarse.

Esto es, la negación de la referida independencia científica no significa contradecir en ningún caso el carácter científico de las ramas que la conforman, que son precisamente, las que, si bien es cierto, y reitero, cada cual desde su plataforma⁸⁵, dan contenido a ese sector del conocimiento, que en mi opinión si bien no autónomo, si científico en su labor, aporte y aproximaciones, entendida ésta como un conjunto interconectado de saberes⁸⁶.

Esta aproximación puede realizarse desde distintas disciplinas que se conectan con la Política criminal: desde el derecho penal, la criminología, el derecho procesal penal, la sociología criminal, la victimología, la ciencia

⁸⁴ En este sentido, vid. BINDER Alberto, *“Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”*, ob.cit., esp., pág. 43.

⁸⁵ Lo que le da esencialmente ese carácter de multidisciplinariedad, lo que DONINI llama *“trabajo in team”*. Vid. DONINI Massimo, *“La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”*, ob.cit., pág. 95.

⁸⁶ Aunque en principio acepta que el acercamiento a la materia es de carácter científico, BINDER finalmente niega de manera conjunta tanto autonomía como dicho carácter. Vid. BINDER Alberto, *“Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”*, ob.cit., esp., págs. 28-29. BORJA, de la misma opinión, fundamenta su negativa señalando: “no se puede olvidar su carácter histórico, coyuntural, impregnado de componentes ideológicos y políticos, incluso de índole utilitario... Por esta razón, aunque conforma un sector del conocimiento, ese conocimiento no puede ser calificado como científico”. Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *“Curso de Política Criminal”*, ob.cit., pág. 25 y en, del mismo, *“Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”*, ob.cit., pág. 150.

política⁸⁷, etc. Es justamente en este sentido, que se le ha calificado como un perfecto ejemplo del saber “post-moderno”⁸⁸, caracterizado por el paulatino abandono de la idea de la ciencia como disciplinas cerradas⁸⁹, en pro de sistemas abiertos basados en el paradigma comunicativo, en donde lo importante sería encontrar, más que un fundamento, las conexiones, la comunicación entre los distintos saberes⁹⁰.

En este sentido, es que CANTARERO y ZÚÑIGA nos describen a la Política criminal como una disciplina orientada por valores, en la que convergen una serie de objetos y métodos característicos de la interdisciplinariedad. En ella se encontrarían teoría y práctica⁹¹ y se vería justificada por la “efectividad”⁹².

⁸⁷ Dentro de ésta multidisciplinariedad, para ZAFFARONI debe destacarse particularmente las vinculaciones con la ciencia política. Sobre ello señala: “En definitiva, la interdisciplinariedad del derecho penal con la política criminal es interdisciplinariedad con la ciencia política y particularmente con la ingeniería institucional”. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *“La Ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)”*, ob.cit., págs. 109-110.

⁸⁸ Vid. CANTARERO Rocío y ZÚÑIGA Laura, *“¿Tiene futuro la ciencia total del derecho penal en España?”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, t I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcaer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, págs. 137, 140 y 142.

⁸⁹ Respecto del papel de la dogmática, ROXIN indica en el mismo sentido: “...un sistema cerrado, concebido de esta manera, obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática por un lado de las decisiones valorativas político-criminales, y por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella”. Vid. ROXIN Claus, *“Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 35.

⁹⁰ De ahí que ROXIN, criticando la postura extrema de JACKOBS, abogue por un concepto de ciencia menos restringido: “Me parece que la utilización de un concepto restringido de ciencia pone en este caso a los juristas a merced del capricho y la arbitrariedad del legislador. Es sin duda cierto que la política criminal como tal todavía no es una ciencia. Sin embargo, el desarrollo de límites sustantivos a la legislación penal desde los principios político-criminales del orden constitucional democrático-liberal es desde luego una tarea de los juristas, tanto da que se lleve a cabo por la doctrina o por la jurisdicción constitucional”. Vid. ROXIN Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, ob.cit., pág. 457.

⁹¹ Haciendo un alegato semejante, pero en su caso respecto de la criminología y ya en 1978, Vid. NAUCKE Wolfgang, *“Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal”*, ob.cit., esp., pág. 103.

⁹² Vid. CANTARERO Rocío y ZÚÑIGA Laura, *“¿Tiene futuro la ciencia total del derecho penal en España?”*, ob.cit., pág. 144.

Ella es el trasfondo común del ideal⁹³ de una ciencia penal integral⁹⁴. Un conjunto de saberes múltiples, pero complementarios⁹⁵, que preocupándose de y desde parcelas diversas, pero interconectadas, tienen a la actividad político criminal estatal como objeto de estudio⁹⁶.

2.1.3.- Política criminal en sentido amplio: la multidisciplinariedad como consecuencia inevitable

Aceptado que sea el valorar positivamente el aporte científico de ese “conjunto interconectado de saberes”, podemos plantearnos desde una visión distinta la cuestión de su objeto. Ya se ha mencionado que éste es uno de los obstáculos que se plantean a la hora de reconocer la independencia de ésta respecto de las ramas que la componen.

Así, en relación con ello, pueden distinguirse básicamente dos posiciones⁹⁷; aquéllas que entienden que la Política criminal tiene que atender al conjunto de mecanismos e instrumentos, penales o no, con que cuente el Estado

⁹³ Lo que para BARATTA resultaba imposible en su momento: “Actualmente no existen (todavía) las condiciones para la realización de un modelo integrado; la ciencia jurídica actual puede integrarse únicamente con la criminología de ayer y solo la ciencia jurídica de mañana podrá llegar a integrarse con la criminología y las ciencias sociales de nuestros días”. Vid. BARATTA Alessandro, “*Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*”, en AA.VV., *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982, pág. 55.

⁹⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, “*Fundamentos de Derecho Penal*”, PG., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, págs. 199-200. Quien no la vislumbra como un ideal, si no como una realidad actual.

⁹⁵ En este sentido, vid. BARATTA Alessandro, “*Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*”, ob.cit., págs. 44-46.

⁹⁶ Lo que nada debe tener que ver con sus concepciones iniciales “...absolutamente distinto de lo que sería una edición actualizada de la vieja *gesamte Strafrechtswissenschaft*”. Vid. BARATTA Alessandro, “*Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*”, ob.cit., págs. 28-63. En el mismo sentido, entre otros, vid. SANZ MORÁN Ángel, “*Algunas consideraciones en torno a la política criminal*”, ob.cit., esp., pág. 740.

⁹⁷ Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “*Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin*”, ob.cit., pág. 146.

a fin de “prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal”⁹⁸ y, aquélla que exclusivamente la comprende como conformada por medidas relacionadas sólo con instrumentos jurídico-penales⁹⁹.

Evidentemente no son estas páginas el lugar donde desarrollar en profundidad dicho axial punto de la polémica doctrinal, empero, si resulta útil mencionarlo en el sentido de recalcar que es precisamente ese carácter esencialmente multidisciplinar de la Política criminal, lo que permite abordar la cuestión del delito desde una visión no meramente jurídico penal¹⁰⁰, sino desde una plataforma más amplia¹⁰¹, y que se considera aquí como la adecuada, como es la perspectiva social del problema delictual¹⁰².

⁹⁸ En este caso, a modo de ejemplo, vid. BAIGÚN David, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 39-40; BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *“Lecciones de Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 30-31; DÉLMAS-MARTY Mirelle, *“Modelos Actuales de Política Criminal”*, ob.cit., pág. 19; ROXIN Claus, *“Acercas del Desarrollo reciente de la Política Criminal”*, trad. Díaz y García Conlledo Miguel y Pérez Manzano Mercedes, CPC, nº 48, 1992, pág. 795; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, *“Curso de Derecho Penal”*, ob.cit., esp., págs. 134-135; NOVOA MONREAL Eduardo, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978, págs. 239-240; LEVASSEUR Georges, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978, pág. 156; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *“Curso de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 98; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles”*, ob.cit., págs. 39-40; BERISTAIN IPIÑA Antonio, *“Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”*, ob.cit., págs. 18-19; BARLETTA-CALDARERA Giacomo, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 72; DE SOLA DUEÑAS Ángel, *“Política Social y Política Criminal”*, ob.cit., pág. 246; BRICOLA Franco, *“Política Criminal y Derecho penal”*, ob.cit., págs. 108 y ss.; CÓRDOBA RODA Juan, *“Evolución Política y derecho penal en España”*, ob.cit., pág. 141; VASSALLI Giuliano, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978, pág. 387; MAIER Julio, *“Política Criminal y Derecho Procesal Penal”*, RIDP, nº 1, 1978; ROMERO Gladys, *“Notas sobre la relación entre Política Criminal y Política Social”*, RIDP, nº 1, 1978, pág. 297; ZUGALDÍA ESPINAR José, *“Fundamentos de Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 197-198; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit., págs. 159-163.

⁹⁹ En este sentido, entre otros, vid. MAURACH Reinhart, *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., trad., y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, esp., págs. 38-39; ZIPF Heinz, *“Introducción a la Política Criminal”*, ob.cit., págs. 3 y ss. En España, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA José María, SERRANO GÓMEZ Alfonso, *“Derecho Penal Español”*, PG., ob.cit., págs. 16 y ss.; SANZ MORÁN Ángel, *“Algunas consideraciones en torno a la política criminal”*, ob.cit., esp., págs. 731-732.

¹⁰⁰ En el mismo sentido, entre otros, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, *“La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)”*, ob.cit., esp., págs. 869-873.

¹⁰¹ Entre otros, vid. GONZÁLEZ TENORIO Ernesto, *“Poder Político y Política Criminal”*, en AA.VV., *Política criminal y Sociología Jurídica*, Augusto Sánchez y Venus Armenta (coords.), Ciudad de México, UNAM, 1998, págs. 63-65; KAISER Günther, *“Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos”*, ob.cit., pág. 60; BERISTAIN IPIÑA Antonio, *“Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”*, ob.cit., págs. 19-28; ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, *“La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)”*, ob.cit., esp., págs. 869-873; SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal”*, ob.cit., pág. 213; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel,

En efecto, si el objetivo de toda Política criminal es el control y por su intermedio mantener en niveles aceptables para la convivencia social los índices de comisión de delitos¹⁰³, dentro de los cauces propios del Estado social y democrático de derecho del que es herramienta, resulta coherente con ello que la Política criminal vaya más allá de la mera cuestión penal¹⁰⁴. De este modo, se ha de tener en consideración que la cuestión criminal se enmarca en un sistema social, lo que requiere por su naturaleza¹⁰⁵ ir más allá de lo relativo a la mera criminalización¹⁰⁶.

Señalan sobre este extremo BUSTOS y HORMAZÁBAL que ello ha de implicar que la visión político criminal (*crítica*, dicen estos autores) abarca no sólo a las normas, de carácter penal, procesal, penitenciario, etc..., sino también

¹⁰³ “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 98; ZUGALDÍA ESPINAR José, “Fundamentos de Derecho Penal”, ob.cit., págs. 197-198.

¹⁰² En este sentido, entre otros, vid. JESCHECK Hans, “La Crisis de la Política Criminal”, RDP, nº 9, 1980, esp., págs. 51-54; SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal”, ob.cit., págs. 7-28; BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Lecciones de Derecho Penal”, ob.cit., págs. 30-31; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., esp., págs. 134-135; DE SOLA DUEÑAS Ángel, “Política Social y Política Criminal”, ob.cit., págs. 245-263; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Introducción al Derecho Penal”, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, págs. 763-769 y en, del mismo, “Análisis Criminológico de los diversos modelos y Sistemas de Reacción al Delito”, en AA.VV., El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos, LH. al Prof. Ángel Torío López, Granada, Editorial Comares, 1999, pág. 136 y en “Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”, ob.cit., esp., págs. 594-596; DÉLMAS-MARTY Mirelle, “Modelos Actuales de Política Criminal”, ob.cit., pág. 19; ROXIN Claus, “Acerca del Desarrollo reciente de la Política Criminal”, ob.cit., pág. 795.

¹⁰³ Entre otros, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Introducción al Derecho Penal”, ob.cit., esp., págs. 727-770 y en, del mismo, “Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”, ob.cit., esp., pág. 595; BRICOLA Franco, “Política Criminal y Derecho penal”, RIDP, nº 1, 1978; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., págs. 224-228.

¹⁰⁴ En este sentido, vid. HERRERO HERRERO César, “Política Criminal integradora”, ob.cit., esp., págs. 89-92.

¹⁰⁵ En este sentido, vid. CANTARERO Rocío y ZÚÑIGA Laura, “¿Tiene futuro la ciencia total del derecho penal en España?”, ob.cit., esp., pág. 143.

¹⁰⁶ De hecho, y extremando este sentido, para algunos autores, como por ejemplo BERGALLI, existe un punto en que la Política criminal resultaría innecesaria. De esta manera lo explica el referido autor: “Las exigencias de una mayor y mejor atención a la salud, de unas condiciones satisfactorias para la prestación del trabajo y de seguridad en los lugares donde éste se desenvuelve, de una vivienda digna, de posibilidades accesibles a la formación y preparación cultural y profesional, de ser y estar informado correctamente..., etc., constituyen requerimientos que deben hacer valer en el plano penal quienes concurren con el máximo esfuerzo al proceso productivo. En los países en los que la clase trabajadora ha superado las contradicciones en que incurre la tutela de sus necesidades, la política criminal no necesita emplearse y puede considerarse, como se dijo antes, plenamente integrada en la política social”. Vid. BERGALLI Roberto, “Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales”, ob.cit., pág. 255.

a los propios órganos de aplicación¹⁰⁷ "...a las instancias concretas en que actúan los operadores sociales, esto es, la policía, el proceso penal... Todos estos aspectos forman una unidad"¹⁰⁸. En este sentido, GRISPIGNI la definía como: "La doctrina que estudia la actividad que debe ser desarrollada por el Estado a los fines de la prevención y represión de los delitos"¹⁰⁹.

Al margen de la irracionalidad de entender el problema del delito como un fenómeno aparcado en la mera esfera penal¹¹⁰, de ahí que las respuestas deban venir sólo desde esta parcela¹¹¹, lo cierto es que ya hace bastante se conoce la hipocresía de tales afirmaciones¹¹². El delito es un problema social y por lo mismo complejo¹¹³, que por tanto no admite, si se quiere enfrentar con seriedad, respuestas simples¹¹⁴.

¹⁰⁷ Por ejemplo, en este sentido, concretamente en el ámbito del juez penal, vid. RUIZ VADILLO Enrique, "Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia", en Estudios criminológico-victimológicos de Enrique Ruiz Vadillo in Memoriam, San Sebastián, CIVC, 1999, págs. 149-163.

¹⁰⁸ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, "Lecciones de Derecho Penal", ob.cit., pág. 31. En el mismo sentido, entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDRECASAS, TERRADILLOS BASOCO, "Curso de Derecho Penal", ob.cit., págs. 134-135.

¹⁰⁹ Citado por SAINZ CANTERO José, "Lecciones de Derecho Penal", ob.cit., pág. 92. En este sentido, entre otros, vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, "Tratado de Derecho penal parte General", ob.cit., esp., pág. 24; BERISTAIN IPIÑA Antonio, "Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)", ob.cit., págs. 18-19; BARLETTA-CALDARERA Giacomo, "Política Criminal y Derecho Penal", ob.cit., pág. 72; BRICOLA Franco, "Política Criminal y Derecho penal", ob.cit., pág. 111; CÓRDOBA RODA Juan, "Evolución Política y derecho penal en España", ob.cit., pág. 141; NOVOA MONREAL Eduardo, "Política Criminal y Derecho Penal", ob.cit., págs. 239-242; LEVASSEUR Georges, "Política Criminal y Derecho Penal", ob.cit., pág. 156; VASSALLI Giuliano, "Política Criminal y Derecho Penal", ob.cit., pág. 387.

¹¹⁰ "Cualquier evaluación de los sistemas, modelos o paradigmas de respuesta al delito parte hoy del necesario reconocimiento de dos postulados criminológicos, que gozan de amplio consenso científico, relativos a la propia concepción del crimen como problema social-comunitario y a la pluralidad de expectativas, individuales y sociales antagónicas que aquel genera". Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, "Análisis Criminológico de los diversos modelos y Sistemas de Reacción al Delito", ob.cit., pág. 136 y en, del mismo, "Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos", Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, esp., pág. 594.

¹¹¹ Es un aserto ya no discutido afirmar que el simple aumento aritmético de las penas no disminuye los índices de delincuencia. Entre otros muchos, vid. KURY Helmut, "Sobre la Relación entre sanciones y Criminalidad, o: ¿Qué efecto Preventivo tienen las Penas?", en AA.VV., Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, UNED, 2001.

¹¹² Sobre ello, por todos, vid. RUSCHE Georg y KIRCHHEIMER Otto, "Pena y estructura social", Bogotá, Temis, reimp., 2004, esp., pág. 255.

¹¹³ No puede negarse el avance que significó para el Derecho penal el surgimiento de la criminología crítica, sobre ello JAÉN VALLEJO explica: "Con independencia de que se compartan o no los planteamientos políticos de la criminología crítica, así como sus finalidades, y de que éstas se hayan calificado, no sin razón, de utópicas, lo cierto es que ha

No es discutible, por tanto, que el Estado tenga que elevar su mirada más allá del sistema de control penal para comprender la problemática delictual y sus causas¹¹⁵, poniendo más atención en los conflictos sociales derivados de la insatisfacción de necesidades humanas básicas aún no resueltas¹¹⁶. Dejando, por tanto, de anteponer la justicia penal¹¹⁷ a la justicia social¹¹⁸.

aportado un análisis realista a la cuestión criminal denunciando la desigual aplicación del derecho penal, al ser las clases sociales más deprimidas las que más lo sufren". Vid. JAÉN VALLEJO Manuel, *"Cuestiones básicas del Derecho Penal"*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, págs. 93-95. En el mismo sentido, además, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *"El pensamiento Abolicionista"*, en AA.VV., Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito, Rosario Diego Diaz-Santos y Eduardo Fabián Caparrós (Coords.), Madrid, Editorial Tecnos, 1995; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *"Los problemas de legitimación del derecho penal y la perspectiva abolicionista"*, Derecho penal y criminología, RICPCUE, Vol. XVIII, N° 57-58, septiembre 1995-abril 1996. Para una visión representativa de esta tendencia, vid. HULSMAN Louk, *"Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa"*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984; CHRISTIE Nils, *"El Delito no existe"*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

¹¹⁴ "...si el crimen no se concibe a modo de duelo simbólico entre Estado e infractor, sino como conflicto real que implica a una pluralidad de protagonistas, con sus legítimos intereses y expectativas, lógicamente entonces la bondad del sistema de reacción al delito no vendrá dada solo, ni de forma prioritaria, por el grado de satisfacción de la pretensión punitiva del Estado (castigo del delincuente). Reparación del daño causado, resocialización del infractor y pacificación de las relaciones sociales son, pues, metas irrenunciables de cualquier sistema de respuesta al delito y han de ser tenidas en cuenta en el momento de evaluar la calidad de la intervención en este complejo problema social". Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *"Análisis Criminológico de los diversos modelos y Sistemas de Reacción al Delito"*, ob.cit., pág. 136.

¹¹⁵ En este sentido, por todos, recientemente, vid. BUENO ARÚS Francisco, *"Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia"*, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 38-41.

¹¹⁶ En este sentido, por ejemplo, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Seguridad ciudadana y seguridad jurídica"*, en AA.VV., Universitas Vitae, LH. a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, EUS, 2007, pág. 98; MONTEIRO GUEDES Manuel, *"La Política Criminal y la Criminología en nuestros días. Una visión desde Portugal"*, en AA.VV., Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, Libro homenaje a Alfonso Serrano Gómez, Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luís Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2006, págs. 1313-1315.

¹¹⁷ Así, en este sentido ETCHEBERRY indica: "En la prevención de los delitos, pese a la creencia general, la ley penal tiene sólo un papel y más bien modesto: más importante es la familia, la escuela primaria, la confesión religiosa o convicción filosófica que profese el ciudadano, y las condiciones económico-sociales imperantes en la sociedad. El aspecto represivo - simbolizado en el Código Penal, es solo uno - y no el más importante- de los que deben conjugarse para alcanzar y mantener la paz social". Vid. ETCHEBERRY Alfredo, *"Reflexiones sobre Política Criminal"*, REPC, N° 7, pág. 16, http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_2_7.pdf.

¹¹⁸ De esta manera: "...si ciertamente se admite que el crimen es un doloroso problema social, comunitario, y que, como tal, debe ser tratado. El sistema, pues, mejor, el más satisfactorio, no abandera cruzadas ni guerras santas contra el delito, ni persigue su erradicación sobre la faz de la tierra -ni el exterminio del infractor- sino que articula un control razonable del conflicto con el menor coste social posible". Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *"Análisis Criminológico de los diversos modelos y Sistemas de Reacción al Delito"*, ob.cit., pág. 136, semejante idea en, del mismo, *"Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos"*, ob.cit., esp., pág. 596 y en, *"La prevención del delito: reflexiones en torno a la denominada prevención situacional"*, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, esp., págs. 614-625.

No se ha de perder de vista que la definición de los conflictos sociales como delitos, antes que la solución, es la declaración del fracaso, o en el mejor de los casos, de la insuficiencia de las políticas sociales¹¹⁹. Evidentemente no se está afirmando que el Estado deba desechar el castigo frente al ciudadano que ignore las normas básicas de convivencia, pero ello no significa avalar estrategias que propugnen por potenciar el **gasto** policial¹²⁰ en desmedro de la **inversión** social¹²¹.

En definitiva, lo que se quiere dejar en limpio es que el carácter subsidiario del Derecho penal en relación con las otras ramas del ordenamiento jurídico es directamente vinculable a la subsidiariedad de las políticas punitivas¹²² respecto de las políticas sociales¹²³. Y es que sólo desde esta doble configuración de la subsidiariedad¹²⁴, cobra algún sentido político criminal hablar en este ámbito del Derecho penal como “última ratio”¹²⁵.

¹¹⁹ En este sentido, entre otros, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Política penal en el Estado Democrático”, en AA.VV., El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, págs. 153-171; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., págs. 240-241; GONZÁLEZ TENORIO Ernesto, “Poder Político y Política Criminal”, ob.cit., esp., págs. 63-65.

¹²⁰ Lo que es paradigmático de un Derecho penal simbólico en sentido negativo, donde la función instrumental es sustituida por la simbólica con un fin de ocultamiento de deficiencias estructurales del sistema. En este sentido, por ejemplo, vid. TERRADILLOS BASOCO Juan, “Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, RPE, nº 1, 1991, esp., pág. 9.

¹²¹ En este sentido se expresa: “Ninguna Política Criminal realista puede prescindir del castigo, pero tampoco cabe degradar la política criminal convirtiéndola en mera política penal. ...desde luego, existe evidencia empírica de que la inflación penal y los excesos del rigor punitivo lejos de reforzar los mecanismos inhibitorios y de prevenir el delito producen efectos criminógenos”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Tendencias del Actual Derecho Penal”, en AA.VV., Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, UNED, 2001, pág. 43.

¹²² Ello es lo que precisamente serviría de antídoto al hoy en boga eficientismo penal que devendría incluso en la criminalización de la propia política social. Sobre ello, vid. BARATTA Alessandro, “Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, ob.cit., esp., págs. 72-74.

¹²³ En este sentido es claro BARATTA, quien no abogaba ya por una Política criminal alternativa, sino más bien, por una alternativa a la Política criminal, refiriéndose con ello a la Política social. Vid. BARATTA Alessandro, “Principios del Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”, trad. Beatriz Lenzi, RDP, nº 40, 1987, esp., pág. 646. En el mismo sentido es que MAIER califica al Derecho penal como última ratio de la Política social. Vid. MAIER Julio, “Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”, ob.cit., esp., págs. 2393-2394.

¹²⁴ En este sentido, entre otros, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, REGASP, nº 9, 2007, esp., pág. 35; MAIER Julio, “Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”, ob.cit., esp., págs. 2393-2395. Desde esta perspectiva dual, además, resulta más realista plantearse los fundamentos de un Derecho penal mínimo. Sobre este tema, entre otros, vid. CANCINO MORENO

Desde esta plataforma conceptual resulta inevitable que se vea ampliado el objeto de estudio de la Política criminal, lo que seguramente podría traer complicaciones para quienes se aferren a sostener la independencia de ésta como disciplina científica autónoma, pero que respecto de la utilidad social¹²⁶ de este conjunto de conocimientos, ella se nos muestra como adecuada en su diversa gama de saberes¹²⁷, que si bien distintos, complementarios y enfocados hacia esa “actividad del Estado”¹²⁸ en tan enrevesada materia.

En definitiva, pues, si de lo que trata la Política criminal, como señala ROXIN, es: “...de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política criminal...”¹²⁹ resulta al menos sensato afirmar que la mejor y más adecuada respuesta no podría venir de una puntualizada y única parcela¹³⁰, pues, si la

Antonio, “Necesidad de la regulación del real principio del derecho penal mínimo”, en AA.VV., *Dogmática y Ley Penal*, LH. a Enrique Bacigalupo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004, esp., págs. 46-51.

¹²⁵ Sobre ello, entre otros, vid. PRITTWITZ Cornelius, “El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y Límites de los Principios limitadores del Derecho Penal”, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, esp., págs. 430-441; MAIER Julio, “La esquizofrenia del Derecho Penal”, en AA.VV., *Contornos y Pliegues del Derecho*, LH. a Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, Héctor Silveira, Encarna Bodegón, Amadeu Recasens (coords.), Barcelona, Editorial Anthropos, 2006, esp., págs. 300-306; SANTANA VEGA Dulce María, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, Madrid, Dykinson, 2000, esp., págs. 105-116.

¹²⁶ Como equivalente de “efectividad”, en el sentido de CANTARERO y ZUÑIGA. Vid. CANTARERO Rocío y ZUÑIGA Laura, “¿Tiene futuro la ciencia total del derecho penal en España?”, ob.cit., esp., pág. 144.

¹²⁷ En este sentido, por ejemplo, POLAINO NAVARRETE da a esa interdisciplinariedad el rango de “estructural”, sin la cual la Política criminal perdería mucho de su potencial. Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal”, ob.cit., pág. 58.

¹²⁸ “...unidad a través de la diversidad...” como señala DÉLMAS-MARTY, “Modelos Actuales de Política Criminal”, ob.cit., pág. 20.

¹²⁹ Vid. ROXIN Claus, “Acerca del Desarrollo reciente de la Política Criminal”, ob.cit., pág. 795. Vid. también, del mismo, “Política Criminal y Estructura del Delito”, trad. Juan Bustos y Hernán Hormazábal, Barcelona, PPU, 1992, pág. 9.

¹³⁰ Destacando que la cuestión criminal requiere del “concurso de las conclusiones extraídas de todas las disciplinas que abordan el fenómeno delictivo”. Vid. BAIGÚN David, “Política Criminal y Derecho Penal”, ob.cit., pág. 40. Además, vid. ARZT Günther en ROXIN Claus, ARZT Günther, TIEDEMANN Klaus, “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”, Barcelona, Ariel Derecho, 1989, págs. 118-119. En relación con esto, JESCHECK advierte que no se ha de caer en una sobre valoración. Sobre las expectativas en la reducción de la criminalidad como efecto de la Política criminal. Vid. JESCHECK Hans, “La Crisis de la Política Criminal”, ob.cit., págs. 45-72.

Política criminal preventiva de un Estado social y democrático de derecho es, como presumo, la construcción de una figura poliédrica, estos fragmentos que la componen no pueden pretender representarla en su totalidad, sino sólo ofrecerse como una de las múltiples perspectivas para enfrentarse al problema.

Por lo demás, y a mayor abundamiento, si se está de acuerdo con que el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes para la sociedad, y no se está dispuesto a aceptar un rol pedagógico del Derecho penal, entonces, no cabe más que admitir que, si el fin de la Política criminal es la prevención¹³¹, ésta, por su propia naturaleza, no puede estar compuesta sólo de herramientas de carácter penal¹³², pues de ser así, la Política criminal podría con razón ser catalogada de mero “oxímoron perverso”.

Ello viene a desbaratar toda idea restringida del concepto Política criminal, dejando de lado, por eso mismo, la creencia de que la Política criminal deba ocuparse sólo de las disposiciones penales que establezca el legislador “como si éstas operasen por sí mismas”¹³³. De este modo, la multidisciplinariedad de la Política criminal en las ciencias que la conforman, incluso más allá de cualquier tipo de valoración, antes que bueno o malo, en mi opinión, no resulta sólo necesaria¹³⁴, sino más bien imprescindible¹³⁵.

¹³¹ Sobre las distintas categorías de prevención, por todos, vid. BUENO ARÚS Francisco, *“Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia”*, ob.cit., págs. 45-54.

¹³² En el mismo sentido, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, *“Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”*, ob.cit., pág. 35.

¹³³ En este sentido, vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *“La Ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)”*, ob.cit., pág. 109.

¹³⁴ Señala NOVOA MONREAL: “...cada día se advierte más claramente que una Política Criminal, antes tenida como un conjunto particular de conocimientos especializados, que formaban parte del acervo científico jurídico-penal, se ensancha y se funde con la política general que se aplica en un Estado determinado”. Vid. NOVOA MONREAL Eduardo, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 240.

¹³⁵ En este sentido, advierte ROXIN: “Un Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la “ciencia global del Derecho penal”. Vid. ROXIN Claus, *“Derecho*

Por decirlo con otras palabras, las de VON LISZT: “No obstante, en mi opinión, es indiscutible que la doctrina científica, la legislación y la jurisprudencia dedicadas al Derecho penal en ningún modo son suficientes para la tarea de extraordinarias dimensiones que les corresponde en la vida social”¹³⁶.

2.2.- Política criminal como manifestación de poder

Señalado en el punto anterior la visión de la Política criminal como “manifestación de saber”, como acercamiento científico a la actividad del Estado en esta materia, se hará mención ahora a aquella otra perspectiva, la Política criminal como manifestación de poder. Así, en una primera aproximación puede decirse que se entiende referida a aquella enmarcada en la amplia gama de políticas públicas que el Estado debe (o debería) desarrollar para lograr sus objetivos, que en caso de la parcela criminal, está referida al cómo enfrentar el problema delictivo¹³⁷.

Penal”, PG., T. 1, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 47.

¹³⁶ Vid. VON LISZT Franz, “*La Idea del Fin en el Derecho Penal*”, Programa de la Universidad de Marburgo 1882, trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Editorial Comares, 1995, pág. 96.

¹³⁷ En sentido contrario a lo que aquí se ha venido sosteniendo, es decir, afirmando que la Política criminal se reduce a la mejor aplicación de la pena, respecto de cuándo ésta es legítima. De esta forma, el objeto de la Política criminal no sería la prevención, sino “la pena y su utilización”. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “*Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*”, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007, esp., págs. 767-768.

2.2.1.- Prevención desde una concepción social del delito

Esto es, establecidos los objetivos del Estado en este campo, éste ha de elaborar racionalmente la estrategia que vaya de acuerdo a la consecución de los mismos. Pues bien, desde esta perspectiva, como hasta aquí se ha venido esbozando, las aproximaciones al concepto de Política criminal pueden manifestarse provenientes desde una plataforma sólo jurídico penal o desde una concepción social del delito¹³⁸, siendo ésta última la que se tendrá en consideración para los efectos de este trabajo¹³⁹.

En este sentido, y considerando la gran cantidad de concepciones que pueden encontrarse en la doctrina¹⁴⁰, señalaré sólo cuatro a modo de ejemplo, por considerar que ellas contemplan los elementos básicos de la definición del objeto analizado. Así, DÉLMAS-MARTY la indica como: “conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”¹⁴¹ y, BORJA JIMÉNEZ, como: “Aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los

¹³⁸ Para otra perspectiva, por ejemplo, vid. ZIPF Heinz, *“Introducción a la Política Criminal”*, ob.cit., esp., págs. 2-4. Para diversas definiciones, por ejemplo, vid. BERISTAIN PIÑA Antonio, *“Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”*, ob.cit., págs. 13-23 o, SERRANO GÓMEZ Alfonso, *“Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”*, ob.cit., esp., págs. 616-619.

¹³⁹ Según BORJA JIMÉNEZ, optar por una u otra no tendría mayor relevancia dado que, para él, no se trata más que de un “desacuerdo terminológico, solucionable según su opinión, escribiendo “social” donde dice “criminal” en la acepción política de la disciplina y reservando el término “Política criminal” sólo para aquella que se encarga del “estudio de la reacción al delito”. Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, *“Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”*, ob.cit., págs. 146-147.

¹⁴⁰ A modo de ejemplo, vid. BERISTAIN PIÑA Antonio, *“Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”*, ob.cit., págs. 18-19; BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, *“Nuevo Sistema de Derecho Penal”*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, págs. 25 y ss.; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *“Curso de Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 98 y ss; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Parte General del Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 201 y ss; MUÑOZ CONDE Francisco/GARCÍA ARAN Mercedes, *“Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 193; SERRANO-PIEDCASAS José Ramón, *“El Conocimiento Científico del Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 669-670; CUERVO PONTÓN Luís Enrique, *“Política Criminal”*, ob.cit., págs. 83-85, LANGLE Emilio, *“La teoría de la Política Criminal”*, ob.cit., pág. 82; NOVOA MONRREAL Eduardo, *“La evolución del Derecho Penal en el presente Siglo”*, ob.cit., págs. 64-65; VASSALLI Giuliano, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 379; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDCASAS, TERRADILLOS BASOCO, *“Curso de Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 134-137.

¹⁴¹ Vid. DÉLMAS-MARTY Mirelle, *“Modelos Actuales de Política Criminal”*, ob.cit., pág. 19.

poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”¹⁴².

Por otra parte, BARLETTA-CALDARERA la señala como el: “Conjunto de actividades del poder legislativo, ejecutivo y judicial que, partiendo del estudio de las causas biológicas, ambientales y utilitarias del delito, apuntan a la individualización de los instrumentos idóneos para la contención del crimen, mediante la eliminación, si es posible, de las causas o, en todo caso, reduciendo su incidencia”¹⁴³. Por último, el Consejo de Europa la definió en su momento como aquel: “Conjunto de medidas, de carácter penal o no, tendientes a asegurar la protección de la sociedad contra la criminalidad, a regular debidamente el tratamiento de los delincuentes y a garantizar los derechos de las víctimas”¹⁴⁴.

2.2.2.- La Política criminal como actividad del Estado

De estos conceptos, como ya dije prototípicos de una visión social de la cuestión del delito, puede observarse como el acento es puesto en el carácter “Político” de la disciplina¹⁴⁵, lo que determina que ésta se encuentre marcada

¹⁴² Vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., pág. 148 y en, del mismo, “Curso de Política Criminal”, ob.cit., pág. 23.

¹⁴³ Vid. BARLETTA-CALDARERA Giacomo, “Política Criminal y Derecho Penal”, ob.cit., pág. 71.

¹⁴⁴ Citado por BERISTAIN PIÑA Antonio, “Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”, ob.cit., pág. 18.

¹⁴⁵ En este sentido, destaca BINDER: “Aquí aparece el primer elemento importante a tener en cuenta para comprender el carácter “político” de la política criminal y éste es la definición de las infracciones, de aquellos que una determinada sociedad, en un cierto momento, va a considerar como un “crimen”, es una *definición relativa*”. Vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”, ob.cit., pág. 30.

por el fin que le anima. De esta manera, aquello que las definiciones arriba citadas denominan “conjunto de medidas o de métodos” vienen a ser los medios, que por definición han de estar asociados a un fin, fin que en este caso no es otro que hacer frente al fenómeno criminal para su mejor control.

De manera que teniendo presente la ya antes señalada interrelación existente entre las ramas que componen la Política criminal, implica que, por ejemplo, tanto la Criminología como el Derecho penal se encuentren orientados hacia esa utilidad social que le marca la Política criminal. De forma que el término político, eminentemente valorativo y direccional ¹⁴⁶, resulta determinante en el concepto de esta disciplina, en palabras de ZIPF: “...la Política criminal plantea ya, desde su misma denominación, el problema genérico de determinar la coordinación con el ámbito del Derecho o con el de la Política. Aquí debe hacerse resaltar claramente la palabra Política, mientras que la voz criminal, designa el marco objetivo a que se refiere la política”¹⁴⁷.

En el mismo sentido puede leerse a DE SOLA DUEÑAS, siguiendo a BACIGALUPO¹⁴⁸, señalando que la Política criminal presupone la idea de una finalidad dirigida hacia la “utilidad social”, cuestión que desprende del mismo término “política”, lo que se encuentra avalado, según el mismo autor, por el momento histórico en el que surge. Tiempos donde imperaban las teorías absolutas de la pena, siendo una expresión de un programa de reforma del

¹⁴⁶ Al respecto, entre otros, vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, ob.cit., esp., pág. 24 y en, del mismo, “*La Crisis de la Política Criminal*”, ob.cit., págs. 45 y ss; ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*”, ob.cit., págs. 20-21; SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “*Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal*”, ob.cit., págs. 10 y ss.; GÖPPINGER Hans, “*Criminología*”, ob.cit., pág. 20; BERISTAIN PIÑA Antonio, “*Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)*”, ob.cit., esp., pág. 18; ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., esp., pág. 13.

¹⁴⁷ Vid. ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 3.

¹⁴⁸ Vid. BACIGALUPO Enrique, “*Significación y Perspectiva de la Oposición Derecho Penal-Política Criminal*”, RIDP, nº 1, 1978, esp., pág. 16.

Derecho Penal cuya legitimidad la encontraría en su utilidad para la prevención del delito, y por consecuencia, la protección de Bienes Jurídicos. “Se trataba, en definitiva, de racionalizar el Derecho Penal de la época”¹⁴⁹.

De manera parecida, pero con los matices propios derivados de la negación de la Política criminal no ya sólo como ciencia independiente, que también, si no negando el carácter mismo de ciencia de ésta, algunos autores destacan de manera preponderante el carácter de “fuerza”, de “ejercicio del poder”¹⁵⁰, que tiene en sí la Política criminal. De ahí que, en este punto resulte interesante hacer referencia a la concepción que, por ejemplo, sustenta Alberto BINDER. Para este autor argentino, la Política criminal sería una parte del conjunto de políticas que se despliegan en una sociedad (predominantemente desde el Estado).

En este sentido, la Política criminal estaría referida a la utilización que hará el Estado del poder penal de que dispone, esto es, de la fuerza o coerción estatal en su “expresión más radical”. La Política criminal es, en síntesis -dice BINDER- “el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal (coerción penal) hacia determinados objetivos”¹⁵¹.

Desde esta perspectiva se habla de la Política criminal lisa y llanamente como “Política”. Es claro en este punto QUINTERO OLIVARES señalando que

¹⁴⁹ Vid. DE SOLA DUEÑAS Ángel, “Política Social y Política Criminal”, ob.cit., pág. 246.

¹⁵⁰ En este sentido, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Política Criminal y Estado”, ob.cit., pág. 17.

¹⁵¹ Vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”, ob.cit., pág. 42. Sobre el concepto, en parecidos términos, entre otros: MIR PUIG Santiago, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en AA.VV., Nuevas Tendencias en Política Criminal, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pág. 116; BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, “Nuevo Sistema de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 25.

la Política criminal, "... es, entre otras cosas, la parte de la política que se dedica al problema de la prevención y reacción contra el delito..."¹⁵². De esta manera, se entiende desde esta óptica que, así como en un Estado la Política económica o la Política educativa, no son ciencias en sí mismas, sino determinados "sistemas de decisiones", en igual medida la Política criminal, se configura entonces como un sector de la realidad que tiene que ver, según BINDER, con cuatro conceptos básicos: el conflicto, el poder, la violencia, y el Estado, cuatro esferas de realidad que se encuadran dentro de una sociedad¹⁵³.

Un concepto sustentado desde tal plataforma, que dicho sea de paso, no se aleja sino más bien se encuentra dentro de aquellos de concepción social del delito, tiene a mi parecer al menos la cualidad de destacar con toda claridad lo esencial del término "política"¹⁵⁴ dentro del concepto en comento. De esta manera, viene a superarse el "dilema existencial"¹⁵⁵ del jurista que no quiere alejarse de la realidad social pues, de aceptar el estrecho vínculo existente entre derecho y política (ahí la realidad), esto le parece hace perder autonomía y

¹⁵² Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *"Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles"*, ob.cit., pág. 39. En el mismo sentido, vid. PAREDES CASTAÑÓN José, "Recensión: Gracia Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*", ob.cit., págs. 13-14.

¹⁵³ Vid. BINDER Alberto, *"Política Criminal: De la Formulación a la Praxis"*, ob.cit., pág. 29.

¹⁵⁴ En este sentido, y dando un paso más allá, ZAFFARONI ubica a la Política criminal directamente dentro de la ciencia política. Así, señala el maestro argentino: "Por ende, creemos que existe una política criminal como rama especializada de la ciencia política, que abarca la ingeniería institucional criminal como uno de sus aspectos más importantes". Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *"La Ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)"*, ob.cit., pág. 109.

¹⁵⁵ Sobre esta arista, SILVA se decanta por no negar esa vinculación política, por otra parte, evidente. Así, señala: "Este planteamiento parte, sin embargo, de una neutralidad de la dogmática que, a mi entender, no se corresponde ni con la autocomprensión de los dogmáticos, ni con la visión que de la ciencia jurídico-penal tiene la propia sociedad... en otros ámbitos la dogmática tiene una abierta vinculación con la política criminal: en este sentido, es política". Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *"Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal"*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coord.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, págs. 37-38. En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, lo destaca desde la época del nacional socialismo alemán. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *"La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada"*, en AA.VV., LH. al profesor, Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Mercedes Alonso Álamo...(et al.)(coords.), Madrid, Thomson Civitas, 2005, págs. 745-748.

“cientificidad” a su trabajo (ahí el dilema)¹⁵⁶. Desde esta perspectiva la Política criminal se ve coherentemente concretada en un “sistema de decisiones” lo que nos conduce a asociarle naturalmente con lo que se conoce como “poder de definición” del Estado¹⁵⁷.

Bien se sabe que toda sociedad requiere de reglas y principios establecidos que le doten de la coherencia interna necesaria para alcanzar estándares mínimos de convivencia. Para ello creará los mecanismos necesarios que aseguren la conformidad de los sujetos que la componen a estas reglas sociales de coexistencia. Dichos mecanismos ejercerán lo que se conoce como control social.¹⁵⁸ En este sentido, y en palabras de MUÑOZ CONDE: “El control social determina, pues, los límites de la libertad humana en la sociedad, construyendo, al mismo tiempo, un instrumento de socialización de sus miembros”¹⁵⁹. Bien sabemos que éste puede ser de tipo informal o formal, siendo este último el ámbito a que pertenece el Derecho Penal.

Concretando, cuando hablamos de fenómeno asociativo en la actualidad, dicha referencia por antonomasia está hecha al Estado, y en este sentido cuando éste se enfrenta a los consubstanciales conflictos al interior de la sociedad deberá optar por distintos intentos, siempre políticos como es obvio, para

¹⁵⁶ En este sentido, vid. GONZÁLEZ CUSSAC citando a BARCELONA en GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “*Derecho penal y teoría de la democracia*”, CJ, nº 30, 1995, pág. 10.

¹⁵⁷ En semejante sentido, aunque refiriéndose a una Política penal, señala ZAFFARONI: “...es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado. En este sentido entendemos que no está ni puede estar en oposición al derecho penal, porque este mismo es una materialización de aquella”. Vid. ZAFFARONI Eugenio, “*Tratado de Derecho Penal*”, PG., T. I, Buenos Aires, EDIAR, 1980, pág. 150. En esta misma línea, vid. CARBONELL MATEU Juan, “*Reflexiones Sobre el Abuso del Derecho Penal y la Banalización de la Legalidad*” en AA.VV., LH. al Dr. Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001, esp., págs. 135-139.

¹⁵⁸ Al respecto, por todos, vid. HASSEMER Winfried, “*Fundamentos del Derecho Penal*”, Barcelona, Editorial Bosch, 1984 y, BERGALLI Roberto, “*Control Social: Sus orígenes conceptuales y usos instrumentales*”, RDPC, nº 2, 1992.

¹⁵⁹ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal y Control Social*”, Bogotá, Temis, 2004, pág. 25.

resolverlos, o si se prefiere, suspenderlos. Pues bien, una de esas formas, entre otras, de hacer frente al conflicto será el definirlo como delito, es decir, criminalizarlo. La mencionada criminalización es distinguida doctrinariamente entre aquella primaria, señalada al momento de creación de la norma jurídico-penal, y secundaria, referida a la aplicación de dicha norma. La primera dedicada a la definición del delito y la segunda a la definición del delincuente¹⁶⁰.

Un análisis descriptivo como el hasta aquí expresado sólo pretende encausarnos en una aproximación a nuestro interés, llevándonos antes al insoslayable tema de los límites a ese poder de definición, o del *ius puniendi*, o como antes hemos dicho, límites al poder punitivo del Estado, que evidentemente no se podrá profundizar. No existe en rigor una enumeración clara en cuanto a la nomenclatura utilizada ni en cuanto a la importancia asignada a cada uno de estos, ahora bien, para los efectos de este trabajo seguiremos lo que respecto de ellos señalan BUSTOS Y HORMAZÁBAL¹⁶¹.

Evidentemente, todas estas limitaciones al poder punitivo del Estado surgieron en un principio como reacción política a las arbitrariedades del Estado absoluto, pero a lo largo de la historia ellas se han ido constituyendo como baremos de legitimidad de la intervención penal,¹⁶² y en este sentido también, como parámetro de la medida de democracia de la que goza una

¹⁶⁰ Vid. BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, *"Nuevo Sistema de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 25.

¹⁶¹ *Ibíd.*, págs. 25-40.

¹⁶² Así señala GARCÍA-PABLOS: "En puridad, parece más correcto afirmar que la historia del Derecho Penal es la historia de su progresivo control y racionalización, la historia de sus límites". Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *"Sobre el Principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del Ius Puniendi"*, en AA.VV., Estudios Penales y Jurídicos, LH. al Prof. Enrique Casas Barquero, Universidad de Córdoba, 1996, pág. 250.

sociedad¹⁶³. Por ello, en cuanto las vinculaciones aquí realizadas, es importante determinar que naturalmente se trabaja sobre la base de un Estado Democrático y Social de Derecho.

En este sentido, es que Democracia y Política criminal¹⁶⁴ tienen una asociación inmediata y directa, "...ya que el modo como el Estado haga uso del poder penal es uno de los indicadores más precisos de la profundidad del sistema democrático en una sociedad y el grado de respeto a la dignidad de todas las personas que es la base esencial del concepto democrático"¹⁶⁵.

Señalado lo anterior, debemos decir que se distingue entre principios formales y materiales, pero que ambos abarcan tanto a la criminalización primaria como secundaria. Dentro de los principios formales de la criminalización primaria destaca el conocido principio de legalidad, congénito al Derecho penal moderno, que sintéticamente se expresa señalando que no hay delito ni pena sin ley escrita, estricta y previa.

En lo relativo a la criminalización secundaria los principios que se señalan dan contenido al llamado "debido proceso", que sucintamente son: no hay culpa sin juicio, no hay juicio sin acusación, no hay acusación sin pruebas y no hay pruebas sin defensa. Ahora bien, los principios limitadores normativo materiales están referidos al respeto de la dignidad de la persona humana, el bien jurídico (principio de lesividad) y la necesidad de la pena, distinguiéndose

¹⁶³ Al respecto, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan y otros, *"Proceso Penal y Derechos Fundamentales"*, CNRR, Editorial Alfabet, 1994, págs. 185 y 186.

¹⁶⁴ O, lo que es lo mismo, y en semejante relación, entre política y Derecho penal. En este sentido, entre otros, vid. De RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, *"Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político"*, ob.cit., esp., págs. 595-599.

¹⁶⁵ Vid. BINDER Alberto, *"Política Criminal: De la Formulación a la Praxis"*, ob.cit., pág. 45.

dentro de este último los no menos importante sub-principios de última o extrema ratio, de subsidiariedad, fragmentariedad, non bis in idem y proporcionalidad¹⁶⁶.

Pues bien, retomando la idea central, y sobre el supuesto que el Estado enfrentará un conflicto social determinado definiéndolo como delito, hipótesis ante la cual nos encontramos ante una decisión político criminal¹⁶⁷, a lo que si se agrega que toda definición implica el poder para hacerla, tenemos que, como señala BUSTOS RAMÍREZ, "...la política criminal es, en consecuencia, un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado"¹⁶⁸.

Considerando lo hasta aquí dicho, y partiendo de la premisa de que el Derecho Penal sólo se encontraría legitimado en cuanto su fin esté dirigido a la protección de bienes jurídicos, nos encontramos que tanto las ciencias que básicamente componen la Política criminal, como ella misma, están dirigidas hacia un fin, y en cuanto tal son valorativas, lo que pone de relieve la perspectiva del derecho como un medio, mas no como un fin en sí mismo.

En este sentido, se entiende lo que señala GARCÍA-PABLOS respecto del Derecho penal y de la autoafirmación de su rol, afirmando que: "El moderno derecho penal es consciente de su rol instrumental, preordenada a la exclusiva tutela de los bienes jurídicos más valiosos del orden social"¹⁶⁹. De esta manera, se pone de relieve el carácter de "medio" del Derecho penal, que no se agota en sí, que no es un fin en sí mismo, sino que ha de estar en función al

¹⁶⁶ Vid. BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, "*Nuevo Sistema de Derecho Penal*", ob.cit., págs. 33-35.

¹⁶⁷ En el mismo sentido, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "*Política Criminal y Estado*", ob.cit., págs. 17-18.

¹⁶⁸ Vid. BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, "*Nuevo Sistema de Derecho Penal*", ob.cit., pág. 25.

¹⁶⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, "*Tendencias del Actual Derecho Penal*", ob.cit., pág. 41.

servicio de la convivencia social. “Pues, -dice GARCÍA-PABLOS- castigar por castigar, prohibir por prohibir, carece de sentido y legitimación si las conminaciones legales no persiguen asegurar aquella, protegiendo los valores fundamentales del hombre y la sociedad”¹⁷⁰.

Dicho lo anterior, es que se podría aceptar que la Política criminal, en términos más bien gráficos, viene a ser una suerte de instrumento contenedor de otros instrumentos, que a la vez se sirven de sus propios medios para alcanzar el fin que haya sido trazado por la propia Política criminal, que como ya dijimos, se reconoce a sí misma como un medio “para” y no un fin “que”¹⁷¹. Así las cosas, SILVA SÁNCHEZ lo explica sintéticamente de la siguiente forma: “En este punto se muestra una de las características fundamentales de la política criminal: ésta aparece como un sistema que se autodefine”¹⁷².

Derivado de lo anterior, y no separado de ello, la Política criminal determinará, en cuanto sistema de decisiones que es¹⁷³, el cómo hace frente a

¹⁷⁰ *Ibíd.*, págs. 41-42. Sin perjuicio de ello, no debe obviarse la crítica respecto de la consagración de los derechos humanos en convenciones, pues de esa manera se lograría el objetivo no confesado de consolidación del orden social vigente, de forma que los Estados antes que proteger los derechos humanos les utilizarían para proteger el orden público, resultando por tanto que éstos antes que un fin, serían tan sólo un medio. Sobre ello, vid. MÉNDEZ BAIGES Víctor, “*Sobre Derechos Humanos y Democracia*”, en AA.VV., *En el Límite de los Derechos*, Barcelona, EUB, 1996, esp., págs. 125 y ss.

¹⁷¹ “El moderno derecho penal entonó en su día el adiós definitivo a Kant y Hegel, escogiendo el sendero del prevenciónismo. Se liberó, pues, de referencias sublimes, metafísicas, al fiat iustitia... ut pereat mundus y a los imperativos categóricos para sustituir definitivamente el punitur quia peccatum est, por el punitur, ne peccetur”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “*Tendencias del Actual Derecho Penal*”, *ob.cit.*, pág. 42 y en, del mismo, “*Introducción al Derecho Penal*”, *ob.cit.*, págs. 775-776. En el mismo sentido, vid. BARATTA Alessandro, “*Democracia, Dogmática, y Criminología: Cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas*”, *ob.cit.*, esp., págs. 168-169; FERRAJOLI Luigi, “*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*”, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1995, esp., pág. 905; NOVOA MONRREAL Eduardo, “*Política Criminal y Derecho Penal*”, *ob.cit.*, y en, del mismo, “*La evolución del Derecho Penal en el presente Siglo*”, *ob.cit.*, pág. 71.

¹⁷² Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, “*Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal*”, *ob.cit.*, pág. 214. Es interesante percatarse de como NAUCKE, en su caso refiriéndose a la criminología, arriba a similar conclusión cuando explica el cómo determinadas exigencias político criminales crean la criminología que les corresponde. Vid. NAUCKE Wolfgang, “*Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal*”, *ob.cit.*, págs. 95-111.

¹⁷³ Vid. BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, “*Nuevo Sistema de Derecho Penal*”, *ob.cit.*, esp., pág. 25.

aquéllo que un estado atrás definió como delito¹⁷⁴. Estos son los dos momentos de la Política criminal, en cuanto actividad del Estado: definición¹⁷⁵ y respuesta al fenómeno delictivo¹⁷⁶. De modo que el concepto de trabajo que manejamos en esta tesis para la Política criminal en su acepción de “actividad del Estado”, será aquel que la comprende como: *una de las políticas del Estado que bifurcada en dos planos decide, por una parte, qué conflictos se criminalizan, y por la otra, determina el conjunto de medidas para enfrentarse preventivamente a dicho fenómeno, dentro de los límites propios establecidos por la naturaleza de la forma de Estado de la que es herramienta.*

3.- Consideraciones a modo de síntesis

Puede decirse que desde aquellas concepciones que limitan la Política criminal a la sola función crítica, de lege ferenda, ha transcurrido un proceso caracterizado por la ampliación de las funciones de ésta. Dicha extensión es situada por BERISTAIN IPIÑA geográficamente en Europa y cronológicamente a partir de la segunda mitad del siglo pasado, en lo que sería una línea más o

¹⁷⁴ Dicho de otra manera, y para ello citaré a ROXIN, “El derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica”. Vid. ROXIN Claus, “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”, ob.cit., pág. 101.

¹⁷⁵ “En otras palabras, la propia definición de cuales son los delitos constituye competencia de la política criminal: cuántas son las conductas que cabe racionalmente calificar como delictivas. Y ello no sólo en cuanto a lo relativo a qué bienes jurídicos merecen y precisan de protección penal, sino también en cuanto a qué clase conductas describen riesgos penalmente relevantes: tentativas, hechos imprudentes, hechos en comisión por omisión; etc.”. Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, “Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal”, ob.cit., pág. 214. Desde otra perspectiva, aunque en el mismo sentido, destaca FERRAJOLI que: “Una doctrina sobre la justificación externa de las prohibiciones penales es, pues, una doctrina no jurídica, sino política, modelada en torno a criterios de *política criminal*. Y, en la medida en que postula la correspondencia entre prevención de delitos y tutela de bienes jurídicos, es también el complemento necesario de la doctrina sobre la justificación externa de la pena”. Vid. FERRAJOLI Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, ob.cit., pág. 472.

¹⁷⁶ “Al plantearse la cuestión criminal desde la política, se está significando que dice relación con el poder, esto es, con la capacidad de definir dentro de la estructura social y, por tanto, consecuentemente dirigir y organizar. Es por eso que en este sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es evidente que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado, en la medida que el poder está repartido y en cuanto haya la posibilidad de diferentes movimientos de expresión”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Política Criminal y Estado”, ob.cit., pág. 17.

menos común, estableciéndose para la Política criminal ya no sólo el ámbito de la reforma penal, si no además: "...el estudio de la realidad del delito y de su control; la protección, con las garantías jurídico-procedimentales, de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad; el respeto de los criterios y las valoraciones de la ética social; la atención a la cultura política y a la realidad social, no sólo en el ámbito del Derecho penal, ni sólo desde los criterios de eficiencia y funcionalidad (Zweckrationalität), sino también de los axiológicos (Wertrationalität)"¹⁷⁷.

Podría encontrarse entonces en esa forma evolutiva, quizá, la falta de estabilidad en las fronteras del objeto y la función que la Política criminal ha tenido, y aún mantiene. No es menos cierto que a pesar de ello puede encontrarse en la distinción entre Política criminal como "disciplina" o "conjunto de saberes" y la acepción que se refiere a ella como "actividad del Estado" una base que, aunque formal, más o menos establecida respecto de ésta, y desde ella permitirme tomar posición.

Es así como, y en otras palabras respecto de la distinción formal antes referida, cuando se pregunta por la Política criminal de un Estado lo que normalmente se está esperando por respuesta es una que diga relación con la estrategia de aquél para enfrentarse al fenómeno delictivo, que puede estar referida además a una política específica o general (Política criminal como actividad del Estado). Cuando se pregunta por la visión político criminal de tales o cuales normas o medidas, lo que se quiere averiguar es la opción o

¹⁷⁷ Vid. BERISTAIN IPIÑA Antonio, *"Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)"*, ob.cit., págs. 18-19.

plataforma desde la cual se implementa aquella estrategia (Política criminal como actividad -aproximación- científica).

De ello se sigue que si bien se encuentran señaladas ambas con idéntico nombre, sendas preguntas esperan respuestas distintas. Naturalmente no desligadas, pero sí diferentes, pues apuntan a planos diversos, que si bien complementarios, son distintos. De esta forma se puede solventar el equívoco, la confusión que arranca, quizá, de la igual nomenclatura para designar el objeto de valoración y la valoración del objeto.

Así expresado, puedo manifestar mi acuerdo con BUSTOS RAMÍREZ, que respecto de la Política criminal como **actividad estatal**, la califica como “un poder de definición de un conflicto como delito que ejerce en exclusiva el Estado”¹⁷⁸ y desde él plantearnos ésta como una de las políticas del Estado que escindida en dos planos decide por un lado qué conflictos se criminalizan, y por el otro, determina el conjunto de medidas para enfrentarse preventivamente a dicho fenómeno.

Pero la Política criminal no puede ser comprendida sólo como una tarea de criminalización¹⁷⁹, sino también de descriminalización cuando ello resulte

¹⁷⁸ Vid. BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, “Nuevo Sistema de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 25. En el mismo sentido, entre otros, vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: De la Formulación a la Praxis”, ob.cit., esp., pág. 42; MIR PUIG Santiago, “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, ob.cit., pág. 116; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles”, ob.cit., esp., pág. 39; De RIVACOBIA Y RIVACOBIA Manuel, “Orden Político y Política Criminal”, RDPC, nº 5, 1995 y en, del mismo, “Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político”, ob.cit.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 134; LÓPEZ-REY Y ARROJO Manuel, “Criminología”, ob.cit., pág. 347; ZIPF Heinz, “Introducción a la Política Criminal”, ob.cit., págs. 18 y ss; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal”, ob.cit., págs. 212-213; KAISER Günther, “Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos”, ob.cit., pág. 60; BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., págs. 130-131 y en, del mismo, “Curso de Política Criminal”, ob.cit., págs. 22-23.

¹⁷⁹ En el mismo sentido, vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., pág. 241.

adecuado a sus fines, y también determinará, lo que es aún más importante, cuando deban ser otros los instrumentos de control social aptos para enfrentar el problema¹⁸⁰.

En este sentido, esta Política no será sólo el sector donde se determine crimen y castigo¹⁸¹, sino que su axial función será la prevención¹⁸². Todo lo cual se desarrollará en un Estado social y democrático de derecho¹⁸³, lo que implica necesariamente el respeto a los valores democráticos¹⁸⁴ que lo sustentan, desde una perspectiva material¹⁸⁵.

¹⁸⁰ En este sentido, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit., esp., pág. 154.

¹⁸¹ “Como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso. Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses que no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo”. Vid. MIR PUIG Santiago, *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, ob.cit., pág. 37.

¹⁸² En este sentido, entre otros, vid. HERRERO HERRERO César, *“La prevención, principal vía realizadora de la Política Criminal”*, en AA.VV., *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, Homenaje a Alfonso Serrano Gómez, Francisco Bueno Arús, Helmut Kury, Luis Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Madrid, Dykinson, 2006, págs. 1237-1251.

¹⁸³ Lo que no implica afirmar que exista un programa político criminal constitucional, pero sí que hay una red de valores y principios que han de respetarse y promoverse, cualquiera sea la Política criminal operada. En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo, *“Delito, Pena y Constitución”*, RJUAM, nº 8, 2003, esp., págs. 311-312.; ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, *“La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)”*, ob.cit., esp., págs. 887-888; FUENTES OSORIO Juan, *“Formas de Anticipación de la Tutela Penal”*, REPCPC, nº 8, 2006, <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>, esp., pág. 32.

¹⁸⁴ De ahí que, la perspectiva que aquí se sostiene rechace una pretendida “neutralidad”. De esta manera, el acercamiento científico al que me vengo refiriendo tiene una doble manifestación. Así, cuando se habla de una dogmática orientada a las consecuencias, generalmente se quiere hacer referencia a una que tenga en consideración exigencias de carácter político criminal. Esto es, una dogmática que tiene por antagonista a aquella que permanece fondeada al amparo del tecnicismo jurídico, y “sale al mundo”. De ello, en mi opinión, se desprenden dos cuestiones vinculadas, aunque distintas, y de particular importancia para este orden de consideraciones. Primero una declaración (deber ser); la labor dogmática debe tener en cuenta en los resultados a los que arriban sus divagaciones, en como éstas afectarán el marco social en que se implementaran, esto es, si positiva o negativamente, o sea, valoración. Desde esta perspectiva el jurista, o el que haga las veces de tal, no puede permanecer en una neutralidad que desde esta visión deviene en imposible, pues, su análisis dogmático indefectiblemente tendrá un reflejo en la realidad social (ya no una dogmática sin consecuencias) que a su vez dirá relación con todo el universo de principios, valores, gustos, deseos, posición política, etc. del sujeto que realice dicho análisis. Consideración, ésta última, que conecta con la segunda de las cuestiones anunciadas; una confesión. En definitiva, un “sinceramiento”, un reconocer que no puede haber observación sin observador, el reconocimiento de la imposibilidad de lograr la objetividad que se pretende, por altas que sean las cumbres a que se eleve la abstracción doctrinaria pues, a pesar de lo alto que se suba, jamás se podrá dejar atrás al observador que hará la observación, es decir, la valoración. En el sentido que aquí se sostiene, por ejemplo, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”*, ob.cit., esp., págs. 37-38, y en, del mismo, *“Del Derecho abstracto al Derecho “real”*. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (trad. y estudio preliminar de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, en INDRET, nº 4, 2006, págs. 2-6,

Teniendo en consideración lo hasta aquí señalado, puede entenderse que la Política criminal está referida más bien a la estrategia que ha de desarrollar el Estado para mantener en límites razonables los delitos cometidos, esto es, que permitan la vida en sociedad. Pero, como esa actividad del Estado, en uno social y democrático de derecho, no puede ni debe ser pura represión automática, es que requiere de la racionalidad necesaria para enfrentarse al fenómeno delictivo¹⁸⁶, racionalidad que viene dada, precisamente, por la **Política criminal en su acepción multidisciplinaria** de aproximación científica desde saberes diversos pero interconectados.

De ahí la importancia de ella en su segunda acepción, de ahí la importancia de determinar su función al interior del sistema penal, o al menos intentar marcar algunos deslindes, referido a esas distintas disciplinas que la conforman, destacando el rol estratégico y esencial de la Política criminal.

http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf; MUÑOZ CONDE, Francisco, *“La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada”*, ob.cit., esp., págs. 755-763.

¹⁸⁵ Sobre este concepto FERRAJOLI señala: “De aquí la connotación sustancial impresa por los Derechos fundamentales al Estado de Derecho y a la Democracia constitucional. En efecto, las normas que adscriben -más allá e incluso contra las voluntades contingentes de las mayorías- los Derechos Fundamentales: tanto los de libertad que imponen prohibiciones, como los sociales que imponen obligaciones al legislador, son sustanciales, precisamente por ser relativas no a la forma (al quién y al cómo) sino a la sustancia o contenido (al qué) de las decisiones (o sea al qué no es lícito decidir o no decidir). Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los Derechos fundamentales circunscriben lo que podemos llamar esfera de lo indecidible: de lo no decidible que, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales”. Vid. FERRAJOLI Luigi, *“Derechos y Garantías, La ley del más débil”*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pág. 51.

¹⁸⁶ De esta manera, puedo aquí concordar con la doctora ZÚÑIGA cuando sintetiza, lo que aquí se viene señalando, de la siguiente forma: “...de lo que se trata, y en ello va la sustantividad de la Política criminal, es de lograr resultados de efectividad en la prevención de la criminalidad, dentro de los cánones del respeto a los derechos fundamentales”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit., pág. 131.

4.- De la función de la Política criminal y la comunicación entre las ramas que la componen

4.1.- Consideraciones Previas

Es en este punto en que ha de recordarse que al menos pueden darse dos ángulos al hablar de Política criminal desde la plataforma que fue señalada en segundo lugar del punto anterior. El primero referido a su carácter ya histórico, donde ésta simplemente venía a poner nombre al hecho político preexistente de pura reacción punitiva del Estado ante el fenómeno delictivo¹⁸⁷, de lo que se deriva el consecuente recelo a los excesos a que se pudiera llegar.

Es justamente en medio de este ambiente donde las tan citadas frases de VON LISZT cobran sentido (“...*el Derecho Penal constituye la barrera infranqueable de la Política criminal*”, “...*el Derecho Penal es la Carta Magna del Delincuente*”) dado que el rol del Derecho penal sería precisamente poner coto a esa Política criminal del Estado entendida como pura represión de ilicitudes¹⁸⁸, ante lo cual el Derecho penal debía erigirse como “infranqueable”¹⁸⁹.

Es en este sentido, que la Política criminal fue concebida tradicionalmente como “lucha” del Estado contra la delincuencia, y desde esta perspectiva, el Derecho penal se le oponía, pues se entendió éste como conjunto

¹⁸⁷ Así, históricamente, por ejemplo FEUERBACH, quien la concebía como: “El conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona frente al crimen”. Vid. DÉLMAS-MARTY Mirelle, “*Modelos Actuales de Política Criminal*”, ob.cit., págs. 19 y ss.

¹⁸⁸ Vid. NÚÑEZ BARBERO Ruperto, “*Derecho Penal y Política Criminal*”, ob.cit., pág. 410.

¹⁸⁹ Que ROXIN contextualiza como la respuesta de un Estado de derecho liberal (VON LISZT) a una propuesta reducible a la inocuización de toda persona peligrosa, por el tiempo que sea necesario. Vid. ROXIN Claus, “*Derecho Penal*”, PG., T. I, ob.cit., págs. 223-224.

de garantías que limitaban el poder punitivo estatal. Así, mientras la Política criminal debía contener las medidas estatales tendentes a aniquilar la delincuencia, el Derecho Penal venía a ser una cortapisa, en la medida que, como conjunto de normas, limitaba el poder punitivo estatal¹⁹⁰. Es ésta la visión de contraposición que VON LISZT desarrolló y que sintetizó en su célebre calificación del Derecho Penal como la infranqueable barrera de la Política criminal: esto es, “el listón que aquella no podía superar”¹⁹¹.

No resulta difícil comprender entonces que la prevención no encontrara acogida desde esta plataforma conceptual, lo que en todo caso no resulta extraño si se tiene en cuenta el contexto “liberal” del que emana dicha visión de la Política criminal, donde los rasgos intervencionistas del Estado, que en la actualidad se presuponen en toda Política criminal, no iban de acuerdo a los tiempos que corrían en ese entonces, pues, dichas características de intervención hubiesen implicado por definición ir más allá “del ideario liberal”, de manera que la prevención de la criminalidad como objetivo del Estado resultaba al menos incompatible con el discurso oficial imperante¹⁹².

El segundo de los ángulos señalados nos lleva, y ya por último, al tema de la ubicación de la Política criminal. Hemos hecho antes referencia a esta

¹⁹⁰ En este sentido, entre otros, vid. CARBONELL MATEU Juan, “Derecho Penal: concepto y principios constitucionales”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, 2ª edición, págs. 229-230; VIRGOLINI Julio en SGUBBI Filippo, “El Delito como Riesgo Social”, trad. y estudio preliminar de Julio E.S. Virgolini, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1998, págs. 28-33. Relativizando dicha escisión, NÚÑEZ BARBERO Ruperto, “Derecho Penal y Política Criminal”, ob.cit., esp., págs. 402-405.

¹⁹¹ Destacando la posibilidad de una interpretación distinta a la que aquí se ha señalado, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA indica que quizá el sentido que le daba LISZT estaba referido en primer lugar a la lamentación sobre un obstáculo a la realización de la Política criminal que aquél proponía. Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., págs. 228-229. Para una ampliación sobre esta perspectiva divergente, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella), ob.cit., esp., págs. 875-884.

¹⁹² En este sentido, vid. BORJA JIMÉNEZ Emiliano, “Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin”, ob.cit., págs. 122 y ss.

cuestión de manera quizá tangencial, lo que en mi opinión resulta forzoso dado lo enrevesado del tema, considerando las múltiples variables de interconexión entre los diferentes contenidos asignados a la Política criminal.

Es así como en breve síntesis puede señalarse que la evolución de ésta muestra su mayor saliente precisamente en este punto, dado que no será lo mismo considerar a la Política criminal como sinónimo de reforma penal, "*lege ferenda*", que como "puente", o como "base del sistema", que como se verá, tiene estrecha vinculación con la "función" que se le reconozca. Revisaremos esto brevemente para luego precisar lo que aquí se adoptará por posición.

4.2.- Política criminal con Función de "Lege Ferenda"

Como hemos visto ya antes, es ésta una de las primeras funciones que le fueron asignadas a la Política criminal. Durante mucho tiempo se le consideró casi en exclusivo objetivo y, como vimos, por lo mismo, separado del Derecho Penal¹⁹³. Es así como, y respecto de este primer punto, se manifiesta un trasfondo que conviene destacar, puesto que implica dar a la Política criminal una perspectiva desconectada del Derecho penal positivo y por lo mismo fundamentalmente distinta de las otras mencionadas, pues así planteada, ella no estará abocada sino sólo a la culminación del proceso crítico, sin intervención en la aplicación del mismo¹⁹⁴.

¹⁹³ En el mismo sentido, por todos, vid. MILLITELLO Vincenzo, "*Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea*", ob.cit., esp., pág. 43.

¹⁹⁴ Señala en este sentido QUINTERO OLIVARES que: "Su ensamblaje con la Dogmática Penal no se traduce en actuaciones positivas «inmediatas» sobre el sistema, sino que se reduce a operar, como criterio de la fase «crítica», culminadora del proceso dogmático, pero apartada del ámbito del sistema positivo". Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, "*Parte General del Derecho Penal*", ob.cit., pág. 204.

De manera que, desde una visión como ésta se aparta a la Política criminal del funcionamiento del sistema, dejándole como tarea no el Derecho penal del “presente”, sino el del “futuro”, de manera tal que lo que se obtiene por resultado es el distanciamiento de ambas concepciones, el Derecho penal positivo y vigente no sería ámbito de la Política criminal.

Con rotunda claridad sobre esta perspectiva se muestra SAINZ CANTERO, quien señala: “De este modo se configura la Política criminal y la Ciencia del Derecho Penal como disciplinas distintas y separadas. La primera, por su misma naturaleza, es una disciplina destinada al porvenir; la segunda es fundamentalmente una ciencia que está destinada al presente”¹⁹⁵. Podría parangonarse la desconexión entre los objetivos político criminales y el derecho positivo, como equivalente a la distancia establecida entre la dogmática y la realidad. Con intención de superar dicha deficiente situación se comienza a trabajar con conceptos que vayan dirigidos a superar el problema de las distancias, esto es, “un puente”.

4.3.- Política criminal como “puente” entre la Criminología y la Dogmática penal

4.3.1.- Evolución por “asentamiento”

En relación con la segunda de las concepciones referidas, aquélla que entiende a la Política criminal como un “puente” entre la Criminología y la

¹⁹⁵ Vid. SAINZ CANTERO José, *“Lecciones de Derecho Penal”*, PG., T. I, ob.cit., pág. 93. En el mismo sentido, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Derecho Penal”*, PG., T. I, ob.cit., págs. 17-18; CUELLO CONTRERAS Joaquín, *“El Derecho Penal Español”*, ob.cit., pág. 43.

dogmática jurídico-penal, debe partirse diciendo que ésta es ciertamente la posición doctrinal que más seguidores tiene en España¹⁹⁶, visión mayoritaria que destaca la unión mediante la Política criminal entre las consideraciones de orden empírico¹⁹⁷ y aquéllas de tipo valorativas¹⁹⁸.

Debe recordarse que dado el perfil evolutivo que se ha venido señalando, el hecho de que se entienda la Política criminal como dedicada a la reforma del Derecho penal no deviene en contradictorio que los mismos autores que sustenten la visión de "*Lege Ferenda*" opten también por admitir el concepto de "puente". En este sentido, puede estimarse la opinión de MAIER, cuando señala que la tarea de la Política criminal puede resumirse según el *itinerario histórico* seguido por ésta, expresando que ella: "funciona *críticamente* sobre los institutos jurídicos vigentes de la mano de los resultados que ellos han producido en la práctica concreta, en los hechos, y, a partir de allí, *propone* su reemplazo o modificación, según métodos racionales que pretenden tener firme fundamento en investigaciones empíricas..."¹⁹⁹.

¹⁹⁶ En este sentido, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, "*Introducción al Derecho Penal*", ob.cit., esp., pág. 766.

¹⁹⁷ Para una concreta enumeración de la utilidad de la investigación criminológica para la Política criminal, vid. BARBERET Rosemary, "*La Investigación Criminológica y la Política Criminal*" ob.cit., págs. 222-225.

¹⁹⁸ Entre otros, vid: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, "*Curso de Derecho Penal*", ob.cit.; MIR PUIG Santiago, "*Estado, Pena y Delito*", ob.cit.; DE SOLA DUEÑAS Ángel, "*Política Social y Política Criminal*", ob.cit.; RUIZ RENGIFO Hoover, "*La exigencia de un «método» en el Debate actual de la cuestión de la Responsabilidad penal de las Personas jurídicas ¿tiene un futuro la dogmática penal de las personas jurídicas?*", Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2006, págs. 53-54; SAINZ CANTERO José, "*Lecciones de Derecho Penal*", ob.cit.; SERRANO GÓMEZ Alfonso, "*Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro*", ob.cit.; CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, "*Derecho Penal*", PG., T. I, ob.cit.; CUELLO CONTRERAS Joaquín, "*El Derecho Penal Español*", ob.cit.; VARONA Gema, BERMEJO Fernando, BLANCO Isidoro, SAN JUAN César, "*Análisis del pluralismo penal: Tendencias mundiales de la justicia criminal*" Problemas criminológicos en las sociedades complejas, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Carmen Ruidíaz García (coord.), Universidad Pública de Navarra, 2000, págs. 27-28.

¹⁹⁹ Vid. MAIER Julio, "*Balace y Propuesta del Enjuiciamiento Penal del Siglo XX*", en AA.VV., *El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985, pág. 279 (cursiva en el original).

Y es que si se tiene en consideración que el desarrollo de la Política criminal es más proceso de extensión que de negación de conceptos anteriores, puede entenderse que posturas distintas logren reunirse en una misma metáfora, lo que además es una lógica explicación a que sea ésta la postura mayoritaria.

Sin perjuicio de lo anterior, es bueno aclarar que la tratamos como posturas distintas, enmarcado en un desarrollo por asentamiento, ya que la visión de “puente” que aquí señalamos implica que la unión de lo empírico con lo valorativo no sólo estará destinada a la reforma del Derecho penal, sino también a su aplicación y con ello a su interpretación y crítica de las instituciones vigentes²⁰⁰. Así, por ejemplo, señala ARZT : “En el proceso legislativo, es decir, en la decisión acerca de si los viejos preceptos penales deben derogarse o deben crearse preceptos nuevos, así como también a la hora de proceder a la interpretación de los preceptos legales vigentes deben entrar en juego consideraciones político-criminales”²⁰¹.

4.3.2.- La Función del “Puente”

Es evidente que con la metáfora del “puente” lo que se está necesariamente asumiendo es la separación entre Política criminal, Dogmática penal y Criminología, (y es que sólo lo separado podría necesitar de un puente).

²⁰⁰ En este sentido, vid. MIR PUIG Santiago, “*El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, ob.cit., esp., págs. 24-26.

²⁰¹ Vid. ROXIN Claus, ARZT Günther, TIEDEMANN Klaus, “*Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*”, ob.cit., pág. 118. En el mismo sentido, vid. MIR PUIG Santiago, “*Introducción a las Bases del Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 299-300.

Esto es, que la Política criminal no es parte ni de la segunda ni de la tercera²⁰² de las recién mencionadas, cuestión que no resulta baladí, dada la histórica discusión sobre este punto.

Esto es, con la visión tridimensional de la cuestión que se ha venido consolidando, se da por superada la postura de la Política criminal como “criminología aplicada”²⁰³ y lo mismo debería ocurrir con aquella que la reconoce como parte de la Dogmática penal, aunque en menor medida según mi opinión²⁰⁴. Desde una visión crítica de lo primero, señala CEREZO MIR: “La política criminal no puede formar parte de la Criminología porque la crítica y la propuesta de reforma del Derecho positivo no se puede realizar sin un conocimiento previo, profundo, del mismo y este conocimiento es ajeno al objeto de la Criminología”²⁰⁵.

Asertos de este tipo parecen ya fuertemente consolidados²⁰⁶, cuestión que no ocurre de la misma manera con lo segundo. Me refiero a que la pertenencia de la Política criminal a la Dogmática penal es aún una corriente de considerable fuerza²⁰⁷, lo que se realiza directamente, vía invocación de

²⁰² Sobre este punto, entre otros, vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Criminología. Aproximación desde un Margen”, ob.cit., págs. 20-21; SCHÜLER-SPRINGORUM Horst, “Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal”, ob.cit., págs. 8-11.

²⁰³ ZAFFARONI destaca que dicha nomenclatura viene dada por la pretensión, imposible por lo demás, de distinguirla de una criminología libre de rasgos o residuos políticos. Una “ciencia pura”, de corte Weberiano. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Criminología. Aproximación desde un Margen”, ob.cit., pág. 21.

²⁰⁴ En este sentido dice NÚÑEZ PAZ: “Se sostiene que la Política Criminal debe situarse desde dentro del sistema, de aquí que se afirme que si bien la Política criminal ha logrado una delimitación aceptable respecto a la Criminología, corra peligro de ser absorbida por el Derecho penal”. Vid. NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, “Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma”, ob.cit., pág. 16.

²⁰⁵ Vid. CEREZO MIR José, “Curso de Derecho Penal Español”, ob.cit., pág. 89.

²⁰⁶ Sin perjuicio de ello, aún puede leerse en algunos manuales recientes, afirmaciones en sentido contrario. “En el campo de la política criminal (en sentido amplio) es a la criminología, fundamentalmente, a quien compete informarla y llenarla de sentido”. Vid. HERRERO HERRERO César, “Criminología, parte general y especial”, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 93.

²⁰⁷ Por ejemplo, vid. MIR PUIG Santiago, “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, esp., pág. 21.

ANTÓN ONECA²⁰⁸, o incorporando a la Política criminal como corolario de la dogmática en su versión crítica²⁰⁹. De modo que las voces que hablan de la Política criminal como parte de la Dogmática penal no pueden considerarse como “silentes”, aunque quizá si hayan bajado la voz.

De todo ello pueden advertirse dificultades no meramente de orden clasificatorio, sino problemas de calado real y práctico. Una de ellas, en mi opinión la de mayor alcance, es la que BARATTA había agudamente puesto de manifiesto, respecto de la barrera con que choca una Política criminal científica en el intento de aplicar el conocimiento proveniente de la criminología a una Política criminal práctica.

Me refiero a que desde una perspectiva que incluya a la Política criminal dentro de la dogmática penal, es más factible caer en el error reduccionista de poner atención sólo a los aspectos de la criminología que puedan ser más directa y fácilmente traducidas a medidas de carácter penal²¹⁰, poniendo a la

²⁰⁸ Vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, “Derecho Penal”, PG., T. I, ob.cit., págs. 17-18; CEREZO MIR José, “Curso de Derecho Penal Español”, ob.cit., pág. 89; ROMEO CASABONA Carlos María, “Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución (presentación)” ob.cit., pág. 13; SERRANO GÓMEZ Alfonso, “Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”, ob.cit., pág. 634. RODRÍGUEZ DEVESA, en cambio, matiza considerando que la política criminal forma parte a la vez de la criminología y del derecho penal, lo que sólo dependerá de si se trata de aquella parte de la Política criminal que trata de “problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito” o de aquella que está “abocada a buscar las soluciones legislativas más adecuadas a situaciones concretas” como parte de la criminología en el primer caso, y del Derecho penal el segundo, siendo este último, por cierto, también el momento para citar a ANTÓN ONECA. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA José María, SERRANO GÓMEZ Alfonso, “Derecho Penal Español”, PG., ob.cit., pág. 18.

²⁰⁹ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “Introducción al Derecho Penal”, ob.cit., págs. 185-187, siguiendo a JIMÉNEZ DE ASÚA Luís, “Tratado de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 175.

²¹⁰ En este sentido crítico, entiendo a ZAFFARONI cuando se refiere a las vinculaciones de la criminología y la Política criminal: “Desde que abandonamos el punto de vista “causal” en este limitado sentido, nos damos cuenta de que el hilo conductor de la criminología es el poder y, por ende, la política, en lo cual coincidimos con los críticos centrales (PAVARINI), de modo que no *tendría sentido distinguir entre “criminología” y “política criminal”*, pues *esta ya no podría ser definida como la política estatal de lucha contra el crimen*, sino que pasaría a ser la *ideología política que orienta al control social punitivo*”. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Criminología. Aproximación desde un Margen”, ob.cit., pág. 21.

criminología y sus aportes al servicio de una política meramente penal²¹¹, lo que evidentemente redundaría en una infravaloración de las potencialidades de la criminología y en un déficit de las medidas político criminales de carácter integral²¹².

Volviendo al punto de la visión tridimensional de la ciencia penal²¹³, se debe decir que en ésta cada una de las disciplinas mencionadas tiene un centro de interés asignado, así las cosas, sin perder de vista las limitaciones de cualquier simplificación, en palabras de MIR PUIG Cabría expresar que: “la Dogmática jurídico-penal se ocupa del Derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política criminal como valor”²¹⁴.

²¹¹ Ello porque, según BARATTA, el jurista penal tiene puesta su mira “casi exclusivamente el momento represivo (política penal en sentido estricto)”. Vid. BARATTA Alessandro, *“Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”*, ob.cit., pág. 55.

²¹² A mayor abundamiento, sobre este punto indica BARATTA: “Esto explica también la predilección general de los juristas por la denominada “criminología multifactorial”, es decir, por aquella criminología que, manteniendo todos los equívocos relacionados con el paradigma etiológico positivista, renunció al mismo tiempo a seguir contextos teóricos amplios, como lo hiciera la criminología liberal en sus mejores días. Este carácter ateórico y ecléctico de la criminología multifactorial, que pone evidentemente en duda su carácter científico, es explicable a partir del cortocircuito mediante el cual la criminología fue reducida a ciencia auxiliar de la política penal; perdió con ello su función explicativa de las relaciones macrosociales del fenómeno de la criminalidad...”. Vid. BARATTA Alessandro, *“Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”*, ob.cit., pág. 55.

²¹³ Así la doctrina dominante. Entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, *“Curso de Derecho Penal”*, ob.cit.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *“Introducción al Derecho Penal”*, ob.cit.; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Parte General del Derecho Penal”*, ob.cit.; MIR PUIG Santiago, *“Estado, Pena y Delito”*, ob.cit., y en su *“Introducción a las Bases del Derecho Penal”*, ob.cit.; GÖPPINGER Hans, *“Criminología”*, ob.cit.; DE SOLA DUEÑAS Ángel, *“Política Social y Política Criminal”*, ob.cit.; SAINZ CANTERO José, *“Lecciones de Derecho Penal”*, ob.cit.; MIR PUIG Santiago, *“Derecho Penal”*, PG., ob.cit.; NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, *“Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma”*, ob.cit.; SERRANO GÓMEZ Alfonso, *“Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”*, ob.cit.; CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Derecho Penal”*, PG., T. I, ob.cit.; CUELLO CONTRERAS Joaquín, *“El Derecho Penal Español”*, ob.cit.; VIDAURRI ARÉCHIGA Manuel, *“Criminología, Política Criminal y Sistema de Justicia Penal”*, ob.cit.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit.

²¹⁴ Sobre ello, MIR PUIG señala: “Se trata de un planteamiento sin duda excesivamente esquemático y posiblemente incorrecto si se entiende al pie de la letra, puesto que ninguna disciplina que estudie el Derecho penal puede dejar de tener en cuenta que el mismo es siempre y a un tiempo norma, hecho y valor; pero puede resultar pedagógico si, hecha esta advertencia, se pretende únicamente señalar que cada una de las tres dimensiones del Derecho indicadas constituye el centro de interés respectivo de las tres disciplinas que estudian al Derecho penal”. Vid. MIR PUIG Santiago, *“Derecho Penal”*, PG., ob.cit., pág. 60.

De la misma opinión es GARCÍA-PABLOS quien se refiere a lo expuesto en los siguientes términos: “Esto es, que *Criminología*, *Política criminal* y *Derecho Penal* representan tres momentos inescindibles de la respuesta social al problema del crimen: el momento explicativo-empírico (*Criminología*), el decisional (*Política criminal*) y el instrumental (*Derecho Penal*).” Para concluir sentenciado: “Saber empírico y saber normativo no pueden "seguir sus caminos" distanciados”²¹⁵.

Y es que es precisamente ello lo que motiva la aproximación a los terrenos de la Política criminal, el intento por acercar realidad y dogmática penal²¹⁶. Ya desde tiempos de VON LISZT se criticaba la fisura existente entre ambas. Sobre ello señalaba en su Programa de Marburgo: “Desde hace decenios, los representantes más significativos de la ciencia del Derecho penal se han ido distanciando de la vida real. La ciencia del Derecho penal ha disipado sus esfuerzos en luchas infructuosas y se ha implicado en trabajos sobre ideas puramente abstractas, en lo que no percibía lo que acontecía en el exterior. Creía tener en sus manos, como antes, las riendas del poder, mientras la vida real había dejado de preocuparse de ella mucho tiempo atrás”²¹⁷. De ahí la evocación del “puente”, la necesidad de unir lo dogmático a lo concreto, manifestado por VON LISZT en la “idea del fin del Derecho penal”.

²¹⁵ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Introducción al Derecho Penal”, ob.cit., pág. 767.

²¹⁶ En este sentido, vid. GÖPPINGER Hans, “Criminología”, ob.cit., pág. 21; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)”, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2ª ed., 2006, esp., págs. 78-81.

²¹⁷ Vid. VON LISZT Franz, “La Idea del Fin en el Derecho Penal”, Programa de la Universidad de Marburgo 1882, ob.cit., pág. 95.

4.4.- La Política criminal “desde las bases” del sistema penal

Con ello llegamos a la tercera de las posturas referidas, esto es, aquella que incorpora los criterios político criminales en las bases mismas del sistema²¹⁸, no ya únicamente para el Derecho penal del futuro, ni sólo para vincular la dogmática a la realidad, sino para, en permanente tendencia de la Política criminal, ir un paso más adelante y buscar una síntesis entre dogmática y Política criminal²¹⁹, “Es necesario romper las barreras de la incomunicación de la Ciencia del Derecho y las necesidades de la realidad social, debiendo ser éstas formuladas por una *Política criminal* crítica, construida sobre bases criminológicas”²²⁰.

Por ello, en este punto surge la necesidad de encontrar en la Política criminal “una disciplina valorativa”²²¹ encargada de establecer y aplicar las herramientas idóneas para lograr su fin, esto es, la prevención de la criminalidad²²², contemporizando lo científico social y lo normativo²²³, de modo de no suprimir una disciplina por otra²²⁴.

²¹⁸ “En efecto, el conocimiento de las exigencias propias de la lucha contra el delito -esto es: de la Política Criminal basada en la Criminología- es preciso tanto para una elaboración científico-social de los conceptos penales, como para una aplicación realista de la ley”. MIR PUIG Santiago, “*Introducción a las Bases del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 300. Sin perjuicio de lo anterior debe señalarse que no pocas veces ello queda más en aspiración que en realidad político criminal. En el mismo sentido, también, vid. DURÁN MIGLIARDI Mario, “*Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea*”, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006, esp., págs. 48-51. Además, vid. la crítica sobre el “vacío criminológico” del Código Penal Español de 1995 de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “*Líneas político-criminales del nuevo Código Penal*”, en AA.VV., Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995, Bilbao, SEUPV, 1996.

²¹⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “*Introducción al Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 765.

²²⁰ *Ibíd.*, pág. 765.

²²¹ Sobre ello ZIPF señala que: “en cuanto se trata de fijar y realizar metas político criminales, es necesario adoptar decisiones valorativas. Estas decisiones valorativas no se derivan del resultado de un examen empírico (es decir, del ser), sino que han de obtenerse a partir de baremos *normativos*. Lo que *debe ser* no se deduce de lo que *es*, sino de la decisión en favor de una determinada posibilidad de configuración”. ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 9.

²²² Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Política Criminal*”, ob.cit., págs. 159-163.

²²³ Es bien sabido que al excesivo formalismo de la escuela clásica surge como respuesta el positivismo. Así, señala GARCÍA-PABLOS: “En el primer caso, el “objeto” de la ciencia del Derecho se trasladaba al mundo ideal, al Derecho

Así, sin contraponerlas, sino complementándolas²²⁵ mantenerlas en continua colaboración en pro de un fin común, logrando enfrentarse al problema delictivo dentro de los márgenes que marca la forma de Estado a la que pertenece²²⁶, pero asentada sobre bases no meramente “intuitivas” de lo social²²⁷, sino científicas y contrastables²²⁸.

Según señala GARCÍA-PABLOS: “La ciencia del derecho no puede volver la espalda a la realidad social ni a las otras parcelas del saber, aislándose en sus conceptos, técnicas y valoraciones. Pero tampoco puede disolverse en

Natural. En el segundo, al mundo empírico, a la realidad metajurídica. La consecuencia, en ambos enfoques, sería muy semejante: el abandono absoluto del Derecho Positivo”. Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “*Introducción al Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 675. Evitar aquellos errores de radicalización pasa también por entender la Política criminal de la forma “valorativa” que se expone.

²²⁴ En este sentido, sobre la dogmática penal dice ROXIN: “...un sistema cerrado, concebido de esta manera, obstruye el camino para la solución de nuestro problema: aparta a la dogmática por un lado de las decisiones valorativas político-criminales, y por, otro, la incomunica de la realidad social, en lugar de dejarle abierto el camino a ella”. Vid. ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 35. Respecto de lo mismo, pero referido al plano más amplio de las ciencias sociales señala MIR PUIG: “Según esto, no son las normas jurídicas contempladas como conceptos lógicos, desprovistos de sentido social, el objeto de la ciencia del Derecho, sino las normas en cuanto pretenden cumplir una función social...”. Vid. MIR PUIG Santiago, “*Introducción a las Bases del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 301.

²²⁵ Se trata de superar la dualidad que planteaba VON LISZT. Así en palabras de SCHÜNEMANN: “...en pro de la superación del concepto antitético (que se podría denominar *concepto zanja* -Grabenkonzept-) entre sistemática jurídico-penal y Política criminal y de su sustitución por un ininterrumpido sistema de relaciones y derivaciones, es decir, en pro del desarrollo de un *concepto puente* (Brückenkonzept)”. Vid. SCHÜNEMANN Bernd, “*La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal*”, ADPCP, T. XLIV, Fasc. III, 1991, pág. 703.

²²⁶ Dice BACIGALUPO: “Política, en general, implica utilidad social. La Política Criminal presupone, por lo tanto, una concepción utilitaria del Derecho Penal y fundamentalmente de la pena: el Derecho Penal se legitima por su utilidad para la prevención del delito y, en consecuencia, para la protección de los bienes jurídicos”. Vid. BACIGALUPO Enrique, “*Significación y Perspectiva de la Oposición Derecho Penal-Política Criminal*”, ob.cit., pág. 16.

²²⁷ En este sentido, vid. POLAINO NAVARRETE: “Antes bien, el estudio de la criminalidad requiere una atención cada vez más acentuada al examen de los factores etiológicos del crimen, tanto de orden endógeno... cuanto de índole político-social, concerniente a la valoración de las dimensiones político-criminales”. Vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “*Criminalidad Actual y Derecho Penal*” (presentación), ob.cit., pág. 10. En el mismo sentido, más recientemente, vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, “*Política criminal con bases empíricas en España*”, ob.cit., esp., pág. 12.

²²⁸ Así, KAISER explica: “Es cierto que la política criminalista no puede renunciar a la utilización de datos empíricos si quiere convencer en la actualidad. Pero con ello se trasladan al proceso de valoración todas las dificultades que están relacionadas con la transmisibilidad del conocimiento experimental...”. Vid. KAISER Günther, “*Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*”, ob.cit., pág. 61. Sobre las dificultades de este proceso, particularmente sobre la limitada capacidad de la ciencia jurídico penal en el procesamiento de los datos provenientes de las ciencias fácticas, Vid. BARATTA Alessandro, “*Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*”, ob.cit., págs. 44-60.

una sociología, olvidando sus particulares necesidades y el específico campo de lo normativo al que pertenece el mundo de lo jurídico”²²⁹.

Es en este sentido, en que puede entenderse a SILVA SÁNCHEZ cuando explica que la decisión político-criminal, sin importar quien sean el responsable de tomarla, no proviene directa e inmediatamente de las deducciones de las investigaciones empíricas, sino que necesariamente requieren de la intermediación de una elección de carácter claramente valorativo. “Su presentación como algo puramente empírico es una mistificación que conviene descubrir y rechazar”²³⁰.

Precisamente en ello es en lo que se basa ZIPF para destacar que esta disciplina no es una “ciencia del ser ontológica” si no “valorativa axiológica”²³¹. De este modo, la Política criminal es el punto en el que tanto los datos empíricos provenientes de las ciencias sociales ²³², como los aspectos normativo-dogmáticos se encuentran. Es, en definitiva, un lugar de “valoración” que impide que los meros datos procedentes de las ciencias no jurídicas puedan sin más traspasar al ámbito de lo normativo sin superar el tamiz de lo axiológico, es

²²⁹ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Introducción al Derecho Penal”, ob.cit., pág. 760. Igualmente, VIDAURRI ARÉCHIGA Manuel, “Estudios Jurídico-penales”, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 1993, esp., págs. 252-257; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Política penal en el Estado Democrático”, ob.cit., esp., págs. 157-158 y ZÚÑIGA quien señala: “Olvidar los aspectos empíricos en aras de los normativos, supondría un decisionismo jurídico alejado de la realidad. Diluir lo normativo en lo meramente empírico, daría lugar a un sociologismo sin direccionalidad social”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., pág. 46.

²³⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ob.cit., págs. 95-96. En el mismo sentido ROXIN Claus, ARZT Günther, TIEDEMANN Klaus, “Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”, ob.cit., págs. 118-119; NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, “Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma”, ob.cit., esp., pág. 19.

²³¹ Vid. ZIPF Heinz, “Introducción a la Política Criminal”, ob.cit., pág. 13.

²³² “Esto es, en base a la realidad social que nos dice cuáles son los comportamientos insoportables para la sociedad, decidir normativa o valorativamente (con una direccionalidad social igual al desarrollo de los derechos fundamentales) como respondemos frente a ellos, con sanciones penales u otro tipo de respuestas sociales”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., págs. 45-46.

decir, de la “valoración”, que es precisamente la esfera de competencia de la Política criminal²³³.

De esta manera, el material empírico no se transforma sin más en normas de “deber ser”²³⁴, “La elaboración de los presupuestos de ello es asunto de la Política criminal científica”²³⁵. Así las cosas ya podemos referirnos a una Política criminal que ha sumado al siempre existente criterio de eficacia, el parámetro valorativo de las garantías²³⁶.

Es así como, entonces, se ha de comprender el aporte de ROXIN en la temática que ahora tratamos. Ya es un lugar común reconocer en el profesor de Munich al principal exponente de la Política criminal moderna²³⁷, básicamente caracterizada por rechazar el tajante distingo entre ésta y el Derecho penal²³⁸, y antes por el contrario, incluir criterios político criminales en el análisis y

²³³ Por todos, vid. ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., esp., págs. 12-14. Más recientemente, HERRERO HERRERO César, “*Criminología, parte general y especial*”, ob.cit., págs. 91-93.

²³⁴ Así, se señala: “La Ciencia del Derecho penal, transforma el conocimiento extrajurídico en exigencia político-criminal, y ésta ha de plasmarse en norma jurídico-positiva”. Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 208. En el mismo sentido, además vid. ZIPF Heinz, “*Introducción a la Política Criminal*”, ob.cit., esp., pág. 12; TAMARIT SUMALLA Josep María, “*Política criminal con bases empíricas en España*”, ob.cit., esp., págs. 11-13.

²³⁵ Así, GÖPPINGER señala: “Por principio, sin embargo, el material empírico no puede, como material sobre hechos, ser transformado directamente, de una forma científica, en normas de deber ser. Más bien se trata siempre, al tomar posición respecto a una semejante valoración de material empírico, de una decisión política”. Vid. GÖPPINGER Hans, “*Criminología*”, ob.cit., pág. 20.

²³⁶ Lo anterior es situado por SILVA SÁNCHEZ, a partir del aporte de ROXIN, particularmente en la reforma penal alemana de los años 60 (proyecto alternativo). Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal*” ob.cit., esp., págs. 209-212, en el mismo sentido HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “*Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)*”, ob.cit., esp., pág. 81.

²³⁷ En este sentido, por todos vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*”, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, esp., pág. 113.

²³⁸ Así, por ejemplo, señala ROXIN: “El Derecho Penal sirve simultáneamente para limitar el poder de la intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo. Estos dos componentes –el correspondiente al Estado de Derecho y protector de la libertad individual, y el correspondiente al Estado Social y preservador del interés social incluso a costa de la libertad del individuo-, si se les hace objeto de abstracción conceptual, implican rasgos antinómicos.” Vid. ROXIN Claus, “*Problemas Básicos del Derecho Penal*”, trad. Luzón Peña, Madrid, Reus S.A., 1976, pág. 59. En el mismo sentido, vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, ob.cit., esp., pág. 3.

elaboración de las diversas categorías del sistema penal, “...lo que ha contribuido a construir sus bases desde los fundamentos valorativos y materiales de la realidad social”²³⁹.

Esta perspectiva orientadora de la Política criminal que se viene indicando es, y a pesar de la crítica²⁴⁰ y resistencia²⁴¹ de algunos reputados autores²⁴², actualmente una tendencia con un incuestionable grado de consenso a nivel doctrinal²⁴³.

²³⁹ Vid. ROXIN Claus, “*Problemas Básicos del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 117. (las cursivas son mías)

²⁴⁰ En este sentido, DONINI lo critica, mas no por estar en contra de ello, sino más bien porque éstos no se reflejan en la realidad quedando meramente en el discurso dogmático. Así, indica que: “No son consecuencias «reales», y no parten de premisas «reales», son autopoieticas”. Vid. DONINI Massimo, “*La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico*”, ob.cit., pág. 87.

²⁴¹ Entre otros, vid. AMELUNG Knut, “*Contribución a la crítica del Sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin*”, en AA.VV., *El sistema moderno del derecho penal*, Bernd Schünemann (Comp.), Madrid, Editorial Tecnos, 1991; HASSEMER Winfried, “*Fundamentos del Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 290-293; NÚÑEZ BARBERO Ruperto, “*Derecho Penal y Política Criminal*”, ob.cit., págs. 401-425. Más recientemente, PETTOELLO MANTOVANI Luciano, “*Pensamientos sobre la política criminal*”, en AA.VV., *El penalista Liberal*, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 905-917.

²⁴² Éstos, llaman la atención sobre el riesgo que implica un derecho penal guiado por la Política criminal, en cuanto, así se entiende por ellos, la segunda carecería en verdad de límites reales. Lo anterior significaría, en la práctica, el borrar los límites de la intervención punitiva del Estado, de manera que, en opinión de HASSEMER: “...el delincuente queda enfrentado sin protección formal al interés político criminal”. Vid. HASSEMER Winfried, “*Fundamentos del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 292. De esta manera, se postula que la ley penal ya no cumpliría una función limitadora de la Política criminal, sino que apenas serviría, según NAUCKE, para “hacerla visible”. (Citado por SANZ MORÁN Ángel, “*Algunas consideraciones en torno a la política criminal*”, ob.cit., págs. 735, nota al pie nº 29). Entre nosotros, el profesor NÚÑEZ BARBERO formuló objeciones semejantes a las de los autores alemanes antes citados. Manifestaba el profesor de Salamanca, como tesis básica sobre este tema, que: “El sistema del Derecho penal debe respetar el método lógico formal, deductivo; la política criminal está relegada a un cometido social, de prevención del delito, y debe permanecer rígidamente separada de la dogmática para no perturbar el papel de las garantías individuales”. Vid. NÚÑEZ BARBERO Ruperto, “*Derecho Penal y Política Criminal*”, ob.cit., pág. 410.

²⁴³ Dichos asertos constituyen hoy por hoy una materia bastante pacífica. Entre otros, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “*Criminalidad Actual y Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 23-26; ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, “*La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)*”, ob.cit., esp., págs. 859-860; MOCCIA Sergio, “*Función sistemática de la política Criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente*”, en AA.VV., *Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal*. LH. a Claus Roxin, Barcelona, Editorial Bosch, 1995. Sobre el grado garantístico de este sistema, vid. LAURENZO COPELLO Patricia, “*El Enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico*” en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español*, Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, págs. 437-450

5.- Conclusiones parciales: integración de la Política criminal al sistema.

Es desde esta perspectiva, establecidos los inseparables nexos señalados²⁴⁴, como puede comprenderse el que no se requiera, el que ya no se hable de un Derecho Penal que limite una Política criminal, dado que ésta ya no es concebida como mera y simple reacción punitiva, sino como una estrategia más amplia del Estado para enfrentar la dolorosa problemática social de la delincuencia, todo lo cual se enmarca en un Estado social y democrático de derecho.

Tampoco se trata, a su vez, de una Política criminal dedicada sólo a ámbitos de *lege ferenda*, o *lege lata*²⁴⁵, y en mi opinión, tampoco de un “puente”²⁴⁶, sino de una Política criminal integrada al sistema y, que desde ese lugar, inunde todas las categorías que le componen “...no creo suficiente –dice GARCÍA-PABLOS- que opere mediante meras correcciones valorativas en el posterior y ya tardío momento de la interpretación y aplicación de la ley: o de “*lege ferenda*”. Las categorías del sistema no pueden quedar fuera del marco de la *Política criminal*, sino, por el contrario, responder a sus exigencias y configurarse de acuerdo con las mismas”²⁴⁷.

²⁴⁴ Vid. ROXIN Claus, “*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 32. Sobre ello, también del mismo, vid. “*Problemas Básicos del Derecho Penal*”, ob.cit., esp., pág. 59.

²⁴⁵ En este sentido, ya Carl STOSS señalaba que la “política criminal crítica es el eslabón precedente de la legislativa”. Citado por LANGLE Emilio, “*La teoría de la Política Criminal*”, ob.cit., pág. 26.

²⁴⁶ “Se adopta así una visión político-criminal que va más allá de la misión de «puente» entre el sistema penal y la realidad, «puente» que en definitiva está fuera del sistema penal -como plantea VON LISZT- dada la *necesidad de superar la cosmovisión propia del liberalismo sobre la respuesta penal del Estado*. Desde esta perspectiva, se afirma que *la Política criminal se ha introducido en el sistema penal, en sus mismas bases* (ROXIN y HASSEMER), desde la llamada fase de interpretación exegética de las normas. En esta medida se habla de una «dogmática crítica», que postula la unidad sistemática entre Derecho Penal y Política criminal, en aras a que las categorías dogmáticas se configuren en atención a las exigencias político-criminales”. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “*Parte General del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 210. (cursiva en el original)

²⁴⁷ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “*Introducción al Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 766.

Es de esta manera como, entonces, una tal Política criminal ha de limitarse a sí misma, pues, no es sino la manifestación del Estado Social y Democrático de Derecho donde se forja²⁴⁸, de forma que no puede sino afrontar la problemática social desde los principios y valores que dan fundamento y contenido a esa forma de Estado²⁴⁹.

De ahí que deba destacarse, sin ningún complejo, que es del todo necesario y no sólo potencial, el respeto de los derechos fundamentales, la intangibilidad de ellos²⁵⁰, cualquiera sea la Política criminal adoptada²⁵¹, “La vinculación al derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado Social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica...”²⁵².

²⁴⁸ En este sentido, entre otros, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”, ob.cit., págs. 93-99; De RIVACOBA Y RIVACOBA Manuel, “Orden Político y Política Criminal”, RDPC, nº 5, 1995 y en, del mismo, “Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político”, RDP, nº 9, 1980; DÍAZ-ARANDA Enrique, “Teoría del Delito”, ob.cit., pág. 8; MIRA BENAVENT Javier, “Función del Derecho Penal y Forma de Estado”, en AA.VV., Estudios Jurídicos LH. al Profesor José Casabó Ruiz, vol. II, Univ. de Valencia, 1997; MORENO HERNÁNDEZ Moisés, “Límites de la política criminal y del derecho penal”, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., págs. 523-524; GARCÍA RIVAS Nicolás, “El Poder Punitivo en el Estado Democrático”, Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 1996, esp., pág. 45.

²⁴⁹ Señala FERRAJOLI: “la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para al que representa un límite, a la vez que la complementa”. Vid. FERRAJOLI Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en AA.VV., Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (ed.), Madrid, Editorial Trotta 2003, pág. 13 y en, del mismo, “El Derecho como Sistema de Garantías”, RJPS, año III, nº 5, Agosto, 1994, pág. 15. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. MOCCIA Sergio, “Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”, ob.cit., esp., págs. 74-75; RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo, “Delito, Pena y Constitución”, ob.cit., esp., págs. 311-312; MUÑOZ CONDE Francisco, “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”, ob.cit., págs. 113-117; TERRADILLOS BASOCO Juan, “Peligrosidad social y Estado de Derecho”, Madrid, Akal editor, 1981, esp., pág. 170; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “El Criminalista ante la Constitución”, en AA.VV., 20 años de Ordenamiento Constitucional, Navarra, Edit. Aranzadi, 1999, págs. 375-419.

²⁵⁰ En este sentido, MILLITELLO destaca el importante papel de las constituciones y los tratados internacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos. Vid. MILLITELLO Vincenzo, “Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea”, ob.cit., pág. 62.

²⁵¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Política Criminal y Persona”, ob.cit., esp., págs. 28-30.

²⁵² Vid. ROXIN Claus, “La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”, ob.cit., pág. 70.

Desde la postura que se ha venido señalando, puede comprenderse que ya no se trata de una Política criminal que tenga en el Derecho penal un "límite", pues no es concebible una estrategia estatal para enfrentarse al fenómeno delictivo que esté fuera de las coordenadas que implica en sí mismo la forma de Estado que se haya adoptado²⁵³. De forma que, son los derechos humanos, ya no el Derecho penal²⁵⁴, la barrera infranqueable de la Política criminal, pues éstos son límite y a la vez fundamento de legitimación de la misma²⁵⁵.

Es así como el Derecho penal ya no se circunscribe al sólo ámbito protector, que también, sino que además, para ser realistas, debe utilizarse como instrumento de la Política criminal²⁵⁶ en pro de alcanzar, o al menos intentar, controlar los índices delictivos²⁵⁷, sin olvidar, y éste es un matiz estructural, el carácter subsidiario que el instrumento penal tiene respecto de

²⁵³ En este sentido, señala HASSEMER citando, a NAUCKE, que el Derecho penal no es el derecho del combate a la delincuencia, sino el derecho de los límites a ese combate. Vid. HASSEMER Winfried, "Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería abolir el derecho penal", RP, nº 11, enero, 2003, pág. 39. En el mismo sentido, destacando el inherente respeto a los límites del Estado democrático de derecho que por exigencias del concepto debe tener el derecho penal, por ejemplo, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Seguridad ciudadana y seguridad jurídica", ob.cit., págs. 93-99; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, "Parte General del Derecho Penal", ob.cit., págs. 209-210; ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, "La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)", ob.cit., esp., págs. 869-890.

²⁵⁴ En este sentido, otorgando dicho límite, no ya al Derecho penal entendido como dogmática de éste, sino en la misma Constitución, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO Iñigo, "La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)", ob.cit., esp., pág. 888; FUENTES OSORIO Juan, "Formas de Anticipación de la Tutela Penal", ob.cit., esp., págs. 32-33.

²⁵⁵ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, "Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal", ob.cit., pág. 225.

²⁵⁶ En este sentido, entre otros, vid. DURÁN MIGLIARDI Mario, "Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea", ob.cit., esp., págs. 44-47; VÁZQUEZ ROSSI Jorge, "¿De qué nos Protege el Sistema Penal?", RDP, nº 57-58, 1992, esp., pág. 82-85.

²⁵⁷ En este sentido, entre otros, vid. HASSEMER Winfried, "Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería abolir el derecho penal", ob.cit.; ROXIN Claus, "¿Tiene Futuro el Derecho Penal?", RPJ, nº 49, 1998, y en, del mismo, "La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro", en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004; BINDER Alberto, "Introducción al Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1999, pág. 64; BORJA JIMÉNEZ Emiliano, "Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin", ob.cit., pág. 126; ZAFFARONI Eugenio Raúl, "Abolicionismo y Garantías", RJPD, nº 24, 1995. Sin perjuicio de ello, han de recordarse aquí las acertadas palabras de GIMBERNAT "el que el derecho penal sea imprescindible no significa, por supuesto, que sea imprescindible en su forma actual". GIMBERNAT ORDEIG Enrique, "¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?", Estudios de Derecho Penal, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, pág. 150.

otras herramientas político criminales, pues es precisamente tal carácter la piedra angular de la articulación entre Política criminal y Derecho penal.

En definitiva, la subsidiariedad es, en un Estado Social y Democrático de derecho, el punto de unión, el nexo entre las medidas extra penales y las penales, pues desde una lógica democrática, inherente al sistema, el recurso penal no puede ser más que una triste excepción, ya que, como acertadamente indica FERNÁNDEZ CARRASQUILLA: “Lo más eficiente es prevenir el mal social con el bien social y no el daño con el daño”²⁵⁸, pivote éste desde donde se puede sustentar más sólidamente la justa exigencia de la inexorabilidad del Derecho penal como última ratio.

En este punto vale hacer notar que, si bien es cierto, lo señalado precedentemente no carece de valor, no puede olvidarse que en términos de realidad coyuntural²⁵⁹, la Política criminal atraviesa por vaivenes contrarios a la forma de Estado que se ha adoptado. Sobre el punto señala SILVA SÁNCHEZ que el desarrollo teórico de la Política criminal ha llegado a un punto en que puede evaluarse, con algunos matices, como generalmente positivo, pero que: “...no sucede lo mismo con la Política criminal *real*... dicha Política criminal puede -sin exceso- calificarse de efectista, ineficaz, caótica, y tendencialmente antigarantista”²⁶⁰. Llegando a afirmar este autor, que es posible constatar el

²⁵⁸ Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., pág. 241.

²⁵⁹ “Si el fin último de la Política Criminal... es la búsqueda de un espacio de seguridad para que el ciudadano pueda desarrollar sus potencialidades, donde los poderes públicos legitiman su actuación en el bienestar de los ciudadanos, podemos adjetivar esta Política Criminal como humanista, democrática y progresista, en contra de las Políticas Criminales autoritarias, conservadoras, utilitaristas o efectistas que, lamentablemente no son muy infrecuentes incluso en países democráticos europeos, tratándose de algunas políticas criminales concretas sobre determinados delitos, casi siempre aparcados en la emergencia”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., pág. 34.

²⁶⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Nuevas Tendencias Político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en AA.VV., Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución, Tenerife, CECUL, 1997, pág. 312. (cursiva en el original)

“ocaso de las garantías formales”²⁶¹. Sin perjuicio de ello señala que, en este caso gracias a la actuación del Tribunal Supremo español, “...existen motivos para un moderado optimismo”, pues este alto Tribunal ha integrado los principios político-criminales que permiten dar contenido al Derecho Penal como la “*Magna Charta*”²⁶².

En conclusión, y retomando el punto central de lo que se ha venido sosteniendo, podría éste sintetizarse diciendo que dentro de la idea de un “sistema penal” el Derecho penal será reflejo de la Política criminal²⁶³ y ésta, a su vez, manifestación de la forma de Estado. De ello se sigue como esencial, y no tan sólo como potencial, el que la Política criminal no se base sólo en criterios de “eficacia”²⁶⁴ sino que han de considerarse, de la misma manera, las garantías formales y materiales propias del Estado Social y Democrático de Derecho²⁶⁵.

²⁶¹ *Ibíd.*, pág. 312.

²⁶² *Ibíd.*, pág. 323 (cursiva en el original).

²⁶³ “Todo el Derecho penal se integra en la Política criminal. Así, para el penalista existe una práctica identificación entre la teoría de los principios de la Política Criminal y la de los *finés (y medios) del Derecho penal*. Ello no debe extrañar. El Derecho penal es expresión de una Política criminal”. Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal*”, *ob.cit.*, pág. 213 (cursivas en el original). Es en esta perspectiva en que también entiendo la postura de BUSTOS RAMÍREZ, particularmente en su “*Política Criminal e Injusto*”, RIDP, nº 1, 1978.

²⁶⁴ Por todos, vid. FERRAJOLI Luigi, “*El Estado constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad*”, en AA.VV., *corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Perfecto Andrés Ibáñez Editor y trad., Madrid, Editorial Trotta, 1996, esp., págs. 26-29.

²⁶⁵ Entre otros, vid. DEMETRIO CRESPO, Eduardo, “*Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal*”, en AA.VV., *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, esp., pág. 183; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límite*”, *ob.cit.*, págs. 22-23. Sobre este tema, entre otros, vid. ARBOLEDA RIPIO Fernando, “*La Política Criminal derivada de los Valores de la Constitución*”, en AA.VV., *Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Santa Fe de Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2000; ARROYO ZAPATERO Luís, “*El Programa Penal de la Constitución*”, en AA.VV., *Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Santa Fe de Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2000; BACIGALUPO Enrique, “*Principios Constitucionales de Derecho Penal*”, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999; BUENO ARÚS Francisco, “*Los Principios Constitucionales y el Derecho Penal*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNEA, Madrid, 1991, nº 1; DURÁN MIGLIARDI Mario, “*Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea*”, *ob.cit.*, esp., págs. 49-51; JAÉN VALLEJO Manuel, “*Los Principios Superiores del Derecho Penal*”, Madrid, Editorial Dykinson, 1999; y, del mismo, “*La Legitimación del Derecho Penal y su Función Social*”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos LH. al Profesor José Casabó Ruiz*, T. II, Univ. de Valencia, 1997; MARTOS NÚÑEZ Juan Antonio, “*Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho*”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 1, UNEA, Madrid, 1991; NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, “*Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma*”, *ob.cit.*, pág. 21; TIEDEMANN Klaus, “*Constitución y Derecho Penal*”, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Tiedemann3.pdf>.

De ahí que el propio ROXIN señale: “Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas”²⁶⁶.

²⁶⁶ Vid. ROXIN Claus, *“La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, ob.cit., pág. 70. Misma idea en, del mismo, *“Derecho Penal”*, PG., T. 1, trad. de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, ob.cit., pág. 224.

CAPÍTULO II

POLÍTICA CRIMINAL DE LA SEGURIDAD EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

1.- Características de relevancia político criminal de la sociedad del riesgo

1.1.- Perspectiva general

No es ninguna novedad encontrarnos en la actualidad con ciertos términos que van marcando el cauce de la discusión dogmática y político criminal. Ténganse por ejemplos, las discusiones doctrinarias en torno a materias tales como el Derecho penal del riesgo, expansión, modernización, administrativización... etc. Ellos pueden ser ubicados, en mi opinión, dentro de la gran y compleja plataforma conceptual en que la locución “sociedad del riesgo” se ha convertido, y será precisamente respecto de aristas de aquello a que dedicaremos las líneas que siguen.

Resulta a primera vista curioso y, con cierta candorosa hipérbole, casi inexplicable, el colosal vuelco sucedido, en no muchos años, en los términos de la polémica doctrinal²⁶⁷. No puede obviarse, y no deja de sorprender, que hace no demasiado tiempo la disputa dogmática no pretendiera debatir en ningún caso sobre la expansión del Derecho penal, sino precisamente de todo lo contrario.

Las opciones antagónicas planteadas por el marco de la discusión eran, ambas, por completo opuestas a este discurso²⁶⁸. Sigilosa y rápidamente, sin casi darnos cuenta, se transfiguró esencialmente el fondo mismo de la controversia. Se pasó de debatir de entre la disyuntiva “abolicionismo” o “Derecho penal mínimo”, a directamente rivalizar sobre la expansión del Derecho penal²⁶⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, el paradigma de la sociedad del riesgo es sin duda un tema alojado en el centro del antes referido vuelco de la polémica doctrinal, causa por la cual ha suscitado, suscita y suscitará tamaña actualidad

²⁶⁷ En este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004, esp., pág. 1028.

²⁶⁸ Podemos ver sobre ello, Derecho penal mínimo, la extensa obra de FERRAJOLI, en lo que puede citarse, entre otras: FERRAJOLI Luigi, *“Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”*, ob.cit. esp. págs. 851-903; *“Derechos y Garantías, La ley del más débil”*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1999; *“El Derecho Penal Mínimo”*, RPC, nº 0, 1996 y en, *Prevención y Teoría de la Pena*, trad. Roberto Bergalli, Juan Bustos Ramírez Dir., Santiago de Chile, Editorial Cono Sur, 1995; *“Garantías”*, RJPD, nº 38, julio, 2000. Además, entre otros, vid. BARATTA Alessandro, *“Principios del Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”*, ob.cit.; BERGALLI Roberto, *“¿Garantismo penal?, ¿Cómo, por qué y cuando?”*, RJPS, año II, nº 2, Octubre, 1992 y, del mismo, *“Garantías, sistema penal y exclusión social. Una obra intelectual frente a la quiebra de los principios”*, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal*, LH. al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005; MELOSSI Darío, *“Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”*, RPE nº 1, 1991; SASTRE ARIZA Santiago, *“Derecho y Garantías”*, RJPD, nº 38, julio, 2000.

²⁶⁹ En el mismo sentido, vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, *“El Enemigo en el Derecho Penal”*, Buenos Aires, Ediar, 2006, págs. 13 y ss. También en este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., pág. 1028, quien señala, sobre la discusión doctrinal actual, que: “...puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio reduccionismo versus expansión, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en llamar Modernización del Derecho penal”. La misma idea en, del mismo, *“Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”*, ob.cit., esp., págs. 189-191.

en la discusión político criminal de estos tiempos²⁷⁰. Todo ello, evidentemente, implica una ya vasta bibliografía y por consiguiente, un recurrente, aunque no agotado, examen de la cuestión.

Ello me pone en obligación de advertir que no trataremos aquí especialmente sobre las causas que llevan a denominar a las actuales sociedades como de “riesgos”, ni a profundizar en todas las aristas de esta tan compleja materia, sin perjuicio de lo cual me resulta imposible no realizar algunas consideraciones sobre éstos, y otros puntos coligados, en lo que por supuesto, resulte pertinente con esta tesis.

Cierto es, como señala MENDOZA BUERGO, que si bien existen algunas diferencias de concepto en lo que ha de entenderse por sociedad del riesgo, en relación con la diversidad de los modelos teóricos existentes²⁷¹, no lo es menos que en las hojas escritas por Ulrich BECK se encuentra la caracterización más extendida de ella²⁷².

Esa sociedad postindustrial en que la aceleración exponencial de las relaciones intersubjetivas se hace cada vez más marcada²⁷³, la marcha para no

²⁷⁰ Vid. GRACIA MARTÍN LUÍS, “Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, pág. 13.

²⁷¹ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, Madrid, Editorial Civitas, 2001, págs. 24-25. En semejante sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos, “Derecho penal y riesgos tecnológicos”, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo”, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, pág. 290. En contra, calificando la terminología de imprecisa y “...sin vinculación a un set de criterios determinado”. Vid. PRITTWITZ Cornelius, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. de Castilla-La Mancha, 2003, págs. 264-266 y, con el mismo título, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 147-179.

²⁷² Vid. BECK Ulrich, “La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”, trad., Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001.

²⁷³ Vid. MONTIEL FERNÁNDEZ Juan Pablo, “Peripecias Político-criminales de la expansión del Derecho Penal”, DPCRI, n.º 17, 2006, esp., págs. 119-126.

volver, del Estado de bienestar²⁷⁴ y los avances en tecnología²⁷⁵ que han superado el ámbito y la capacidad de sorpresa de las personas para ocupar los campos del agobio, caracterizan de manera somera, pero cierta, a la sociedad en la que nos desenvolvemos²⁷⁶. Esa sociedad del riesgo, cuya denominación a partir de la obra de BECK alcanzó el carácter de “paradigma”²⁷⁷ y, por lo mismo, una nueva plataforma para ver y comprender la sociedad²⁷⁸.

Dice MENDOZA BUERGO que de los aspectos más definitorios de esta sociedad del riesgo pueden destacarse básicamente tres²⁷⁹: primero, el cambio en la naturaleza de los potenciales peligros (riesgos naturales/riesgos artificiales); segundo, el alto grado de complejidad organizativa de las

²⁷⁴ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ Gonzalo, *“Bien Jurídico y Sistema del Delito”*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, esp., págs. 132-133; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”*, en AA.VV., Guerra Global permanente, José Brandariz, Miguel Molina, Jorge Molinero (coords.), Madrid, Editorial Catarata, 2005; SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, esp., págs. 30-31; SERRANO-PIEDRACASAS José Ramón, *“Consecuencias de la Crisis del Estado Social”*, en AA.VV., Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, EUS, 2004, esp., págs. 934-940; PRADO Carolina, *“Interrogaciones acerca de las Políticas Penales de Vanguardia en el mundo globalizado”*, en AA.VV., Contornos y Pliegues del Derecho, LH. a Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, Héctor Silveira, Encarna Bodegón, Amadeu Recasens (coords.), Barcelona, Editorial Anthropos, 2006, esp., págs. 415-416; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *“Política Criminal”*, ob.cit., págs. 266-269.

²⁷⁵ Vid. GRACIA MARTÍN Luis, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., esp., págs. 62-64; PERIS RIERA Jaime, *“Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década”*, en AA.VV., Estudios Penales en LH. al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson, 200, págs. 687-709.

²⁷⁶ Para una perspectiva latinoamericana de este proceso, vid. ELBERT Carlos Alberto, *“La inseguridad, el derecho y la política criminal del siglo XXI”*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, LH. al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, págs. 563-577.

²⁷⁷ En este sentido, vid. PÉREZ DEL VALLE Carlos, *“Sociedad de Riesgos y Reforma Penal”*, RPJ, nº 43-44, 1996, pág. 61.

²⁷⁸ Lo que incluso se ha denominado como “...un replanteamiento de la razón de ser y la naturaleza del Derecho penal”. Vid. RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, *“Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”*, en AA.VV., Nuevos retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 69. En el mismo sentido SANZ MORÁN Ángel, Recensión de *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, en SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pág. 189. Además, en relación con este tema, vid. GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *“¿Las Exigencias Dogmáticas hasta ahora Vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la Criminalidad, de la medición de la pena y del Sistema de Sanciones?”*, en AA.VV., Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, UNED, 2001, págs. 355-370.

²⁷⁹ Para una caracterización que pone acento en el “extraordinario incremento de las interconexiones causales”. Vid. SCHÜNEMANN Bernd, *“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”*, ADPCP, T. XLIV, Fasc. III, 1991, esp., págs. 197-200.

relaciones de responsabilidad (irresponsabilidad organizada²⁸⁰); y tercero, la sensación de inseguridad subjetiva (aún en ausencia de realidad peligrosa)²⁸¹. Siendo precisamente este último, el punto, la arista que conecta con nuestro actual interés y al que nos referiremos en las líneas que siguen.

1.2.- Aproximaciones a la sociedad del riesgo y de la información

1.2.1.- La realidad del riesgo “objetivo”

Comencemos señalando que las denominadas sociedades post industrializadas caracterizadas como “sociedades del riesgo” o “sociedad de riesgos”²⁸² hacen gran hincapié en éste, el riesgo, casi como un fenómeno integral explicativo de la sociedad actual. Señala sobre el punto PAREDES CASTAÑÓN que las actuales “sociedades capitalistas desarrolladas”, se vienen conformando cada día con mayor claridad como “como auténticas sociedades del riesgo”. En ellas: “...las implicancias negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo cobran entidad propia y amenazan de forma masiva a los ciudadanos”²⁸³.

²⁸⁰ Señala HERZOG, “Frente a todas las promesas de la sociedad de la información sabemos cada día menos sobre los procesos de decisión, sus actores y su motivación”. Vid. HERZOG Félix, “*Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*”, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, trad. Eduardo Demetrio Crespo, Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, págs. 257- 258.

²⁸¹ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 25-34.

²⁸² Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 27.

²⁸³ Vid. PAREDES CASTAÑÓN José, “*Responsabilidad Penal y Nuevos Riesgos: El caso de los delitos contra el medio ambiente*”, RAP, nº 10, 1997, pág. 217.

Esto vendría a manifestarse en el plano político criminal²⁸⁴, entre otros aspectos, en aquello que se ha dado en llamar “expansión del Derecho penal”²⁸⁵. Y es que, desde la perspectiva indicada, ya no se ve a la mentada expansión como algo en sí mismo negativo, como en otro tiempo se percibía²⁸⁶. Como aquella inflación penal consensuadamente criticable por nefasta para las garantías y derechos de la persona del imputado, sino como una respuesta eventualmente válida por parte del Estado.

En efecto, en la denominada “expansión del Derecho penal”, ya no sólo se considerará como su raíz u origen lo que SILVA SÁNCHEZ designa como “una especie de perversidad del aparato estatal”²⁸⁷, caracterizada por optar de manera permanente y sistemática por la alternativa represivo-penal por parte del Estado.

Esa estrategia no buscaría más que una fácil y económica, aunque sólo aparente, solución a los conflictos sociales que, antes que ofrecer una respuesta efectiva y real a los mismos (déficit de tutela real de bienes jurídicos)²⁸⁸, tiene como objetivo tranquilizar a la opinión pública, dictando normas penales de carácter simbólico²⁸⁹ en sentido negativo²⁹⁰, en las que es claramente

²⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, vid. HASSEMER Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, RPE, nº 1, 1991, pág. 33.

²⁸⁵ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., págs. 29-30.

²⁸⁶ En este sentido, por ejemplo, vid. MAZZACUVA Nicola, “El futuro del derecho penal”, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo”, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, esp., págs. 232-234.

²⁸⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 21.

²⁸⁸ Vid. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, RPE nº 1, 1991, pág. 53.

²⁸⁹ En este sentido, por todos, vid. ROXIN Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, ob.cit., esp., pág. 451.

identificable una discrepancia entre los objetivos declarados y los latentes²⁹¹, esto es, como indica FEIJOO, un simbolismo político-criminalmente negativo o perverso²⁹².

Por el contrario, ahora se plantea también doctrinalmente, que dicha expansión surgiría de una necesidad real que vendría a legitimar el requerimiento de mayor protección por parte del cuerpo social²⁹³. Todo ello cimentado en un escenario cuya escenografía principal se caracterizaría por el complejo contexto social en el que se desenvuelven las actuales relaciones interpersonales²⁹⁴. En definitiva, un discurso proyectado en torno a un riesgo no sólo incontestablemente existente, sino más aún, creciente.

²⁹⁰ Este sentido "simbólico negativo" ya no se dirigiría al potencial infractor para disuadirle, sino al ciudadano que acata las leyes. Su objetivo: calmarle y restablecer la confianza en las instituciones. En este sentido, por ejemplo, vid. BARATTA Alessandro, *"Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica"*, ob.cit., esp., págs. 29-30; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, *"Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española"*, RPE, nº 1, 1991, pág. 91; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *"Introducción al Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 51; NAVARRO CARDOSO Fernando, *"El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador"*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004, pág. 1329.

²⁹¹ En nomenclatura generalmente aceptada, por ejemplo, vid. HASSEMER Winfried, *"Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos"*, ob.cit., pág. 28; DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, *"El derecho penal simbólico y los efectos de la pena"*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, págs. 147-170.

²⁹² Ello en un contexto crítico sobre la denominada escuela de Frankfurt en general y sobre HASSEMER en particular. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *"Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal"*, ob.cit., pág. 409.

²⁹³ En este sentido, vid. KINDHÄUSER Urs, *"Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal"*, trad. Nuria Pastor, Indret, nº 1, Barcelona, febrero 2009, esp., pág. 4.

²⁹⁴ Para una perspectiva crítica de este argumentario, vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *"La deriva y crisis de las ideas penales en España"*, en AA.VV., *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp., págs. 929-934. En el mismo sentido crítico, vid. PAREDES CASTAÑÓN José, *"Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico"*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, esp., págs. 91-92.

De esta manera, se da al riesgo de procedencia humana el carácter de “fenómeno social estructural”²⁹⁵. De modo que una reivindicación social tal, tendría como base incuestionable un aumento “objetivo” de inseguridad que, digámoslo así, sería el consiguiente costo del incremento de bienestar dado por el acelerado desarrollo técnico alcanzado por el ser humano²⁹⁶.

Es de esta manera en que podría comprenderse el que esta sociedad de riesgos reclame del Estado una más extensa e intensa protección. Ahora bien, no se me escapa que, en todo caso, las respuestas a la antedicha exigencia no tienen porqué provenir necesariamente del Derecho penal, pero a su vez, tampoco puede pretenderse excluirle por completo. El ver esta realidad, en mi opinión, debe ser el punto de partida para su configuración, quedando obligados a dar a esa demanda social real, una respuesta también real.

Pues bien, sobre la base de lo anterior, se debería entender también la trascendencia de la expansión, dado que ésta se asocia a la mayor utilización, por ejemplo, de figuras típicas como los delitos de peligro y de comisión por omisión, mayor utilización que encuentra su razón de ser en la creciente insuficiencia que mostrarían los delitos de lesión como técnica para hacer frente a la nueva naturaleza de los conflictos suscitados por esta sociedad²⁹⁷.

²⁹⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 27.

²⁹⁶ Vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, “*Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo*”, en AA.VV., *La Política Criminal en Europa*, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dir.), Barcelona, Atelier Penal, 2004, págs. 70-87; MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 40-41; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “*Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, esp., págs. 26-27, 190; En este sentido, por ejemplo, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, “*El papel del derecho penal en la segunda modernidad*”, en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006, esp., pág. 328.

²⁹⁷ En este sentido, caracterizando críticamente el actual derecho penal de la sociedad del riesgo como “hipertrofiado” cuantitativa (exceso de bienes jurídicos colectivos) y cualitativamente (exceso delitos de peligro abstracto), además de atrofiado por el no respeto del principio de legalidad penal, vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Emilio, “*Repercusiones de la responsabilidad penal por el producto en los principios garantizadores y la dogmática penales*”, en Nuevas

En este sentido, por ejemplo, el resultado lesivo se aleja en el tiempo de la conducta realizada y; *“donde la creciente interdependencia de los individuos da lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependan de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros”*²⁹⁸. Si se tiene como base de análisis esta imagen de la realidad social que se ha venido caracterizando, es que puede reconocérsele a SILVA SÁNCHEZ sustento suficiente para afirmar que *“...seguramente existe un espacio de expansión razonable del Derecho penal”*²⁹⁹.

1.2.2.- El riesgo sentido como realidad

Uno de los rasgos más característicos de las actuales sociedades está indicado por la posibilidad, cada vez mayor, de sus integrantes de acceder a todo tipo de datos e informaciones de manera casi inmediata. Esa enorme oferta informativa que el explosivo desarrollo de las tecnologías de las telecomunicaciones trajo aparejada, ha producido derivaciones de todo tipo y, por cierto, de gran calado en nuestras sociedades actuales, consecuencias todas que se han englobado en lo que se ha dado en llamar como “sociedad de la información”. Ciertamente son distintos y muy variados los efectos que esto ha producido, y seguirá produciendo, pero en lo que aquí nos toca, lo

posiciones de la dogmática jurídica penal, CDJ, nº VII, 2006, pág. 119. Sobre ello, también por ejemplo, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *“El Delito Ecológico y sus técnicas de tipificación”*, RAP, nº 13, 2002, págs. 299-335; MATA Y MARTÍN Ricardo, *“Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro”*, Granada, Editorial Comares, 1997, esp., págs. 3-7.

²⁹⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, ob.cit., pág. 30. (las cursivas son mías)

²⁹⁹ *Ibid.*, pág. 26. (las cursivas son mías)

circunscribiremos a sus consecuencias en nuestro ámbito que, ciertamente, no son menores³⁰⁰.

Se ha dicho, y con mucha razón, que más oferta informativa no produce lisa y llanamente sujetos mejor informados³⁰¹, a lo que yo me atrevería a agregar que antes bien todo lo contrario. La sociedad de la información, por tanto, no encuentra su rasgo más característico en que los sujetos que la componen sean particularmente más reflexivos y críticos³⁰², sino que más bien es ésta una sociedad donde los medios de comunicación alcanzan una posición preponderante³⁰³, sentido en el cual se ha dicho que éstos tienen: “un status especial que les asegura una posición determinante en la expresión y en la formación de la opinión pública, sobre todo debido a su capacidad de atraer una mayor atención mediante las técnicas de la comunicación de masas adquiriendo un enorme valor político y económico”³⁰⁴.

³⁰⁰ Sobre los vínculos de la sociedad de la información y el paso de las sociedades disciplinarias a las de control, por ejemplo, vid. LAZZARATO Maurizio, “*Por una política menor: Acontecimiento y política en las sociedades de control*”, trad. Pablo Rodríguez, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006, esp., págs. 73-179.

³⁰¹ Señala en este sentido FLORES, “La noticia no busca la reflexión distanciadora y crítica del receptor de la misma, sino su adhesión. No proporciona saber, sino información. Su función es eminentemente retórica y como tal creadora de una imagen, más bien que posibilitadora de un concepto que da que pensar”. *Mundo Técnico y Humanismo*, Acto de apertura del curso 1994-95, Universidad de Salamanca, pág. 66. Citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Política Criminal*”, ob.cit., pág. 124.

³⁰² En este sentido, por ejemplo, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo*”, en AA.VV., Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006, págs. 356-357.

³⁰³ Señala ZAFFARONI: “Es sabido que, en nuestras sociedades, los medios masivos no son hoy una mera cuestión de libertad de prensa en los términos del siglo XIX, sino que son un poderoso medio de control de conductas, imposición del consumo, alienación de sectores medios y esquizofrenización de la imagen del país, que se escinde en un país oficial y un país real (que queda fuera de esa imagen)”. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “*El Conocimiento Jurídico Penal y la Doctrina de la Seguridad nacional en el Cono sur*”, en AA.VV., Estudios Penales, LH. al Prof. Luís Carlos Pérez, Bogotá, Temis, 1984.

³⁰⁴ Vid. SANZ MULAS Nieves, “*Justicia y Medios de Comunicación: Un Conflicto Permanente*”, en AA.VV., Derecho Penal de la Democracia v/s Seguridad Pública, Granada, Comares, 2005, pág. 7.

Es precisamente esta característica y ese estatus alcanzado el que plantea las bases en la relación entre los medios de comunicación y el poder establecido³⁰⁵, ya que no es precisamente neutro el caudal informativo a que dan lugar³⁰⁶. Su forma de poder tiene una cualidad inestimable pues debe tenerse en cuenta que más que meros informadores de una **realidad dada**³⁰⁷, como se pretenden, en verdad son los configuradores de una **realidad determinada**³⁰⁸.

No es este el lugar donde ahondar en dichas materias, pero sí debe destacarse su total importancia en el tema que tratamos. No es un aserto demasiado polémico afirmar la gran incidencia de éstos en la brecha que separa los índices reales-objetivos de delincuencia, con la percepción que el ciudadano común tiene de ella³⁰⁹. Claramente los índices de temor son, con mucho,

³⁰⁵ Indica ZÚÑIGA que: "Quienes dominen la tecnología de la información dominarán las redes de poder y de la creación de riqueza. De ahí el matrimonio en los últimos años entre los medios de comunicación y los grupos de poder". Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *"Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales"*, en AA.VV., Derecho Penal de la Democracia v/s Seguridad Pública, Granada, Editorial Comares, 2005, pág. 104. Sobre ello, por ejemplo, además vid. CUERDA RIEZU Antonio, *"Los medios de comunicación y el derecho penal"*, en AA.VV., LH. al doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001, págs. 187-207.

³⁰⁶ Así, se dice que: "La pervisión de titulares, el empleo de palabras no neutrales, la omisión intencionada de datos, la yuxtaposición de circunstancias o hechos induciendo a establecer relaciones no constatadas, la difusión de meros rumores o de informaciones anónimas, la interpretación y reinterpretación de datos para su neutralización, la conversión de hipótesis en tesis, no dar oportunidad a la otra parte, y mil procedimientos más sirven para alejar la noticia de la realidad, a favor de planteamientos sensacionalistas o conscientemente partidistas". Vid. RODRÍGUEZ RAMOS Luís, *"Justicia Penal y Medios de Comunicación"*, en AA.VV., Dogmática y Ley Penal, LH. a Enrique Bacigalupo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, pág. 1420.

³⁰⁷ Distinguiendo entre "masas, clases y públicos", vid. LAZZARATO Maurizio, *"Por una política menor: Acontecimiento y política en las sociedades de control"*, ob.cit., págs. 86-89.

³⁰⁸ En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS se muestra especialmente crítico. Refiriéndose a los criterios de verdad explica ese nuevo parámetro de la "verdad noticiada" en los siguientes términos: "Por verdad noticiada hay que entender aquellos hechos que, por estimarse noticiables o, si se prefiere, por ser de actualidad, se publican...La verdad publicada a través de los medios de comunicación se está convirtiendo en la verdad principal o en la única verdad al resultar la verdad suplantada por la noticia, y ser la noticia la verdad que como tal es aceptada por una masa mediocre que carece de capacidad crítica y de suficiente tiempo e información para contrastar los mensajes". Vid. RODRÍGUEZ RAMOS Luís, *"Justicia Penal y Medios de Comunicación"*, ob.cit., pág. 1417.

³⁰⁹ Así, se señala que: "...desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad de la información y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en todo caso, a una sensación de impotencia". Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *"La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales"*, ob.cit., pág. 38.

mayores a las cifras reales de criminalidad³¹⁰. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, “...la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad al riesgo”³¹¹.

Lo anterior no quiere decir, todo sea dicho, que los medios de comunicación sean quienes crean por su sólo ministerio el ya anidado sentimiento de inseguridad en la sociedad³¹². Un reduccionismo tal sería, a mi juicio, equivocado y alejado de lo verdaderamente importante³¹³. Las razones de la caracterización descrita pasarán por estudios de otro tipo y de mayor envergadura. Lo que aquí se quiere enfatizar es otra cosa, aunque vinculada, distinta.

Me refiero a que la importancia de los medios de comunicación en la sociedad de la información adquiere su real dimensión si se les comprende, desde un concepto amplio, como un medio de control social³¹⁴, y no se les

³¹⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, ob.cit., págs. 37-40.

³¹¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 37 (las cursivas son mías). En el mismo sentido, por ejemplo, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Política Criminal de la Exclusión”, Granada, Comares, 2007, págs. 53-65.

³¹² En este sentido, vid. BARATA Francesc, “Los Mass media y el Pensamiento Criminológico”, en AA.VV., Sistema Penal y Problemas Sociales, Roberto Bergalli (coord.), Valencia, Editorial Tirant Lo Blach, 2003; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 40.

³¹³ En este sentido, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Los Medios de Comunicación de Masas”, en Bergalli/Bustos (Dirs.), El Pensamiento Criminológico II, Barcelona, Península, 1983. pág. 51. Quien a la sazón señala: “El planteamiento tradicional causal explicativo aparece naturalmente ligado a los orígenes del auge de las investigaciones sobre los mass media... La idea manipuladora de los medios de comunicación de masas, sea desde la perspectiva utilitarista-positivista-conductivista, sea desde la del marxismo vulgar de carácter crítico, no ha logrado su comprobación.... En verdad las diversas investigaciones revelaron que la realidad era mucho más compleja y que no todo era tan sencillo y lineal.”

³¹⁴ “Este poder paulatinamente se va convirtiendo también en poder disciplinario, esto es, en control social informal... Es más, cabe aducir su indudable influencia en la demanda de concretas políticas criminales, y por lo general de claro carácter represivo, y en las que el sistema penal está llamado a actuar como prima ratio”. Vid. SANZ MULAS Nieves, “La Validez del Sistema Penal Actual Frente a los Retos de la Nueva Sociedad”, en AA.VV., El Sistema Penal frente a los restos de la Nueva Sociedad, Madrid, Editorial Colex, 2003, pág. 10.

intenta comprender en cuanto a su importancia desde una base causal-explicativa, que sería la forma simplista que hemos rechazado unas líneas atrás.

No puede desvincularse la noción social de los índices de delitos, objetivamente existentes, con la percepción que de éstos se tiene, que dicho de algún modo, y en esta misma línea, también es efectiva y real. Esa es la razón por la cual se entiende que la demanda de mayor protección, a que alude SILVA SÁNCHEZ, sea real.

Los medios de comunicación así enmarcados no serían meros instrumentos manipulados con intenciones estrictamente conductivistas, si no que cumplen una función reafirmadora del estado actual de cosas³¹⁵, pues son estos los que "...no sólo determinan (por y para la población) qué hechos significantes han tenido lugar, sino además también, por y para la población, señalan cómo han de ser entendidos"³¹⁶.

Ahora bien, es conocido y criticado, el modo sensacionalista³¹⁷ en que los medios de comunicación tratan, entre otros asuntos, la problemática de la delincuencia, siendo precisamente ello un factor de gran importancia en la

³¹⁵ En este sentido vid. PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, *"El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal"*, en AA.VV., *El derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007, pág. 85.

³¹⁶ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Los Medios de Comunicación de Masas"*, ob.cit., pág. 53. En el mismo sentido, vid. BARATA, Francesc, *"De Periodismos y Criminologías"*, en AA.VV., *Contornos y Pliegues del Derecho*, LH. a Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, Héctor Silveira, Encarna Bodegón, Amadeu Recasens (coords.), Barcelona, Editorial Anthropos, 2006.

³¹⁷ "Se trata de vicios que llevan a diseñar la realidad en vez de reflejarla, resultando el paradigma que el propio periodista intervenga esa realidad noticable sometiéndola a sus pretensiones, convirtiendo en noticia lo que no debería serlo". Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *"Justicia Penal y Medios de Comunicación"*, ob.cit., pág. 1420. En el mismo sentido, vid. MAQUEDA ABREU María, *"Políticas de Seguridad y Estado de Derecho"*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004, esp., pág. 1288; DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, *"La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995"*, RDPP, nº 7, 2002, esp., pág. 121.

sensación general de inseguridad de la población³¹⁸. De esta forma se propaga el sentimiento generalizado de que se puede ser víctima de un crimen en cualquier momento, forma y lugar. En palabras de SILVA SÁNCHEZ: “la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúa a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”³¹⁹.

A todo ello debe sumarse, el que reconociéndose los medios de comunicación así mismos como representantes, portavoces de la opinión pública, se produce el absurdo hecho de que la prensa dé el tratamiento de noticia, ¡a sus propias noticias! Así sucede, por ejemplo, cuando a grandes titulares se destacan las estadísticas de “temor de la comunidad a la delincuencia”, como si aquello de que informan fuera un fenómeno natural del que ellos sólo vienen a dejar constancia, y que vendría a corroborar que la delincuencia efectivamente crece de forma incontrolable³²⁰, de manera que la exigencia de la opinión pública de “mano dura” resulta aún más urgente que ayer. Así las cosas, terminan confundiendo, triste, peligrosa, y a veces interesadamente, opinión pública “con el eco de su propia voz”³²¹.

³¹⁸ Por todos, vid. MAQUEDA ABREU María, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”, ob.cit., págs. 1289-1290, y en, de la misma, “Crítica a la reforma penal anunciada”, RJPD, nº 47, 2003, págs. 6-7; LARRAURI Elena, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, RJPD, nº 55, 2006, págs. 16-18.

³¹⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 38. En el mismo sentido, entre otros, vid. MAQUEDA ABREU María, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”, ob.cit., esp., págs. 1288-1289; SOTO NAVARRO Susana, “La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia”, RECPC, nº 7, 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>; FUENTES OSORIO Juan, “Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal”, RECPC, nº 7, 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>.

³²⁰ Lo que evidentemente es un error, que parte del hecho de considerar ésto como un índice de delincuencia, cuando en verdad, como señalaba BARATTA, “se trata de un objeto de estudio en sí mismo”. Vid. BARATTA Alessandro, “Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”, ob.cit., pág. 37.

³²¹ “El periodismo no sólo influye en la opinión pública sino que la construye. Según esta concepción, se trata de una especie de círculo vicioso, el cual se inicia con aquello que los periodistas propalan, ya que normalmente el hombre común cree a pie juntillas todo cuanto la prensa afirma, y luego la prensa recoge el eco de las versiones e interpretaciones que ella misma a propiciado como única verdad incommovible; así, el contenido del mensaje va del

Ello, por supuesto, no es consecuencia del azar, sino que tiene que ver directamente con el rol que antes se indicó para éstos, ya que desde la propia semántica discursiva se va creando e imponiendo una visión excluyente y exclusivamente punitiva de los conflictos sociales. Como explica DE GIORGI, con ello se favorece el consenso en torno a la autoridad encargada de la lucha contra el crimen, distrayendo la atención del público de los factores estructurales que determinan la situación³²². O dicho de otra forma, creando una opinión pública miope, cuya cortedad de miras le impide ver los problemas que causan el delito, sino al delito como causa de sus problemas³²³.

En consecuencia, la demanda social de más protección, por tanto, efectivamente es real, pero no proviene ya desde la realidad de las tasas objetivas de delincuencia, sino desde la realidad de la sensación de riesgo al delito. De manera que la impetración de una respuesta real por parte del Derecho penal se valora desde esta “realidad” y no desde aquella.

Por consiguiente, las respuestas reales no serán entonces medidas de carácter etiológico, sino aquellas que disminuyan la “sensación de inseguridad”, y adentrados, como estamos, en esa dinámica ya no hay tiempo

periodista al lector, y retorna de éste al periodista, produciéndose una suerte de retroalimentación recíproca entre opinión pública y prensa. Entonces, la secuencia emisión-reacción brinda un reciclaje que incluye la respuesta que la información ha tenido en el público. Con otras palabras: los medios se exhiben como portavoz de una opinión pública que en realidad es el eco de regreso de la propia voz”. Vid. FRASCAROLI María Susana, “*Justicia penal y Medios de comunicación: La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales*”, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004, pág. 195. Sobre distintos conceptos de “opinión pública”, véase en el área penal, DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “*La Racionalidad de las Leyes Penales*”, Madrid, Editorial Trotta, 2003, págs. 27 y ss.

³²² DE GIORGI Alessandro, “*Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*”, trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús, Virus, Barcelona, 2005, esp., págs. 142-143.

³²³ En este sentido, por ejemplo, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “*Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*”, www.caosmosis.acracia.net, http://caosmosis.acracia.net/wp-content/uploads/2008/09/branda_nuevos-riesgos.doc, esp., págs. 10-12.

para tener paciencia, la extrema ratio es un principio obstaculizador, la prima ratio es la solución.

Puede verse entonces, como esa sociedad del riesgo de la que hemos estado hablando, no puede desvincularse de la sociedad de la información si lo que se quiere es hacer una lectura más apegada a la realidad de lo que se ha denominado expansión del Derecho penal. Porque cuando hablamos de ésta, la expansión, suelen abarcarse dos fenómenos que al parecer evidentemente se vinculan, pero que son fundamentalmente diferentes.

Así, por un lado, se tiene a la modernización del Derecho Penal para enfrentarse de mejor forma los desafíos de una sociedad dinámica que manifiesta otros conflictos sociales, en algunos casos nuevos y en otros antiguos pero con distinta valoración, y por el otro, la añeja pero siempre vigente pretensión expansiva del poder punitivo del Estado. Distinguir las, aunque difícil pues ambas se mueven en el mismo “campo” de la enmarañada realidad social, resulta de fundamental importancia, siendo ésta la dirección que se intentará en el siguiente punto.

2.- Política criminal del Derecho penal del riesgo

2.1.- Consideraciones preliminares

Es posible a primera vista encontrar en la bibliografía, como bien es sabido ya bastante ancha, una tupida variedad terminológica que dice relación

con el tema que ahora se toca. En síntesis, básicamente se habla, refiriéndose fundamentalmente al mismo fenómeno, de “expansión del Derecho penal”, “modernización del Derecho penal” y de “Derecho penal del riesgo”.

Dentro de estas concepciones puede encontrarse una serie de características más o menos comunes, como por ejemplo; la anticipación de la tutela penal, el Derecho Penal simbólico³²⁴, el protagonismo exacerbado de la víctima³²⁵, la creación de bienes jurídico supraindividuales –de casi siempre vaporoso contenido- y la generosa proliferación de delitos de peligro abstracto (en binomio casi inseparable)³²⁶, la administrativización del Derecho penal³²⁷, y cómo no, el “Derecho penal del enemigo”³²⁸.

³²⁴ En este sentido, entre otros, vid. DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, “La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995”, ob.cit., esp., pág. 120.

³²⁵ Así, se dice que: “Se pierde la visión del Derecho penal como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado para pasar a convertirse en la *Magna Charta* de la víctima, en una muestra de solidaridad con ella”. Vid. MAQUEDA ABREU María, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”, ob.cit., pág. 1292 y en, de la misma, “Crítica a la reforma penal anunciada”, ob.cit., pág. 8. En el mismo sentido, vid. ACALE SÁNCHEZ María, “Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad”, en AA.VV., Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, EUS, 2004, págs. 1197-1226.

³²⁶ En este sentido, entre otros, vid. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico”, RJPS, año III, nº 5, 1994 y del mismo, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”, ob.cit., págs. 47-48; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos”, en AA.VV., La Política Criminal en Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dir.), Barcelona, Atelier Penal, 2004, esp., pág. 38; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, “El Moderno Derecho penal para una Sociedad de Riesgos”, RPJ, nº 48, 1997, pág. 302; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, “Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”, en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, esp., pág. 398; NAVARRO CARDOSO Fernando, “El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”, ob.cit., pág. 1327; NESTLER Cornelius, “La protección de Bienes Jurídicos y la punibilidad de la Posesión de Armas de Fuego y de Sustancias Estupefacientes”, en AA.VV., La Insostenible Situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, esp., págs. 62-64; SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999, esp., pág. 36; PERIS RIERA Jaime, “Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década”, ob.cit.; ZUGALDÍA ESPINAR José, “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”, CPC, nº 79, 2003, esp., págs. 113 y ss.

³²⁷ En este sentido, entre otros, vid. DONNINI Massimo, “¿Una Nueva Edad Media Penal? Lo Viejo y lo Nuevo en la Expansión del Derecho Penal”, en AA.VV., Temas de Derecho Penal Económico III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords), Madrid, Editorial Trotta, 2004; NAVARRO CARDOSO Fernando, “El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”, ob.cit., pág. 1324; TERRADILLOS BASOCO Juan María, “Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”, en AA.VV., Temas de Derecho Penal Económico III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords), Madrid, Editorial Trotta, 2004, esp., pág. 220; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una

No me propongo como objetivo hacer una delimitación conceptual que supere la frondosidad terminológica existente, pero sí al menos, para los efectos de este trabajo, establecer qué se entenderá cuando se haga referencia al término “expansión”, que será precisamente el concepto con el que aquí se trabajará.

2. 2.- Aproximación al denominado Derecho penal del riesgo

Como primer, y lógico, paso puede darse una aproximación conceptual que tenga en cuenta a la RAE. Así, el diccionario de la Real academia española de la lengua define al riesgo como *contingencia o proximidad de un daño*³²⁹, a la seguridad como *cualidad de seguro*³³⁰, seguro que, a su vez, es definido como *aquello, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo*³³¹. Ciertamente es éste un

administrativización del Derecho Penal o una Penalización del Derecho Administrativo Sancionador” en AA.VV., Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos In Memoriam, Volumen I, Cuenca, EUS, 2001.

³²⁸ Para dicha asociación, entre otros, vid. CANCIO MELIÁ Manuel, “¿Derecho Penal del Enemigo?”, en AA.VV., La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, Dir. Antonio Cuerda Riezu, Madrid, Dykinson, 2006; BRANDARIZ GARCÍA José, “Itinerarios de evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las sociedades Contemporáneas”, ob.cit.; MUÑOZ CONDE Francisco, “El Nuevo Derecho Penal Autoritario: Consideraciones sobre el llamado Derecho Penal del Enemigo”, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Ibero América, Homenaje a Claus Roxin, tomo I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (coords.) Ciudad de México, INACIPE, 2003 y en, del mismo, “Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”, ob.cit., págs. 118-128; MARESCA Mariano, “Antes de Leviatán. Las Formas Políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, en AA.VV., Mutaciones de Leviatán legitimación de los nuevos sistemas penales, Guillermo Portilla (Coord), Madrid, Ediciones Akal, 2005; POLAINO NAVARRETE Miguel, “La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿Más Derecho Penal?”, en AA.VV., Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson, 2005; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros internos-Externos”, en AA.VV., Dogmática y Ley Penal, LH. a Enrique Bacigalupo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004; PRIETO NAVARRO Evaristo, “Ciudadanos y Enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”, en AA.VV., Derecho Penal y Política Transnacional, Silvina Bacigalupo y Cancio Meliá (coords.), Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2005; PRITTWITZ Cornelius, “Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?”, en AA.VV., La Política Criminal en Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dirs.), Barcelona, Atelier Penal, 2004; RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, “Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”, ob.cit., esp., págs. 90-101; DEMETRIO CRESPO Eduardo, “Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”, ob.cit.

³²⁹ Vid. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=riesgo

³³⁰ Vid. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=seguridad

³³¹ Vid. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=seguro

criterio fácilmente tachable de formalista, pero no lo es menos que resulta muy gráfico si se tiene en cuenta que al término riesgo se le opone la voz seguridad (cual reverso), que en su definición excluye expresamente **todo** riesgo, en inquietante similitud con la expectativa que desde las actuales sociedades, de riesgo, se tiene de la seguridad como eje político criminal.

Ahora bien, desde un punto de vista dogmático penal, y si se quiere menos anecdótico, la expresión “Derecho penal del riesgo”³³² se encuentra asociado, como se lee de su propia denominación, a las características esenciales de la sociedad que le otorga su nombre. Así, por ejemplo, NAVARRO CARDOSO lo conceptúa de la siguiente manera: “El derecho penal del riesgo se caracteriza por pretender desarrollar un Derecho penal preventivo (megapreventivo según los más críticos) que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acudiendo a la tutela anticipada de los bienes jurídicos universales mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto”³³³.

De esta manera florece un exacerbado aumento en la utilización del Derecho penal, pues se le tiene a éste como herramienta preferida por el Estado³³⁴ para hacer frente a la conflictividad propia de toda sociedad³³⁵,

³³² Distinguiendo entre “Derecho penal del Riesgo” y “Derecho penal de la Sociedad del Riesgo”, vid. ROMEO CASABONA Carlos María, “Aportaciones del Principio de Precaución al Derecho Penal”, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, pág. 78.

³³³ Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, “*El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador*”, ob.cit., pág. 1324.

³³⁴ En este sentido, por ejemplo, vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, “*El papel del derecho penal en la segunda modernidad*”, ob.cit., esp., págs. 326-327.

³³⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. LARRAURI Elena, “*Populismo punitivo... y como resistirlo*”, ob.cit., págs. 19-21; MAQUEDA ABREU María, “*Políticas de Seguridad y Estado de Derecho*”, ob.cit., pág. 1293, y en, de la misma, “*Crítica a la reforma penal anunciada*”, ob.cit., págs. 7-8; ACALE SÁNCHEZ María, “*Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad*”, ob.cit., págs. 1199-1226.

predilección dilatada al calor de la congénita complejidad de las actuales. El Derecho penal del riesgo presenta así: "...otra de sus peculiares características: es instrumentalizado como mecanismo formal de control de las fuentes de peligro de origen sistémico"³³⁶.

En concordancia con ésto, destaca la doctrina que la idea del Derecho penal del riesgo que se ha ido construyendo en las sociedades avanzadas, se encuentra determinado por una Política criminal básicamente inspirada en una concepción del riesgo³³⁷ como permanente³³⁸ y por ello sometida a la inacabable búsqueda de mayores niveles de seguridad³³⁹ en todo ámbito y, por lo demás, siempre insatisfecha³⁴⁰.

³³⁶ Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, *"El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador"*, ob.cit., pág. 1327. En el mismo sentido, entre otros, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *"Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo"*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, esp., pág. 40; KARGL Walter, *"Protección de Bienes Jurídicos mediante la protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena"* en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, pág. 62. En sentido, y aún más crítico, vid. HERZOG Félix, *"Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo"*, trad. Enrique Anarte Borrillo, RP, n^o 4, julio, 1999 y en, del mismo, *"Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales"*, RPJ, n^o 32, 1993.

³³⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. CAMPIONE Roger, *"El que quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft"*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, esp., págs. 13-15.

³³⁸ "En conclusión, en la posmodernidad, la política criminal regresa a las viejas fórmulas represivas. Su objeto ya no es el comportamiento individual sino el peligro potencial". Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *"El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social"*, ob.cit., pág. 62. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, *"Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito"*, ob.cit., esp., págs. 2-8; MAQUEDA ABREU María, *"La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales"*, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., págs. 450-452.

³³⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, *"El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal"*, ob.cit., esp., págs. 91-97.

³⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *"Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo"*, ob.cit., esp., págs. 73-74.

Son diversos los orígenes o causas con que se ha intentado explicar esta perenne situación de inseguridad de las sociedades actuales³⁴¹, casi todos relacionados con la pérdida de referentes, ya sea sociales, morales, religiosos, etc... que actuaban como una suerte de parapeto ante la incertidumbre³⁴², y que otorgaban a los sujetos un grado mayor de certeza y confianza que el que se estima tienen hoy³⁴³.

De esta manera, en un escenario social como el descrito, el miedo se ha erigido como en un “recurso político de primer orden”³⁴⁴ ya que las demandas de seguridad, antes dirigidas, digeridas y encausadas desde otros ámbitos e instituciones sociales³⁴⁵, hoy, ante la vacancia de referentes colectivos indubitados, son reclamadas³⁴⁶, ya sin intermediarios, directamente al Estado³⁴⁷.

³⁴¹ Vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., esp., págs. 25-67.

³⁴² En este sentido afirma HASSEMER que: “Pueden denominarse desorientación y miedo al riesgo: como consecuencia de la pérdida de la calma y confianza, una pérdida que por su parte, alimenta las necesidades penales y de control”. Vid. HASSEMER Winfried, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, tomo I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, pág. 384.

³⁴³ En este sentido, por ejemplo, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “Política Criminal y Derecho Penal: Estudios”, ob.cit., esp., págs. 41-44; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, “El papel del derecho penal en la segunda modernidad”, ob.cit., esp., págs. 329-330.

³⁴⁴ Vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, ob.cit., esp., pág. 49.

³⁴⁵ En este sentido, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “Un modelo dinámico de legislación penal”, en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, págs. 291-293.

³⁴⁶ De ahí que se haya dicho que las actuales tendencias legislativas tengan a la ley por un bien de consumo y a la excepción como regla. Sobre ello vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, en AA.VV., La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Madrid, CGPJ, 2007, esp., págs. 210-212.

³⁴⁷ Sobre ello, crítico indica HASSEMER: “En este discurso ha cambiado en lo fundamental la relación de tensión entre libertad y seguridad en beneficio de la seguridad, y el Estado lo connota mediante la producción de la seguridad ciudadana, no con la amenaza de la libertad civil. Ya no se trata de amenaza, sino de portadores de esperanza y aliados”. Vid. HASSEMER Winfried, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, ob.cit., pág. 384.

Ante esta situación, destaca KINDHÄUSER, desde una perspectiva descriptiva, que la sociedad se “juridifica”, pues el derecho se presenta como una herramienta más o menos aceptable de resolución de conflictos, lo que hace cobrar aún más relevancia al Derecho penal como reacción ante el “comportamiento desviado”³⁴⁸. Todo ello tiene como consecuencia la pérdida de vigencia real del principio de fragmentariedad³⁴⁹.

“*Toda crisis es una oportunidad*”, reza el cliché. Y es esa justamente la forma en como ha sido tomada ésta por el poder establecido³⁵⁰. En efecto, haciendo del vicio virtud, se han dado a la tarea de recuperar cuotas de legitimidad perdidas³⁵¹ ante la evidente, y por lo demás natural, incompetencia para responder al verdadero y descomunal catálogo de factores³⁵² globales y estructurales³⁵³ que inciden en el actual y complejo tránsito de un modelo social a otro³⁵⁴, contexto en el cual las reales posibilidades de intervención³⁵⁵ por parte del Estado son más bien nulas³⁵⁶.

³⁴⁸ Crítico sobre este papel, HERZOG pone de relieve que ello, antes que salvarse por la intervención del derecho penal, se intensifica pues impide una renovación de la autoregulación social. Vid. HERZOG Félix, “*Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*”, ob.cit., esp., pág. 258.

³⁴⁹ Vid. KINDHÄUSER Urs, “*Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal*”, ob.cit., esp., pág. 3.

³⁵⁰ En este sentido, vid. SAN MARTÍN SEGURA David, “*Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*”, en AA.VV., *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, María José Bernuz Beneítez, Ana Isabel Pérez Cepeda (coords.), Universidad de la Rioja, 2006, esp., págs. 84-94.

³⁵¹ Sobre ello, por ejemplo, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social*”, ob.cit., págs. 52- 62.

³⁵² Sobre ello, puede verse una breve pero significativa síntesis en BRANDARIZ José, “*Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito*”, ob.cit., esp., págs. 4-8.

³⁵³ En este sentido, por ejemplo, vid. GIL Fernando, “*La exclusión social*”, Barcelona, Ariel, 2002, esp., págs. 77-88; IGLESIAS SKULJ Agustina, “*Estrategias de pensamiento para la política criminal en la era de la globalización*”, en AA.VV., *Problemas actuales de Derecho penal*, Gustavo Balmaceda (coord.), Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007, págs. 15-52; RECASENS I BRUNET Amadeu, “*La seguridad y sus políticas*”, Barcelona, Atelier, 2007, esp., págs. 29-37 y 127-129.

³⁵⁴ Ejemplo paradigmático encontramos en la actual crisis financiera de la globalización neoliberal, sobre ello, por ejemplo, vid. NAÏR Sami, “*Geopolítica de la crisis*”, REEL, nº 18, 2008, págs. 1-4. Vid. en <http://www.reei.org/reei%2016/doc/Sami.pdf>. Además, vid. HEBBERECHT Patrick, “*Sociedad de riesgos y política de seguridad*”, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luis

De esta forma, como perspicazmente destaca BRANDARIZ, “Será en el ámbito de la oferta de seguridad donde el Estado persiga la legitimidad parcialmente perdida como consecuencia de la redefinición -cuando menos operativa- de la soberanía, y de su progresiva retirada de los territorios de lo económico y de lo social”³⁵⁷. Así las cosas, y transmutando ante la sociedad las “causas” como “efectos”³⁵⁸, se eleva a la categoría de objetivo político primordial a la “seguridad”³⁵⁹, que a pesar de vacua, o quizá por que es así, sirve perfectamente a los objetivos perseguidos³⁶⁰. Y es que es justamente ahora nos encontramos inmersos en pleno vórtice de una época de cambios, que nos arrastra a un inexorable cambio de época, de manera que el par opuesto, o más bien complementario de la seguridad, el riesgo, es concebido ya no como

Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, esp., págs. 360-362.

³⁵⁵ Sobre ello se ha dicho: “Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas”. HERZOG Félix, “*Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo*”, ob.cit., pág. 56. En el mismo sentido, entre otros, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “*El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista*”, ob.cit., págs. 480-482; DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, “*La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995*”, ob.cit., esp., pág. 127; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “*Delito Ecológico y función Simbólica del Derecho Penal*”, en AA.VV., *El Delito Ecológico*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, pág. 53.

³⁵⁶ En lo que se ha denominado posmodernidad o segunda modernidad, se viene caracterizando, en este ámbito, por la pérdida de un papel real por parte del estado-nación, viéndose superado, ahora ya sin eufemismos, por el peso económico de transnacionales, empresas u organismos. De esta manera, el margen operativo de los gobiernos nacionales se ha reducido al mínimo necesario para la gestión de la supervivencia. En este sentido, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, esp., págs. 24-25.

³⁵⁷ Vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “*Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal*”, ob.cit., pág. 49.

³⁵⁸ “Una legislación que responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la «seguridad del Estado» en «seguridad de los ciudadanos». Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*La configuración del Homo Sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*”, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1403 y en, del mismo, “*El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros internos-externos*”, ob.cit., págs. 713-714.

³⁵⁹ En este sentido, vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, “*Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., pág. 62; MENDOZA BUERGO Blanca, “*Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal*”, ADPCP, T. LII, 1999, págs. 307 y ss.; PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, “*El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal*”, ob.cit., esp., págs. 86-77.

³⁶⁰ Sobre ello, vid. SAN MARTÍN SEGURA David, “*Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*”, ob.cit., esp., págs. 92-94.

eventos aislados que superar, sino que, como destaca SAN MARTÍN, como dispositivo de gobierno³⁶¹.

Sobre la plataforma que implica este concepto, se han dado cita no sólo manifestaciones de Política criminal basadas en una nueva realidad social, sino además, en esta idea de seguridad un tanto difusa que intenta conceptualizar como institución lo que es más bien una tendencia³⁶², pueden encontrar cabida también, ya rancias expresiones de inconfundible aroma castrense³⁶³, o si se prefiere, de nítido carácter autoritario³⁶⁴.

Éstas poco o nada tienen que ver con “modernización”, ni con “expansión” a nuevos ámbitos sociales necesitados de intervención penal, antes bien por el contrario, encontramos aquí un buen alero para, por ejemplo, exigencias de tolerancia cero tan en boga en estos días³⁶⁵. Sobre dicha plataforma no se perseguiría tan sólo prevenir o reaccionar frente a nuevos riesgos de origen tecnológico, sino también se anhelaría controlar, e incluso

³⁶¹ Vid. SAN MARTÍN SEGURA David, *“El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control”*, en AA.VV., *La Globalización en crisis, gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, co-edición ULEX, Casa Invisible y Universidade Invisibel, 2009, esp., págs. 52-53.

³⁶² Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, *“El papel del derecho penal en la segunda modernidad”*, ob.cit., esp., págs. 326-327. Quien destaca que la deshumanización y desideologización de las sociedades actuales contribuyen a aumentar las “cotas de dureza”.

³⁶³ En este sentido, señala PORTILLA que: “Es este período de transición entre fordismo y postfordismo el que motiva la aparición de políticas de seguridad con la retórica moralista de la defensa de la seguridad ciudadana y el orden público”. Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“La configuración del Homo Sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”*, ob.cit., pág. 1410.

³⁶⁴ Utilizo el vocablo autoritario en el sentido que por ejemplo señala SERRANO-PIEDCASAS, referido a: “Las disfunciones provocadas, en la instancia jurídica y política, por el proceso de creciente autonomía del Estado en relación con la sociedad civil. Y esto sin producirse la quiebra de los mecanismos formales de la democracia representativa y, más aún, sin la pérdida del consenso que legítima a esas instituciones”. Vid. SERRANO-PIEDCASAS José Ramón, *“Emergencia y crisis del Estado Social”*, Barcelona, PPU, 1988, pág. 73. Además, vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *“El Nuevo Derecho Penal Autoritario: Consideraciones sobre el llamado Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., pág. 117. Quien califica a todo el derecho penal como autoritario.

³⁶⁵ En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, FELIP I SABORIT, ROBLES PLANAS, PASTOR MUÑOZ, *“La Ideología de la Seguridad en la Legislación Penal Española Presente y Futura”*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, esp., págs. 113- 115.

evitar, todo tipo de peligros en los más diversos ámbitos sociales, incluidos, denuncia en este sentido MENDOZA BUERGO: "...los que poco o nada tienen que ver con aquellos, como es el caso de la seguridad pública"³⁶⁶.

Es en esta dirección, en que me parece conveniente destacar la total diferencia existente entre conceptos como "expansión" o "modernización" y la idea del "Derecho penal del riesgo", ya que en esta última se puede dar cabida a manifestaciones como las señaladas que en verdad nada tienen que ver con "evolución" del Derecho penal³⁶⁷, dejando patente que, si bien es cierto generalmente se les tiene por sinonímicas, no lo es menos que ello es un error, pues dichos términos responden a discursos político criminales e intereses esencialmente disímiles. Es por ello que, sería del todo adecuado alcanzar una mayor precisión terminológica doctrinal para referirse a las nuevas tendencias que se marcan en nuestra área de conocimiento³⁶⁸.

2.2.1.- Derecho penal del riesgo y tolerancia cero

Se explica sobre la sociedad del riesgo, y del surgimiento en su seno de un Derecho penal del riesgo, que "...la existencia de una demanda específicamente normativa de seguridad" no buscaría sólo una protección objetiva frente a los riesgos, "...sino también la posibilidad de asegurar la

³⁶⁶ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *"Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo"*, ob.cit., pág. 81.

³⁶⁷ Vid. Díez Ripollés José Luis, *"De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado"*, en AA.VV., *Derecho Penal y Política Transnacional*, Silvina Bacigalupo y Cancio Melía (coords.), Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2005.

³⁶⁸ Sobre la utilización tópica del concepto riesgo, vid. PAREDES CASTAÑÓN José, *"Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico"*, ob.cit., págs. 91-111.

confianza o seguridad en esa protección y, con ello, sentirse libre de temores”³⁶⁹. Se ha puesto de manifiesto, sin embargo, que los esfuerzos para lograr una mayor protección y seguridad en tan diversos ámbitos, generan por el contrario una aún mayor complejidad.

De esta forma, antes que disminuir, aumentan las dificultades de orientación de los sujetos, lo que engendra nuevas inseguridades³⁷⁰ y, con ello, se provoca una demanda de seguridad en constante aumento³⁷¹. De ello se derivan múltiples y heterogéneas consecuencias, dentro de las cuales, según ahora es nuestro interés, destaca con luz propia el fenómeno emancipador de la “seguridad”³⁷² como un objetivo político en sí mismo³⁷³, en general, y político criminal, en particular³⁷⁴.

³⁶⁹ Es lo que ALBRECHT denomina “el pensamiento de la eficacia preventiva”, fenómeno al cual califica como “panacea de la prevención como Contrailustración”. Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, ob. cit., pág. 474.

³⁷⁰ “La búsqueda de la seguridad conduce a una demanda, quizás insaciable, de más y mejor conocimiento sobre los riesgos, pero lo paradójico es que cuanto más conocimiento tenemos sobre ellos más los hacemos presentes en la mentalidad institucional y colectiva. Con la excusa de ser *más realistas* las instancias penales han renunciado a la complejidad de su objeto y a cambio sólo nos ofrecen una ensoñación: controlar lo irracional, el miedo, a través de recursos racionales”. Vid. DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO José y RODRÍGUEZ BASANTA Anabel, *“Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003, págs. 348-349.

³⁷¹ En este sentido, por ejemplo, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *“Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., pág. 70. Desde una visión menos crítica en cuanto se afecte el principio de intervención mínima, vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, *“¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”* ob.cit., págs. 112-113.

³⁷² Lo que para CANCIO denota: “...la transposición última de la noción administrativa al ámbito jurídico-penal material”. Vid. CANCIO MELIÁ, Manuel, *“Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo”*, REGASP, nº 9, 2007, pág. 56.

³⁷³ En este sentido, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, ob.cit., pág. 474. Además destaca que: “Uno de los rasgos típicos del Derecho penal del riesgo es también la inclusión del que no es sospechoso en las medidas de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha”.

³⁷⁴ En este sentido, por todos, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”*, ob.cit., págs. 52-62.

En efecto, en el plano político criminal la “seguridad” va adquiriendo, o ya adquirió³⁷⁵, una perversa soberanía propia³⁷⁶ que le permite ingresar por la puerta ancha al, ya no tan selecto, catálogo de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico penal³⁷⁷. De esas demandas de seguridad³⁷⁸ surgen propuestas no siempre provenientes del ámbito de la racionalidad³⁷⁹, ni siquiera de rasgos democráticos, como lo son las corrientes mediáticamente bautizadas como tolerancia cero o de seguridad ciudadana³⁸⁰.

Y es que seguridad ciudadana se ha transformado en nada más que un eslogan representativo de una aspiración humana primaria que nadie podría discutir³⁸¹ para usufructuar de ella en beneficio de intereses de dudosa

³⁷⁵ Sobre ello, en sentido crítico, por ejemplo, vid. HEFENDEHL Roland, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico o, qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, en AA.VV., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, esp., pág. 461.

³⁷⁶ En este sentido, señala PORTILLA: “Sin embargo, la realidad ha demostrado que la seguridad se ha convertido en una entidad autónoma, pues todos los derechos se subordinan a la razón de Estado, promoviéndose el reingreso del fundamento mítico del Estado, especialmente el *Leviatán* de Hobbes”. Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social*”, ob.cit., pág. 55.

³⁷⁷ De esta manera, vid. ROXIN Claus, “*¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*”, ob.cit., esp., págs. 448-449.

³⁷⁸ De ahí que se ponga acento en la “eficacia” que debe tener la respuesta penal. Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Eficiencia y Derecho Penal*”, ADPCP, T. XLIX, Fascículo I, enero/abril 1996; HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1999, págs. 79-96 y en, del mismo, “*Crítica al Derecho Penal de Hoy*”, Universidad Externado, Colombia, 1998, págs. 45-62.

³⁷⁹ En este sentido, y muy crítica con este aspecto se muestra CUGAT MAURI, característica ésta a la que denomina gráficamente como “incontinencia legislativa”. Vid. CUGAT MAURI Miriam, “*Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas*”, en AA.VV., Sertá in *Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004, pág. 184.

³⁸⁰ Sobre ello, en España, entre otros, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “*La nueva Política Criminal Española*”, en AA.VV., *Las Recientes Reformas Penales: Algunas Cuestiones*, Bilbao, Publicaciones Univ. de Deusto, 2004; FERNÁNDEZ ENTRALGO Jesús, PORTILLA CONTRERAS Guillermo, BARCELONA LLOP Javier, “*Seguridad Ciudadana. Materiales de Reflexión Crítica sobre la Ley Corcuera*”, Madrid, Editorial Trotta, 1993; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*La lógica del Sospechoso como nuevo modelo procesal-Policia instaurado en el proyecto de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana*”, RJPD, nº 12, 1991; MEDINA ARIZA Juanjo, “*Discursos Políticos sobre Seguridad Ciudadana en la Historia reciente de España*”, en AA.VV., Sertá in *Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*”, Barcelona, PPU, 1993.

³⁸¹ Desde esta perspectiva podría entenderse aquella falta de prejuicios, antes inherente en la relación Ciudadano-Estado. Dice al respecto DÍEZ RIPOLLÉS: “Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar reformas impensables hace poco tiempo. Basten como ejemplo la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales, la facilitación de la prisión preventiva y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos”. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS

nobleza³⁸². En definitiva, la seguridad ciudadana en el plano coyuntural de la política partidista y la lógica electoral³⁸³, no pasa más allá de ser una frase vacía donde puede instalarse cualquiera³⁸⁴.

Ahora bien, la seguridad de las personas como objetivo del Estado es una cuestión más seria³⁸⁵, y no sólo resulta incuestionable³⁸⁶, sino más bien exigible³⁸⁷. De lo que se trata, y es aquí donde se debe hacer la diferencia con la seguridad ciudadana como estrategia para alcanzar esa seguridad, donde se muestra como una mera manifestación del poder penal del Estado que bajo dicho “lema” sólo tiene por recurso el castigo, por cierto cada vez más duro³⁸⁸, y en lo posible sin las molestas barreras que para ésta constituyen las garantías y principios de un sistema penal social y democrático de derecho³⁸⁹.

José Luis, *“La nueva Política Criminal Española”*, ob.cit., pág. 25. De la misma opinión, HASSEMER Winfried, *“Persona, Mundo y Responsabilidad”*, ob.cit., págs. 270-271.

³⁸² En este sentido, vid. MAQUEDA ABREU María, *“La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”*, ob.cit., esp., págs. 449-460.

³⁸³ No se me escapa, por cierto, que este concepto es utilizado incluso por la Constitución española (artículo 104), designándolo como uno de los objetos de protección de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, ni que sea muchas veces utilizado como sinónimo de seguridad o pública u orden público, incluso por los mismos tribunales de justicia. En ello, ya puede verse el extendido ámbito de confusión sobre éste respecto. Sobre ello, vid. RECASENS I BRUNET Amadeu, *“La seguridad y sus políticas”*, ob.cit., esp., págs. 131-141.

³⁸⁴ Sobre los inverosímiles consensos que al “calor” de la ambigüedad del término urden los grupos políticos, vid. DE GIORGI Alessandro, *“Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control”*, ob.cit., págs. 153-171.

³⁸⁵ En esta dirección MOCCIA señala: “Es en la promesa de la seguridad en la sociedad civil en lo que se funda el pacto social, es decir, la atribución del Soberano y, por tanto, a la autoridad de los nacientes Estados de Derecho del poder monolítico de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza legal”. Vid. MOCCIA Sergio, *“Seguridad y Sistema Penal”*, en AA.VV., *Derecho Penal del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pág. 299. Además, vid. BARATTA Alessandro, *“Seguridad”*, trad. Leticia Quiroz, RDCS, nº 29, Vol. 29, 2001, págs. 4-23.

³⁸⁶ Sobre ello, por ejemplo, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”*, ob.cit., págs. 93-99.

³⁸⁷ Vid. artículo 104 de la Constitución española.

³⁸⁸ En este sentido, vid. ESER Albin, *“Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano en la época de la Europeización y la Globalización”*, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, pág. 15. Otra manifestación de ésta es “la consolidación de las desigualdades sociales y fomento de la exclusión social de algunos colectivos ciudadanos”. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, *“De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado”*, ob.cit., pág. 273.

³⁸⁹ En este sentido, vid. BARATTA Alessandro, *“Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”*, esp., págs. 62-65 y en, del mismo, *“La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales”*, ob.cit., págs. 99-104.

De modo que, dejando de lado el eslogan que con pretensiones electoralistas todas las corrientes políticas enarbolan con más bríos que resquemores, habría que preguntarnos si la seguridad ciudadana, no ya como aspiración incuestionablemente legítima, sino como modelo o estrategia para enfrentarse al problema del delito³⁹⁰, es compatible con la sociedad democrática a la que también se aspira³⁹¹.

Es así que, como ya se dijo, cuando se habla de seguridad ciudadana a lo que se está haciendo referencia es a aquellas estrategias de “lucha”³⁹² contra el crimen³⁹³ conocidas como ley y orden o tolerancia cero³⁹⁴. En éstas lo que se

³⁹⁰ Que según CANCIO correspondería al plano administrativo: “Se trata, por lo tanto, de un concepto perteneciente al Derecho administrativo, que designa un objetivo de actuación en la función pública, en lo que puede denominarse un ámbito de discrecionalidad programada”. Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, “Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo”, ob.cit., pág. 55.

³⁹¹ Se dice estrategia en términos de Política criminal, toda vez que la respuesta estatal que se vienen señalando implica al sistema penal en su conjunto, incluido por supuesto, el proceso penal. Sobre los efectos de ésta en materia procesal penal. Entre otros, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Principios Garantistas del Derecho Penal y del Proceso Penal”, RNFP, nº 60, 1999; FERRAJOLI Luigi, “Justicia Penal y Democracia. El contexto extra procesal”, RJPD, nº 4, septiembre 1988; HASSEMER Winfried, “Persona, Mundo y Responsabilidad”, ob.cit., pág. 86 y en, del mismo, “Crítica al Derecho Penal de Hoy”, ob.cit., pág. 52; MAIER Julio, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”, en AA.VV., Nuevas formulaciones en las ciencias penales, LH. a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina, 2001 y en, del mismo “Política Criminal y Derecho Procesal Penal”, ob.cit., y “Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”, ob.cit., esp., págs. 2392-2395.

³⁹² Nomenclatura propia de esta corriente tendiente a fortalecer la profundidad de las alucinaciones justificadoras en las que se sustenta. Desde una perspectiva crítica, también, vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, “Seguridad ciudadana y estado social de derecho (A propósito del código penal de la seguridad y el pensamiento funcionalista)”, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp., págs. 1121-1122; ACALE SÁNCHEZ María, “Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad”, ob.cit., págs. 1206-1207.

³⁹³ Respecto de aquella concepción bélica de la persecución penal CAFFERATA NORES señala: “...consistente en entenderla como un arma para enfrentar y ganar la guerra contra manifestaciones delictivas que generan especial inquietud y reprobación social, respecto de las cuales -y esto es lo importante de advertir- se postula expresamente o se tolera complacientemente la violación de la Constitución, mientras sea útil a tal empeño”. Vid. CAFFERATA NORES José, “Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pág. 98.

³⁹⁴ Sobre el origen de este movimiento se señala: “Si se quiere buscar una génesis concreta de la nueva retórica de la tolerancia cero, como elemento discursivo -verdadero ícono sociopolítico contemporáneo- más exitoso de esta nueva economía del control social, puede comprobarse que punto de referencia de esta ideología es el Manhattan Institute de Nueva York, think tank neoconservador defensor de la tríada libre mercado-responsabilidad individual-valores patriarcales. Confeso alumno de las enseñanzas del Manhattan Institute ha sido R. Giuliani, fiscal que a fines de 1993 gana las elecciones municipales en Nueva York, dando inicio a la política de agresiva persecución de la pequeña delincuencia, así como de otras disfunciones sociales, como la mendicidad, la ebriedad, el consumo de drogas, la prostitución, la realización de graffitis, o la vida en las calles (homeless), coordinado por W. Bratton, jefe del New York Police Department -NYPD-, y conocida por el logo Tolerancia Cero”. Vid. BRANDARIZ GARCÍA José,

propone sin mayores remordimientos, es el desmantelamiento de las garantías y principios del sistema penal en pro de una mayor eficacia de la actividad policial³⁹⁵. Todo, sustentado desde una retórica basada en la lógica de la “guerra interna”³⁹⁶ que permite a los partidarios de este movimiento ocultar tras dicha alucinación la verdadera problemática social³⁹⁷.

De modo que, la seguridad ciudadana pretendida por el camino de la tolerancia cero³⁹⁸, no resulta ser más que una “buena” justificación para desmotar los límites contenedores del poder penal del Estado³⁹⁹. En otras palabras, y para ello citaré a HASSEMER, la tolerancia cero y movimientos asociados a eufemismos afines, no son más que; “...una masiva aplicación del arbitrio para decidir tanto el sí, como el cómo de la intervención, ofreciendo un modelo de reacción desligado de las leyes o de cualquier otro tipo de normas, para conseguir mayor flexibilidad y eficacia”⁴⁰⁰.

“Itinerarios de evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las sociedades Contemporáneas”, ob.cit., págs. 17-18.

³⁹⁵ Sobre el origen positivismo-peligrosista del discurso policíaco como estrategia para consolidar la hegemonía burguesa post revolución industrial, vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista”, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 273-293.

³⁹⁶ Que, como en cualquier guerra, siempre afecta más y directamente a los más pobres, los más débiles, por ejemplo, la población inmigrante. Sobre esto último, vid. RODRÍGUEZ Emmanuel, “Gobierno imposible”, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003, esp., págs. 115-124. Además, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros internos-Externos”, ob.cit., esp., págs. 708-720.

³⁹⁷ Desde esta perspectiva, resulta incontestable que el derecho penal sólo agrega males a los males, en la línea que ha venido denunciando el abolicionismo. Sobre ello, vid. VÁZQUEZ ROSSI Jorge, “¿De qué nos Protege el Sistema Penal?”, ob.cit., esp., págs. 80-81. Para una visión representativa de esta tendencia, vid. HULSMAN Louk, “Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa”, ob.cit.; CHRISTIE Nils, “El Delito no existe”, ob.cit.

³⁹⁸ Concepto que no va más allá de sí mismo, al configurarse, como indica DE GIORGI, “más que como una estrategia específica de política criminal”, solo como un recurso retórico. Vid. DE GIORGI Alessandro, “Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control”, ob.cit., pág. 156.

³⁹⁹ “En el plano político la intervención de la justicia penal actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema. Gracias a él los problemas sociales se personalizan, logrando escapar de una imputación política. No se toma en consideración la génesis social de los problemas y con ello se esquivo la intervención política-estructural. La explicación se traslada sistemáticamente a los aspectos accesorios y se desvía de la esencia del problema. Sacar la oveja negra depura el rebaño”. Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 477-478.

⁴⁰⁰ Vid. HASSEMER Winfried, “Persona, Mundo y Responsabilidad”, ob.cit., pág. 282.

En este punto quizá resulte conveniente recordar que cuando se habla aquí de los movimientos en comento, no se les está asociando, al menos en cuanto a ellos en sí mismos, a la dicotomía congénita de todo sistema penal referida a la permanente tensión entre eficacia y garantías⁴⁰¹. No se me escapa que resulta imposible entender cualquier sistema penal concreto, si no se pone atención al momento que vive dicho binomio, sólo aparentemente contradictorio⁴⁰².

Dicho de una manera distinta, lo que tenemos en supuesta confrontación son los intereses vinculados a fortalecer el plexo de garantías frente al ius puniendi estatal, teniendo principalmente por objetivo proteger la libertad y la dignidad de la persona, y, por otro lado, el interés en la eficiencia de la coerción penal y cuyo propósito se asocia a dar a la fuerza estatal la mayor eficacia posible a lo que desde los sectores más conservadores han rimbombantemente denominado “lucha contra el delito”⁴⁰³.

Claro está, que la referida tensión requiere, para ser tal, de un escenario en que impere un Estado de Derecho Democrático, pues, de no ser así, con toda seguridad en verdad no habría tensión, sino que de plano la segunda de las *fuerzas* mencionadas sería incontrarrestable, con todo el poderío que puede imprimir un gobierno de facto⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ En este sentido, por ejemplo, vid. FERNÁNDEZ Gonzalo, “*Bien Jurídico y Sistema del Delito*”, ob.cit., esp., págs. 132-133; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”, ob.cit., págs. 13-14.

⁴⁰² Vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, “*Prevención y Garantías: conflicto y síntesis*”, CFD, nº 25, 2002.

⁴⁰³ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “*Las Funciones de la Policía y la Libertad y Seguridad de los Ciudadanos*”, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Bustos.pdf>; HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, ob.cit., págs. 249-294.

⁴⁰⁴ En este sentido, vid. LANDROVE DÍAZ Gerardo, “*El Derecho Penal de la seguridad*”, Diario La Ley Nº 5868, Año XXIV, 10 Oct. 2003, esp., pág. 2.

Pero al margen de lo anterior, aquí se trabaja sobre la hipótesis de un Estado social y democrático de derecho, y en ella, la tensión a que nos hemos referido, se plantea en todo momento. Ahora bien, aclaremos que no estamos separando en compartimentos estancos los intereses referidos, sabedores de la imposibilidad real de aquello, lo que señalamos es que en cualquier sistema penal estos se retan de manera permanente. Es que resultan inconcebibles sistemas penales concretos que se funden en pura eficacia, como tampoco es imaginable un sistema penal que se base de manera exclusiva sólo en garantías⁴⁰⁵.

De esta manera, lo que se busca en todo sistema penal, enmarcado en un Estado social y democrático de derecho, es lograr el equilibrio entre el interés social de mantener la delincuencia en límites razonables⁴⁰⁶ y el interés particular de los sujetos en su libertad y seguridad individual⁴⁰⁷.

Pues bien, las propuestas formuladas desde la tolerancia cero están más allá de los deslindes del Estado Democrático y de Derecho, pues pretenden que la seguridad ciudadana sólo es alcanzable mediante el menoscabo de los

⁴⁰⁵ Sobre el punto señala BINDER: "...no se puede olvidar que la pretensión de construir un sistema que sea eficiente únicamente en el castigo, no producirá otra cosa que el repertorio de órdenes de un tirano; y que el planteo de un sistema de puras garantías, en realidad, no es más que un castillo en el aire, ya que sólo desde una perspectiva del poder es posible plantearse con sinceridad la dignidad humana que se está dispuesto a defender a ultranza". Vid. BINDER Alberto, *"Introducción al Derecho Procesal Penal"*, ob.cit., pág. 64.

⁴⁰⁶ Así, JESCHECK plantea respecto de los objetivos del sistema penal, entre otros: "La protección de la paz pública significa la ruptura con la supremacía del más fuerte y el posibilitamiento del libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos, a través de la conciencia de una seguridad general y el respeto a los derechos humanos. La seguridad general no es aquella situación en la que no existe ningún delito, sino más bien es aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo el control del Estado, puesto que los hechos punibles son aclarados en un alto porcentaje y perseguidos sin desconsideración hacia la persona". Vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, *"Tratado de Derecho penal parte General"*, ob.cit., pág. 3.

⁴⁰⁷ "...esta síntesis no debe ser considerada como algo estático, más bien es un punto de ebullición antes que un punto de equilibrio. Y si bien allí se juega la definitiva configuración de cada sistema procesal, una visión cristalizada sólo nos daría una de las perspectivas posibles sobre ese proceso criminal. Porque la síntesis de la dialéctica eficiencia/ garantía no se manifiesta de un modo unívoco". Vid. BINDER Alberto, *"Introducción al Derecho Procesal Penal"*, ob.cit., pág. 60.

derechos y garantías⁴⁰⁸ de los mismos ciudadanos a los que se pretende dar seguridad. Ello, nos viene a dar buena cuenta no sólo del absurdo congénito del movimiento que se viene comentando⁴⁰⁹, sino además de su miopía social que sostiene la premisa que el problema del delito es una cuestión meramente penal⁴¹⁰, todo lo cual nos da una aproximación bastante cercana al fondo carente de verdaderas respuestas, a ese armazón sin proezas que tendencias como la tolerancia cero son.

De manera que los movimientos de tolerancia cero se encuentran bastante más allá de la dialéctica democrática eficacia/garantías; así señalan HASSEMER y MUÑOZ CONDE: “Los principios elementales del Estado de Derecho, de legalidad, de intervención mínima y proporcionalidad, represunción de inocencia, control jurisdiccional etc., deben ser siempre tenidos en cuenta, igual que el respeto a los derechos humanos, también a los derechos del delincuente, porque esto es, por encima de todo, por encima de cualquier eficacia coyuntural de medidas extralegales, lo único que puede asegurar la

⁴⁰⁸ Lo que sólo podría darse si se entiende a la legalidad desde una plataforma “paleopositivista”. Vid. FERRAJOLI Luigi, “Derechos y Garantías, La ley del más débil”, ob.cit., esp., págs. 19-20.

⁴⁰⁹ En cuanto a las contradicciones de la llamada “seguridad ciudadana” se dice: “Es por eso que una política criminal en relación a la seguridad ciudadana, en cuanto la seguridad no es sino la condición básica de la libertad, no puede servir justamente para afectar la libertad. La seguridad ciudadana no se puede convertir en pretexto de situaciones de emergencia, en una violación constante de los derechos fundamentales o en una informadora de una política criminal destinada a su afeción”. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Política Criminal y Estado”, ob.cit., pág. 319. En este sentido, viene bien recordar las palabras de JESCHECK sobre el punto: “El derecho penal debe crear, mediante el rechazo de la violencia y la arbitrariedad, un espacio de juego dentro del cual se pueda decidir libremente y adoptar sus resoluciones según su propia discrecionalidad. Por ello el derecho penal no sólo limita, sino que también crea libertad”. Vid. JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “Tratado de Derecho penal parte General”, ob.cit., pág. 3.

⁴¹⁰ “...la noción de tolerancia cero resulta un logo falaz en relación con lo que pretende connotar, ya que estas estrategias no intentan garantizar el cumplimiento efectivo de todas las normas (por ejemplo, las que sancionan la defraudación tributaria, economía sumergida, la corrupción o los excesos policiales), lo que resultaría seguramente insoportable...De este modo más que de tolerancia cero habría que hablar de intolerancia selectiva. De hecho resulta evidente que toda la construcción en que se sustenta sobre el lema de la tolerancia cero evidencia una comprensión reduccionista de la criminalidad, incapaz de aportar soluciones válidas para el conjunto de los comportamientos de alta dañosidad social en el mundo contemporáneo. Como máximo, sólo oferta una de solución, hartamente discutible, para el mantenimiento de una determinada parcela del orden social”. Vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Itinerarios de evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las sociedades Contemporáneas”, ob.cit., pág. 21.

continuidad de un modelo de convivencia democrático ordenado jurídicamente”⁴¹¹.

Es por ello que movimientos, como el que aquí se vienen criticando, no pertenecen al ámbito de lo legítimo. Y es que la contravención a los principios democráticos en un Estado de derecho ya no son vistos, desde estas tendencias, como un evento deleznable a corregir, sino por el contrario, son precisamente la “idea fuerza” del programa que plantean, superando con largueza los límites jurídico penales cubiertos por el manto constitucional⁴¹².

Y es que, si se entiende a la Democracia ya no como un concepto estático, sino desde un punto de vista dinámico, en los términos que proponía BARATTA, se comprenderá que: “...política y democracia no son únicamente la descripción del *status quo* de un modelo de Estado y de sociedad sino que son, sobre todo, un modo y modelo de actuación pública”⁴¹³. Y desde esta perspectiva puede comprenderse que una actuación pública, en cuanto es la democracia en “acción”, no puede ser contraria así misma, sin dejar de “ser” lo que “es”. En otras palabras, la tolerancia cero en cuanto actuación pública no sólo no es democrática, sino, precisamente su antípoda.

⁴¹¹ Vid. HASSEMER Winfried/MUÑOZ CONDE Francisco, *“Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1989, pág. 387.

⁴¹² En el mismo sentido, HASSEMER señala: “El concepto de tolerancia cero así entendido infringe los dos fuertes límites que el Estado de Derecho impone y debe imponer a la intervención del poder estatal: la proporcionalidad entre el delito y la reacción y la posibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias de la reacción. Y los infringe de forma estratégica y premeditada; no ya como un suceso deplorable que se puede dar en algún caso, sino que como una regla aplicable en todo caso y con buena conciencia”. Vid. HASSEMER Winfred, *“Persona, Mundo y Responsabilidad”* ob.cit., pág. 282. Criticando la tendencia al autoritarismo y la uniformidad social, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, *“De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado”*, ob.cit., esp., págs. 273-276; LANDROVE DÍAZ Gerardo, *“El Derecho Penal de la seguridad”*, ob.cit., págs. 8-13.

⁴¹³ Vid. BARATTA Alessandro, *“Democracia, Dogmática, y Criminología: Cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas”*, ob.cit., pág. 169.

2.2.2.- Derecho penal del riesgo y sociedad de la información: vínculos con la tolerancia cero

Una de las vinculaciones de la seguridad ciudadana con la sociedad del riesgo viene dada precisamente por el papel que juega la prensa en esta materia. Puede encontrarse en ello una de las razones para entender la buena salud de los movimientos que pretenden alcanzar el anhelo de seguridad de la ciudadanía utilizando las prácticas de la tolerancia cero.

Cierto es que se presenta como algo nuevo, como producto obligado de la actual situación de criminalidad, pero lo cierto es que de nuevo tiene poco o nada. Así como ha sido descrito en líneas precedentes es como funciona desde antiguo, y no es sino la resistencia del autoritarismo en nuestras sociedades. Sobre ello ZAFFARONI señala: *“Lo permanente y vivo en los discursos penales autoritarios es su estructura y lo mutable son los datos y la tecnología con que se reviste en cada momento histórico”*⁴¹⁴. Esos discursos autoritarios justificadores de estrategias del mismo tipo⁴¹⁵, nunca han tenido problemas para encontrar fundamentos a la emergencia basal de sus postulados⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, Discurso pronunciado en su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla la Mancha, Servicio de Publicaciones, 2004, pág. 28.

⁴¹⁵ De esta manera, la emergencia viene a cumplir el rol de legitimador que de otra forma se encontraría vacante. Vid. BARATTA Alessandro, SILBERNAGL Michael, *“La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal”*, CPC, nº 28, 1986, esp., págs. 157-159.

⁴¹⁶ Ilustrativas resultan las palabras del nazi Hermann W. Goering, en discurso en la ciudad de Essen, el 11 de marzo de 1933, *“La policía no está para proteger a los granujas, a los ladrones, a los usureros y a los demás traidores. Cuando me decís que aquí o allá han cogido a uno de ellos y les han maltratado, no puedo sino contestarles: no se hace una tortilla sin romper huevos”*. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA Antonio, RODRÍGUEZ JIMÉNEZ José Luís, *“El Juicio de Nuremberg, 50 años después”*, Madrid, Editorial Arco/libros, 1996.

Cada momento histórico ha tenido su respectiva “fuente de miedo”⁴¹⁷ a la cual echar mano y explotar en beneficio de sus intereses⁴¹⁸: herejía⁴¹⁹, masonería, judaísmo, comunismo y otros tantos han tenido su turno antes de llegar a la actual, e igual de provisional, inseguridad ciudadana. El mecanismo es simple, pero efectivo, y es a lo que BINDER llama “Teoría de la peste”⁴²⁰.

Instalado que esté el temor de turno, surge la imperiosa necesidad de neutralizarlo⁴²¹, o mejor aún de exterminarlo, y es de “sentido común” que en una emergencia se hayan de tomar medidas de la misma naturaleza. La escala de valores se trastoca para ajustarla a la situación y, por tanto, la reacción no tiene porqué ser proporcional. De lo que se trata es de otra cosa, de lo que se

⁴¹⁷ Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “Reflexiones sobre el derecho penal ambiental”, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, LH. al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, esp., pág. 151.

⁴¹⁸ En este mismo sentido, debe recordarse la ideología de la seguridad nacional de nefastas consecuencias para Latinoamérica, pues lo que se dice de la seguridad ciudadana se asemeja nada casualmente con ésta. Baste recordar las palabras de ZAFFARONI sobre esta última: “En principio, la ideología de la seguridad nacional ha elaborado la alucinación de una agresión injusta, de la cual extrae su permanente justificación de defensa, lo que le permite estructurar su legalidad partiendo del presupuesto de lucha o guerra permanente. De este modo, sus mecanismos psicológicos son preferentemente la intimidación y el miedo... Pues bien, cuando la necesidad se alucina, como no hay necesidad real, tampoco hay lesión real y, por ende, basta con el símbolo de la lesión”. Vid. ZAFFARONI Eugenio Raúl, “El Conocimiento Jurídico Penal y la Doctrina de la Seguridad nacional en el Cono sur”, ob.cit., págs. 142-143. Haciendo un paralelismo semejante MUÑOZ CONDE Francisco, “La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”, REGASP, n.º 9, 2007, pág. 89. Sobre el distingo amigo/enemigo, esencial a esta doctrina, tan en boga actualmente, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Criminología Crítica y Derecho penal Latinoamericano”, en AA.VV., Criminología Crítica (I seminario), Medellín, Universidad de Medellín, 1984, págs. 165-176; FARALDO CABANA Patricia y MUÑAGORRI LAGUIA Ignacio, “El nuevo autoritarismo político-criminal en España”, en AA.VV., Política Criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona, Anthropos, 2005, esp., págs. 405-406.

⁴¹⁹ Téngase en cuenta, como ya es bien sabido, que la herejía, particularmente la brujería, jugó este papel para el poder establecido de la época (siglo XIII). Más allá de la cuestión religiosa, su trasfondo era político. Fue la respuesta represiva ante la aparición de grupos subversivos que disputaron el monopolio de la riqueza y el poder a la iglesia católica. Sobre ello, por ejemplo, vid. HARRIS Marvin, “Vacas, cerdos, guerras y brujas”, Madrid, Alianza editorial, 2005, esp., págs. 188-201.

⁴²⁰ Binder explica conjuntamente esta teoría de la peste con lo que llama la cultura del naufragio enmarcado en lo que denomina la fragmentación de la sociedad como estrategia del poder dominante de nuestro pueblo latinoamericano: “La sociedad fragmentada es la situación de gran parte de la población, que no sólo está alejada del poder, sino afectada en su propia capacidad de constituirse en mayoría con aspiraciones de lograr la hegemonía política. La fragmentación de la sociedad, como estrategia de poder, busca construir o fabricar grupos sociales aislados, minorías en el sentido de la definición dada precedentemente, y busca generar prácticas de guerra entre esas minorías, logrando un control social horizontal, que involucra a esos mismos grupos sociales en una relación “víctima-victimario”, que es dual y cambiante”. Vid. BINDER Alberto, “Política Criminal: de la Formulación a la Praxis”, ob.cit., pág. 83.

⁴²¹ En este sentido, vid. MAQUEDA ABREU María, “La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”, ob.cit., esp., págs. 450-451.

trata es de que sea adecuada, efectiva y ello requiere, cómo no, de dotar al “protector” de lo que haga falta, y desde allí al recorte en derechos y garantías, el trayecto es más bien breve⁴²².

Uno de los engranajes esenciales que este mecanismo requiere para su correcto funcionamiento es el de extender hasta donde sea posible el sentimiento de víctima potencial⁴²³, que es precisamente el punto donde la prensa, deliberadamente o no, cumple su papel⁴²⁴, al que ya hicimos mención, difundiendo antes que informando, y teniendo en cuenta que nos encontramos en esa sociedad de la información a la que ya nos referimos, la amplificación de la potencial victimización es máxima⁴²⁵.

Una de las consecuencias derivadas de lo que se ha venido señalando, es esa sociedad actual que se auto-comprende como víctima, posición desde la cual puede advertirse el descrédito en que han caído los límites al poder penal del Estado, antes fronteras de lo legítimo y lo ilegítimo, hoy obstáculos a nuestra seguridad⁴²⁶.

⁴²² “Así se genera la cultura de la peste, que es una cultura del desencuentro, agresiva, casi una guerra interna de la sociedad, pero no ya entre bandos perfectamente reconocibles sino una guerra sorda, instalada en el espacio interpersonal o intergrupal, una guerra informal que, como toda guerra, implica y genera la destrucción de la política”. Vid. BINDER Alberto, *“Política Criminal: de la Formulación a la Praxis”*, ob.cit., pág. 87.

⁴²³ En este sentido se indica: “Como la percepción del riesgo nunca es objetiva, sino que es un concepto social y culturalmente construido... el papel de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o *manageriales*... La manipulación que se lleva a cabo través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal”. Vid. RIVERA BEIRAS Iñaki, *“Elementos para una aproximación epistemológica”*, ob.cit., pág. 241.

⁴²⁴ En este sentido, por todos, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *“Un modelo dinámico de legislación penal”*, ob.cit., esp., págs. 301-302.

⁴²⁵ En este sentido, entre otros, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Interoención de la Política Populista”*, ob.cit., esp., págs. 480-482.

⁴²⁶ Es en este sentido negativo, que ACALE SÁNCHEZ lo remite al “derecho penal simbólico” señalando que con ello: “se pretende obtener un beneficio electoral, vendiendo seguridad colectiva a cambio de libertades ajenas”. Vid. ACALE SÁNCHEZ María, *“Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad”*, ob.cit., pág. 1200. En todo caso nada nuevo es esto tampoco, pues es la extrapolación aplicada del modelo económico-social capitalista en los términos que lo explicaban MARX y ENGELS, ese “modelo inhumano” de “satisfacción de necesidades de unos a costa de las

Todo esto se ve como burocracia vacía y sin sentido que ha de eliminarse para enfrentarse en mejor pie a una delincuencia “fuera de control”⁴²⁷. Se trata, según HASSEMER, del “espíritu de los tiempos” de la sociedad occidental⁴²⁸, la persecución de una seguridad por una colectividad que encuentra su reflejo en la víctima⁴²⁹, y por lo mismo simpatiza con la figura de la autoridad que le defiende⁴³⁰, perdiendo de vista al Estado opresor de décadas pasadas⁴³¹, ahora transmutado en “compañero”⁴³². De ahí que los límites a las pretensiones del Estado sean al mismo tiempo barreras a las aspiraciones de seguridad de la comunidad.

Dice SILVA SÁNCHEZ al respecto, que esa “aspiración naif de eficacia en la obtención de la ansiada seguridad” es la fuente que provoca este giro fundamental del discurso de las garantías, que se interpretan ahora como

necesidades de otros”, en este caso sacrificándose los derechos de unos en pro de la satisfacción subjetiva de seguridad de otros. Evidentemente “unos” y “otros”, no pertenecen al mismo estrato social, evidentemente “unos” y “otros” no son lo mismo. La cita de MARX y ENGELS fue cogida de BARATTA Alessandro, “*Democracia, Dogmática, y Criminología: Cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas*”, ob.cit., pág. 170.

⁴²⁷ Ello nos pone, necesariamente, en un escenario de guerra permanente de modo de hacer coherente tal construcción. En este sentido, entre otros, vid. ZAFFARONI EUGENIO Raúl, “*La legitimación del control penal de los extraños*” en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., pág. 1147; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*La legitimación doctrinal de la dicotomía Schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo*”, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, págs. 657-686.

⁴²⁸ Vid. HASSEMER Winfried, “*Bienes Jurídicos en el Derecho Penal*”, trad. Patricia Ziffer, en AA.VV., Estudios sobre justicia Penal, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pág. 64.

⁴²⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 73. En el mismo sentido, HASSEMER Winfried, “*Bienes Jurídicos en el Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 64.

⁴³⁰ En este sentido, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “*La nueva Política Criminal Española*”, ob.cit., esp., págs. 25-26.

⁴³¹ Destacando este carácter protector de la formalidad ahora despreciada, “La desformalización puede suponer precisamente una merma cuando no la eliminación de las barreras infranqueables que, según Von Liszt, el Derecho Penal debía oponer a una Política criminal demasiado pragmática, demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que le preocupa”. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*El Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales a finales del siglo XX*”, Derechos y libertades, RIBC, año 1, nº 2, 1993-1994, pág. 311.

⁴³² Vid. HASSEMER Winfried, “*Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad*”, ob.cit., págs. 383-384.

obstáculos⁴³³, como problemas en sí mismos, que pugnan en contra de una gestión más eficaz de lo realmente importante; la seguridad. “Así, desde la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad, a las reglas del debido proceso y la jurisdiccionalidad, pasando por la totalidad de los conceptos de la teoría del delito, el conjunto de principios del derecho penal se contemplan como sutilezas que se oponen a una solución real de los problemas”⁴³⁴.

Así, y considerando lo dicho hasta aquí, puede comprenderse de mejor manera la propalación y aceptación de tendencias político criminales abiertamente autoritarias, efectistas antes que efectivas, aparcadas en la criminalización antes que en la prevención. Éstas, más allá de buscar soluciones integrales y reales a la problemática de la delincuencia, satisfacen las necesidades de seguridad de la población desarrollando normas penales simbólicas⁴³⁵ pues lo que buscan no es resolver el problema delictual, sino sólo tranquilizar al electorado alarmado⁴³⁶.

En fin, una tendencia político criminal que se queda en el plano de las sensaciones. A la sensación de inseguridad se responde con actividad mediática

⁴³³ Respecto de los efectos de este fenómeno, particularmente en el proceso penal, vid. SCHULZ Lorenz, “*De la aceleración de las condiciones de vida*”, trad. Ramón Ragués, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, esp., págs. 458-461.

⁴³⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 74.

⁴³⁵ Lo que se ha dicho del derecho penal simbólico es básicamente como la doctrina penal lo ha calificado, destacando un doble discurso, donde los efectos instrumentales están por debajo de los mensajes que se quieren transmitir. En este sentido, por ejemplo, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., pág. 55. En un sentido diferente, aunque semejante, vid. a DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, “*Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*”, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003, esp., pág. 82.

⁴³⁶ Decía BUSTOS sobre este particular que: “Otra significación declarada de la función simbólica dice relación con la idea de expresar a la ciudadanía el interés del Estado por sus necesidades fundamentales y, por tanto, que está haciendo todo lo posible y con todos los medios a su disposición al respecto”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “*Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*”, RPE nº 1, 1991, pág. 108.

que de la sensación que se hace “algo”⁴³⁷, no importando en verdad lo que se hace, sino lo que se “aparenta” hacer. En este sentido, decía BARATTA que: “En efecto, en la política como espectáculo las decisiones...se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad de los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública”⁴³⁸. Siendo precisamente esta otra de las características que la doctrina en general imputa al inventario de lo que denomina como “Derecho penal del riesgo”.

Así las cosas, y en tal grado de confusión, parecen lo mismo aquellos que abogan por criminalizar las conductas que afecten el medio ambiente, que los que abogan por aumentar las penas, y en medio de dicha confusión resulta muy poco aconsejable preguntarse ¿Por qué se expande el Derecho Penal?, porque la respuesta devendrá en justificadora de la mezcla que se ha hecho, y como ésta viene avalada por la intención de no desvincularnos de la realidad, se resulta forzado a contestar que se basa en la sociedad del riesgo.

Ahora bien, imbuidos en plena confusión, esa referencia social no se hace respecto de la sociedad del “riesgo objetivo”, si no en relación con aquella del

⁴³⁷ “La instrumentalización del derecho penal que estas actitudes representan permite obtener, sin embargo, beneficios inmediatos: Se mantiene una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general, se enmascara a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces, se acrecientan infundadamente y a bajo coste los sentimientos de seguridad de los ciudadanos, se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones”. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, “*Política Criminal y Derecho Penal: Estudios*”, ob.cit., pág. 50. En el mismo sentido, vid. HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, ob.cit., pág. 90 y en, del mismo, “*Crítica al Derecho Penal de Hoy*”, ob.cit., esp., pág. 56.

⁴³⁸ Vid. BARATTA Alessandro, “*Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*”, ob.cit., pág. 53.

“riesgo sentido”⁴³⁹, terminándose de esta forma, muchas veces de manera inconsciente, respondiendo no al ¿Por qué?, sino al ¿Cómo?, y entonces la sociedad del riesgo, ya no es la respuesta al por qué, sino el punto de partida para teorizar sobre justificaciones que den sustento científico al “Derecho penal del riesgo”.

En este sentido, pueden entenderse las palabras de MOCCIA: “...la natural adaptación de la intervención penal a la peculiaridad del fenómeno no puede jamás comportar una adaptación de los principios a las exigencias de control, sino siempre al contrario; la relativa novedad de la intervención no puede justificar la modificación respecto de las exigencias del sistema que ha venido delineándose en torno a los principios del Estado Social de Derecho”⁴⁴⁰.

De ahí la axial importancia, según mi opinión, de distinguir, o mejor dicho, de excluir de conceptos como “expansión” o “modernización”, los fenómenos marcados sólo por la mayor represión⁴⁴¹. Puesto de otro modo, aceptar que dentro del concepto de “expansión” o “modernización” del Derecho Penal, se encuentran movimientos de mero orden público, implica desplazar la discusión desde la parte subjetiva al mero análisis de la parte objetiva⁴⁴², anulándose de esta subrepticia forma la discusión sobre los límites al

⁴³⁹ En el mismo sentido, entre otros, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordable de la política criminal”, ob.cit., esp., págs. 37-46.

⁴⁴⁰ Vid. MOCCIA Sergio, “De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales”, en AA.VV., Política criminal y Nuevo Derecho Penal, LH. a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pág. 119.

⁴⁴¹ Dentro del mismo fenómeno, aunque denominándolas de manera diversa (expansión cualitativa v/s cuantitativa) entiendo en el mismo sentido a, DURÁN MIGLIARDI Mario, “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la expansión y modernización del Derecho penal”, en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., págs. 725-728.

⁴⁴² En el sentido de la aguda crítica de GIMBERNAT, crítico con una dogmática que se dedique sólo a realizar una “interpretación correcta de la ley”. Vid. GIMBERNAT ORDEIG Enrique, “¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?”, ob.cit., esp., págs. 160-161.

poder penal⁴⁴³. Renunciando a la pregunta de por qué se castiga, y justificándose sólo el cómo castigar mejor. Aparecen entonces metáforas varias, y ya no es importante justificar el por qué de los castigos, sino sólo limitar la cárcel, ya no se atiende a la realidad, sino sólo a la explicación de la metáfora.

Por el contrario, y por ejemplo, propugnar por la criminalización de conductas contra el medio ambiente, pasa por el análisis crítico del concepto de bien jurídico y todas sus complejas aristas que van en la orientación de profundizar la democracia sustancial⁴⁴⁴, como señalaba al respecto BUSTOS RAMÍREZ: "...que bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, quedan sólo en una instancia formal respecto de las grandes mayorías, si al mismo tiempo no se reconoce respecto de éstas los bienes jurídicos colectivos. La vida, la salud, la propiedad de las grandes mayorías está fundamentalmente afectada por los delitos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, contra los ingresos o egresos del Estado"⁴⁴⁵.

Como nítidamente puede observarse, nada tiene que ver con mayor represión, sino con "modernización" del Derecho Penal, lo que necesariamente

⁴⁴³ En este sentido señala QUINTERO OLIVARES: "El jurista, o, más concretamente el penalista de una nación constituida como Estado de Derecho no puede prescindir de la atención al origen de las leyes que estudia y explica. Si así lo hiciera, si renunciara a comenzar su crítica desde el momento que las leyes se gestan, aceptaría tácitamente la indiscutible validez y bondad de lo promulgado, y se contentaría con interpretar y criticar todo lo que fuera produciendo el legislador. Es ésta la consideración que me lleva a entender que la desatención hacia el llamado "ius puniendi", en los que la practican, es algo más que un formalismo; es una implícita renuncia a ocuparse desde su raíz de la dimensión política de los delitos y de las penas". Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, "Manual de Derecho Penal", PG., ob.cit., págs. 41-42.

⁴⁴⁴ En este sentido, vid. DURÁN MIGLIARDI Mario, "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la expansión y modernización del Derecho penal", esp., pág. 726.

⁴⁴⁵ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Control Social y Sistema Penal", Barcelona, Editorial P.P.U, 1987, pág. 28. Y esto, a pesar de las críticas recibidas por el denominado y en permanente crisis Derecho Penal del Ambiente. Para críticas en este sentido, entre otros, vid. PAUL Wolf, "Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico", RPE nº 1, 1991; MULLER-TUCKFELD Jens Christian, "Ensayo para la Abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente", en AA.VV., La Insostenible Situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000; ZAFFARONI Eugenio Raúl, "Reflexiones sobre el derecho penal ambiental", ob.cit.

debe implicar mantenerse dentro de los límites que un Estado Social y Democrático de Derecho impone⁴⁴⁶.

2.2.3.- Toma de postura: de la necesidad de distinguir entre expansión expansiva y expansión intensiva

Es por ello que ha de distinguirse de la manera que se ha venido señalando, dejando de lado aquellas manifestaciones político criminales que nada tienen que ver con la protección de la sociedad del riesgo originada por una nueva realidad (cuya legitimación y conveniencia es otra controversia) asociados evidentemente a una discusión de modernización en términos de adecuación a “nuevos riesgos” y la búsqueda de la seguridad pública que nada tiene que ver con riesgos de nuevo cuño⁴⁴⁷. Es claro que no se puede prestar cobertura científica tratando a cuestiones distintas como iguales, nada tiene que ver en este sentido la “expansión expansiva” con la “expansión intensiva”⁴⁴⁸ del Derecho penal, de la misma manera que se asocia “riesgo objetivo” con “riesgo sentido”.

⁴⁴⁶ En este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., pág. 1052 y en, del mismo, *“Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”*, ob.cit., esp., págs. 183; MORILLAS CUEVA Lorenzo, *“Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”*, RECPC, nº 4, 2002, pág. 22, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf Igualmente, MENDOZA BUERGO quien señala; “A este respecto no pueden admitirse renuncias ni sacrificios de los principios limitadores del ius puniendi en aras de una mayor efectividad preventiva y protectora a toda costa, pues estos tienen una importancia no menor que la prevención o la lucha contra las conductas que se estiman dignas de represión”. Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *“Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”*, Granada, Editorial Comares, 2001, pág. 389.

⁴⁴⁷ Distinguiendo de esta manera, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *“Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal.”*, ADPCP, T. LII, 1999, págs. 307 y ss.; GÓMEZ MARTÍN Víctor, *“Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., pág. 62.

⁴⁴⁸ Vid. Díez Ripollés José Luis, *“De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado”*, en AA.VV., *Derecho Penal y Política Transnacional*, Silvina Bacigalupo y Cancio Melía (coords.), Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2005, pág. 256. Además, en parecido sentido, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos, *“Derecho penal y riesgos tecnológicos”*, ob.cit., pág. 297; RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, *“Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”*, ob.cit., esp., pág. 119, quien asocia la idea de “intensivo” sólo al denominado derecho penal del enemigo.

En este sentido, dice DÍEZ RIPOLLÉS: “En efecto, el derecho penal de la seguridad ciudadana ha mostrado una especial habilidad para integrar sus análisis y propuestas de intervención en el previamente existente debate político criminal sobre la conveniencia de extender las intervenciones penales a ámbitos sociales hasta entonces fuera de su radio de acción. De este modo ha logrado encubrir en buena medida que sus contenidos, tanto en lo referente a las áreas de intervención como en lo concerniente a la naturaleza de ésta, inciden sobre la delincuencia clásica y se limitan a exacerbar medidas penales hace tiempo conocidas”⁴⁴⁹.

De esta manera, y sobre este punto, se puede sintetizar distinguiendo que: El desarrollo del Derecho penal no es la mera expansión del poder punitivo. La actual sociedad post-industrializada puede observarse a su vez desde dos perspectivas, “sociedad del riesgo” y “sociedad de la información”. La razón del desarrollo o modernización del Derecho penal puede advertirse desde la perspectiva de la sociedad del riesgo objetivo. Se puede asociar la expansión del mero poder punitivo con la perspectiva de la “sociedad de la información” y encontrar en ella una de sus causas.

En la realidad concreta, la síntesis de las dos perspectivas señaladas se manifiesta como “sociedad del riesgo sentido”, y de dicha manera se confunde desarrollo o modernización del Derecho penal con la mera expansión del poder punitivo. Es en este sentido, en que entiendo las palabras de HERZOG cuando indica que: “El derecho penal del riesgo no crea paz social alguna. Tan sólo alimenta ilusiones sobre las funciones sociales de orden del derecho penal

⁴⁴⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, *“De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado”*, ob.cit., pág. 244.

Además borra las fronteras entre el derecho penal y el derecho de policía. Tiene igualmente una tendencia al totalitarismo⁴⁵⁰.

De esta manera, y en virtud de lo que se ha venido sosteniendo, me parece que es necesario distinguir en esta materia y evitar confusiones que no sólo quedan en el plano de una formalidad vacía, sino que tiene concretas manifestaciones cargadas de realidad⁴⁵¹. Dice DÍEZ RIPOLLÉZ sobre interpretaciones que adolecen de esta distinción que: "...pecan de un voluntarismo que les conduce a tratar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas. Lo malo del asunto es que ese afán por la coherencia termina dando al modelo penal de la seguridad una cobertura fáctica que no se merece, por no corresponder con la realidad"⁴⁵².

Todo esto se ve mucho mejor recibido desde la terminología del "Derecho penal del riesgo", pues en ella se da cabida a la idea de "seguridad" comprensiva no sólo de los nuevos riesgos, sino de ellos en general, entendiendo a ésta como un concepto simbólico⁴⁵³. En este sentido, señala HASSEMER: "No se trata de compensar la injusticia sino de prevenir el daño,

⁴⁵⁰ Vid. HERZOG Félix, *"Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo"*, ob.cit., pág. 57.

⁴⁵¹ En este sentido, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *"Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales"*, ob.cit., pág. 112.

⁴⁵² Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, *"De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado"*, ob.cit., pág. 254.

⁴⁵³ "A ello hay que añadir que la seguridad se ha independizado como necesidad, hasta el punto de que incluso se habla de ella en la opinión pública. La seguridad se convierte en un concepto simbólico". Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *"El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista"*, ob.cit., pág. 474. También en sentido crítico, vid. BARATTA Alessandro, *"Seguridad"*, ob.cit., págs. 4-23; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *"El papel del derecho penal en la segunda modernidad"*, ob.cit., esp., pág. 326; MOCCIA Sergio, *"Seguridad y Sistema Penal"*, ob.cit., págs. 299-320.

no se trata de castigar sino de controlar; no se trata de retribuir sino de asegurar; no se trata del pasado sino del futuro”⁴⁵⁴.

En relación con ello, señala MENDOZA BUERGO que una característica inherente a las sociedades actuales es la oposición binaria entre riesgo y seguridad. De modo que se está siempre en la búsqueda de una síntesis que, para ser satisfactoria, debería ser total. De ahí que se haya desarrollado “una demanda de seguridad casi absoluta”⁴⁵⁵. Lo que, por otra parte, se ha demostrado como una demanda de consecución imposible.

Desde esta perspectiva es lógico, mas no legítimo, entender la tendencia a la “extensión intensiva”⁴⁵⁶, pues precisamente aquí el Derecho Penal se basa en la criminalización como forma de responder⁴⁵⁷ a las demandas de seguridad⁴⁵⁸, ello sobre la base de que no puede contemporizarse seguridad y libertad, sino que por el contrario, serían derechos que se excluirían,

⁴⁵⁴ Vid. HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, ob.cit., pág. 73.

⁴⁵⁵ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 73-74.

⁴⁵⁶ En este sentido, vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luis, “*De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado*”, ob.cit., esp., pág. 256; SUÁREZ GONZÁLEZ Carlos, “*Derecho penal y riesgos tecnológicos*”, ob.cit., pág. 297; RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, “*Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual*”, ob.cit., esp., pág. 119.

⁴⁵⁷ Para una interesante visión sobre lo que denomina una gestión “democrática de los riesgos”, vid. ROMEO CASABONA Carlos María, “*Aportaciones del Principio de Precaución al Derecho Penal*”, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001, págs. 78-79.

⁴⁵⁸ Sobre otros efectos negativos en principios como el de legalidad y proporcionalidad como también en el radical cambio en la función del bien jurídico. Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, “*El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador*”, ob.cit., esp., págs. 1325-1331. Específicamente, sobre el nuevo papel del bien jurídico, vid. HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, ob.cit., págs. 39-76; SANTANA VEGA Dulce María, “*Las Obligaciones Constitucionales de castigar Penalmente.*”, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001; KAYSER Marijon, “*Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho Penal. Competencias Penales en la Cuestión del Aborto*”, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

convirtiéndose esta relación antagónica, como destaca HASSEMER, en el “topos de un derecho fundamental a la seguridad”⁴⁵⁹.

Entender la realidad social desde esta plataforma discursiva, repercutirá indefectiblemente en otra de las críticas al Derecho penal del riesgo, pues la respuesta estatal tendrá por objeto no la solución del problema social que plantea el delito⁴⁶⁰, sino satisfacer las exigencias de seguridad “subjética”^{461/462} de un electorado alarmado⁴⁶³ (Derecho penal simbólico en sentido negativo)⁴⁶⁴.

⁴⁵⁹ Vid. HASSEMER Winfried, *“Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”*, ob.cit., pág. 384. Sobre esto, concluye el profesor alemán: “Sustituye la tensión en la que se enfrentan libertad y seguridad, y aparta a un lado la experiencia de que en nuestro mundo no puede haber seguridad sin limitaciones de la libertad. Oscurece la necesidad, a pesar de todos los apuros y amenazas, de mantener despejado el horizonte de la libertad”. Íbid. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”*, ob.cit., esp., págs. 54-55; GÓMEZ MARTÍN Víctor, *“Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., esp., págs. 62-65.

⁴⁶⁰ En este sentido, entre otros, vid. BRANDARIZ GARCÍA José, *“Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”*, ob.cit., esp., págs. 46-51.

⁴⁶¹ Sobre ello, también se indica: “Aunque con la intervención jurídico penal no se cambie realmente nada, se sucumbe a la imaginaria percepción de que el problema está en la dosis: más leyes, leyes más severas y una ejecución implacable enderezarían las cosas”. Vid. HERZOG Félix, *“Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo”*, ob.cit., pág. 56. En el mismo sentido, entre otros, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, ob.cit., págs. 480-482; DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, *“La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995”*, ob.cit., esp., pág. 127; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *“Delito Ecológico y función Simbólica del Derecho Penal”*, en AA.VV., *El Delito Ecológico*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, pág. 53.

⁴⁶² Así, se reconoce como efecto de esta percepción, propia de las actuales sociedades, un redescubrimiento, o mejor dicho, una re-invenición de la cárcel, ya lejos de cualquier fundamentación resocializador, sino simple y llanamente neutralizador. En este sentido, vid. BRANDARÍZ GARCÍA José, *“Sobre control y lógicas del castigo en el capitalismo postfordista”*, en AA.VV., *la Globalización en crisis, gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, coedición ULEX, Casa Invisible y Universidad Invisíbel, 2009, págs. 38-39.

⁴⁶³ Sobre ello señala ROXIN: “Entiendo por «tipos penales simbólicos» aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado”. Vid. ROXIN Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, ob.cit., pág. 451. En el mismo sentido indica CANCIO: “Lo que sucede es que en realidad la denominación “derecho penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas”. Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, *“Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito”*, en AA.VV., *El Funcionalismo en derecho penal*, LH. a Günther Jakobs, Eduardo Montealegre (coord.), Bogotá. Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 103-104.

⁴⁶⁴ Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, *“El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”*, ob.cit., pág. 1329.

Así, y en virtud de lo que se ha venido sosteniendo hasta aquí, es que me parece al menos razonable el inclinarse por hacer las necesarias diferencias, de ahí que me parezca que no resulta conveniente sustentar el análisis dogmático ni político criminal, desde la plataforma del denominado “Derecho penal del riesgo”⁴⁶⁵.

3.- De lo moderno y la expansión en el Derecho penal actual

3.1.- Consideraciones preliminares

Habiendo explicado en el punto anterior la inconveniencia de trabajar sobre una plataforma conceptual como lo es el “Derecho Penal del riesgo”, por las razones que allí se indicaron, cabe ahora realizar un análisis de las otras posibles bases sobre las cuales el Derecho Penal puede enfrentar las nuevas problemáticas que implican las actuales sociedades post industrializadas. Para ello, analizaré las posturas de “modernización” y “expansión” del Derecho penal. Respecto de ambas observaremos sus ventajas e inconvenientes, pues es claro que dichas visiones no son aún de pacífica aceptación, para luego decantarnos por nuestra opción de trabajo.

⁴⁶⁵ Así, respecto del Derecho penal del Riesgo y su ampliación, señala MENDOZA BUERGO: “...sin contestar siempre ni en suficiente medida, en primer lugar, si la respuesta obedece al *principio de necesidad*; en segundo lugar, si es la respuesta *adecuada para conseguir las soluciones más idóneas y eficaces* a los problemas planteados y, en tercer lugar, pero no por ello de menor relieve, si es una respuesta que se mantiene dentro de los límites de una intervención legítima del Derecho Penal”. Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., pág. 46.

3.2.- De la “modernización” del Derecho penal

3.2.1.- De lo que se entiende por moderno en esta postura

Respecto de la calificación de “moderno” del Derecho Penal, ésta dice relación con lo que se viene considerando como un cambio de época, “la aparición de este neologismo implica la consciencia de una *ruptura* en la continuidad histórica: lo que fue ya no es; se viven tiempos nuevos”⁴⁶⁶.

Considerando lo anterior ha caracterizado GRACIA MARTIN el “moderno Derecho penal” en los siguientes términos: “El Derecho penal moderno tiene ante todo una dimensión clara y manifiestamente *cuantitativa* que se traduce en una importante ampliación de la intervención penal y, por ello, en un relevante incremento de su extensión actual en comparación con la que se tenía en el momento histórico precedente”⁴⁶⁷.

Debe señalarse en todo caso que el adjetivo “moderno” es también utilizado, aunque de manera muy distinta a la de GRACIA MARTIN, por la conocida como “Escuela de Frankfurt”. Sobre el mismo punto HASSEMER indica que su entendimiento de un Derecho penal moderno, tanto a nivel de pensamiento, como en su actuación práctica, presente las siguientes peculiaridades: “prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica; se basa en una metodología empírica orientada a las

⁴⁶⁶ Definición de Ignacio Sotelo, citado por GRACIA MARTÍN LUÍS, “*Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia*”, ob.cit., pág. 44.

⁴⁶⁷ Vid. GRACIA MARTÍN LUÍS, “*Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia*”, ob.cit., pág. 58. Puede encontrarse una síntesis de la posición de este autor en, “*Qué es la Modernización del Derecho Penal*”, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

consecuencias; es más favorable, por tanto, a una concepción teórica preventiva que retributiva; intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos”⁴⁶⁸.

Ahora bien, respecto de la postura que defiende la modernización del Derecho penal, se le han señalado una serie de reparos que básicamente tienen que ver con el perfil político que de esta tesis se puede desprender. Críticas que, en todo caso, poco tienen que ver con la utilización del término “moderno”, sino más bien con la intencionalidad manifiesta que político criminalmente se quiere imprimir respecto de lo que debería ser el Derecho Penal, pues ella tiende a confundirse con la postura personal de los autores que la sostienen, como por ejemplo, paradigmáticamente GRACIA MARTIN en España y SCHÜNEMANN en Alemania.

3.2.2.- Análisis y críticas a esta forma de entender la modernización del Derecho penal

Son básica y fundamentalmente dos, las críticas más sólidas dirigidas a esta forma de entender la modernización del Derecho penal. De esta forma, éstas dicen relación con, la primera, la posibilidad de incorporar en su seno el denominado “Derecho penal del enemigo”⁴⁶⁹, y la segunda, referida a la carga ideológica personal que puede imprimirse a esta postura, desde que se la

⁴⁶⁸ Vid. HASSEMER Winfried, *“Persona, Mundo y Responsabilidad”*, ob.cit., pág. 40 y en, del mismo, *“Prevención en el derecho penal”*, en AA.VV., *Prevención y Teoría de la Pena*, trad. Roberto Bergalli, Juan Bustos Ramírez (dir.), Santiago de Chile, Editorial Cono Sur, 1995, pág. 109. Misma idea, más recientemente, en *“Seguridad por intermedio del derecho penal”*, en AA.VV., *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, LH. a la Prof. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2008, págs. 25-64.

⁴⁶⁹ Vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., pág. 1028.

asocia a un cambio de roles respecto del que podríamos denominar, “no-moderno” Derecho penal, esto es; pasar de un Derecho penal de la clase baja, a uno de la clase alta⁴⁷⁰

En relación con lo primero, por ejemplo, señala DEMETRIO CRESPO: “Esta modernización, para la que algún autor aboga con gran determinación, frente al por él tildado como discurso de resistencia... comprende sin embargo, construcciones como el llamado derecho penal del enemigo -que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras fuentes de peligro, a los que neutralizar a cualquier precio- frente al que cabe preguntarse si la correspondiente modernización representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable”⁴⁷¹.

Planteado de esta forma el concepto de “moderno” Derecho Penal, incorporado que sea el denominado “Derecho Penal del Enemigo”, asume todas las críticas que respecto de éste último la doctrina ha formulado y en dicha identificación la deslegitimación que se achaca a éste se traspasa a aquél. Ciertamente es que la incorporación del Derecho Penal del Enemigo, dentro del Derecho penal moderno, es efectiva en la concepción de, por ejemplo, GRACIA MARTÍN⁴⁷², pero, y sin perjuicio de aquello, para ser justos se debe decir que la

⁴⁷⁰ Vid. SCHÜNEMANN Bernd, *“Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio”*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, esp., págs. 51.

⁴⁷¹ Vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., págs. 1028-1029.

⁴⁷² Vid. GRACIA MARTÍN Luis, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., esp., págs. 120-125 y en sus, del mismo, *“El Horizonte del Finalismo y el Derecho Penal del Enemigo”*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005, págs. 89 y ss.; *“Consideraciones Críticas sobre el Actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”*, REPCP, nº 7, 2005, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

visión que de él tiene este autor es más bien crítica, reconociendo la falta de legitimidad del mismo.

Así, señala el referido autor: “Pero si, como he tratado de demostrar, es cierto que el Derecho penal no tiene como destinatario a la persona *jurídica*, esto es, a la persona entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún Derecho penal del Enemigo, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional”⁴⁷³.

Es más, y a pesar de señalar que “la mayor parte -sino la totalidad- de las objeciones que se formulan contra él logran traspasar el umbral de lo emocional y lo retórico”⁴⁷⁴ sin que las críticas realizadas superen el carácter de “descalificaciones”⁴⁷⁵, de forma tal que el “coherente y potente discurso de Jakobs” no se ve seriamente afectado⁴⁷⁶, se puede decir que estos reproches están más bien dirigidos hacia la doctrina contraria a lo sustentado por el autor alemán, más que a la validación de la tesis misma.

Es así como vierte no pocas críticas al “Derecho penal del Enemigo”⁴⁷⁷ para finalmente tildarlo como incompatible con la “dignidad humana”⁴⁷⁸. Es más, y por último, cierto es también que en la incorporación que hace del

⁴⁷³ Vid. GRACIA MARTÍN LUÍS, “Consideraciones Críticas sobre el Actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”, ob.cit., pág. 42 (cursiva en el original). En igual sentido, en su “Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”, ob.cit., esp., págs. 125.

⁴⁷⁴ Vid. GRACIA MARTÍN LUÍS, “El Horizonte del Finalismo y el Derecho Penal del Enemigo”, ob.cit., págs. 186-190.

⁴⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 187.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*, pág. 188.

⁴⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 211-244

⁴⁷⁸ *Ibíd.*, págs. 235-244.

“Derecho penal del Enemigo” dentro del “Moderno” Derecho penal es por demás expresa y nítida, pero luego, contrariando lo anterior, señala en una nota al pie que; “La cuestión de si el Derecho penal del enemigo es Derecho penal moderno tiene que quedar aquí sin respuesta”⁴⁷⁹ Es en este sentido, que me parece más criticable la postura de este autor, esa manera ambivalente en la que no expresa, con el mismo estilo concluyente y sin rodeos, que ese Derecho penal del enemigo que califica contrario al Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁸⁰ no puede en ningún caso ser moderno, pues no es Derecho penal⁴⁸¹.

Nada más diré respecto del Derecho Penal del enemigo⁴⁸², y mi omisión tiene al menos dos razones en las cuales sustentarse: primero, porque es un tema que excede por sí mismo, y con mucho, el ámbito de interés de esta tesis y en particular de esta sección, y segundo; porque creo que respecto de éste existe parecida situación que en lo relativo a la infiltración de la denominada tolerancia cero en el campo de discusión doctrinal de la modernización del Derecho penal.

Y es en este sentido, que me parece acertada la crítica que respecto de ello realiza PRITTWITZ, y que dice relación con lo que se está señalando, y a la que me adhiero. Así, señala: “Por último: esta propuesta formulada por Jakobs no sólo ha perjudicado el necesario debate en torno a la extensión del derecho penal legítimo, sino la discusión en torno a las alternativas al derecho penal, sean éstas el Derecho civil y el Derecho público, o la creación, quizás, de un necesario

⁴⁷⁹ Ibid., pág. 92., cita nº 5.

⁴⁸⁰ Ibid., pág. 242.

⁴⁸¹ En el mismo sentido, vid. PAREDES CASTAÑÓN José, “Recensión: Gracia Martín, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, ob.cit., pág. 25.

⁴⁸² Sobre ello, la extensa monografía conjunta, “*Derecho Penal del Enemigo*”, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1-2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

derecho de reacción o de intervención, tal y como lo han propugnado Hassemer en Alemania o Silva Sánchez en España”⁴⁸³.

Respecto de la segunda de las críticas señaladas, esto es, la referida a la indisimulada carga ideológica, que se denotaría en el fin que se asigna al “moderno” Derecho penal, que en teoría debería ser el hacer frente a los delitos cometidos por los “poderosos”⁴⁸⁴, a diferencia del hasta ahora conocido Derecho penal, afanado en la persecución de los “débiles”⁴⁸⁵. Es en sentido en el cual se expresa: “...en consecuencia, es que en el momento actual y para el inmediato porvenir se hace preciso construir un nuevo Derecho penal con arreglo al criterio rector de que sus contenidos deben estar constituidos en su mayor parte por los comportamientos criminales de la clase poderosa y para la defensa de las demás clases sociales frente a semejante criminalidad”⁴⁸⁶.

Como contestación a esta forma de entender la modernización del Derecho penal, las críticas se ciernen sobre esta postura. Así, por ejemplo, HASSEMER, destaca la contradicción existente entre las motivaciones ideales y los resultados reales y concretos, pues unas finalidades democráticas⁴⁸⁷ como objetivo del derecho penal, pasaría por una, se dice, sobre politización, que

⁴⁸³ Vid. PRITTWITZ Cornelius, “Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?”, ob.cit., pág. 119 (lo destacado es mío).

⁴⁸⁴ En este sentido, vid. LAURENZO COPELLO Patricia, Recensión de “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, RDPC, 2ª época, nº 12, 2003.

⁴⁸⁵ Así, lo define de la siguiente forma: “...entiendo por Derecho penal moderno en sentido *material* al «sistema» de regulaciones jurídico-penales que tienen por objeto la criminalización formal, de conformidad con el sistema de garantías políticas del Estado social y democrático de Derecho, del *sistema de acción ético-socialmente reprobable de las clases sociales poderosas*”, vid. GRACIA MARTÍN Luís, “Qué es la Modernización del Derecho Penal”, ob.cit., pág. 393.

⁴⁸⁶ Vid. GRACIA MARTÍN Luís, “Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”, ob.cit., pág. 217. La misma idea en “Qué es la Modernización del Derecho Penal”, ob.cit., págs. 392-393.

⁴⁸⁷ En este sentido, desconfiando de unas eventuales “finalidades democráticas del Derecho penal”, vid. MAZZACUVA Nicola, “El futuro del derecho penal”, ob.cit., págs. 231-235.

vendría a desmontar las eventuales bondades de dichos primigenios objetivos político criminales⁴⁸⁸.

Desde la misma plataforma teórica, PRITTWITZ desestima⁴⁸⁹ las alegaciones de SCHÜNEMANN, que cataloga a la escuela de Frankfurt de situarse en “el bando equivocado”⁴⁹⁰. De esta forma se señala, que: “Una Ciencia Penal orientada a las consecuencias debe considerar al menos que también en el Derecho penal las buenas intenciones pueden originar malos resultados y que además es posible que las consecuencias inadvertidas predominen sobre las queridas.”⁴⁹¹

En nuestro medio se han realizado críticas de la misma naturaleza, particularmente sobre GRACIA MARTÍN, que es incluso calificado por RAMOS VÁZQUEZ como de posición extremista. Así, critica éste el enfoque político criminal que se viene comentando, señalando que: “...tal y como ha sido planteada por GRACIA MARTÍN, parece no ser más que una aspiración ideológica personal de este autor y, por ello, una idea completamente ajena al concepto de Derecho penal”⁴⁹².

⁴⁸⁸ Vid. HASSEMER Winfried, “*Persona, Mundo y Responsabilidad*”, ob.cit., pág. 30.

⁴⁸⁹ “Según creo, este carácter alarmista de las palabras de Schünemann descubre precisamente las debilidades de su posición, pues aunque las expresiones escogidas resultan dignas de aplauso, en la medida en que nos impactan, menguan su idoneidad para profundizar en el aspecto más específico y central que concierne a nuestra disciplina: si esta sociedad conmocionada necesita la intervención del derecho penal”. Vid. PRITTWITZ Cornelius, “*Sociedad del riesgo y derecho penal*”, ob.cit., pág. 272.

⁴⁹⁰ *Ibíd.*

⁴⁹¹ *Ibíd.*

⁴⁹² Vid. RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, “*Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual*”, ob.cit., cita nº 47, pág. 88. En este sentido, también se ha dicho: “Por el contrario, la caracterización que Gracia propone (como vimos, que se trata de aquel sector del Derecho Penal orientado a la represión de las conductas socialmente desviadas de las clases sociales poderosas) difícilmente puede ser aceptada si se pretende que se tome como un verdadero intento de definición rigurosa y no como una mera figura retórica (una suerte de *captatio benevolentiae* de un público lector sedicentemente izquierdista)”. Vid. PAREDES CASTAÑÓN José, “*Recensión: Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*”, ob.cit., pág. 20.

Como puede verse de esta breve, pero significativa, muestra, no son pocas las críticas que este cambio de dirección y sentido del Derecho Penal ha generado⁴⁹³, sin embargo ello, SCHÜNEMANN ha señalado ese objetivo, que en España defiende GRACIA MARTÍN como una “utopía concreta” un ideal a alcanzar que si bien hoy no encuentra las condiciones sociales adecuadas para ser actualizado como realidad, es el camino a seguir: “Por eso, no sería el abandono, sino el perfeccionamiento del cambio de tendencia del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta el único medio apropiado para la defensa efectiva ante las amenazas específicas de la sociedad post moderna industrial”⁴⁹⁴.

Es ciertamente una posición sin ambages esta forma de entender la modernización del Derecho penal, sin que ello implique una cualidad en sí misma, aunque si un reconocimiento a su claridad. Desde esta perspectiva, ha de entenderse que la posición de SILVA SÁNCHEZ también sería contraria a la visión en comento, pues, estructuralmente esta postura y sus defensores son perfectamente reducibles a la categoría que dicho autor califica de “gestores atípicos de la moral”⁴⁹⁵ y de aquella manera incorporados entre quienes antes veían al Derecho penal como el brazo armado de la clase poderosa, y ahora se sienten fascinados por él⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Vid. SCHÜNEMANN Bernd, *“Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio”*, ob.cit., esp., págs. 50-52. Quien recoge algunas de las críticas a esta perspectiva.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, pág. 69.

⁴⁹⁵ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, ob.cit., págs. 66 y ss. En el mismo sentido, incorporando también a la derecha política, vid. CANCIO MELIÁ Manuel, *“¿Derecho Penal del Enemigo?”*, ob.cit., esp., págs. 83-84. En sentido contrario, restando importancia a estos grupos de presión, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, *“La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿Más Derecho Penal?”*, ob.cit., esp., págs. 726-727.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, pág. 68.

Sin perjuicio de que más adelante explicaremos la postura que aquí se defiende respecto de la modernización del Derecho penal, no está de más adelantar que, por políticamente persuasiva que parezca esta propuesta, no puede aquí compartirse, sin caer en una incoherencia insalvable. Y es que no se ve como pueda ser materialmente compatible esta postura con un Estado social y democrático de derecho, que es la plataforma sobre la que en esta tesis se parte para entender al Derecho penal.

En efecto, si se entiende, como se entiende aquí, que en un Estado social y democrático de derecho, la función del Derecho penal viene a ser legitimada por el fin de la protección de bienes jurídicos, y su política criminal ha de, necesariamente, enmarcarse dentro de las coordenadas que éste impone. De esta forma, la utilización declarada del Derecho penal como instrumento de persecución de determinados sectores sociales, sean estos desfavorecidos o poderosos, como es ahora el caso, puede, aunque no se pretenda, finalmente redundar en un Derecho penal del enemigo para estos últimos.

En definitiva, se trata de una tendencia político criminal que, sin importar quien sea el objeto de la coyuntural “declaración de guerra”, es desde luego ilegítima, pues como se verá más adelante⁴⁹⁷, más allá del rótulo identificador⁴⁹⁸, éste no es ni siquiera Derecho penal, motivo por el cual ha de verse desbaratado por la sola, pero toral, contradicción de los fines de un tal

⁴⁹⁷ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II, pto. 3.4.

⁴⁹⁸ En este sentido, por todos, vid. CANCIO MELIÁ Manuel, “*Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo*”, ob.cit., esp., pág. 59 y en, del mismo, “*De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?*”, en AA.VV., *Derecho Penal Del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., pág. 380.

Derecho penal, con las bases de la forma de Estado donde debería desarrollarse⁴⁹⁹.

3.3.- Sobre la expansión del Derecho penal

Respecto del concepto “expansión”, bien es conocido que ha sido en España SILVA SÁNCHEZ el promotor de dicho término, logrando una repercusión dogmática incuestionable en virtud de la trascendencia que su texto alcanzó⁵⁰⁰, de forma tal que resulta ineludible a la hora de entrar en el análisis de este tema. Teniendo en cuenta lo anterior, este autor delimita la expresión que ahora se estudia, básicamente caracterizándola de la siguiente manera: “Creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de expansión⁵⁰¹.”

De esta manera, según mi opinión, el término “expansión” encontraría mayor proximidad a conceptos más bien referidos a la modernización del Derecho Penal para enfrentar de mejor forma los desafíos de una sociedad dinámica que manifiesta otros conflictos sociales, en algunos casos nuevos y en

⁴⁹⁹ En este sentido, vid. RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, “Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”, ob.cit., esp., pág. 89.

⁵⁰⁰ Respecto de la importancia de la posición de este autor, por todos, vid., las reseñas de SANZ MORÁN Ángel, LAURENZO COPELLO Patricia, JAKOBS Günther y MILLITELLO Vincenzo sobre su obra “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, en SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, págs. 189-252.

⁵⁰¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 20.

otros antiguos, pero con distinta valoración⁵⁰². Ciertamente es que la posición de este autor, implica no sólo la descripción sino también una forma de enfrentarse a esta cuestión, y que por lo tanto, se ve necesariamente expuesta a las críticas y aportaciones de la doctrina. En este sentido sólo destacaré algunos de estos aspectos para luego tomar posición a su respecto.

3.3.1.- La metáfora de las velocidades en el proceso de expansión

En relación con este punto, SILVA SÁNCHEZ las explica de la manera que sigue: “Una primera velocidad representada por el Derecho penal de la cárcel, en el que habría que mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de Derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción”⁵⁰³.

Así como se había señalado, dada la trascendencia de la obra de este autor, su posición ha sido vastamente difundida, y con ello delimitado los contenidos que implica estas “velocidades” que se nos proponen, de ahí que, pasemos a realizar enseguida las consideraciones que aquéllo me merece.

⁵⁰² Un concepto semejante, pero ya echado al olvido por la discusión doctrinaria, es el de “panpenalización”, que venía a explicar ciertos extremos del debate que ahora se encuentran incorporados al marco de discusión que aquí se señala. Sobre este concepto, vid. GARCÍA ARAN Mercedes, “Constitución y derecho penal, veinte años después”, en AA.VV., LH. al doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001, esp., págs. 290-294.

⁵⁰³ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 163.

3.3.2.- El Derecho penal de la intervención de Hassemer. Paralelo con la tesis de Silva Sánchez y análisis crítico del mismo

En esta dirección es también reconocida su semejanza⁵⁰⁴ con la propuesta que con anterioridad realizara el profesor de Frankfurt, Winfried HASSEMER, lo que amerita se dediquen algunas líneas a ésta. La propuesta de este reconocido autor alemán, conocida como “Derecho Penal de la Intervención”, señala que éste estaría dirigido de la misma manera que la tesis de SILVA SÁNCHEZ, a enfrentar las complejas situaciones que plantean las actuales sociedades⁵⁰⁵.

Así, expresa que el Derecho penal de la intervención: “...no sólo sería mucho menos objetable desde el punto de vista normativo, sino también fácticamente más adecuado para responder a los problemas específicos de las sociedades modernas”⁵⁰⁶. Es así como se refiere a su propuesta de Derecho penal de la intervención como uno que: “...estaría ubicado entre el derecho penal y el derecho sancionatorio administrativo, entre el derecho civil y el derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al del derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran imponerse a los individuos”⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ Así, por ejemplo, vid. GRACIA MARTÍN LUÍS, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., págs. 153-155.

⁵⁰⁵ En sentido muy crítico a la propuesta de HASSEMER, sin que por ahora entremos en consideraciones en torno a la validez o no de la entrada del Derecho penal a nuevos ámbitos sociales, en lo que esta autora es particularmente crítica, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”*, ob.cit., esp., págs. 183-194.

⁵⁰⁶ Vid. HASSEMER Winfried, *“Persona, Mundo y Responsabilidad”*, ob.cit., pág. 72.

⁵⁰⁷ *Ibíd.*

El planteamiento de HASSEMER, como se sabe, ha recogido no pocas críticas⁵⁰⁸, sobre todo en cuanto a su “evanescencia” conceptual⁵⁰⁹, y hasta incluso de mero “cambio de nombre” ha sido calificado por ESER. Señala éste último, que se encuentra de acuerdo con el “diagnóstico” realizado por HASSEMER y la escuela de Frankfurt, sin perjuicio de lo cual no suceda lo mismo con la respuesta a la situación descrita por aquellos. “Por tanto, ninguna duda con respecto al análisis de la escuela de Frankfurt -dice ESER- de que las nuevas formas de lesión de los llamados bienes universales o de personas colectivas no pueden comprenderse adecuadamente con las categorías jurídico-penales tradicionales sin corromper a las mismas. Por ello, sólo es cuestionable, en todo caso, la vía de solución adoptada”⁵¹⁰.

Sus críticas básicamente están dirigidas a la inconveniencia de responder a estas nuevas situaciones desde una vía no penal. Así, ESER plantea la necesidad de mantenerse dentro del Derecho Penal pues en él se encuentran también las garantías necesarias, “Mientras que por parte de los defensores de la escuela de Frankfurt se exige que los ámbitos de los delitos colectivos se extraigan del derecho penal, ofreciéndose como sustituto para ello un derecho de intervención no penal, a mí una vía plural dentro del derecho penal me

⁵⁰⁸ Por todos, vid. SCHÜNEMANN Bernd, *“Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio”*, ob.cit., esp., págs. 63-66 y, del mismo, *“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”*, ob.cit., págs. 190-205.

⁵⁰⁹ Crítica, que según SANZ MORÁN, de la que tampoco puede eximirse a SILVA SÁNCHEZ. Vid. SANZ MORÁN Ángel, Recensión de *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, en SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pág. 195.

⁵¹⁰ Vid. ESER Albin, *“Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano en la época de la Europeización y la Globalización”*, ob.cit., pág. 26.

parece más útil y también más segura desde el punto de vista del estado de derecho”⁵¹¹.

Es así como prefiere este autor, abrir nuevos cauces dentro del Derecho penal, y mantenerse con el cuerpo de garantías que le caracteriza, pues, alejarse de él, sería a su vez también alejarse de éstas⁵¹². Dice CORCOY BIDASOLO: “Las dificultades de persecución serán las mismas, así como la indeterminación del objeto de protección, con el inconveniente añadido de enfrentarse con un Derecho nuevo del que se desconoce desde su instrumental hasta sus estructuras y que, siempre... será menos garantista que el Derecho penal”⁵¹³.

Ahora bien, si lo que se pretende es que esto último no ocurra, la pérdida de garantías, entonces nada habrá cambiado, la problemática planteada sería básicamente idéntica. “Por supuesto que esto no significa que dicha consecuencia -la pérdida de garantías- sea la deseada por los partidarios de un derecho de intervención extrapenal, pero evitarlo sólo sería posible con las mismas garantías -que en tal caso precisarían de una nueva fundamentación nueva y adaptada- que son características del proceso penal. Entonces, ¿Qué quedaría de un derecho de intervención más que un nombre distinto?”⁵¹⁴.

⁵¹¹ *Ibíd.* En el mismo sentido, MILLITELLO destaca la posible alteración en el equilibrio entre las relaciones Ciudadano-Estado. Vid. MILLITELLO Vincenzo, en Recensión a “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, *ob.cit.*, págs. 244-245. Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ quien destaca la importancia de los elementos de “estigmatización social” y “la dimensión simbólico-comunicativa” que tiene el Derecho penal y de la cual carecería, o al menos sería inferior, en el Derecho de Intervención que propone HASSEMER. Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, *ob.cit.*, págs. 154-157 y 167.

⁵¹² Comparándolo a este Derecho penal propuesto por HASSEMER, con la Stasi de la DDR, SCHÜNEMANN Bernd, “*Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*”, *ob.cit.*, esp., págs. 63-64.

⁵¹³ Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “*Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales*”, *ob.cit.*, pág. 188. Aunque en líneas generales, se muestra de acuerdo con SILVA, FEIJOO plantea también dudas sobre este aspecto de la propuesta. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “*Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000*”, RJUAM, nº 4, 2001, esp., pág. 61.

⁵¹⁴ Vid. ESER Albin, “*Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano en la época de la Europeización y la Globalización*”, *ob.cit.*, pág. 26, cita nº 17.

En el sentido de lo que se viene señalando, puede comprenderse la semejanza existente entre la propuesta de HASSEMER y la de SILVA SÁNCHEZ. Éstas se diferencian precisamente en este punto: que el primero plantea un “Derecho” distinto y fuera de los deslindes del Derecho Penal (y en ese sentido lo fundamental de las críticas de ESER) y el segundo, opta por ese camino “dual”, pero al interior de los márgenes del Derecho Penal⁵¹⁵.

Habiéndose señalado lo que SILVA SÁNCHEZ expresa por las velocidades que propone para el Derecho Penal, y habiéndose distinguido de la propuesta de HASSEMER, queda por realizar observaciones sobre la tesis misma sustentada por el destacado penalista español.

3.3.3.- Perspectiva crítica de la expansión del Derecho penal. En particular sobre la metáfora de las velocidades

Una primera crítica está referida a que de la manera en que es planteado por SILVA SÁNCHEZ, lo que se produciría sería el diluir gradualmente los elementos constitutivos del Derecho penal hasta hacer desaparecer el concepto, y para fundamentar tal aserto no se necesita ni siquiera salir de la lógica que lo sustenta, ya que después de la segunda viene la tercera velocidad, siendo el

⁵¹⁵ En el sentido que expresa SILVA SÁNCHEZ, entre otros, vid. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, “*Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales*”, ob.cit., pág. 407; GORRIZ NÚÑEZ Elena, “*Posibilidades y Límites del Derecho Penal de dos velocidades*”, en AA.VV., *Temas de Derecho Penal Económico III Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords), Madrid, Editorial Trotta, 2004, esp., págs. 343-346. En sentido contrario se muestra GÓMEZ MARTÍN, señalando que opta por la tesis de HASSEMER, antes que por la de SILVA SÁNCHEZ porque, según él, la del primero mantiene una concepción unitaria del derecho. Vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, “*Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 80-81. En contra de ambas posiciones, de HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 182-185.

propio SILVA SÁNCHEZ el que acepta que ésta es lo que él llama “*un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos*”⁵¹⁶.

Es decir, en los términos que aquí se ha venido planteando, no sería más que poder punitivo ilimitado y absoluto, en definitiva, pura expansión punitiva. En este sentido, sin ambigüedades, CANCIO MELIÁ identifica directamente esta tercera velocidad como la versión española del “Derecho penal del enemigo”⁵¹⁷.

Una segunda crítica, está referida a que esta propuesta, ya en su segunda velocidad, no es un freno a la expansión del poder punitivo, sino sólo a la pena de cárcel⁵¹⁸, lo que en principio parece loable, pero que tiene el efecto no deslegitimante de ella, sino por el contrario, me parece que indirectamente la reafirma, ya que no se cuestiona la pena de cárcel en sí, sino sólo se excluye de algunos tipos de criminalidad, teniendo por parámetro no la importancia, ni el grado de afcción al bien jurídico, sino sólo toma en consideración la menor intensidad de la sanción, lo que merece al menos una mayor detención.

⁵¹⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 166.

⁵¹⁷ Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, “*¿Derecho Penal del Enemigo?*”, ob.cit., pág. 88. También, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “*Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos*”, ob.cit., esp., pág. 40; FARALDO CABANA Patricia y MUÑAGORRI LAGUIA Ignacio, “*El nuevo autoritarismo político-criminal en España*”, ob.cit., esp., págs. 400-411; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros internos-Externos*”, ob.cit., pág. 708; TERRADILLOS BASOCO Juan María, “*Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico*”, ob.cit., pág. 237; LAURENZO COPELLO Patricia, Recensión en “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 227; NÚÑEZ PAZ Miguel Ángel, “*Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma*”, ob.cit., págs. 24 y 26; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “*Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales*”, ob.cit., pág. 111.

⁵¹⁸ Crítico sobre ello, MILLITELLO señala: “La cuestión más delicada es más bien verificar si las sanciones de que se trata son capaces de adaptarse a las características criminológicas de los nuevos fenómenos surgidos...Una verificación que lamentablemente falta en la contribución de Silva Sánchez, en que la exigencia de afrontar los nuevos fenómenos con sanciones penales alternativas a la prisión está ayuna de toda observación empírica en relación con la eficacia de tales sanciones en los sectores correspondientes”. Vid. MILLITELLO Vincenzo, en Recensión a “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 249.

Poner en primer lugar el castigo, pasa por dejar de lado los básicos conceptos de última o extrema ratio, subsidiariedad, y como resultado la fragmentación se vislumbra como una falla del sistema destinada a subsanarse, antes que como positiva y necesaria⁵¹⁹. Además, y en este sentido, bien dice ZÚÑIGA RODRÍGUEZ que, "...los ilícitos no pueden depender de la amenaza con pena privativa de libertad por que esta es una decisión que quedaría en manos del legislador"⁵²⁰.

Todos estos principios son manifestaciones del gran principio limitador del poder de definición, que es el Principio de intervención mínima⁵²¹. Y es que existe un vasto acuerdo doctrinal en que el Derecho penal no es la solución al fenómeno de la criminalidad, tan sólo es una de las respuestas posibles y ni siquiera la mejor y por ello, nunca ha de ser la primera. Aceptar la metáfora de las velocidades, implicaría abandonarnos ante un legislador omnipotente, implicaría renunciar a los límites del poder de definición y en dicha medida

⁵¹⁹ Todo lo cual se enmarca en la creencia de que el derecho penal es la solución a la criminalidad, que es en esencia el fundamento de la expansión del poder punitivo, lo que nos lleva a trastocar el fundamento del Derecho Penal, en cuanto su función ya no sería la protección preventiva de Bienes jurídicos, sino la realización de la justicia, cimiento éste de las teorías absolutas de la pena, lo que nos lleva a la retribución, que no está dirigida a un fin, sino que es su fundamento. Por ello la fragmentariedad es un defecto antes que una virtud, de ahí la denuncia de BINDING, "...quien habló por primera vez del carácter fragmentario del derecho penal, lo consideró un defecto importante que debía superarse completándose la protección de los bienes jurídicos... para quien, como Binding, el derecho penal está destinado a la realización de la justicia, es lógico considerar defectuoso que no se castiguen todos los hechos lesivos de unos mismos bienes, con independencia de la peligrosidad de los distintos modos de ataque". Vid. MIR PUIG Santiago, *"Introducción a las Bases del Derecho Penal"*, ob.cit., esp., págs. 110-111. Además, de forma sintética sobre este principio penal, vid. NAUCKE Wolfgang, *"La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado"*, trad. Pablo Sánchez, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000, esp., págs. 536-537.

⁵²⁰ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *"Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales"*, ob.cit., pág. 111.

⁵²¹ Abogando expresamente por una "flexibilización" de este principio, sin que por ello deba abandonarse también el de "máximas garantías", vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, *"¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?"*, ob.cit., pág. 123.

dedicarnos a la mejor distribución de la pena de cárcel, rindiéndonos ante la expansión del poder punitivo⁵²².

De este modo se llega a la tercera de las críticas que a la metáfora de las velocidades le es reprochado, me refiero al hecho de que la propuesta se refiere a la limitación de la pena de cárcel sólo en lo referido a los delitos “clásicos”, pues es precisamente para los de “nuevo cuño”, para los que resulta aplicable la segunda velocidad, lo que en mi opinión, no sería más que “cambiar todo para dejarlo igual”⁵²³.

Me refiero a que, de la manera planteada, la segunda velocidad no estaría destinada para las manifestaciones expansivas de poder punitivo, sino que se manifestaría como un freno al desarrollo del Derecho penal⁵²⁴, que claramente se dirige a la criminalización de conductas relacionadas, por ejemplo, con la afectación de bienes jurídicos colectivos, y en este sentido, con lo que se conoce como delitos de los poderosos⁵²⁵, dejando para los delitos de los no poderosos la pena de cárcel⁵²⁶.

De manera que, en mi opinión, no es que se esté cuestionando ni restringiendo la cárcel para las afectaciones más graves a los bienes jurídicos

⁵²² En este sentido, vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, “Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”, ob.cit., págs. 236-239.

⁵²³ En semejante sentido, vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, “Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”, ob.cit., esp., págs. 204-205.

⁵²⁴ Así, se señala que la metáfora que se viene analizando se reduciría a la injustificada fórmula de “ser restrictivos en lo más necesitado o merecedor de pena y expansivo en lo menos”. Vid. GÓMEZ TOMILLO, “Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho penal”, RAP, nº 4, 2000, págs. 84-85.

⁵²⁵ “...la reciente evolución legislativa ha extendido y generalizando el fenómeno en cuestión, que involucra a todas las clases sociales; y hasta aquellos sujetos que antes eran los beneficiarios de la actuación socialmente desigual del Derecho Penal, hoy la sufren y son sus víctimas”. Vid. SGUBBI Filippo, “El Delito como Riesgo Social”, ob.cit., pág. 51.

⁵²⁶ Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Límites Objetivos y Subjetivos a la intervención penal en el Control de los Riesgos”, ob.cit., esp., págs. 29 y 40.

más importantes, sino que se está restringiendo la cárcel para un tipo de criminalidad. En este sentido, entiendo la crítica que realiza, por ejemplo, CORCOY, quien señala que en los delitos en los que se protegen bienes jurídicos supraindividuales, generalmente, los potenciales autores no son los de siempre, “por lo que puede afirmarse que existe más que una mera sospecha de que desde estos posicionamientos se trata de proteger a estos nuevos autores”⁵²⁷.

Así también, se plantea frente a este tema MARTÍNEZ-BUJAN, expresando respecto del trasfondo de quienes abogan por esta línea argumentativa que dada “...la diversidad metodológica e ideológica de los autores que se inscriben en esta dirección no observo otro máximo común denominador y me inclino a pensar que el manto aglutinador se teje merced a una proteica mixtura de intereses, en algunos casos confesables, en otros no tanto”⁵²⁸.

De manera que las cosas seguirán en esencia fundamentadas en la misma mecánica que hasta ahora. Si se me disculpa, en aras de la explicación, la siguiente reducción de la problemática: los pobres responderían penalmente con su libertad (cárcel), mientras que los poderosos con su dinero (multas)⁵²⁹.

⁵²⁷ Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”*, ob.cit., págs. 186-187. Crítica que aquí la autora refiere a la denominada escuela de Frankfurt, pero que en su artículo *“Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos”*, ob.cit., pág. 40, aplica directamente a la tesis de SILVA SÁNCHEZ en este punto. Vid. además en el mismo sentido, GORRIZ NÚÑEZ Elena, *“Posibilidades y Límites del Derecho Penal de dos velocidades”*, ob.cit., pág. 344.

⁵²⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, *“Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”*, ob.cit., pág. 430.

⁵²⁹ En este sentido, señala PORTILA: “Por ello, resulta inconsistente que la reducción del derecho penal al mínimo signifique, al final, excluir a los que ostentan el poder económico y reforzar el tradicional carácter desigual y selectivo del derecho penal”. Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista”*, ob.cit., pág. 348. En el mismo sentido, se puntualiza que una característica toral de esta perspectiva de la actividad penal, se vería reflejada en que los castigos, en cuanto a extensión e intensidad sería

Ello, no sólo pone en entredicho una pretendida finalidad democrática político criminal, de un Derecho penal igualitario para ricos y pobres, si no también su efectividad, dado que, como bien destaca CORCOY, se pretende evitar las sanciones privativas de libertad para aquellos casos en los que precisamente éste tipo de pena sea probablemente la única que en este ámbito pueda tener algún efecto preventivo⁵³⁰.

De todo esto se obtiene un resultado que deja en evidencia que aquello de las velocidades, sin perjuicio de lo loable que sean las intenciones que puedan subyacerle, y que aquí no se ponen en duda, no puede superar, tristemente, la perenne paradoja, parafraseando a BINDER, de las “palabras bonitas y los hechos mezquinos.”

Cierto es que SILVA SÁNCHEZ no acepta esta crítica, y señala que: “Según entiendo, no se trata de distinguir –ni me parece que nadie lo haya pretendido– según sujetos, sino según hechos y según consecuencias jurídicas”⁵³¹. Aseveraciones que GRACIA MARTÍN califica de “sorprendente opinión”⁵³², observación que comparto, aunque matizado en todo aquello que necesite la prudencia, pues, resulta al menos razonable observar que, si desde la realidad nos planteamos, aquellos delitos a los que la segunda de las

“inversamente proporcional a la renta”. Vid. PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, *“El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal”*, ob.cit., pág. 88.

⁵³⁰ Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Límites Objetivos y Subjetivos a la intervención penal en el Control de los Riesgos”*, ob.cit., págs. 29.

⁵³¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, ob.cit., pág. 158.

⁵³² Vid. GRACIA MARTÍN Luís, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., pág. 186. Cuestionando la afirmación de SILVA SÁNCHEZ. Además, vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, *“Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico.”*, ob.cit., pág. 238.

velocidades sería aplicable, evidentemente no son precisamente aquellos cometidos por sujetos carentes de capacidad de consumo⁵³³.

Así, dice ZÚÑIGA respecto de este tema que "...sería legitimar un Derecho penal para la criminalidad callejera reforzando la pena privativa de libertad y otro Derecho penal para los delincuentes de cuello blanco, con clara vulneración del principio de igualdad"⁵³⁴, estableciéndose de dicha manera "en nombre de las garantías, un derecho penal fuerte y clásico...una Política criminal fuerte con el débil y débil con el fuerte"⁵³⁵.

3.3.4.- De lo razonable en la expansión del Derecho penal

SILVA SÁNCHEZ lo expresa con todas sus letras, "hay una expansión" que le resulta razonable. Ahora, la precisión de dichas palabras implica señalar algunas distinciones, partiendo del hecho obvio que de haber una "expansión razonable", por consiguiente, hay una que no lo es. Así, se ha de distinguir entre aquellas manifestaciones de expansión que se concreten en conductas que encuadren básicamente con lo que hasta ahora se ha conocido por Derecho Penal.

⁵³³ En este sentido, vid. GRACIA MARTÍN Luís, *"Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia"*, ob.cit., esp., págs. 186-189; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *"Límites Objetivos y Subjetivos a la intervención penal en el Control de los Riesgos"*, ob.cit., esp., págs. 29.

⁵³⁴ Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *"Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales"*, ob.cit., pág. 111.

⁵³⁵ Vid. DONINI Massimo, *"Il volto attuale dell' illecito penale"*, citado por ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, *"Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales"*, ob.cit., pág. 111, cita nº 42.

En este sentido, señala: “El espacio de la *expansión razonable* del Derecho penal de la pena de prisión viene dado por la existencia de conductas que, por sí solas, lesionan o ponen en peligro real un bien individual; eventualmente, cabe admitir lo mismo a propósito de bienes supraindividuales, siempre que sea la conducta del concreto sujeto la que efectivamente los lesione o ponga en peligro real”⁵³⁶. Respecto de los cuales, como ya bien se sabe, se deben mantener todos los principios y garantías clásicos.

En relación con el segundo tipo de expansión, estaría referido según el autor, a “...ilícitos de acumulación, o peligro presunto, esto es, a conductas alejadas de la creación de un peligro real para bienes individuales (e incluso supraindividuales, si es que éstos se conciben con un mínimo de rigor)”⁵³⁷ respecto de los cuales no cabría la pena de prisión, dada la irracionalidad “político jurídica” que se requeriría, y ante la cual cabe sólo mantener una actitud resignada⁵³⁸.

De manera que se entiende con claridad que aquel Derecho penal, por él llamado de segunda velocidad, vendría a ser razonable, y en ese sentido legítimo, y necesario⁵³⁹. En relación con ello las críticas se han dejado sentir en torno, básicamente, a la unidad del sistema penal y de la necesidad de mantener el sistema de principios y garantías⁵⁴⁰. Dice en este sentido, por ejemplo,

⁵³⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., pág. 162 (cursiva en el original).

⁵³⁷ *Ibíd.*

⁵³⁸ *Ibíd.*

⁵³⁹ *Ibíd.* esp., págs. 161-162.

⁵⁴⁰ En sentido distinto se plantea crítico MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ explicando que en el análisis de SILVA SÁNCHEZ, aunque no sólo en él, hay un “desenfoco en el diagnóstico” en lo que dice relación con el ámbito económico. Sobre ello, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, “*Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales*”, ob.cit., págs. 411-429. En el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN Víctor, “*Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., págs. 80-81.

ZUGALDÍA que: "...con o sin pena privativa de libertad, el derecho penal todo debe estar presidido por idénticas garantías constitucionales; además, la discusión en torno a la renuncia a la pena privativa de libertad debe hacerse en todo el Derecho penal y no sólo en el ámbito de los delitos económicos"⁵⁴¹.

Es así como, a pesar de abogar por la unidad del Derecho penal, esto es en la respuesta del Estado, en diferencia que marcamos antes respecto de la tesis sustentada en Alemania por HASSEMER y su propuesta de Derecho penal de Intervención que sería un Derecho intermedio y no parte del Derecho penal, SILVA SÁNCHEZ en su propuesta opta por una reacción estatal dual ante los delitos, esto caracterizado por los conflictos sociales de nueva época, sin embargo no se escapa de la crítica del doble baremo. Señala GÓMEZ MARTÍN, "...es igualmente preferible, en mi opinión, que en el Derecho penal solo quepa aplicar *una única velocidad*, la que permite imprimir la observancia de los criterios de imputación y las garantías político-criminales y procesales del Derecho penal liberal clásico, sea cual sea la naturaleza de la consecuencia jurídica"⁵⁴².

En críticas como las que se han señalado se desprende que, si bien es cierto, SILVA SÁNCHEZ salva el reproche que en el sentido de la unidad del derecho se le realizan a HASSEMER y su propuesta, no lo es menos que, en mi opinión, éstas son salvadas sólo parcialmente, en cuanto, no se da respuesta satisfactoria a lo reprochado, sino sólo, se desplaza la problemática desde

⁵⁴¹ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, "*¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?*", ob.cit., pág. 114. Autor que considera más plausible una "penalización" del Derecho administrativo. Sobre ello, también, vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, "*Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una administrativización del Derecho Penal o una Penalización del Derecho Administrativo Sancionador?*", ob.cit., págs. 1417-1444.

⁵⁴² Vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, "*Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo*", ob.cit., pág. 81 (cursivas en el original).

“fuera” del Derecho penal, a “dentro” de éste. Es así como puede entenderse la tan citada, a pesar de calificarse de tautología, frase de MENDOZA BUERGO, “El Derecho penal es todo él en su conjunto derecho penal”⁵⁴³.

Y es que de esta forma, y siendo la segunda velocidad aún Derecho penal, implica que las conductas establecidas como delito han sido incluidas dentro del catálogo de nuestra rama precisamente en atención a su gravedad, de modo que no se ve motivo por el cual no se tenga respecto de éstas las mismas cortapisas⁵⁴⁴ al poder penal del Estado. Dice, respecto de las conductas, en este sentido MENDOZA BUERGO, “Seguirán siendo comportamientos lo suficientemente graves como para justificar que se prevea una sanción penal para ellos y, en esa medida, las garantías a observar deben ser básicamente las mismas”⁵⁴⁵.

De esta manera, puede señalarse que la relativización de principios de garantía que propone SILVA SÁNCHEZ, a los cuales no se debería asociar penas privativas de libertad, esto es la segunda velocidad, no es una propuesta que supere las críticas que se han venido señalando, y por tanto, si bien ha sido mejor recibida que la postura de HASSEMER en cuanto mantiene la unidad del Derecho penal, no es menos cierto que con ello sólo se desplaza la discusión.

⁵⁴³ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., pág. 185 (cursivas en el original).

⁵⁴⁴ Ciertamente, SILVA SÁNCHEZ parte de la base de que es normal y legítimo distinguir “dentro” del derecho penal sin que por ello se pierda su “unidad sustancial”. Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., esp., págs. 156-159.

⁵⁴⁵ *Ibid.* Vid. en el mismo sentido, GÓMEZ MARTÍN Víctor, “Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”, ob.cit., págs. 81-82; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, “Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”, ob.cit., pág. 408; TERRADILLOS BASOCO Juan María, “Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico.”, ob.cit., pág. 238; ZUGALDÍA ESPINAR José, “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?” ob.cit., págs. 114-115. Entiendo en este sentido, también la crítica de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Viejas y Nuevas Tendencias Político criminales en las Legislaciones Penales”, ob.cit., págs. 110-111.

En efecto, en cuanto el Derecho de Intervención del penalista de Frankfurt, al perder la naturaleza de Derecho penal, perdería con ello también las cualidades de éste (capacidad simbólico-comunicativa⁵⁴⁶ y el plexo de garantías que le dan sentido). No es menos cierto que manteniéndose, “la segunda velocidad”, dentro del Derecho penal no se puede explicar de manera convincente que una conducta estimada como grave, de ahí que sea el Derecho penal quien tenga que intervenir, no tenga las garantías propias del mismo.

3.4.- Recapitulación y toma de postura

Habiendo en el punto anterior rechazado el término de “Derecho Penal del Riesgo”, se han analizado los conceptos de “Moderno Derecho penal” y “Expansión del Derecho Penal” según lo que exponen en España, respectivamente, los profesores GRACIA MARTÍN y SILVA SÁNCHEZ. Al referirnos a las críticas que cada postura ha recibido, se ha comentado también mi parecer sobre lo correspondiente. De esta manera, es que me parece adecuado ahora señalar mi postura general sobre esta cuestión.

Debe decirse de entrada que aquí se comparten en lo fundamental muchas de las críticas que la doctrina realiza a las posiciones de ambos autores, pero cierto es también que me planteo desde la necesidad de la adecuación del Derecho penal a las nuevas realidades sociales. Entiendo que nadie puede estar

⁵⁴⁶ Así, por ejemplo, sobre este factor entiendo también la crítica de SCHÜNEMANN Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, ob.cit., esp., págs. 190-205.

en contra de aquéllo⁵⁴⁷, y que las discrepancias pasan sólo por la forma en que se realice dicha adecuación⁵⁴⁸.

Desde el punto de vista de las posiciones aquí señaladas, puedo manifestarme conforme con la denominación tanto de “modernización del Derecho Penal” como con “expansión del Derecho penal”⁵⁴⁹. Y no sólo por el hecho obvio de que modernización, aunque sólo sea en el sentido de adecuación a las nuevas realidades sociales, implica necesariamente nuevas intervenciones del Derecho Penal y evidentemente con ello la ampliación del catálogo punitivo, puesto que se han de regular materias antes no establecidas, sino también desde un punto de vista valorativo, en cuanto me parece que dicha modernización deviene actualmente en necesaria.

Un discurso penal que dé importancia menor a, por ejemplo, las conductas atentatorias contra el medio ambiente, que a aquellas que afectan la propiedad, ya no puede resultar de recibo, pues, aún teniendo en consideración las atendibles críticas que sobre ello se vierten, no puede desconocerse la relevancia jurídico penal de bienes jurídicos colectivos como el mencionado, sin perjuicio de que sea necesario un mayor desarrollo dogmático de estos ámbitos⁵⁵⁰. No tendría coherencia alguna abandonarse a políticas criminales de

⁵⁴⁷ Sin perjuicio de que la escuela de Frankfurt haya sido calificada de mero “Obstáculo a la modernización del Derecho penal”. En este sentido, vid. SCHÜNEMANN Bernd, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, ob.cit., pág. 209.

⁵⁴⁸ Sobre ello se señala: “...no se discute la seriedad de las amenazas objetivas que provienen de determinadas actividades. Tampoco se discute que frente a determinadas conductas se necesite y merezca la intervención punitiva. Se polemiza sobre el recurso al Derecho penal como criterio definitivo de resolución de los nuevos y/o viejos pero renovados e incrementados conflictos a través de la elevación a concepto plenario de una idea acrítica de seguridad”. Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, “El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”, ob.cit., pág. 1346.

⁵⁴⁹ Términos que GRACIA MARTÍN entiende sinónimos. Vid. GRACIA MARTÍN Luís, “Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”, ob.cit., esp., págs. 196-197.

⁵⁵⁰ “No deja de sorprender que un amplio sector de la moderna doctrina alemana, italiana y española, defienda un derecho penal nuclear, en el que se excluye la intervención penal de los riesgos que a los ciudadanos les parecen más

corte atávico fundamentadas dogmáticamente sólo en la “satanización” por principio de nuevas propuestas⁵⁵¹.

Y es que la eficacia o no de la intervención penal debe estar siempre presente en la discusión político criminal, pero no puede convertirse en un obstáculo para la protección de bienes jurídicos sólo por una cuestión de antigüedad o novedad, de ahí que la oposición en bloque a la expansión o modernización del Derecho penal no pueda considerarse acertada.

Con ello me quiero referir a que en la no distinción de las diversas manifestaciones de ello, no sólo se están rechazando justas y necesarias exigencias de intervención penal⁵⁵², sino que además de manera subrepticia se están colando manifestaciones de expansión meramente punitiva que han venido a contaminar la no sólo legítima, sino impostergable discusión sobre la modernización de nuestro Derecho penal⁵⁵³.

La importancia de la distinción merece ser resaltada, y para ello se requiere del debate dogmático y político criminal correspondiente, para de dicha manera depurar los distintos discursos que en la oscuridad de su no

graves, como son la mayoría de los mencionados como nuevos riesgos -seguridad en el tráfico, medio ambiente...-, pero sin que exista apenas discusión acerca de si cualquier hurto, por insignificante que éste sea, debe seguir recibiendo protección penal, por enunciar únicamente un ejemplo”. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “*Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos*”, ob.cit., pág. 30. En el mismo sentido, PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*”, ob.cit., esp., págs. 349-350.

⁵⁵¹ En este sentido, vid. SCHÜNEMANN Bernd, “*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*”, ob.cit., págs. 200-202.

⁵⁵² En este sentido, FEIJOO aboga por no realizar una descalificación global, sino por desarrollar criterios que permitan delimitar una intervención penal legítima de acuerdo a las actuales necesidades sociales. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “*Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo*”, en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006, esp., pág. 153.

⁵⁵³ En el mismo sentido, entre otros, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, “*Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal*”, ob.cit., esp., págs. 194-195.

estudio pueden atisbarse como lo mismo. Es así como se debe tener claro que la modernización del Derecho penal necesita por requisitos de la esencia mantenerse dentro del ámbito del Estado social y democrático de derecho⁵⁵⁴ donde se forje la Política criminal que le oriente⁵⁵⁵.

Y es que de no darse en el sentido que acaba de expresarse, aquello que se denomine modernización, no será sino la sustitución del mismo⁵⁵⁶, no la modificación sino la mera derogación⁵⁵⁷ del Derecho penal⁵⁵⁸ y es que, por ejemplo, no puede reconocerse como modernización del Derecho penal aquéllo

⁵⁵⁴ Pues de no ser así, se niega en el mismo acto dicha forma de Estado. En este sentido, vinculando directamente el derecho penal del enemigo con los estados autoritarios, por ejemplo, vid. PÉREZ DEL VALLE Carlos, *"Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo"*, CPC, nº 75, 2001 y en, del mismo, *"Derecho penal del enemigo ¿Escarnio o prevención de peligros"*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, págs. 549-569.

⁵⁵⁵ En este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *"El derecho penal del enemigo. Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad"*, en AA.VV., El derecho penal frente a la inseguridad global, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007, esp., págs. 129-131 y, con el mismo nombre, en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., págs. 482-485. En este sentido, también FEIJOO, advirtiendo sobre la ilegitimidad de normas que no respondan a los límites propios de un Estado social y democrático de derecho. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *"El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho"*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., págs. 801-802, 818-819, 838 y en, del mismo, *"Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000"*, ob.cit., esp., págs. 49, 52, 54; TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Política criminal con bases empíricas en España"*, ob.cit., esp., págs. 10-12.

⁵⁵⁶ Aunque esté de acuerdo en el fondo con lo que aquí se sostiene, MUÑOZ CONDE quita relevancia a la cuestión del "nombre", pues lo importante para él, sería el contenido. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *"La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo"*, ob.cit., esp., págs. 111-112.

⁵⁵⁷ En este sentido, vid. FERRAJOLI Luigi, *"El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal"*, RNFP, nº 69, enero-junio 2006, págs. 13-31.

⁵⁵⁸ En este sentido, dice CANCIO que en verdad: "...supone una especie de usurpación del rótulo del Derecho penal; al margen de su posible justificación, lo que está claro es que es algo nuevo, algo distinto del Derecho penal". Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, *"Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo"*, ob.cit., pág. 59 y en, del mismo, *"De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?"*, en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, esp., pág. 380. Además, vid. GÓMEZ MARTÍN Víctor, *"El derecho penal de autor"*, ob.cit., págs. 283-307. Respecto de los efectos, ya no teóricos, sino prácticos de la aplicación del derecho penal del enemigo, siempre ha de tenerse en cuenta el caso colombiano. Sobre ello, vid. APONTE Alejandro, *"Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo"*, RNFP, nº 69, enero-junio 2006, págs. 32-47 y en, del mismo, *"Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra"*, en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, págs. 205-237.

que lo niegue⁵⁵⁹, aquéllo que ha sido, con manifiesta contradicción en los términos⁵⁶⁰, precisamente denominado como “un no-derecho”⁵⁶¹.

La encrucijada en que se ha puesto al Derecho penal para que decida entre garantías o modernización, ha de rechazarse aquí por falsa⁵⁶², pues dicho conjunto de principios y garantías le integran, le dan contenido y sentido⁵⁶³, siendo por ello contradictorias en sí mismas posiciones que pongan en necesidad de decidir entre garantías y modernización, como si en ello hubiera una bifurcación inexorable⁵⁶⁴, en lo que en verdad es un único camino, si donde se está situado, es dentro de los límites impuestos por un Estado Social y Democrático de Derecho⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ De ahí que FERRAJOLI, lo califique como un oxímoron inaceptable. Vid. FERRAJOLI Luigi, *“El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”*, ob.cit., esp., pág. 16. O, como ARROYO, que lo tacha, no sin cierta hipérbole, como “el infierno de Dante, “conmoción y espanto”. Vid. ARROYO ZAPATERO Luís, *“Presentación”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, pág. 21.

⁵⁶⁰ Así, por ejemplo, vid. CANCIO MELIÁ Manuel, *“Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo”*, ob.cit., pág. 59 y en, del mismo, *“De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”*, ob.cit., esp., pág. 380; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *“Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”*, ob.cit., esp., págs. 201-202.

⁵⁶¹ En este sentido, se señala: “En esta época de absolutismos... unos y otros se sitúan en el frente de ese Derecho penal de la guerra, que, como se reconoce es, en realidad un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos. Y la pregunta resulta obvia, ¿cómo justificar ese modelo en un Estado democrático de Derecho?”. Vid. MAQUEDA ABREU María, *“Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”*, ob.cit., pág. 1298 y en, de la misma, *“Crítica a la reforma penal anunciada”*, ob.cit., pág. 11. Además, vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, *“El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”*, RP, nº 19, 2007, págs. 52-69.

⁵⁶² En este sentido, por ejemplo, vid. RAMOS VÁZQUEZ José Antonio, *“Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”*, ob.cit., esp., pág. 99.

⁵⁶³ En el mismo sentido, por todos, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”*, ob.cit., esp., págs. 194-195.

⁵⁶⁴ En este sentido, MOCCIA, quien plantea que pese a la necesaria adaptación del derecho a la peculiaridad del fenómeno actual, no quiere decir que deba renunciarse a las exigencias garantísticas propias del Estado social de derecho. Vid. MOCCIA Sergio, *“De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales”*, ob.cit., pág. 119.

⁵⁶⁵ Sobre ello, por ejemplo, vid. FERRAJOLI Luigi, *“El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”*, ob.cit., págs. 13-31; LANDROVE DÍAZ Gerardo, *“El Derecho Penal de la seguridad”*, ob.cit., esp., pág. 5. Desde una perspectiva diferente, aunque en mi opinión con semejante conclusión, MANTOVANI, niega importancia al endurecimiento, expansión o al propio derecho penal del enemigo, destacando que lo verdaderamente importante sería modificar el fondo social que permite tales construcciones, pues éstos serían sólo efectos o consecuencias de ese fondo. Vid. MANTOVANI Ferrando, *“El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”*, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I*, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., pág. 447.

Es natural, evidente, que los conflictos sociales que se planteaban en siglos pasados no sean los mismos que los que se presentan hoy⁵⁶⁶, máxime, si se parte de la base, como se hace por todos, de la enmarañada y cada vez más compleja sociedad en que nos desenvolvemos⁵⁶⁷. En este sentido, señala SCHÜNEMANN, "...esta retirada a los siglos XIX y XVIII (estando éstos, por lo demás, reconstruidos de modo inexacto) no puede ofrecer perspectiva de futuro alguna y constituye un callejón sin salida que precisamente es incapaz de llevar a cabo la necesaria crítica a las tendencias legislativas dominantes en el momento actual, dejando por ello al legislador tanto más vía libre cuanto con mayor frecuencia sea transitado"⁵⁶⁸.

De esta manera, puede comprenderse que un problema complejo requiere de soluciones del mismo tipo, respuestas que no impliquen renunciar a los principios y garantías que constituyen el Derecho penal, pero tampoco se puede responder con inmovilismo⁵⁶⁹ (¿Otra vez una dogmática sin consecuencias?).

En este sentido, ROXIN señala como inadmisibile, desde un punto de vista político social, que: "...el arma más grave del Estado, el ius puniendi, se

⁵⁶⁶ Así, por todos, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *"Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo"*, ob.cit., págs. 149-154.

⁵⁶⁷ En el mismo sentido, por ejemplo, vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *"Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo"*, ob.cit., esp., págs. 196-199; MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *"Límites de la política criminal y del derecho penal"*, ob.cit., esp., pág. 529.

⁵⁶⁸ Vid. SCHÜNEMANN Bernd, *"Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana"*, ob.cit., pág. 205. Semejante idea en la, del mismo, *"Presentación"* de GRACIA MARTÍN LUÍS, *"Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia"*, ob.cit., esp., pág. 14. En contra, vid. PRITTWITZ Cornelius, *"Sociedad del riesgo y derecho penal"*, ob.cit., esp., págs. 268-272 y, con el mismo nombre, en AA.VV., *El penalista Liberal*, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, págs. 147-179.

⁵⁶⁹ Entiendo en este sentido la posición de ARROYO ZAPATERO Luís, *"Presentación"*, ob.cit., págs. 17-21. De la misma manera, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *"Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo"*, ob.cit., págs. 152-154.

use sin objeciones frente a cada bronca, cada riña a cuchilladas o cada pequeño robo, y sin embargo deba retroceder en la lucha de peligros contra la vida e integridad u otros bienes jurídicos fundamentales de millones de hombres, como por ejemplo, los que se derivan de los fallos en los productos, los daños al medio ambiente, del uso de energía nuclear..."⁵⁷⁰.

Es así, de esta manera, que ha de evitarse el caer en posiciones extremistas, por más coherentes que éstas sean. Se trata, en otras palabras, "...de mantener un equilibrio que evite una doble suerte de posiciones extremas y negativas para el Derecho penal: la fácil huída al mismo y el absentismo ante las nuevas formas de criminalidad"⁵⁷¹.

De ahí la importancia de la modernización del Derecho penal, que en verdad no se aprecia el por qué deba hacerse de espaldas al Estado Social y de Derecho al que sirve⁵⁷², es más bien por el contrario, pues dicha modernización, para que sea equiparable a "evolución" o "desarrollo", debe llevarse a cabo en

⁵⁷⁰ Vid. ROXIN Claus, "Conclusiones finales", en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, trad. Carmen Gómez Rivero, Luís Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann y Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, pág. 329.

⁵⁷¹ Vid. SANTANA VEGA Dulce María, "La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos", ob.cit., pág. 40. En el mismo sentido, entre otros, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, "Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo", ob.cit., págs. 152-154 y en, del mismo, "El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho", ob.cit., esp., págs. 803, 834-837, 839 y en, "Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000", ob.cit., esp., págs. 65-66; MENDOZA BUERGO Blanca, "Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal", ob.cit., esp., pág. 292.

⁵⁷² En este sentido, MOCCIA alega que es justamente en esta época de cambios donde deben verse reforzados los principios fundamentales instaurados como garantías de los derechos de las personas "...y con ellos también el Derecho penal; pese a todo, también el Derecho penal". Vid. MOCCIA Sergio, "De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales", ob.cit., pág. 142.

ese cauce⁵⁷³, y ser aquél, y no el de siglos pasados, el que se oponga a manifestaciones que sólo propongan derrame punitivo en el tejido social⁵⁷⁴.

⁵⁷³ En este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., pág. 1052 y en, del mismo, *“Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”*, ob.cit., esp., pág. 195.

⁵⁷⁴ En este sentido, entre otros, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”*, ob.cit., esp., págs. 183-194 y en su, *“Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos”*, ob.cit., esp., pág. 40; DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., págs. 1051-1053; FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *“Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo”*, ob.cit., págs. 149-154 y en, del mismo, *“El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”*, ob.cit., esp., págs. 803, 834-837, 839 y en, *“Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”*, ob.cit., esp., págs. 65-66; GÓMEZ MARTÍN Víctor, *“Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., esp., págs. 87-90; GORRIZ NÚÑEZ Elena, *“Posibilidades y Límites del Derecho Penal de dos velocidades”*, ob.cit., esp., págs. 345-346; GRACIA MARTÍN Luís, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., esp., págs. 189 y ss. y en su, *“Qué es la Modernización del Derecho Penal”*, ob.cit., esp., págs. 387-394; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, *“Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”*, ob.cit., esp., págs. 429-431; MENDOZA BUERGO Blanca, *“El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., esp., págs. 181-192 y en su, *“Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., esp., pág. 85 y en *“Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal.”*, ob.cit., esp., págs. 316-321; MORENO HERNÁNDEZ Moisés, *“Límites de la política criminal y del derecho penal”*, ob.cit., esp., págs. 523-529; NAVARRO CARDOSO Fernando, *“El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”*, ob.cit., esp., pág. 1346; SANTANA VEGA Dulce María, *“La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”*, ob.cit., esp., págs. 37-40; SCHÜNEMANN Bernd, *“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”*, ob.cit., esp., págs. 190-205 y en, del mismo, *“Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio”*, ob.cit., esp., págs. 66-69 y en su, *“Presentación”* de GRACIA MARTÍN Luís, *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, ob.cit., esp., pág. 14; TERRADILLOS BASOCO Juan María, *“Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”*, ob.cit., esp., pág. 240; ZUGALDÍA ESPINAR José, *“¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”* ob.cit., esp., pág. 123.

Segunda parte:

**PROTECCIÓN PENAL
DE LA SEGURIDAD VIAL**

CAPÍTULO III

APROXIMACIONES A LA PROTECCIÓN PENAL DE LA SEGURIDAD VIAL

1.- Política criminal de la seguridad vial

1.1.- Relevancia social de la seguridad vial

“Tragedia vial”, “Violencia vial”. De tal guisa, o de otras semejantes, es como, política y comunicacionalmente, se ha venido señalando a ese conglomerado heterogéneo de conflictos sociales, cuyo casi único común denominador es precisamente girar en torno al tráfico rodado y que viene a dar buena cuenta, ya desde su denominación, de la percepción social “dramática” que de la cuestión vial se tiene⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ En este sentido, entre otros, vid. DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, *“Sociología de la seguridad vial”*, COA, nº 45, Madrid, CIS, 2003, esp., págs. 7-8.

Dada la magnitud y gran repercusión mediática de los accidentes de circulación, no parece necesario invocar aquí, en una suerte de justificación, un inventario demasiado detallado de cifras conmovedoras para hacer ver que el ámbito social del tráfico rodado ha alcanzado un nivel de extraordinaria relevancia para la sociedad española.

Todo ello, dicho sea de paso, sin perjuicio de que la toma de conciencia individual de los riesgos de la actividad sea casi inversamente proporcional⁵⁷⁶. Desde otro punto de vista, aunque en el mismo sentido, conviene tener en consideración que se trata de una problemática que se encuentra muy lejos de ser sólo una cuestión local, que afecte a España en particular, sino que se ha desarrollado como un triste fenómeno de dimensiones continentales⁵⁷⁷ y mundiales⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Evidentemente, son muchos y variados los factores que podrían concurrir a explicar este fenómeno. De entre ellos, me parece digno de resaltar, esa incapacidad del automovilista medio de verse así mismo como victimario, aunque fácilmente se reconozca como víctima. De manera que, los peligros de la conducción, provendrían de una "minoría de conductores incívicos". Vid. MIR PUIG Santiago, "Presentación", en Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 17. En este sentido, entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, "Debate" en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 179; DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, "Sociología de la seguridad vial", ob.cit., esp., págs. 21-31; GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, "La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial", en AA.VV., Derecho penal y seguridad vial, Madrid, CGPJ, 2007, esp., págs. 281-282; MANTOVANI Ferrando, "La proclamación de los Derechos Humanos y la ineffectividad de los Derechos Humanos (¿Enseñamiento contra la vida o la cultura de la vida?), CPC, nº 89, 2006, esp., pág. 64; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Emilio, "Debate", en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, esp., pág. 174; MORILLAS CUEVA Lorenzo, "Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global", en AA.VV., Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales), Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, esp., págs. 412-413.

⁵⁷⁷ Para ver cifras, y análisis comparativos, respecto de la situación actual en la Unión Europea, en cuanto a la accidentalidad vial, puede consultarse la revista electrónica de la Dirección general de tráfico: "Tráfico y Seguridad Vial", nº 183, en <http://www.dgt.es/revista/num183/pdf/num183-2007-europa.pdf>

⁵⁷⁸ Así, se ha señalado que: "Según la O.M.S los grandes retos sanitarios del siglo XXI, son los accidentes de tráfico, junto con las enfermedades mentales y sus secuelas. La dimensión de esta catástrofe se traduce en 1.192.000 muertos al año en todo el mundo, 41.600 muertes en Europa en 2005". Atendida la magnitud de la tragedia viaria a escala mundial, se ha conmemorado entre el 23-29 de abril de 2007, la primera semana mundial de las Naciones Unidas para la seguridad vial. Sobre ello, vid. http://www.dgt.es/dgt_informa/notas_prensa/pdf/NotaPrensa286.pdf. Puede consultarse, además, el "Informe para la salud en el mundo", de la Organización Mundial de la Salud del año 2003, en el que esta organización internacional se dedica a llamar la atención sobre la problemática, otorgándole el nada honroso, pero de todas formas muy significativo, título de "epidemia", vid. <http://www.who.int/whr/2003/chapter6/es/index3.html>, esp., págs. 106-111.

En lo que respecta a España, los datos más actuales de la DGT sobre accidentes de tráfico, sin embargo ser alentadores, si se tiene en cuenta que se ha reducido en un cincuenta por ciento, la cantidad de accidentes y de fallecidos en los mismos respecto del año 2003, continúan reflejando altas tasas de siniestralidad vial. Así, las estadísticas de la Dirección General de Tráfico, señalan que en el año 2008 se produjeron en este país 1.930 accidentes con víctimas mortales, en los que perdieron la vida 2.182 personas^{579/580}.

De datos como esos se está al tanto de forma permanente, o más bien incesantemente, dado el gran impacto comunicacional que cifras tan “alarmantes” han tenido en la ya sensibilizada comunidad española. Tanto es el interés en la “tragedia” vial en clave de números, que puede verse en la página Web de la DGT, diversas y variadas modalidades estadísticas, que van desde tradicionales datos históricos de accidentes de tráfico, hasta la cantidad de muertos en carreteras actualizados diariamente⁵⁸¹.

Si de la trascendencia social que tiene al tráfico rodado no cabe discusión alguna, tampoco la merece el hecho de afirmar que, desde el plano político criminal, el legislador desde ya tempranos tiempos se ha dedicado a la

⁵⁷⁹ Para una relación detallada de éstos y otros datos vinculados, consúltese la página Web de la DGT: http://www1.dgt.es/was6/portal/contenidos/documentos/prensa_campanas/notas_prensa/NotasDePrensa0001.pdf

⁵⁸⁰ En el año 2005, se produjeron en este país 91.187 accidentes en los cuales resultaron víctimas, en total, 137.251 personas, de las cuales 4.442 perdieron la vida y 132.809 resultaron heridas de diversa consideración. Todo lo cual ha implicado que los accidentes de tránsito se hayan transformado en España, en 2005, en “la primera causa de mortalidad y minusvalía entre los menores de treinta años. De esta manera, lo dio a conocer a los medios de comunicación pública, el 15 de junio de 2005, la que en ese entonces era ministra de sanidad del gobierno español, doña Elena Salgado, vid. http://www.cadenaser.com/sociedad/articulo/accidentes-trafico-siguen-siendo-principal-causa-muerte-menores-anos/csrsrpor/20050615csrsrsoc_2/Tes. Además, vid. MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, en AA.VV., Derecho Penal de la Democracia v/s Derecho Penal de la seguridad, Ignacio Berdugo y Nieves Sanz (Coords.), Granada, Editorial Comares, 2005, págs. 65-66. De igual manera, los accidentes de tráfico, son la primera causa de mortalidad infantil en este país, según un estudio de la Fundación Mapfre y Ford. Consúltese en: <http://www.faecap.com/archivo/2009/07/03/los-accidentes-infantiles-son-la-principal-causa-de-mortalidad-en-ninos/>

⁵⁸¹ Vid. http://www.dgt.es/portal/es/seguridad_vial/estadistica/

regulación de esta materia, dándole no poca importancia, y sobre todo, con un interés siempre en alza⁵⁸².

Es así como en España se encuentra regulado no sólo desde los terrenos del Derecho administrativo, sino que también, desde las parcelas del Derecho Penal. Este proceso podría calificarse, cuando menos, de lógico, si se tiene en cuenta que el aumento del tráfico rodado en las últimas décadas⁵⁸³ ha sido unánimemente calificado como de “carácter exponencial”⁵⁸⁴, lo que también lógica y correlativamente, si bien no provoca, si incrementa⁵⁸⁵ los conflictos derivados del tráfico rodado⁵⁸⁶.

Ello, naturalmente, se ha ido desarrollando de forma progresiva y ha implicado, por supuesto, el aumento en la misma medida de la respuesta estatal ante esta clase de conductas⁵⁸⁷. Dice LERMA GALLEGO que: “El progreso

⁵⁸² En este sentido, entre otros, vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 30; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, RPJ, N° especial, 1990, págs. 169-176 y en, MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”, CPC, n° 69, 1999, esp., págs. 549-562; MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, “Los Delitos de Conducción Temeraria”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003, págs. 15-37; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, esp., pág. 25.

⁵⁸³ Respecto de estadísticas históricas del aumento del parque automotriz en España en: http://www.dgt.es/portal/es/seguridad_vial/estadistica/parque_vehiculos/series_historicas_parque/. Además, puede consultarse el “Plan formativo en seguridad vial para los supuestos de los delitos contra la seguridad del tráfico. art. 83.1.5ª cp”, desarrollado por la Audiencia provincial de Alicante, disponible en <http://www.abogadosalicante.com/abogadosalicante/utilidades/plan%20formativo%20seguridad%20vial.pdf>, esp., págs. 7-8. En el que España ocupa el tercer puesto europeo en número de vehículos.

⁵⁸⁴ Así, se dice que actualmente en España existen más autos que hogares. Sobre ello, vid. DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, “Sociología de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 9. El último registro, de 2007, establece la existencia de 30.318.457 unidades de vehículos en el territorio español. Esta cifra adquiere su real dimensión, si se le compara con el parque automotriz de 1960, año en el cual apenas sobrepasaba el millón de autos. Sobre ello, vid. <http://apl.dgt.es/IEST/tabla.do>.

⁵⁸⁵ En este sentido, vid. DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, “Sociología de la seguridad vial”, ob.cit., págs. 35 y ss.; LERMA GALLEGO Irene, “Delitos de Tráfico y Prevención General”, CPC, n° 52, 1994, págs. 146-147.

⁵⁸⁶ En este sentido, vid. GARCÍA ARÁN Mercedes, “Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”, RJC, n° 3, 1987, pág. 53.

⁵⁸⁷ Naturalmente, esto no es exclusivo de la Política criminal española, sino que es aplicable también a todo el ámbito europeo. Sobre ello, por ejemplo, vid. CARDENAL MONTRAVETA Sergi, “La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado”, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal, Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código

tecnológico y las conquistas científicas han comportado un proceso de motorización y de generalizado uso de los vehículos de motor de incalculable envergadura”⁵⁸⁸.

Desde esta plataforma de análisis, es que se ha venido observando, por la sociedad, y actuado, por los poderes públicos, sobre la cuestión de la siniestralidad vial. La conmoción social provocada por el impacto mediático ha dibujado el escenario indicado para que el gobierno muestre su “fortaleza” ante el peligro inminente que supondría desplazarse por las carreteras españolas, según con esmero se ha inculcado en el inconsciente colectivo, de un “colectivo inconsciente”⁵⁸⁹. De esta forma, sin lugar a dudas, la persecución de la seguridad vial se ha transformado en un objetivo político general⁵⁹⁰, y criminal en particular, de carácter perentorio para el Estado⁵⁹¹.

Evidentemente, esta tendencia político criminal no se refiere sólo al ámbito del tráfico rodado, sino que se enmarca en esa perspectiva integral, que

penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, págs. 19-62 y en, del mismo, “*Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado*”, INDRET, http://www.indret.com/pdf/448_es.pdf, págs. 3-32; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*Derecho Penal de la Circulación*”, Barcelona, Editorial Bosch, 2006, esp., págs. 20-27; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global*”, ob.cit., págs. 414-417; TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, “*Automóviles, delitos y penas*”, Valencia, Tirant lo Blach, 2007, esp., págs. 89-94.

⁵⁸⁸ Vid. LERMA GALLEGO Irene, ob.cit., pág. 143.

⁵⁸⁹ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II., esp., pto. 1.2.2.

⁵⁹⁰ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II., esp., pto. 2.2.2.

⁵⁹¹ En este sentido, entre otros, vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 58; DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, “*Sociología de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 33-34; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial*”, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007, esp., págs. 330-332; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 25-26; LERMA GALLEGO Irene, “*Delitos de Tráfico y Prevención General*”, ob.cit., esp., 142-143; MENA ÁLVAREZ José, “*El delito de conducción temeraria*”, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007, esp., págs. 231-232; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global*”, ob.cit., esp., págs. 407-412; RODRÍGUEZ LEÓN Luís, “*Seguridad Vial, crónica de una reforma penal*”, Sevilla, IAAP, 2008, pág. 15; TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, “*Automóviles, delitos y penas*”, ob.cit., esp., págs. 32-43.

hemos desarrollado antes, catalogada generalmente como expansión o modernización del Derecho penal, que en esta tesis se ha asociado más al denominado Derecho penal del riesgo, y que en este ámbito, el de la seguridad vial, se ha presentado en sus dos modalidades, tanto extensiva como, sobre todo, intensivamente.

1.2.- Política criminal de la seguridad vial: entre el Derecho penal del riesgo y el moderno Derecho penal

¿Puede calificarse la actual protección penal de la seguridad vial como un ejemplo de moderno Derecho penal? Pues depende de cuál sea la concepción que del Derecho penal moderno se tenga. Como ya se ha visto, es una postura generalizada y aceptada por la gran mayoría de autores que se manifiestan sobre este polémico extremo de la disputa político criminal y doctrinal, referirse a estos tres conceptos casi indistintamente (expansión, modernización y Derecho penal del riesgo), sin apenas diferenciarlos⁵⁹². Un

⁵⁹² En este sentido, sea exponiendo la modernización del Derecho penal como aumento del punitivismo, ejemplo del mal uso de su carácter simbólico comunicativo o, vinculándolo directamente al derecho penal del enemigo, por ejemplo, vid. HASSEMER Winfried, *"Persona, Mundo y Responsabilidad"*, ob.cit., esp., págs. 30 y 47 y ss.; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *"Límites Objetivos y Subjetivos a la Interoención Penal en el Control de los Riesgos"*, ob.cit., esp., pág. 38; DEMETRIO CRESPO Eduardo, *"El derecho penal del enemigo. Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad"*, ob.cit., esp., págs. 129-131; DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, *"La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995"*, ob.cit., págs. 120 y ss.; DONNA Edgardo, *"La sociedad de riesgo y los delitos de peligro abstracto"*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., págs. 863-867; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *"Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal"*, ob.cit., esp., págs. 201-209; GOMES Luiz, *"Globalización y Derecho penal"*, en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, esp., págs. 338-346; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, *"El Moderno Derecho penal para una Sociedad de Riesgos"*, ob.cit., esp., pág. 302; MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, *"Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales"*, ob.cit., esp., págs. 395 y ss.; NAVARRO CARDOSO Fernando, *"El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador"*, ob.cit., esp., pág. 1327; NESTLER Cornelius, *"La protección de Bienes Jurídicos y la punibilidad de la Posesión de Armas de Fuego y de Sustancias Estupefacientes"*, ob.cit., esp., págs. 62-64; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *"El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista"*, ob.cit., esp., págs. 343-346; POZUELO PÉREZ Laura, *"De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos"*, en AA.VV., El Funcionalismo en derecho penal, LH. a Günther Jakobs, Eduardo

buen ejemplo de lo que se viene comentando encontramos en ALBRECHT, quien luego de criticar ácidamente la referida modernización, termina por tachar a la misma de “contrailustración”⁵⁹³.

Ahora bien, y atendido al hecho de que aquí se ha seguido una línea diversa, distinguiendo expresamente entre expansión o modernización y Derecho penal del riesgo, se requiere de algunas precisiones que vayan en dirección de salvar eventuales equívocos respecto de la postura que aquí se sostiene, y por consiguiente, de la coherencia de esta tesis.

Con dicho objetivo, se debe recordar, como ya antes se ha explicado⁵⁹⁴, que son toralmente divergentes las bases político criminales sobre las que éstas se sustentan. De manera que la opción por una u otra plataforma político criminal no resulta inocua⁵⁹⁵. De esta forma, se entiende aquí, en sucinta síntesis, que: hay una expansión razonable y una modernización inexcusable pero, para que sea tal, y no sólo una mera sustitución involutiva, requiere desarrollarse por una Política criminal que necesaria, y no tan sólo potencialmente, se mantenga dentro de los márgenes propios del Estado social

Montealegre (coords.), T. II, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, esp., págs. 109-113; SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “*El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*”, esp., pág. 74; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ob.cit., esp., págs. 154 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Emilio, “*Repercusiones de la responsabilidad penal por el producto en los principios garantizadores y la dogmática penales*”, ob.cit., esp., págs. 119-122.

⁵⁹³ Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “*El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista*”, ob.cit., pág. 474.

⁵⁹⁴ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II.

⁵⁹⁵ En este sentido, bien destaca HERZOG, que la coincidencia entre derecho penal del riesgo y la sociedad del riesgo no es sólo una cuestión de naturaleza semántica, pues, una y otra tratan de “...rupturas y reconstrucciones de conceptos tradicionales de la modernidad y de la pregunta acerca de nuevas orientaciones y recuperación de ideas”. Vid. HERZOG Félix, “*Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*”, ob.cit., pág. 250.

y democrático de derecho⁵⁹⁶ de la que es producto y en los que ha de encontrar, por requisitos de su esencia, su fuente de legitimidad y límite a la vez⁵⁹⁷.

Ahora bien, distinto es el caso del Derecho penal del riesgo⁵⁹⁸. Éste se ha caracterizado por desarrollarse sobre las bases de un discurso político “mega preventivo”⁵⁹⁹, que tiene a su servicio una Política criminal abandonada a la suerte del circunstancial estrépito social⁶⁰⁰ que puedan causar leyes penales cada vez más drásticas⁶⁰¹.

Ese eventual efecto disuasivo inherente a la norma penal, fundamentado en el innegable efecto comunicativo simbólico del Derecho penal⁶⁰², del que se abusa ⁶⁰³, hasta hacer desaparecer todo efecto instrumental ⁶⁰⁴, que, paradójicamente, es justamente el que propicia que el Derecho penal no se

⁵⁹⁶ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II, esp., pto. 3.4.

⁵⁹⁷ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo I, esp., pto. 5.

⁵⁹⁸ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II, esp., pto. 2.2.

⁵⁹⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, *“El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”*, ob.cit., pág. 1324.

⁶⁰⁰ Ello, gracias a lo que se ha denominado “defensa social del martillo”. Vid. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, *“Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”*, ob.cit., esp., pág. 203.

⁶⁰¹ Ello con el objetivo de devolver la tranquilidad a un electorado alarmado. En este sentido, por todos, vid. ROXIN Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, ob.cit., esp., pág. 451. Gráfico sobre este punto, ESER: “Hace algunos años se dijo acerca de la política jurídica en Alemania que solamente conocía tres reglas: La primera, que las penas ayudan. La segunda, que si no ayudan, entonces ayudan penas más severas. La tercera, que si éstas tampoco ayudan, entonces los tribunales han fracasado”. ESER Albin, *“Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano en la época de la Europeización y la Globalización”*, ob.cit., pág. 15.

⁶⁰² En este sentido, y significativamente destacado por miembros de la denominada escuela de Frankfurt. Así, calificándolo de “obviedad”, por todos, vid. HASSEMER Winfried, *“Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”*, ob.cit., pág. 25. En el mismo sentido, MULLER-TUCKFELD Jens Christian, *“Ensayo para la Abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente”*, ob.cit., esp., págs. 523-525; ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, ob.cit., págs. 478-479.

⁶⁰³ En este sentido, vid. Díez Ripollés José Luis, *“El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”*, ob.cit., esp., págs. 170-171. En el mismo sentido, vid. MAZZACUVA Nicola, *“El futuro del derecho penal”*, ob.cit., esp., pág. 231.

⁶⁰⁴ Efecto, en todo caso, no siempre asumido pacíficamente e incluso directamente negado. Así, por ejemplo, BARATTA, para el que, del referido efecto “el Derecho penal debería liberarse”. Vid. BARATTA Alessandro, *“Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”*, ob.cit., pág. 55.

transforme en un mero mecanismo de ocultamiento de disfunciones⁶⁰⁵ estructurales del sistema⁶⁰⁶. Desde esta plataforma político criminal, no se trata ya de contemporizar dichos consubstanciales efectos, sino de la sustitución del segundo por el primero⁶⁰⁷.

Ello, por supuesto, es inconsecuente con un Estado social y democrático de derecho pero, sin embargo, coherente con una Política criminal del riesgo, afanada en el “delirio” de alcanzar una seguridad rayana en lo absoluto⁶⁰⁸. Ésto último, bien es por todos sabido, resulta materialmente irrealizable⁶⁰⁹, sin embargo, político y comunicacionalmente, en extremo rentable⁶¹⁰.

En definitiva, es éste, en mi opinión, el marco político criminal que mejor describe la actual protección penal de la seguridad vial en España. Ello, desde luego, no puede ser catalogado como manifestación de una expansión

⁶⁰⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ Carlos, “Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”, ob.cit., pág. 403; MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., esp., págs. 88-91.

⁶⁰⁶ Crítico, en este sentido, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”, ob.cit., esp., págs. 477-478.

⁶⁰⁷ Vid. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, ob.cit., esp., págs. 29-30; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio, “Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”, ob.cit., pág. 91; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, “Introducción al Derecho Penal”, ob.cit., esp., pág. 51; NAVARRO CARDOSO Fernando, “El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”, ob.cit., pág. 1329.

⁶⁰⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. ACALE SÁNCHEZ María, “Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la Seguridad”, ob.cit., págs. 1199-1226; BRANDARIZ GARCÍA José, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, ob.cit., pág. 49; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “La configuración del Homo Sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, ob.cit., pág. 1403; MAQUEDA ABREU María, “Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”, ob.cit., pág. 1293 y en, de la misma, “Crítica a la reforma penal anunciada”, ob.cit., págs. 7-8; MUÑOZ CONDE Francisco, “El nuevo derecho penal autoritario”, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp., págs. 806-807.

⁶⁰⁹ Por todos, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., págs. 74 y ss.

⁶¹⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”, ob.cit., pág. 474; CUGAT MAURI Miriam, “Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas”, ob.cit., esp., págs. 183-184; LARRAURI Elena, “Populismo punitivo... y como resistirlo”, ob.cit., págs. 19-21; MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., esp., pág. 90; PÉREZ CEPEDA Ana Isabel, “El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal”, ob.cit., esp., págs. 95-98.

razonable o modernización del Derecho penal, según se ha entendido aquí, sino, precisamente, como todo lo contrario, según intentaré demostrar a continuación.

1. 2. 1.- La seguridad como eje político criminal

Buena muestra de ese camino político criminal emprendido por el Estado español, encontramos en la última reforma penal perpetrada. Ésta, se llevó a cabo mediante LO. 15/2007 de 30 de noviembre, y en ella, como se verá enseguida, se han manifestado claramente las características propias de la Política criminal del riesgo que se viene comentando⁶¹¹, cuyo objetivo primordial, y casi único, es la seguridad a toda costa⁶¹², en el más estricto sentido de la expresión⁶¹³, mediante el Derecho penal⁶¹⁴.

⁶¹¹ Donde la opinión pública se transforma en el verdadero “motor de la Política criminal”. Vid. VARONA GÓMEZ Daniel, “¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España”, INDRET, <http://www.indret.com/pdf/599.pdf>, esp., pág. 4. En este sentido, DE VICENTE, “Con el recurso indiscriminado al Derecho penallo único que se ha conseguido es banalizar la respuesta punitiva y que el Derecho penal haya perdido su poder intimidatorio”. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, PL, nº 6653, 16 de febrero, 2007, pág. 6.

⁶¹² Así, por ejemplo, vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, “Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”, ob.cit., págs. 427-428; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., pág. 36; MOLINA GIMENO Francisco, “Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”, PAJA, nº 753, 05/06/2008, esp., pág. 10; CALVO GONZÁLEZ José, “Tráfico y expansión punitiva”, PAJA, nº 706, año XVI, 01/06/2006, pág. 13.

⁶¹³ En este sentido, vid. QUERALT Joan, “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, págs. 63-71. Ya antes, BARATTA había calificado en general la intervención del Derecho penal en este ámbito de la seguridad vial, como una manifestación del simbolismo negativo de éste. Vid. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, ob.cit., pág. 53.

⁶¹⁴ Dejando en un segundo plano, otro tipo de medidas político criminales, anteriores a la intervención penal, que resultarían mucho más complejas, pero quizá más efectivas y seguramente con menos coste social. En este sentido, por ejemplo, vid. BENLLOCH Guillermo, “La sanción de tráfico: su eficacia en la lucha contra la siniestralidad viaria”, en AA.VV., La sanción de tráfico. Aspectos jurídicos y metajurídicos, Montserrat Nebrera y Josep Olives (Coords.), Barcelona, CRTB, 2004, esp., págs. 54-61; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., esp., págs. 331-332 y en, de la misma, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, ob.cit., esp., págs. 10-14; GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 279-280; MIR PUIG Santiago,

En definitiva, como lo sintetiza MUÑOZ CONDE, refiriéndose al Derecho penal del riesgo, éste se trata de: “Un Derecho penal que se caracteriza porque en él abundan los delitos de peligro, sobre todo en su modalidad de peligro abstracto, referencias continuas a normas de carácter extrapenal en muchas tipicidades configuradas como “normas penales en blanco”, y una amplia protección de bienes jurídicos colectivos, difusos, a veces puras funciones de subsistemas sociales...”⁶¹⁵. En este breve, pero preciso, compendio de elementos característicos, puede verse perfectamente reflejada la Política criminal de la seguridad vial española⁶¹⁶.

En efecto, y teniendo como referencia la definición antes citada, se puede realizar un inventario, aunque por ahora breve y con la sola intención de graficar lo que se ha indicado, de la interpretación doctrinal que generalmente se ha dado a la normativa en particular que sobre esta materia actualmente se encuentra vigente, y demostrar, sin embargo, la efectividad de lo que se ha venido afirmando. Todo ello, sin perjuicio del análisis más detallado que de las figuras típicas en particular se realizará en los siguientes capítulos.

De esta manera, en el código penal se encuentran, por estricto orden de aparición, a saber; el delito de conducción con exceso de velocidad (379.1), cuya

“Presentación”, ob.cit., esp., págs. 17-18; ORTS BERENGUER Enrique y ALONSO RIMO Alberto, “El nuevo párrafo segundo del artículo 381 del Código penal: una propuesta de interpretación restrictiva”, en AA.VV., Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007, págs. 596-597.

⁶¹⁵ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *“Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*, RECJ, pág. 2, www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp. En este sentido, sólo por citar otro ejemplo que demuestre la aceptación mayoritaria de este tipo de caracterización, se señala: “En suma, es un modelo penal al que se atribuye una función preventiva simbólica que afecta a las garantías tradicionales del Estado de Derecho, y que se manifiesta, sobre todo, en el uso abusivo del delito de peligro abstracto o la reducción de los presupuestos de la pena”. Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, *“El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista”*, ob.cit., pág. 346.

⁶¹⁶ Política criminal que, en todo caso, no explica ni justifica que sus resultados vayan más allá de un puro simbolismo. En este sentido, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *“El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”*, ob.cit., esp., pág. 46.

naturaleza jurídica bifronte tiene, por una parte, la estructura de una ley penal en blanco, de una discutible adecuación al marco constitucional, y por la otra, la naturaleza de delito de peligro abstracto.

Luego encontramos la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (Art. 379.2), cuya estructura actual se diferencia en tres grados: uno de carácter administrativo, y dos de naturaleza penal, que son los que ahora interesan. De éstos últimos, el inciso primero tiene la naturaleza jurídica de delito de peligro abstracto hipotético, y el inciso segundo, se trataría, en el mejor de los casos, de un delito de peligro abstracto.

Continúa la relación delictiva del código, con el delito de conducción manifiestamente temeraria (Art. 380), delito que tiene la naturaleza jurídica de peligro concreto. El plexo penal sobre esta materia continúa con el delito de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás, que contempla dos posibles hipótesis comisivas, siendo la primera de peligro concreto (Art. 381.1) y la segunda de peligro abstracto (Art. 381.2).

El delito siguiente trata de la negativa a someterse a la prueba de alcoholemia o de detección de otras drogas (Art. 383), del que dada la nueva redacción, podría considerarse un delito de peligro abstracto.

La conducción con el permiso o licencia sin vigencia, con pérdida total de puntos asignados legalmente, privados del mismo por decisión judicial, o sin haberlo obtenido nunca (Art. 384), tiene a primera vista el carácter de mera desobediencia. Finalmente, la creación de un grave riesgo para la circulación,

bien sea alterando la seguridad del tráfico o no restableciéndolo cuando haya obligación de hacerlo (Art. 385), puede, en principio y genéricamente, calificarse de peligro abstracto.

En resumen, luego de este sencillo, pero significativo ejercicio, nos encontramos ante un panorama normativo que contiene, en una primera aproximación: un delito con estructura de ley penal en blanco, seis de peligro abstracto, dos de peligro concreto y uno de mera desobediencia⁶¹⁷. En definitiva, es posible indicar que la actual protección penal de la seguridad vial está compuesta por un catálogo de figuras penales poco propicio de ser calificado como modernización, sino justamente lo contrario⁶¹⁸.

Se trata más bien de una suerte de inventario, por lo demás bastante completo, de los aspectos más controvertidos del Derecho penal del riesgo⁶¹⁹. Ésta aparece, más bien, como un ejemplo paradigmático de una actividad legislativa guiada por una Política criminal permeada por un discurso donde la seguridad es un objetivo político prioritario y cuyo eje gravita en torno a la

⁶¹⁷ Un panorama como éste, es al que se refiere RODRÍGUEZ RAMOS, cuando califica a la regulación de estos delitos como “una huida más al Derecho penal”. Vid. RODRÍGUEZ RAMOS Luís, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., Código penal sistematizado y concordado..., Luís Rodríguez Ramos (Coord.), Madrid, La Ley, 2007, esp., pág. 879.

⁶¹⁸ En este sentido, CORCOY afirma que los delitos contra la seguridad del tráfico, ahora seguridad vial, están dirigidos “a ciudadanos de tercera”. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Sistema de penas y líneas policriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el derecho penal hacia un “derecho penal de dos velocidades”?”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, pág. 834. En sentido semejante, por ejemplo, vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, *“Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”*, ob.cit., págs. 406-408; GARCÍA ALBERO Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, RECPC, 2007, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>, págs. 2-3; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”*, ob.cit., esp., págs. 66-67; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, Granada, Editorial Comares, 2006, esp., págs. 1-2, 10-11; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, PE., Madrid, Dykinson, 2008, esp., pág. 738.

⁶¹⁹ Hay, por parte del legislador, como indica DE VICENTE, un olvido de la dimensión administrativa de estos conflictos, olvido, en mi opinión, bastante sospechoso. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., págs. 338-339.

misma⁶²⁰. De esta manera el Derecho penal pierde su axial característica de “última ratio”, transmutando en herramienta, una más, de gestión *proactiva* de eventuales riesgos, reales o no⁶²¹.

En este sentido, entiendo la crítica de HASSEMER, cuando indica: “...el horizonte humanitario y puntual se dirige hacia las trampas y las cadenas, cuando se hace independiente, cuando no se encuentra más en la corrección permanente; el Derecho penal orientado a la prevención pierde su dimensión cuando no entiende (o no admite) que no puede provocar determinadas consecuencias (y no las puede querer provocar a cualquier precio)”⁶²².

Lo anterior, observado desde una perspectiva global, se enmarca en una evidente muestra práctica del denominado Derecho penal del riesgo, que incluso se viene intensificando. Así lo demuestra la última reforma operada en esta materia. En ella, se ve acentuada la formalización de la responsabilidad penal del sujeto infractor, antes con consecuencias administrativas, hoy directamente penales⁶²³. Y ello, en mi opinión, antes que en la búsqueda de la mejor forma de protección de bienes jurídicos, se basa en estrechos criterios de

⁶²⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. CALVO GONZÁLEZ José, “Tráfico y expansión punitiva”, ob.cit., pág. 13; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., esp., pág. 330 y en, de la misma, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, ob.cit., esp., pág. 10; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 25; MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., esp., págs. 67-68; MOLINA GIMENO Francisco, “Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”, ob.cit., esp., pág. 10; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”, ob.cit., esp., pág. 434; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”, ob.cit., esp., págs. 63-65; ORTS BERENGUER Enrique y ALONSO RIMO Alberto, “El nuevo párrafo segundo del artículo 381 del Código penal: una propuesta de interpretación restrictiva”, ob.cit., pág. 598.

⁶²¹ En este sentido, por ejemplo, vid. HEFENDEHL Roland, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico o, qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, ob.cit., pág. 416.

⁶²² Vid. HASSEMER Winfried, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, ob.cit., pág. 378.

⁶²³ Crítico, ante la formalización extrema de estos delitos, particularmente los actuales 379 n° 1 y 2 segundo inciso, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., Barcelona, Atelier, 2008, págs. 923-924.

eficacia, teniendo por tal la mera simplificación de las exigencias probatorias^{624/625}.

Ésta se vislumbra como una decisión política, por lo demás nada sorprendente, de reeditar la ya tristemente célebre tolerancia cero⁶²⁶, ahora abocada a la persecución del “conductor peligroso”⁶²⁷, en una “cruzada”⁶²⁸ en contra de lo que mediática y políticamente se ha denominado “violencia vial”⁶²⁹.

⁶²⁴ En este sentido crítico, vid. HIRSCH Hans-Joachim, *“Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho”*, en AA.VV., *El penalista Liberal*, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 132 y, la misma idea en, del mismo, *“Sistemática y límite de los delitos de peligro abstracto”*, RLD, año V, n° 9-10, 2008, pág. 171.

⁶²⁵ Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, ob.cit., pág. 484.

⁶²⁶ “Los que trabajamos en cada parcela de la seguridad vial creemos que la batalla por la reducción de la tolerancia para este tipo de conductas incívicas e insolidarias se está ganando día a día. Es cuestión de tiempo, es cuestión de ir poco a poco mostrando como una sociedad avanzada no puede tolerar que determinados comportamientos arruinen las vidas de ciudadanos inocentes”. Vid. VILLALBA CARRASQUILLA Francisco, *“El endurecimiento de la penas de los delitos de tráfico como medida de mejora de la siniestralidad”*, en AA.VV., *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 343.

⁶²⁷ En este sentido se ha dicho que: “...la estima del conductor, por el mero hecho de serlo, como un enemigo en potencia para el que la presunción de culpabilidad, la objetivación de las normas, el adelantamiento de las fronteras de protección punitiva, el rigor desproporcionado de determinadas penas y sanciones son cuestiones absolutamente normalizadas”. Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, *“Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”*, ob.cit., pág. 407.

⁶²⁸ Señalaba, con ese nuevo y dramático lenguaje destinado a la sensibilización, el director de la DGT, en ese entonces Sr. Navarro Olivella, en comparecencia ante la Comisión de seguridad vial del Congreso de Diputados el 22 de febrero de 2006: “Quiero hacer una reflexión: el accidente de tráfico no sólo es la idea que uno comete una imprudencia y tiene sus efectos, sino que además hay lo que nosotros llamamos *violencia vial*, es decir, *ciudadanos normales y cumplidores que por imprudencia o por infracciones de terceros son víctimas del tráfico. En el caso de gente que sale por la mañana a hacer footing el domingo y alguien con alcoholemia se lo lleva por delante*”. Para consultar dicha comparecencia, vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, *“Seguridad Vial, crónica de una reforma penal”*, ob.cit., pág. 18. (lo destacado es mío)

⁶²⁹ Así, expresamente se señala en el preámbulo de la LO. 15/2007 de 30 de noviembre, “...con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”. En este sentido se señala “...hablar de accidente de tráfico es -será pronto- políticamente incorrecto; se trata, realmente, de “violencia vial”. El infractor erigido así en *violento*, o cuando no, en su versión más radical, en “terrorista viario”. Vid. GARCÍA ALBERO Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, ob.cit., pág. 2. Para un ejemplo claro sobre esto, véase la entrevista realizada a Bartolomé Vargas (primer fiscal de seguridad vial de ámbito nacional) en la revista *“tráfico y seguridad vial”*, n° 182, enero-febrero, 2007.

1.2.2.- De la intervención penal en el ámbito de la seguridad vial

Luego de exponer un tan poco alagüeño análisis de la actual Política criminal de la seguridad vial en España, como el antes referido, y a pesar de responder a la pregunta anterior con una categórica negativa, surge, sin embargo, más que una certeza, una nueva pregunta, ésta es: ¿Debe entonces el Derecho penal, intervenir en materia de seguridad vial? Pues, en mi opinión, ha de responderse a esta pregunta de forma tan categórica como antes, pero ahora de manera afirmativa.

1.2.2.1.- Moderno Derecho penal: viejos riesgos, nuevas valoraciones

En el capítulo anterior se desarrolló la posición que aquí se mantiene respecto de la evolución y momento actual de nuestra rama del derecho y en ella ya señalamos qué se entiende por “modernización o expansión” del Derecho penal. Así, se dijo que la modernización del Derecho no sólo tendría que ver con la forma en que el Derecho penal se desarrolla para enfrentar “nuevos riesgos” de origen tecnológico⁶³⁰, sino mas bien, en un sentido más amplio, se trata de cómo enfrentar de mejor forma los desafíos de una sociedad dinámica que manifiesta otros conflictos sociales, en algunos casos nuevos y en otros antiguos, pero con distinta valoración⁶³¹.

⁶³⁰ Para conceptos y una tipología de los riesgos de fuente tecnológica. Vid. ESTEVE PARDO José, *“Técnica, Riesgo y Derecho”*, ob.cit., págs. 36-42.

⁶³¹ Vid. NAVARRO CARDOSO Fernando, *“El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”*, ob.cit., esp., pág. 1325.

Todo lo cual, dicho sea de paso, en verdad nada tiene de sorpresa pues, es lo que toda institución social debe realizar, actualizándose en referencia a las problemáticas que debe enfrentar. Y ello nada tiene que ver con sustentarse desde plataformas contrarias al Estado social y de Derecho, si no que, precisamente, si de lo que se quiere hablar es de “modernización” y no de “sustitución” del Derecho penal, ésta debe darse en los cauces establecidos por esa forma de Estado⁶³².

En la línea de lo que se viene expresando, se ha destacado que la preocupación por esos riesgos que, aunque no nuevos, sí objeto de una nueva valoración, es posible canalizarlos dentro de los límites de la forma de Estado que aquí se presupone.

De esta forma, lo que se plantea es que de la misma manera en que se puede proponer, y se propone, la retirada de la intervención penal en determinadas materias, en razón del avance propio de toda sociedad, sustentados desde los principios que conforman y limitan al Derecho penal (subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, etc.) y por motivos de eficacia político criminal, no se puede negar que con base en la misma dinámica social, y dentro de los mismos cauces axiológicos, podría necesitarse de la intervención penal estatal.

En este sentido, explica MOCCIA, que no puede ignorarse: “que la evolución de las relaciones sociales pueda exigir la activación del legislador penal en fenómenos impregnados de dañosidad social que no se habían

⁶³² En este sentido, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, ob.cit., esp., págs. 1052-1053.

considerado -o que lo habían sido de manera inadecuada- porque no haya aún, objetivamente, asumido un nivel de gravedad que haga aconsejable la atención del instrumento penal o, porque, en definitiva, no fueron completamente verificados en el pasado”⁶³³.

No se me oculta el hecho de que existe aún cierta polémica en cuanto no se reconoce que en la expansión o modernización del Derecho penal se incluyan “nuevos riesgos”, lo que en opinión de MENDOZA BUERGO “...parece una discusión algo sobredimensionada”⁶³⁴. Sin perjuicio de ello, aquí se parte de la base que más allá de la novedad o no de los riesgos de origen tecnológico, de lo que se trata en lo relativo a nuestra área, es de cómo ella se adecua a los nuevos “conflictos sociales”.

De ahí que este tema no tenga sustancial vinculación con la novedad del origen de esos riesgos, si no con la valoración que ello tenga en la sociedad. Desde esta perspectiva, el ámbito de la seguridad vial es susceptible de ser estudiado en dicho sentido, el de la “modernización o expansión” del Derecho penal⁶³⁵.

Así las cosas, de lo que aquí se trata y considerando lo que se ha venido comentando precedentemente, resulta en mi opinión, un aserto pacífico

⁶³³ Vid. MOCCIA Sergio, “*De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales*”, ob.cit., pág. 126. Desde un sentido crítico, ROXÍN indica a ésta como una causa de incriminación, “La segunda causa de criminalización es más problemática: reside en el hecho de que el legislador, al encontrarse ante comportamientos socialmente dañinos que, o bien hasta ahora no se daban o bien no eran conocidos suficientemente en todos sus efectos amenazadores, perjudica con la penalización un desarrollo de las soluciones sociales adecuadas a los problemas en cuestión”. Vid. ROXIN Claus, “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, en AA.VV., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982, pág. 10.

⁶³⁴ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., esp., pág. 39.

⁶³⁵ En este sentido, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “*Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., esp., pág. 85 y en su, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, ob.cit., esp., págs. 39-40 y en, “*Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal*”, ob.cit., esp., págs. 316-321.

reconocer en los conflictos derivados del tráfico viario de carácter más grave, una valoración social redoblada de las consecuencias negativas que ellos implican⁶³⁶, de lo que se desprende, por decir lo menos, una razonable expectativa de que el Estado deba dar una respuesta político criminal a la problemática en comento⁶³⁷.

Por otra parte, es cierto que los delitos que se comentarán aparentemente no son de fácil reconducción a las figuras delictivas denominadas como de “nuevo cuño”, esto es, aquellas que se hacen cargo de situaciones sociales conflictivas de nueva generación, particularmente en lo referido al terreno tecnológico pues, como aquí mismo ya se ha dicho, este ámbito ha venido siendo regulado ya desde finales del siglo antepasado y comienzos del XX, particularmente en lo referido al delito de conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas.

Ahora bien, puede contestarse a dicha objeción, y explicarse su inclusión dentro de la polémica del moderno Derecho penal desde otra perspectiva también⁶³⁸, esto es, que esta materia tiene una “especial característica”, el ser siempre parte del moderno Derecho penal.

⁶³⁶ Lo que GARCÍA ALBERO atribuye directamente al papel de los medios de comunicación. Vid. GARCÍA ALBERO Ramón, “La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”, ob.cit, págs. 2-4. En este sentido crítico, también, QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, ob.cit., esp., págs. 932-933.

⁶³⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 31.

⁶³⁸ Haciendo referencia a la sobre valoración de la seguridad, tópico del derecho penal de la seguridad, como motivo de la inclusión en este terreno, vid. MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 67.

En efecto, hay que tener en consideración que los progresos técnicos, sociales y económicos repercuten entre otros aspectos, por ejemplo, en las dimensiones del parque automotriz, lo que dice directa relación con la necesidad de regulación y en este sentido además, con la intervención penal⁶³⁹. Decía en 1968 DEL ROSAL que: “En una sociedad en que la circulación es pequeña, la necesidad de penalizar los comportamientos contra la seguridad del tráfico carece de fundamento políticocriminal; en tanto que en aquellas comunidades en las cuales el parque móvil es voluminoso la exigencia del castigo de aquellas acciones es una exigencia de la misma realidad”⁶⁴⁰.

Lo anterior, si bien no puede compartirse en su totalidad, si deja claro un hecho: la actualización de este tema es permanente, es un área de impercedera actualidad, es, si se me permite decirlo así, el “más antiguo de los nuevos riesgos”⁶⁴¹, sin perjuicio de lo cual no se me escapa que la discusión puede ser enfocada, ya no tanto desde la importancia de las problemáticas surgidas desde el ámbito de los conflictos del tráfico rodado, que lo es, sino en cuanto la discusión se desplace a la necesidad de la intervención penal.

⁶³⁹ En este sentido, vid. KAISER Günther, *“Delincuencia de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., esp., págs. 226-228.

⁶⁴⁰ Vid. DEL ROSAL Juan, *“Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación”*, ob.cit., pág. 29.

⁶⁴¹ En este sentido, puede verse como desde la exposición de motivos de la ley 122/62 de 24 de diciembre, hasta la última modificación, LO. 15/2007 de 30 de noviembre, las razones del legislador han variado muy poco, o quizá nada. Para corroborarlo, se transcribe aquí sólo una parte, aunque muy significativa, del primer párrafo de la ley de 1962: “El constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente, de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los gobiernos de todos los países...”. Puede verse esta exposición de motivos en, DEL ROSAL Juan, *“Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación”*, ob.cit., págs. 7-8.

1.2.2.2.- Sobre el efecto simbólico comunicativo

Y en este sentido, es que también puede vincularse al moderno Derecho penal⁶⁴², pues evidentemente, uno de los propósitos político criminales que se buscan por el legislador, es el efecto social “estigmatizante” y “simbólico comunicativo”⁶⁴³ propio del Derecho penal, plataforma desde la cual⁶⁴⁴, y sin perjuicio no ser excluyente de medidas de otro tipo, se establece la necesidad de la injerencia del Derecho penal en esta materia⁶⁴⁵.

Pues bien, de ello se deriva otra de las manifestaciones del Derecho penal que se viene comentando, esto es lo que se podría denominar como sobre explotación del efecto simbólico de la las normas penales ⁶⁴⁶. Esto, evidentemente, sin que con lo dicho pueda entenderse una oposición a dicho efecto, pues, es bien sabido que, quiérase o no, este efecto se encuentra en la base de la motivación de la intervención penal⁶⁴⁷.

⁶⁴² Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 66-68.

⁶⁴³ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 162 y en, del mismo, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ob.cit., págs. 304-307.

⁶⁴⁴ En contra, vid. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, ob.cit., esp., pág. 55.

⁶⁴⁵ En este sentido, se indica: “Desde la vertiente del principio de *última ratio*, el recurso al Derecho penal parece estar justificado, pues parece necesaria en tales casos la protección jurídico-penal, sobre todo si se tiene en cuenta la importante función simbólica-comunicativa que el Derecho penal representa, en absoluto comparable con la que corresponde al Derecho administrativo sancionador, donde el presunto responsable, a lo sumo, se limita a presentar un escrito de alegaciones”. Vid. CANO CAMPOS Tomás, “Derecho penal y seguridad vial”, en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 75.

⁶⁴⁶ En este sentido, entre otros, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”, ob.cit., págs. 370-371. Además, de la misma, vid. “Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”, en AA.VV., El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, esp., págs. 1122-1123.

⁶⁴⁷ Pues, ambos efectos, idealmente deberían complementarse. En este sentido, por todos, vid. TERRADILLOS BASOCO Juan, “Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal”, ob.cit., esp., pág. 10.

De ahí, que aquí no se esté poniendo en cuestión dicha función, justamente en razón de lo que se decía de los efectos sociales que se sindicaban al Derecho penal, si no precisamente lo que se quiere poner de relieve es una crítica a su, en palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, “uso patológico”⁶⁴⁸, o dicho de otra forma, ese efecto simbólico en sentido negativo⁶⁴⁹, que como indica ZUGALDÍA, no se trataría ya del aspecto simbólico legítimo e inherente de Derecho penal, sino de una “degradación del mismo”⁶⁵⁰.

De manera que, desde luego, no se trata de negar aquí lo “innegable”⁶⁵¹. Hay un efecto simbólico comunicativo inherente al Derecho penal⁶⁵² del que no sólo no se puede, sino que, en mi opinión, además no conviene abjurar. Y ello es digno de ser destacado, no sólo por lo absurdo que resultaría enrocarse en negar lo evidente, sino por cuanto una indebida demonización de este efecto devendría en contraproducente para la adecuada modernización del Derecho penal, respecto de su rol en la necesaria protección de bienes jurídicos colectivos⁶⁵³, siempre y cuando, claro está, no sea ésta la única función⁶⁵⁴.

⁶⁴⁸ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, ob.cit., esp., pág. 170.

⁶⁴⁹ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II, esp., pto. 1.2.1.

⁶⁵⁰ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR José, “¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”, ob.cit., pág. 115.

⁶⁵¹ En este sentido, en opinión de DONINI, es justamente esta su función más “incontestable”. Vid. DONINI Massimo, “La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”, ob.cit., esp., pág. 96. En contra, por todos, vid. POLAINO NAVARRETE Miguel, “Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal”, ob.cit., págs. 148-151.

⁶⁵² En este sentido, por ejemplo, vid. HASSEMER Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, ob.cit., pág. 25. En el mismo sentido, MULLER-TUCKFELD Jens Christian, “Ensayo para la Abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente”, ob.cit., esp., págs. 523-525; ALBRECHT Peter-Alexis, “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”, ob.cit., págs. 478-479; FARALDO CABANA Patricia, “La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995”, ob.cit., esp., págs. 125-126; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”, ob.cit., esp., págs. 21-23; SANTANA VEGA Dulce María, “Funciones del Derecho Penal y Bienes Jurídicos Colectivos”, RAP, nº 9, Febrero/Marzo 2001, págs. 142-147; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ob.cit., págs. 304-307; SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, Granada, Editorial Comares, 2003, págs. 186-187; ZUGALDÍA ESPINAR José, “Fundamentos de Derecho Penal”, ob.cit., págs. 90-91.

⁶⁵³ En este sentido, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista”, ob.cit., esp., págs. 362-363.

Lo que ha de evitarse, entonces, es que éste “sustituya” todo efecto instrumental⁶⁵⁵, mientras se proclama, a su vez, una “efectividad e instrumentalidad”⁶⁵⁶ que sólo queda en meras apariencias⁶⁵⁷. Transformándose, de esta manera, no sólo en el único objeto⁶⁵⁸ buscado por el legislador⁶⁵⁹, sino también el único fundamento de su intervención⁶⁶⁰. Así, por ejemplo, lo destaca correctamente CANCIO: “...identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación

⁶⁵⁴ En este sentido, destaca CORCOY: “Siendo cierto que un precepto penal que sólo tiene un valor simbólico debe rechazarse, no lo es menos que el significado simbólico es positivo cuando confluye con otras funciones, por cuanto, sirve al reconocimiento social de la importancia de ese concreto bien jurídico y con ello se produce una mayor sintonía entre las valoraciones sociales y las jurídicas”. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Límites Objetivos y Subjetivos a la intervención penal en el Control de los Riesgos”, ob.cit., pág. 39. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. DONINI Massimo, “La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”, ob.cit., esp., pág. 96; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ María, “La Criminalización en el ámbito previo como tendencia Política Criminal Contemporánea”, en AA.VV., El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, esp., págs. 721-722.

⁶⁵⁵ Crítico, en este sentido, vid. ALBRECHT Peter-Alexis, “El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”, ob.cit., esp., pág. 477; ROXIN Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, ob.cit., pág. 10. En el mismo sentido, dice MENDOZA respecto de las demandas securitarias: “...responder a tal demanda mediante el medio de intervención más extremo a su alcance puede suponer al Estado otros beneficios, ya que el empleo de normas penales es apropiado para desviar a medio plazo la necesidad de medidas estructurales de alto coste o de tipo económico o político”. Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., esp., pág. 90.

⁶⁵⁶ En este sentido, vid. HASSEMER Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, ob.cit., esp., págs. 29-30.

⁶⁵⁷ Destaca MARTÍNEZ-BUJÁN que el verdadero problema no se trata tanto de la discrepancia entre los fines declarados y los latentes, sino que el fondo de la cuestión radicaría en la falta de legitimidad de la intervención penal para producir aquellos efectos socio-personales acordes con las funciones fundamentadoras de la pena. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos, “Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”, ob.cit., pág. 403.

⁶⁵⁸ En este sentido, indica SILVA, que: “Lo problemático no es, pues, el elemento simbólico, sino su absolutización en disposiciones que, incapaces de cumplir directamente la declarada finalidad de protección de bienes jurídicos (función instrumental), se limitan a desplegar tal efecto que, por ello, resulta elevado a la categoría de «función exclusiva»”. Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, ob.cit., pág. 305. En el mismo sentido, ROXIN Claus, “El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”, ob.cit., pág. 10; SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., págs. 188-189.

⁶⁵⁹ Vid. primera parte, capítulo II, esp., pto. 1.2.1.

⁶⁶⁰ Sobre ello indicaba BARATTA: “La crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también el fenómeno por el cual, no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino más bien, son determinados problemas y conflictos, cuando ellos alcanzan un cierto grado de interés y de alarma social en el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada «opinión pública»”. BARATTA Alessandro, “Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, ob.cit., pág. 54.

de las correspondientes normas”⁶⁶¹. Constituyéndose de esta forma el Derecho penal, que duda cabe, en un “placebo social”⁶⁶² demasiado costoso⁶⁶³.

Todo lo anterior, en verdad, se sustenta desde una concepción de eficacia bastante estrecha, pues, como pone de relieve SILVA, una intervención penal que no obtiene resultados concretos en el plano instrumental, pronto perderá además el efecto simbólico, y con ello su única fundamentación. De esta forma, queda patente su congénita ineficiencia, pues “...con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno”⁶⁶⁴.

Y por último, respecto de este tema, no puede dejar de mencionarse el efecto que sobre él tiene el tratamiento mediático que se le ha brindado, lo que implica tener en consideración las vinculaciones obvias que éste mantiene con la sociedad de la información⁶⁶⁵ y sus efectos⁶⁶⁶, a los que hemos dedicado un análisis precedente.

⁶⁶¹ Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, *“Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito”*, en AA.VV., *El Funcionalismo en derecho penal*, LH. a Günther Jakobs, Eduardo Montealegre (coord.), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003, págs. 103-104.

⁶⁶² En este sentido, TERRADILLOS destaca que si la norma penal sólo se reduce a un enmascaramiento de una realidad, donde la persecución del delito es mera retórica, ni siquiera puede hablarse de expansión, sino en la práctica se trata de una inhibición. Vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, *“Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”*, ob.cit., pág. 235.

⁶⁶³ En este sentido, por ejemplo, vid. BARATTA Alessandro, *“Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”*, ob.cit., esp., págs. 53- 54; CUGAT MAURI Miriam, *“Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas”*, ob.cit., esp., págs. 184-185; DÍAZ PITA María, FARALDO CABANA Patricia, *“La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995”*, ob.cit., esp., págs. 120-121; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, *“Introducción al Derecho Penal”*, ob.cit., esp., pág. 51; HASSEMER Winfried, *“Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”*, ob.cit., esp., págs. 29-31; HERZOG Félix, *“Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales”*, ob.cit., esp., págs. 85-87; ROXIN Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, ob.cit., esp., pág. 451; MULLER-TUCKFELD Jens Christian, *“Ensayo para la Abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente”*, ob.cit., esp., págs. 524-525; ZUGALDÍA ESPINAR José, *“¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”*, ob.cit., esp., págs. 114-116.

⁶⁶⁴ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“Eficiencia y Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 119-120.

⁶⁶⁵ Sobre ello, ha de destacarse el efecto paradójal que el estilo sensacionalista provoca. Más información no produce sólo mayor conciencia de la gravedad de la problemática, sino también un acostumbamiento peligroso, pues, cada vez

Así las cosas, es mi parecer que la inclusión del tema de la violencia vial o los conflictos derivados del tráfico rodado, resulta adecuado desde la perspectiva de la modernización o expansión del Derecho penal⁶⁶⁷, lo que por supuesto no quiere decir, valga la aclaración, que con ello se esté sosteniendo que el tratamiento penal en esta materia sea el idóneo en todos los casos y circunstancias, pero sí que debe ser ésta la perspectiva en que han de analizarse las ventajas y problemas que de ello surjan, y es precisamente esta visión la que aquí se adoptará⁶⁶⁸.

es más difícil traspasar el umbral de lo que pueda considerarse socialmente preocupante. Sobre ello, vid. DE MIGUEL Armando y DE MIGUEL Iñaki, *"Sociología de la seguridad vial"*, ob.cit., esp., págs. 11-12.

⁶⁶⁶ Sobre ello, vid. MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, *"Breves reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 66; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA Emilio, *"Diálogo Jurídico sobre Derecho penal y seguridad vial"*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, esp., págs. 38-40.

⁶⁶⁷ En este sentido, entre otros muchos, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., pág. 31; MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *"La delimitación jurídico-penal de la vida humana intrauterina y extrauterina. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español"*, en AA.VV., *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Ángela Figueruelo y Francisco Gorjón (Edts.), Granada, Comares, 2008, esp., pág. 613; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *"Protección penal de la seguridad vial"*, ob.cit., esp., pág. 25.

⁶⁶⁸ Respecto de autores que se han preocupado directamente por las cuestiones del tráfico rodado entre otros, vid. BEJERANO GUERRA Fernando, *"Los efectos de las reformas penales en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas"*, ob.cit.; CAMPÓN DOMÍNGUEZ José Andrés, *"Derecho Penal de la Circulación: Responsabilidad y sanción penal en la conducción de vehículos a motor"*, ob.cit.; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit.; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, Barcelona, editorial Bosch, 1998; LERMA GALLEGO Irene, *"Delitos de Tráfico y Prevención General"*, ob.cit.; MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, *"Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *"La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas"*, ob.cit. Puede verse también que la referencia a estos delitos se encuentra en cualquier texto sobre la sociedad del riesgo. Vid. a modo de ejemplo; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *"Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales"*, ob.cit., y en su *"Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos"*, ob.cit.; DEMETRIO CRESPO Eduardo, *"Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo"*, ob.cit.; GÓMEZ MARTÍN Víctor, *"Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo"*, ob.cit.; GORRIZ NÚÑEZ Elena, *"Posibilidades y Límites del Derecho Penal de dos velocidades"*, ob.cit.; MENDOZA BUERGO Blanca, *"El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo"*, ob.cit., y en su, *"Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo"*, ob.cit., y *"Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal."*, ob.cit.; NAVARRO CARDOSO Fernando, *"El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador"*, ob.cit.; PERIS RIERA Jaime, *"Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década"*, ob.cit.; SANTANA VEGA Dulce María, *"La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit.; ZUGALDÍA ESPINAR José, *"¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?"* ob.cit.

1.3.- De la intervención administrativa o penal

En lo que dice relación con el segundo de los cuestionamientos que hemos señalado, éste se encuentra referido a una cuestión de mayor calado, esto es: si debe o no intervenir el Derecho Penal en esta materia o si, por el contrario, quien ha de ser competente debe ser el ámbito administrativo sancionador⁶⁶⁹.

Debe partirse diciendo que, como hemos visto, la evolución de la regulación de la cuestión viaria comienza por el establecimiento de las figuras delictivas en la parcela de lo administrativo y, la verdad sea dicha, nada hace pensar que el camino político criminal recorrido hasta ahora se transite de regreso. Sin perjuicio de ello, me parece que la discusión no ha de plantearse en términos de “bloque”, por lo que, aún estimando que el Derecho Penal debe intervenir en esta área, no quiere decir que necesariamente haya de mantenerse en la forma actual, ni que deban mantenerse todas las figuras delictivas hasta ahora existentes.

Esto es, se trataría de dejar las de mayor gravedad dentro de nuestra rama del derecho, lo que me parece completamente compatible con una postura que participe de la necesidad de la intervención penal, y una que abogue por su reducción⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Sobre ello, vid. CÓRDOBA RODA Juan, “Aspectos Político-criminales de los delitos de tráfico”, RDP, nº 1-4, 1978.

⁶⁷⁰ En este sentido, vid. ORTS BERENQUER Enrique, “La reforma del tratamiento penal de la Seguridad Vial”, en AA.VV., La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006, esp., págs. 106-107.

Dicho lo anterior, se debe señalar que no son pocos quienes consideran que los temas del tráfico, a que aquí se hace referencia, deben quedar en la zona disciplinaria administrativa. Ya QUINTANO RIPOLLÉS entendía que no resultaba correcto sobrepasar el terreno del Derecho administrativo en esta materia y abogaba fervientemente por volver a la tendencia anterior, esto es, devolviendo "...a lo administrativo lo que nunca debió haber rebasado su campo"⁶⁷¹.

Es así como aún se escuchan voces en dicho sentido. Así señala, en particular sobre el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, RODRÍGUEZ RAMOS explica que si nos planteáramos desde una perspectiva crítica y escrupulosa sobre las, para él, injustificadas características de las nuevas tendencias político criminales actuales traidoras de los principios y valores más básicos de un derecho penal liberal, seguramente se debería concluir que: "...muy posiblemente este delito merecería ser degradado a su original naturaleza de puro injusto administrativo..."⁶⁷².

Entiendo, también en este sentido, aunque no siendo tan claro en su oposición, la postura de MORILLAS CUEVA para quien, según su parecer, las conductas típicas relativas al tráfico viario son "...figuras sumamente

⁶⁷¹ Vid. QUINTANO RIPOLLÉS Antonio, *"Tratado de la parte especial del Derecho Penal"*, T. IV, Enrique Gimbernat Ordeig (coord.), Madrid, 1967, pág. 480.

⁶⁷² Vid. RODRÍGUEZ RAMOS Luís, en prólogo a GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, ob.cit., pág. 9. Reafirma su opinión, más recientemente, en *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., esp., pág. 879. En el mismo sentido, SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *"Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 738.

discutibles, cuya presencia en el Código Penal presenta una serie de inconvenientes posiblemente mayores que las ventajas”⁶⁷³.

De igual manera, en esta dirección se muestran, según entiendo, SUAREZ LÓPEZ⁶⁷⁴, GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J⁶⁷⁵ y CARMONA SALGADO⁶⁷⁶ sin perjuicio de que ésta última concuerde sólo parcialmente. La citada autora plantea una distinción respecto de la técnica de tipificación en relación con la gravedad de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico para determinar el área del ordenamiento que se debería hacer cargo. De esta forma distingue dentro de los delitos de peligro, reservando para el ámbito penal sólo los de peligro concreto.

Los de peligro abstracto deberían, según la misma autora, quedar limitados al área meramente administrativa, debido a los principios formadores

⁶⁷³ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico*”, ob.cit., pág. 184 y en, MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “*El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 570. En ambas obras se cita a CÓRDOBA RODA como de la misma opinión, cuestión que no se puede compartir al leer las conclusiones del texto citado. En mi opinión, este es un autor encuadrable dentro de aquellos que abogan por una penalización sólo de las conductas más graves. Así por ejemplo señala el referido autor “...porque de llevar aparejada la desaparición de las referidas infracciones del ámbito de las leyes penales, la ampliación de la esfera de lo ilícito administrativo y de las sanciones de esta naturaleza, se producirían los inconvenientes que resultan del ensanchamiento del llamado derecho penal administrativo; a saber, la disminución de garantías y la aplicación de una justicia de nivel inferior a la resultante de la actuación de los organismos judiciales”. Vid. CÓRDOBA RODA Juan, “*Aspectos Político-criminales de los delitos de tráfico*”, ob.cit., pág. 299.

⁶⁷⁴ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “*El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 570.

⁶⁷⁵ Vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “*Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor*”, ob.cit., págs. 47-49.

⁶⁷⁶ “No cabe la menor duda de que, por desgracia, estamos asistiendo a momentos de gran siniestralidad en relación al tráfico rodado, que ponen claramente de manifiesto la magnitud ético-social de este problema. Así pues, resulta evidente la necesidad de desarrollar una *eficaz política preventiva* que tienda a mitigar los graves resultados en que pueden desembocar las múltiples conductas infractoras de la seguridad vial que con tan lamentable frecuencia se vienen produciendo. A tales efectos, la cuestión central radica, a mi juicio, en determinar cuál sea el *medio de control social* más adecuado para ejercer dicha política preventiva con la exclusiva finalidad de obtener el mayor grado de efectividad posible. En cualquier caso, la solución a este interrogante deberá siempre tener presente la exigencia que conlleva y el respeto que merece el *principio de intervención mínima* como criterio limitador del poder punitivo del Estado”. CARMONA SALGADO Concepción, “*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*”, en *Derecho Penal Español*, PE., Manuel Cobo Del Rosal (coord.), Madrid, 2005, pág. 797. Igualmente, vid. GÖPPINGER Hans, “*Criminología*”, ob.cit., pág. 506.

y al mismo tiempo limitadores del Derecho penal, de modo que la "...utilización debería restringirse abarcando sólo las hipótesis en que sea necesaria una más intensa protección de determinados bienes jurídicos de mayor trascendencia, dado el carácter *subsidiario* y de *última ratio* del Derecho penal"⁶⁷⁷.

Posturas como las indicadas, aún no habilitan para calificar este debate como clausurado, aunque sí, en mi opinión, casi cerrado, en cuanto existe virtual acuerdo en que si bien han de mantenerse las conductas más graves dentro del radio de lo criminal⁶⁷⁸, las otras han de derivarse al ámbito de lo administrativo⁶⁷⁹. Esto es, habiendo retornado de los extremos en la polémica doctrinal, hoy gana terreno la postura que aquí se defiende⁶⁸⁰.

En este sentido, se señala que la justificación de una normativa penal sobre la materia resulta evidente, al menos en lo que se refiere a sus aspectos esenciales⁶⁸¹. En el contenido de esta regulación, se ha de tener en consideración la cada vez más creciente importancia del vehículo a motor como medio de transporte y, concretamente respecto de España, el grandísimo aumento del

⁶⁷⁷ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, "*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*", en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 795 (cursiva en el original). En el mismo sentido, MORILLAS CUEVA Lorenzo, "*Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global*", ob.cit., esp., págs. 434-435. En parecido sentido vid. CÓRDOBA RODA Juan, "*Aspectos Político-criminales de los delitos de tráfico*", ob.cit., esp., pág. 299.

⁶⁷⁸ Ello, claro está, desde una plataforma dogmática de la discusión. Bien es sabido que a nivel de Política criminal práctica la tendencia actual, téngase en cuenta la última reforma en esta materia, es la contraria. Ejemplo paradigmático encontramos en el nuevo art. 384 del Código penal.

⁶⁷⁹ En este sentido, por todos, vid. KAISER Günther, "*Delincuencia de Tráfico y Prevención General*", trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1979, págs. 490-492.

⁶⁸⁰ Tal aserto puede verse confirmado con lo señalado por un buen número de penalistas españoles a una encuesta realizada respecto de varias situaciones problemáticas en el código penal de 1995 en el que incluía una pregunta dirigida a que éstos realizaran una valoración de la normativa vigente, pudiendo constatarse un alto porcentaje de aprobación. Vid. "*La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia*", Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 182-191.

⁶⁸¹ En este sentido, por ejemplo, vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, "*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*", ob.cit., esp., págs. 278-281.

parque automotriz y el correlativo tráfico viario que ha generado un crecimiento constante, evidentemente, del número de accidentes de los últimos años. “Por tanto, -señala OLMEDO CARDENETE- no puede discutirse la necesidad de intervención penal para la prevención de aquellos comportamientos que de un modo más grave atentan flagrantemente contra la seguridad de las personas que día a día participamos en una actividad que, como la circulación vial, es ya de por sí arriesgada”⁶⁸².

Es en este sentido, en que debe plantearse la cuestión de los delitos de tráfico. Esto es, más allá de posiciones radicales, en todo caso respetables, y aún más si se tiene en cuenta que suelen ser las más coherentes, se ha de tener en cuenta que no puede sustentarse racionalmente una visión general de rechazo o a favor de la inclusión penal en este ámbito⁶⁸³.

Así, por ejemplo, si bien puede considerarse grave y por tanto merecedora de intervención penal el conducir bajo la influencia del alcohol o drogas, no implica necesariamente que se esté de acuerdo en la forma en cómo se encuentra regulada, sobre todo después de la reforma de 2007. Pero ese es un tema que se verá más adelante, lo importante en este punto es destacar que en

⁶⁸² Vid. OLMEDO CARDENETE Miguel, “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”, RECPC nº4, 2002, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html.

⁶⁸³ Respecto del pensamiento del profesor BUSTOS RAMÍREZ, sobre este punto, entiendo una evolución en lo relativo a su protección. Así, en su tiempo señalaba que “...resulta totalmente ilusorio pensar que mediante el derecho penal se van a solucionar los problemas del tránsito. En general todos los medios con que cuenta el derecho penal son totalmente ineficaces”. Vid. “Control Social y Sistema Penal”, ob.cit., pág. 566, para luego suscribir que “El aumento del riesgo implica una interferencia entre la potencia y el acto, luego en la seguridad objetiva para el sujeto, ya que su actividad puede implicar peligros o daños para su persona (es semejante a lo que sucede en la amenaza, que interfiere entre la potencia y el acto, aumentando el riesgo para el sujeto, con el peligro de un mal para su persona). Surge la necesidad de restringir esta zona de aumento de riesgo, reconociendo el bien jurídico seguridad del tráfico como el bien jurídico colectivo”. Vid. “Manual de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 248.

el terreno del tráfico rodado, tanto a nivel político criminal como doctrinario, no se ve deslegitimada la intervención penal⁶⁸⁴.

De la manera en que se ha venido señalando, puede verse la doctrina mayoritaria y la praxis legislativa no sólo española sino también comunitaria. Paradigmática en este sentido, encontramos la Resolución B (73) 26, de 18 de abril de 1973, del Consejo de Europa, que en lo relativo a la conducción bajo la influencia del alcohol o las drogas, estableció para los países miembros unas normas uniformadoras en este sentido, recomendándose la represión penal de estas conductas.

De este modo, y de acuerdo a lo que se ha señalado precedentemente, me parece que la discusión sobre la intervención penal en este ámbito, se encuentra político criminal, doctrinaria y legislativamente superada, y que lo que ha de discutirse debe llevarse a cabo a partir de esta premisa⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Acuerdo al que sea arribó hace ya bastante tiempo. En este sentido, ya en 1955, vid. CUELLO CALÓN Eugenio, *“La delincuencia Automovilista y su represión”*, Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1955.

⁶⁸⁵ Así, con matices diferenciadores, mas en el mismo sentido general que aquí se viene sosteniendo, vid. entre otros: ALCÁCER GUIRAO Rafael, *“Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria”*, RLP, año I, nº 10, 2004, esp., pág. 6; BEJERANO GUERRA Fernando, *“Los efectos de las reformas penales en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”*, Revista Penal, nº 10, Noviembre, 2004, esp., pág. 37; BERISTAIN IPIÑA Antonio, *“Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico”*, Madrid, Editorial Reus, 1979, esp., págs. 95-98 y en, del mismo, *“Especialidad del Derecho penal del tráfico”*, ob.cit., págs. 745-751; BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., Barcelona, Editorial Ariel, 1991, esp., pág. 248; CAMPÓN DOMÍNGUEZ José Andrés, *“Derecho Penal de la Circulación: Responsabilidad y sanción penal en la conducción de vehículos a motor”*, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004, esp., págs. 127-129; CERESO MIR José, *“Problemas Fundamentales del Derecho Penal”*, ob.cit., págs. 275-296; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., esp., pág. 31; GARCÍA ARÁN Mercedes, *“Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”*, ob.cit., esp., págs. 53-55; GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, *“La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 278-281; LERMA GALLEGO Irene, *“Delitos de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., esp., pág. 165; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2007, págs. 683-684; OLMEDO CARDENETE Miguel, *“Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”*, ob.cit., pág. 2; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, Madrid, Editorial Thomson-Civitas, 2004, esp., págs. 413 y ss.

Finalmente, y a modo de casi obvia advertencia, se debe señalar que nada de lo que hasta aquí se ha dicho, evidentemente, resulta incompatible con las medidas y políticas que han de implementarse para, desde el plano de la prevención, por otros medios no penales, ni siquiera jurídicos, hacer frente a la problemática. Bien se ha dicho, y comparto, que mil sentencias condenatorias no harían tanto como buenas carreteras, señalética adecuada y otro tipo de medidas en dicha dirección, por el mejoramiento en las cifras de la siniestralidad del tráfico rodado.

Es por ello, que aquí, y considerando lo dicho en el capítulo primero respecto de la concepción de Política criminal que sustentamos, se parte de la base que la intervención del Derecho penal, incluidas las conductas más graves, requiere necesariamente ser subsidiario de este tipo de medidas⁶⁸⁶.

En eso no hay desacuerdo alguno. Por citar un ejemplo, CUELLO CALÓN escribía, ya en 1955, que era fundamental "...destacar la importante función de las medidas preventivas como medio de protección social contra los accidentes y delitos de tráfico"⁶⁸⁷. Dicho consenso, por lo demás, con los años no ha hecho más que verse fortalecido, y desde esa perspectiva, es que ha de observarse también la intervención penal.

Y es que, sin las medidas precedentes, la prevención desde ámbitos anteriores, y por cierto más eficaces, no tendrían sentido las sanciones que

⁶⁸⁶ Por todos, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., págs. 248-249; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., esp., pág. 34; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, *"La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial"*, ob.cit., esp., págs. 279-280.

⁶⁸⁷ Vid. CUELLO CALÓN Eugenio, *"La delincuencia Automovilista y su represión"*, ob.cit., esp., págs. 30-32.

desde la parcela de la represión penal estatal, puedan adoptarse⁶⁸⁸. Así, en otras palabras: “Sin educación, sin la asunción de los valores que integran el civismo, la eventual eficacia de cualquier medida que pueda adoptarse se reduce considerablemente”⁶⁸⁹.

2.- Evolución de la intervención penal en la seguridad vial en España

2.1.- Análisis sintético de su origen y evolución

De lo dicho hasta aquí, puede ya vislumbrarse el enorme calado, en cuanto problema social, que alcanza el ámbito del tráfico rodado. De ahí que, como se ha dicho, la característica fundamental de la dirección político criminal del Estado español en este ámbito sea la cada vez mayor intensidad y extensión de su intervención en este campo⁶⁹⁰, de lo que la última reforma realizada viene a ser sólo una expresiva confirmación del rumbo y progresión adoptado. De un breve vistazo a la historia de este tema en España puede verse, sintéticamente,

⁶⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. BENLLOCH Guillermo, “La sanción de tráfico: su eficacia en la lucha contra la siniestralidad viaria”, en AA.VV., La sanción de tráfico. Aspectos jurídicos y metajurídicos, Montserrat Nebrera y Josep Olives (Coords.), Barcelona, CRTB, 2004, esp., págs. 54-61; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., esp., págs. 331-332 y en, de la misma, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, PL, nº 6653, 16 de febrero, 2007, esp., págs. 10-14; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 279-280; MIR PUIG Santiago, “Presentación”, ob.cit., esp., págs. 17-18.

⁶⁸⁹ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, “La reforma del tratamiento penal de la Seguridad Vial”, ob.cit., pág. 107.

⁶⁹⁰ Pueden encontrarse antecedentes regulatorios en otros países sobre esta materia ya de carácter histórico. Así, se cita la ley francesa de 1899, aunque algunos se remontan incluso a unos años antes. Por ejemplo, en Inglaterra, en la génesis misma de la cultura automovilística, pueden encontrarse antecedente ya a partir de 1865, como la llamada “ley de la bandera roja” que obligaba a que en cada coche fueran dos conductores y un tercer, asistente, que había de llevar precisamente una bandera roja que fuera dando aviso del paso del coche por la ciudad. Sobre ello, vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”, ob.cit., pág. 30. Como dato quizá anecdótico, puede considerarse como primera embestida de la presión social en este ámbito, ante el primer accidente de tráfico registrado, la indignación producida por el atropello de una mujer inglesa, lamentablemente poco después, 1896, de que el gobierno de la época haya derogado la ley a que arriba hacíamos referencia. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 15.

cómo se transitó de regulaciones meramente reglamentarias, que luego fueron elevadas a rango de ley (especialidad del Derecho penal de tráfico), para después, y finalmente, ser directamente incorporadas al Código penal⁶⁹¹.

2.2.- Del génesis y lo administrativo en el “Derecho de la circulación”

Este camino se encuentra marcado en su inicio con una tendencia claramente administrativa. Se cita así la Real Orden de 1897 referida a vehículos no movidos por fuerza animal, la que ya en 1900 fue reemplazada por el primer reglamento para el servicio de coches automóviles. Desde éste al Reglamento para la Circulación de Vehículos de Motor Mecánico por las Vías de España de 1926, fueron sucediéndose una serie de Reales Decretos (1909, 1918, 1920, 1922), normativas que sirvieron de antecedente al Código de circulación dictado en 1934, código de carácter exclusivamente administrativo.

Así, se destaca el perfil dual que con ello se inició respecto de la sanción de las conductas relativas al ámbito del tráfico rodado; “La represión de los ilícitos viarios se practicaba, por tanto, desde una doble vertiente: la administrativa, sancionadora de las simples infracciones, y la penal, que reprimía los delitos culposos de resultado”⁶⁹². Esta característica, la administrativa, fue mantenida hasta el Código penal del año 1944, momento en

⁶⁹¹ Sobre ello, entre otros, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., esp., págs. 27-28; GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”, ob.cit., págs. 32-40; LORENZO SALGADO José, “Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”, en AA.VV., Documentación Jurídica monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal, Vol. 2, 37/40, SGTMIJE, 1993, esp., pág. 995; MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, “Los Delitos de Conducción Temeraria”, ob.cit., págs. 15-37.

⁶⁹² Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 27.

el cual el legislador, echando mano ya al arsenal penal, comenzó a intervenir en este ámbito⁶⁹³.

2.3.- De la intervención penal y el final de la especialidad

La tendencia, según señalamos, fue gradual, en el sentido de que se pasó del ámbito no penal al penal, aunque sin incorporar las disposiciones al Código de la materia, salvo, en efímero intento en el Código de 1928 que incorporó, aunque en materias más bien de escasa envergadura, normas relativas al tráfico rodado⁶⁹⁴, y que fueron dejadas sin efecto con la promulgación del Código Penal de 1932, supresión ésta, que se mantuvo en el Código penal de 1944⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Sobre ello, vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor"*, ob.cit., págs. 32-40; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., págs. 27-34; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *"La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas"*, ob.cit., esp., págs. 4-9; LORENZO SALGADO José, *"Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 995.

⁶⁹⁴ Art. 572. El fabricante de locomotoras, vagones, automóviles, tranvías, embarcaciones, aeronaves, motocicletas, bicicletas u otras máquinas análogas para el transporte de personas o mercancías, que las construya y venda con tales deficiencias de construcción o mala calidad de los materiales, que constituyan verdadero peligro para el que los utilice o para un tercero, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 50.000 pesetas. Art. 573. Serán castigados con las penas señaladas en el artículo anterior: 1º El funcionario que autorizare el uso de la locomotora, automóvil o cualquiera de los aparatos a que se refiere el artículo anterior, no obstante las circunstancias que en el mismo artículo se consignan. En este caso, además de las penas mencionadas, se impondrá también la de inhabilitación especial de seis meses a cuatro años. 2º El gerente o director de empresa, el dueño y el conductor, que conociendo las condiciones de dichos vehículos o aparatos, los utilizaren. 3º El industrial que, al reparar los vehículos o máquinas, los entregare afirmando su buen estado y sin embargo quedaran en tales condiciones que constituyan un peligro para la vida o la salud de las personas. 4º El gerente o director de empresa, dueño o conductor, que por deficiente conservación y reparación de los vehículos o máquinas, dé lugar a que se hallen en las condiciones mencionadas en el número anterior y no obstante las utilice. Art. 574. El que condujere los vehículos o aparatos de locomoción o transporte para cuya conducción se necesite aptitud determinada, sin certificación que acredite ésta, será castigado con la pena de dos meses y un día a un año de prisión y multa de 1.000 a 3.000 pesetas. Art. 575. El funcionario que, por no comprobar debidamente las condiciones del conductor, expidiere certificado de aptitud para conducir o dirigir vehículos y máquinas de las expresadas en el artículo anterior, sin que realmente concurren las condiciones necesarias en el que lo solicita, será castigado con las penas señaladas en dicho artículo y la de inhabilitación especial de dos a seis años, si el hecho no constituyere delito más grave. Para comentario de las referidas normas, vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *"El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995"*, ob.cit., pág. 554; MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *"Los Delitos de Conducción Temeraria"*, ob.cit., págs. 15-17.

⁶⁹⁵ Sobre ello, vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor"*, ob.cit., págs. 32-33; MORILLAS CUEVA Lorenzo, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., págs. 165 y ss.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *"La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas"*, ob.cit., pág. 5; LORENZO

Se dictó entonces, en el año 1950, la denominada “ley del automóvil”, concretándose así la opción legislativa de conceder a este ámbito el carácter de ley especial. Las críticas que sobre esta ley se vertieron⁶⁹⁶ trataron de ser contestadas mediante la dictación de la ley de Uso y Circulación de Vehículos a motor, de 24 de Diciembre de 1962, ley derogatoria de la anterior y que tuvo por objeto la unificación en un solo cuerpo legal de las normativas referidas al tráfico viario⁶⁹⁷.

Finalmente, y manteniéndose dentro de su línea evolutiva, el ámbito del tráfico rodado es incorporado al Código penal mediante ley del 8 de abril de 1967⁶⁹⁸, manteniéndose en el ámbito penal hasta nuestros días.

2.4.- Sobre la especialidad del “Derecho de la circulación”

Esta polémica se manifiesta, como resulta lógico, de manera más aguda en los tiempos en que se tomó la decisión político criminal de dar cabida a este tipo de conductas en el Código penal, esto es, como ya he dicho, en abril de 1967. No entraré mayormente en esta cuestión, atendido el siempre reducido espacio y la cada vez menor importancia de la controversia que este tema

SALGADO José, *“Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 995.

⁶⁹⁶ Para algunas críticas sobre esta ley, vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *“Los Delitos de Conducción Temeraria”*, ob.cit., págs. 17-22.

⁶⁹⁷ Sobre ella, vid. CARRETERO PÉREZ Antonio, *“Nueva ley de uso y circulación de vehículos a motor”*, Valencia, 1963, págs. 9-39.

⁶⁹⁸ Sobre ello, vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *“El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., esp., págs. 556-558.

suscita, sin perjuicio de lo cual han de señalarse al menos las líneas gruesas de este debate⁶⁹⁹.

Decía CEREZO MIR, partidario de la incorporación de estas materias al Código Penal, que: “Esta reforma parece acertada. Las razones que se ha alegado a favor de la especialidad del Derecho penal del tráfico no me parecen convincentes”⁷⁰⁰. Una de aquellas razones que a CEREZO MIR no convencía, decía relación con la diversidad de materias heterogéneas que se regulaban en la normativa que las incluyó en el Código penal. Sobre ello decía, por ejemplo, DEL ROSAL: “Cabe preguntar: ¿Qué tiene que ver la conducción temeraria, delito de peligro concreto en la nomenclatura de Binding, con el artículo 565?”⁷⁰¹. Esto es, se reprochaba por parte de DEL ROSAL esa diferencia estructural entre los delitos de tráfico (sujetos, medios, lugar de comisión) y aquéllos ya establecidos en el Código⁷⁰².

Con la intención de solventar el debate sobre esta arista, DEL ROSAL, de manera contundente señalaba: “La falta de respeto a la especialidad de esta problemática, con vida nueva, nacida al socaire de una sociedad, cada día más

⁶⁹⁹ Debate que en dicha época encontró incluso quienes abogaban por la autonomía completa del derecho de la circulación. Vid. en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS Luís, “Sobre la autonomía del Derecho de la Circulación”, RDC nº 4, 1964, págs. 217-222. Más recientemente, hay quien se lamentó de la no exclusión del Código penal de 1995, de estos delitos, como una “gran oportunidad perdida”. Vid. GIL HERNÁNDEZ Ángel, “Aproximación dogmática al bien jurídico seguridad del tráfico en el nuevo código penal”, RDMF, nº 4, 1997, esp., pág. 160.

⁷⁰⁰ Vid. CEREZO MIR José, “Problemas Fundamentales del Derecho Penal”, Madrid, Editorial Tecnos, 1982, pág. 275.

⁷⁰¹ Vid. DEL ROSAL Juan, “Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación”, ADPCP, T. XXI, Fasc. II, 1968, pág. 10.

⁷⁰² En este sentido, pero desde la perspectiva de la especialidad en cuanto las particulares características de éste, señalaba GÖPPINGER: “Pero no existe ningún campo delictivo en que la tensión situación-autor sea tan clara como en el tráfico, donde el punto neurálgico puede residir una vez en la personalidad del autor (infracción dolosa de las normas del tráfico), y otra hallarse por completo en la situación (patinazo imprevisible a consecuencia de una capa de hielo que se forma de repente, o choque contra un vehículo que patina y causación de más daños). Sin embargo, en el plano normativo apenas se concede atención a estas circunstancias especiales. Más bien se intenta abarcar este complejo especialísimo de acuerdo con las reglas generales del Derecho Penal”. Vid. GÖPPINGER Hans, “Criminología”, ob.cit., pág. 506.

tecnificada, constituye el más grave defecto técnico-legislativo de la mudanza del 8 de abril de 1967”⁷⁰³.

De acuerdo con este autor, también encontramos a BERISTAIN IPIÑA⁷⁰⁴, quien, abogaba directamente por la sanción penal de los ilícitos cometidos en este terreno, pero desde una, para él, justificada especialidad, “En resumen, el Derecho penal de tráfico es un Derecho penal especial en todos sus estratos y, sobre todo, en los más decisivos: culpabilidad y punibilidad. Pretender la autonomía total, o pretender la coincidencia en el Derecho penal común sería pretender un anacronismo mortal”⁷⁰⁵.

En este sentido, también COBO DEL ROSAL, apuntando a la nula novedad de las disposiciones y la mera readaptación y revisión de las normas de 1962, “con unas correcciones que pretendían poner en consonancia las normas especiales con las generales del Código penal, que sería así el infortunado ordenamiento que las recibía dentro de su sistema y articulado”⁷⁰⁶.

A ello contestaba CEREZO MIR, recordando que aquella diversidad inconexa que se critica no era de ningún modo novedosa, ya que ésta se daba también en otros terrenos del Código, sin que por ello fuera criticada en dicha particularidad; “No hay que olvidar -decía con toda razón CEREZO MIR- que una diversidad semejante o mayor existe, por ejemplo, entre los delitos contra la

⁷⁰³ Vid. DEL ROSAL Juan, “*Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación*”, ob.cit., pág. 36.

⁷⁰⁴ Vid. BERISTAIN IPIÑA Antonio, “*Especialidad del Derecho penal del tráfico*”, RDC, nº 12, 1964, esp., pág. 746.

⁷⁰⁵ *Ibíd.*, pág. 751.

⁷⁰⁶ Vid. COBO DEL ROSAL Manuel, “*Significación general del penúltimo párrafo del artículo 340 bis. a) del Código penal para los delitos contra la seguridad del Tráfico*”, en AA.VV., *Delitos contra la seguridad del Tráfico*, Valencia, 1975, pág. 75. Citado por MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “*El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 557.

seguridad interior del Estado (propagandas ilegales, asociaciones ilícitas, blasfemias, etc.), los delitos contra las personas (homicidio, asesinato, etc.)... y, no obstante, no se ha propugnado la desintegración del Código penal en una serie de leyes especiales⁷⁰⁷.

Interesante de destacar sobre este tema resulta la postura de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, quien reconocía el punto de interconexión de estos ilícitos, no ya en la cuestión de la especialidad de manera directa, sino más bien, en la naturaleza “riesgosa” que estas conductas delictivas entrañan. De esta manera, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, localizaba en un terreno distinto la homogeneidad que DEL ROSAL echaba en falta. Así, señalaba el referido autor que: “...la característica primordial de los hechos que integran la fenomenología del tráfico está en su pertenencia a las acciones con un contenido de riesgo, en cuya ejecución, y por su propia naturaleza intrínseca y la del medio mecánico que se utiliza, es posible ya el acatamiento de resultados dañosos⁷⁰⁸”.

Volviendo a CEREZO MIR, y finalmente, a favor de la codificación de estas figuras, este autor encuentra también, como argumento, el carácter no excepcional ni transitorio de la normativa del tráfico rodado, lo que a su juicio excluye la posibilidad de mantenerlas en el plano de leyes especiales⁷⁰⁹, argumento sólido donde los haya y que, en mi opinión, resulta incontestable.

⁷⁰⁷ Vid. CEREZO MIR José, “*Problemas Fundamentales del Derecho Penal*”, ob.cit., págs. 275-276.

⁷⁰⁸ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO Candido, “*Modificaciones en el aspecto penal, de la ley de uso y circulación de Vehículos a motor*”, Madrid, Reus, 1968, pág. 3.

⁷⁰⁹ Vid. CEREZO MIR José, “*Problemas Fundamentales del Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 283.

3.- Protección penal de la seguridad vial: cuestiones comunes

3.1.- Concepto de conducción penalmente relevante

El término “conductor”, encuentra definición en el apartado primero del anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. De lo señalado por dicho precepto, se entiende por conductor toda persona que "maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo, o a cuyo cargo está un animal o animales. En vehículos que circulen en función de aprendizaje de la conducción, es conductor la persona que está a cargo de los mandos adicionales".

Primeramente ha de destacarse que se está aquí en presencia de un delito común y no uno de carácter especial, como se podría erróneamente entender en un primer vistazo respecto de lo que señala la normativa arriba citada. Si se tiene en consideración que el sujeto activo establecido se refiere sólo a un “conductor”.

Ahora bien, ello no es así pues es ésta más bien una exigencia que deriva de la naturaleza misma de la disposición, pero que por ese sólo ministerio no la convierte por ello en un delito especial⁷¹⁰. Y es que por conductor, más que entenderse una “calidad” determinada de una persona en particular, es más bien la descripción de un hecho, con lo que no es requisito estar en posesión de una calidad especial, sino sólo del hecho de conducir. De modo que no se trata

⁷¹⁰ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 208; OLMEDO CARDENETE Miguel, “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”, ob.cit.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., págs. 95-97.

de una condición jurídica, sino que a estos efectos, se trata de una cuestión material, es conductor quien va a los mandos del vehículo⁷¹¹.

En este sentido, ha existido cierta discusión doctrinaria respecto del “hecho” de conducir. Así, por ejemplo, se ha planteado si conduce o no quien lleva el mando del volante mientras camina al lado del auto, empujándolo⁷¹². Se debe decir que no puede considerarse aquello como conducción, y así ha sido ratificado por la jurisprudencia⁷¹³ y la doctrina⁷¹⁴. Señala, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ que: “razones teleológicas aconsejan, además, restringir el alcance del término a los casos en los que el vehículo se mueve impulsado por su propio motor, y no cuando lo hace empujado o atraído por la gravedad”⁷¹⁵.

De forma que lo requerido es que se haya puesto en marcha el motor y que el vehículo sea impulsado por sí mismo en el desplazamiento⁷¹⁶, sin perjuicio de lo cual existe cierta casuística en la que se podría cumplir la

⁷¹¹ En este sentido, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 923.

⁷¹² Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., págs. 82-87.

⁷¹³ Así, por ejemplo, se ha señalado: “Por conducción habrá de entenderse, además, un desplazamiento del vehículo por dichas vías o espacios apreciable y constatable de manera cierta y realizado además con aquella influencia y con la puesta en peligro de la seguridad ajena real o posible; lo que no ocurrirá cuando los actos realizados sean tan exiguos que no haya habido prácticamente desplazamiento del vehículo ni recorrimiento de espacio material apreciable”. SAP de Granada (Sección 2ª) de 10 de junio de 1995.

⁷¹⁴ Por todos, vid. CÓRDOBA RODA Juan, “Comentarios al código penal”, ob.cit., pág. 1243; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, RJDC, nº 1, año XCII, 1993, págs. 27-28; CARMONA SALGADO Concepción, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, en Derecho Penal Español, ob.cit., págs. 797-798; DE LEÓN VILLALBA Francisco Javier, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, en AA.VV., Comentarios Breves al Código penal, Arroyo Zapatero, Berdugo Gómez de la Torre, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano-Piedecabras, Terradillos Basoco (Dir.), Madrid, Editorial Iustel, 2007, pág. 833.

⁷¹⁵ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, “Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”, en AA.VV., Compendio de Derecho penal, PE., Vol. II, Miguel Bajo Fernández (Dir.), Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998, pág. 710.

⁷¹⁶ En este sentido, entre otros, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 208; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, “Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”, ob.cit., págs. 710-711; GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., pág. 18.

exigencia típica del conducir⁷¹⁷, sin que el motor esté encendido, como quien baja por una pendiente al mando del volante, sin que el motor esté en marcha⁷¹⁸.

Es precisamente ésta, una circunstancia que se ha dado en la práctica y de la que tuvo oportunidad de pronunciarse la Audiencia Provincial de Alicante, quien aplicó el artículo 379, por considerar como conducción, la conducta de una mujer que al subirse a su auto quitó el freno de mano (sin encender el motor), desplazándose el mismo hacia atrás producto de la fuerza gravedad⁷¹⁹. De manera que, más bien se trata de interpretar el delito desde una perspectiva teleológica y no con la mera cuestión del cumplimiento de la literalidad de lo establecido por el tipo penal⁷²⁰.

3.2.- Conceptos de vehículos a motor y ciclo motor

De conformidad con el apartado noveno del anexo al RDL 339/1990, por vehículo a motor se entiende todo "vehículo provisto de motor para su propulsión. Se excluyen de esta definición los ciclomotores y los tranvías". Debe

⁷¹⁷ Así, la cuestión de la distancia que se recorra no tiene relevancia penal para la jurisprudencia. De modo que por corto que sea el recorrido, se configurará este ilícito. En este sentido, por ejemplo, recientemente se ha manifestado la AP de Lleida, confirmando la condena a un sujeto que bajo los efectos de las sustancias típicas establecidas en el art. 379 del Código penal, recorrió con su auto apenas 200 metros. Vid. SAP de Lleida, núm. 60/2009 de 17 de febrero.

⁷¹⁸ En este sentido, entre otros, vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., págs. 417-418; ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, en AA.VV., T S. VIVES ANTÓN, E ORTS BERENGUER, J C. CARBONELL MATEU, J L. GONZÁLEZ CUSSAC, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal, PE.*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, págs. 819-820; TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, en AA.VV., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, pág. 1450.

⁷¹⁹ En este sentido, la Audiencia señaló: "...a efectos de consumación del tipo que nos ocupa, es que el vehículo llegue a moverse o desplazarse, por pequeño que sea dicho desplazamiento, pues durante el mismo, quien se encuentra al volante tiene el deber de controlarlo, dominarlo o conducirlo y ello con independencia de que el vehículo se desplace por la propulsión del motor o aprovechando la pendiente de la calzada". SAP de Alicante, núm. 585/2005 de 29 de junio.

⁷²⁰ En este sentido, entre otros, vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *"La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas"*, ob.cit., esp., págs. 86-87; SILVA SÁNCHEZ Jesús, *"Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)"*, ob.cit., pág. 27.

señalarse, en todo caso, que por vía doctrinaria no se reconoce como axial el aporte que desde esta normativa se realiza, estimándose más útil la aplicación de un concepto “fáctico”⁷²¹.

Así dice, por ejemplo, ORTS BERENGUER que: “En varios anexos de la LTCVMSV se contienen definiciones de vehículos de motor de otros ingenios, que resultan orientativas, pero no vinculan al intérprete en su labor”⁷²² ello sería así, según el autor, porque los tipos penales que versan sobre esta materia no hacen remisión a ella, y porque no resultaría adecuado para la protección del bien jurídico asumir unas nociones que en verdad resultan demasiado volátiles “en las cuales no tienen cabida vehículos cuya conducción de alguno de los modos o en alguno de los estados descritos es susceptible de poner en grave peligro la salud o la vida de las personas”⁷²³.

Puede verse de la lectura de la normativa referida, en el apartado séptimo del mismo anexo, donde se señala que: "tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación:

⁷²¹ Desde esta perspectiva, por ejemplo, la AP de Madrid calificó como encuadrable en el tipo penal de conducción con temeridad manifiesta, el manejo de una minimoto. Así, indicó: “Afectados por el mismo problema que tuvo el magistrado de la instancia (la falta de la correspondiente pericial) hemos consultado páginas web especializadas sobre las características de las minimotos. La Federación Nacional de Motorismo define las minimotos, con precisión, como auténticas motos en miniatura que tienen (como afirma el magistrado su sentencia) el mismo mecanismo que la moto y que pueden llegar a alcanzar velocidad de hasta 60 km a la hora. Sin embargo, y esto es lo que a nuestro juicio es más trascendente, es que hemos encontrado infinidad de referencias que avisan a los usuarios de estas minimotos de que la Dirección General de Tráfico no permite la utilización de estas minimotos en la vía pública. Así es en virtud de lo establecido en el artículo 61,1 de la ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial no los considera como vehículos autorizados para circular por la vía pública por no ser vehículos autorizados conforme establece el artículo 1 del Reglamento General de Vehículos a Motor de 23 de diciembre de 1998”. Vid. SAP de Madrid, núm. 893/2007 de 3 de septiembre.

⁷²² Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 820.

⁷²³ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 820. En el mismo sentido, entre otros, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 56-57; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 687; OLMEDO CARDENETE Miguel, *“Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”*, ob.cit.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, ob.cit., págs. 88-91.

-Vehículos de dos ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

-Vehículos de tres ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h.

-Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm³ para los motores de explosión o, cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 kw, para los demás tipos de motores" (redacción según Ley 43/1999, de 25 de noviembre).

No supone gran esfuerzo, entonces, estar de acuerdo en este punto con MUÑOZ CONDE y aceptar con él que: "...este Anexo es tan prolijo y técnico en sus definiciones que realmente no debe considerarse vinculante al objeto de interpretar el concepto de «vehículo a motor» en los tipos legales que aquí se tratan, siendo preferible una interpretación fáctica por la que se puede considerar como «vehículo a motor» todo vehículo destinado al transporte de personas o cosas no movidas por energía humana o animal"⁷²⁴.

⁷²⁴ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *"Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 679. En el mismo sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., págs. 55-56. En contra, considerando que esta delimitación no resulta "válida para establecer un concepto jurídico", vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, ob.cit., pág. 22.

3.3.- Elemento espacial: vía pública

Se debe partir señalando en este punto, que cierto es que los artículos 379 nº 2, 380, 381 y 384 no hacen mención de vía pública o cuestión semejante, y es precisamente por ello, que este tema requiere de alguna consideración, sin perjuicio de que el nº 1 del 379 haga mención expresa a las vías urbanas e interurbanas, como se verá en su momento y que, por lo mismo, se ve sustraído de cualquier polémica.

Sobre ello la cuestión puede reducirse esquemáticamente a dos opciones disyuntivas, a saber: se cometen estos delitos en la vía pública desde una perspectiva restringida o, puede cometerse en lugares que no puedan ser calificados de tales (aceras, vías peatonales, etc...). Así las cosas según el art. 2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (en adelante LTCVMSV), tales espacios son las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, y también los que, sin tener tal aptitud, sean de uso común, e incluso los privados que sean usados por una colectividad indeterminada de usuarios.

Evidentemente, no tratamos aquí con un tema pacífico, de ahí que esta temática sea calificada como, "...la interminable discusión en torno al lugar de realización de la conducta"⁷²⁵. Respecto de la segunda opción, ORTS BERENGUER señala que esta opinión no contradicha por el contenido del

⁷²⁵ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., pág. 57.

artículo 2 de la LTCVMSV⁷²⁶. Siendo posible, entonces, que la norma que comentamos resulte aplicable a dichas hipótesis.

Según este autor, que los vehículos discurran usualmente por las vías al efecto y que las disposiciones legales estén pensadas para regular ese tráfico, no implica una imposibilidad absoluta para que dicha conducta quede al margen de la tipicidad impuesta por estos delitos, de modo que le parece perfectamente posible, "...reputar delictiva la conducta de quien circula alocadamente o, bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas por una calle para uso exclusivo de viandantes"⁷²⁷.

En semejante sentido, se muestra también TAMARIT SUMALLA, quien no ve el por qué de la restricción dado que, "...el Código adopta una fórmula más amplia"⁷²⁸. Igualmente GANZENMÜLLER, ESCUDERO, FRIGOLA, indican que: "...tan reprochable es transitar en un automóvil a gran velocidad invadiendo el carril de los usuarios que lo hacen en sentido contrario... como entrar a igual velocidad al volante de cualquier vehículo de motor en una playa, jardín o acera cuando se hayan repletas de sosegados caminantes"⁷²⁹. No puede dejar de mencionarse, que, en todo caso, la jurisprudencia no ha mostrado particular constancia y uniformidad en sus resoluciones.

⁷²⁶ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 820.

⁷²⁷ *Ibid.*, pág. 821. En el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE Miguel, *"Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal"*, ob.cit., esp., pág. 3.

⁷²⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1448. En el mismo sentido, vid. MARTÍN UCLES Francisco, *"Aspectos jurídicos y policiales de la alcoholemia"*, ob.cit., esp., págs. 28-29.

⁷²⁹ Vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor"*, ob.cit., pág. 43.

Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias resolvió en este punto de acuerdo a la tesis que se acaba de exponer, señalando que: "...es evidente que en cualquier lugar apto para la circulación, tanto público como privado, que sea utilizado por una colectividad de usuarios más o menos extensa puede realizarse la conducta, como en este supuesto ocurrió, ya que nos encontramos con la conducción bajo la ingesta de alcohol de un vehículo por el interior de una plaza, por lo que esta conducta desde luego pudo afectar a los restantes usuarios, como también hubiera sucedido si la conducta se hubiese realizado en un estacionamiento privado utilizado por varias personas o en un camino también privado perteneciente, por ejemplo, a una empresa y utilizado por las personas que trabajan en ella..."⁷³⁰.

De manera contraria, se muestran otros autores, como por ejemplo LORENZO SALGADO, quien explica que de no restringirse el ámbito espacial de comisión a las vías públicas *strictu sensu*, se podrían alcanzar absurdos, tales como sancionar con la privación del permiso de conducir en supuestos fácticos que ni siquiera requerirían de dicho permiso. Además, esgrime como argumento, la finalidad protectora del tipo, que está referida, evidentemente, al bien jurídico seguridad del tráfico (ahora seguridad vial), cuestión que según él, inhabilita cualquier ampliación del lugar de comisión de este ilícito⁷³¹.

⁷³⁰ SAP de Asturias núm. 246/2004 (Sección 8ª), de 7 octubre de 2004. Además, vid. STS núm. 877/1999 (Sala de lo Penal), de 2 junio de 1999, en que se califica como vía pública una calle peatonal.

⁷³¹ Vid. LORENZO SALGADO José, "*Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico*", ob.cit., pág. 1000. Desde esta perspectiva estricta de vía pública también, DE LEÓN VILLALBA, señalando que: "Un tercer elemento no explicitado pero necesario para la consumación del delito, es la realización en una vía pública destinada o que posibilite el tráfico de vehículos. De otra manera carecería de sentido, la conducta sería irrelevante para la seguridad del tráfico". Vid. DE LEÓN VILLALBA Francisco Javier, "*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*", ob.cit., pág. 834.

En este sentido, también señala CARMONA SALGADO, refiriéndose al conducir bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, actual art. 379 nº 2 que: “Además, y aunque el citado precepto no lo exija expresamente, la conducción habrá de realizarse por una *vía pública*, como aconseja una adecuada interpretación final del mismo, es decir, por la que normalmente utiliza una colectividad indeterminada de usuarios, ya sea de propiedad pública o privada”⁷³².

Y es que en esta materia, como en todas, dicho sea de paso, ha de tenerse en consideración una visión teleológica de la figura penal que se estudia y no olvidar el bien jurídico que se encuentra detrás y que viene a justificar la punición de la respectiva conducta. De ahí que en todo momento, y en cualquier interpretación, deba tenerse presente la total importancia de la vía pública en estos tipos penales.

Ello, pues, en consecuencia, ya que la conducta de conducir un vehículo a motor o ciclomotor sólo podría ser significativa para los bienes jurídicos individuales que se protegen en el ámbito de la seguridad vial, si ésta se realiza en un espacio destinado al tráfico motorizado, dada la función delimitadora de la modalidad de riesgo de bienes jurídicos individuales, esto es: una vía pública. A una solución idéntica, señala MUÑOZ CONDE, se arribaría también desde una interpretación sistemática, pues: “...tanto el permiso de conducción como el concepto de vehículo de motor vienen referidos a la vía pública”⁷³³.

⁷³² Vid. CARMONA SALGADO Concepción, “*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*”, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 798.

⁷³³ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal*”, PE., ob.cit., pág. 687.

Así también, CÓRDOBA RODA Y GARCÍA ARAN, quienes atendiendo a la razón de protección de la norma penal, señalan al respecto que, no obstante, la prohibición específica bajo pena de la conducta lo es para conducir y, por tanto, circular en las condiciones típicas por las zonas por donde legalmente circula el tráfico de vehículos y no por zonas en las que el tráfico de vehículos no se halla autorizado. “Ello no es óbice, naturalmente, para apreciar el cumplimiento del tipo en el supuesto de que conduciendo el vehículo por zona pública, en razón de una conducción afectada por la intoxicación debida a las sustancias típicas, se invada una zona peatonal o espacio público no destinado al tráfico de vehículos”⁷³⁴.

En este sentido, creo que MOLINA FERNÁNDEZ lleva razón cuando expresa que: “El problema de extender también a estos casos la protección del tipo, como propone algún autor (por ejemplo, ORTS BERENGUER y TAMARIT SUMALLA), es que con ello se produce una desmedida ampliación de la tipicidad contraria al sentido último que justificó la creación de estos delitos, que no es otro que sancionar comportamientos especialmente peligrosos dentro del tráfico rodado”⁷³⁵.

De lo que se trata, en esencia, es de tener en consideración el elemento teleológico de interpretación, para mantenerse dentro de los márgenes legítimos establecidos entre los extremos a que se ha hecho referencia, esto es, no ampliar en demasía la intervención penal de manera que se exacerbe el tipo a supuestos de hecho incompatibles con la modalidad de riesgo al que debe verse expuesto

⁷³⁴ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., Comentarios al Código Penal, PE., T. II, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004, pág. 1696.

⁷³⁵ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, en AA.VV., Compendio de Derecho penal, PE., ob.cit., pág. 711.

alguno de los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales, pero, sin ampararse dentro de criterios tan formalistas que en este delito sólo acepten como “elemento espacial” a las calzadas.

En este sentido, se expresa también LASCURAÍN, recordando el principio de intervención mínima y el fin de protección que anuncia el título del Capítulo. De ello deriva un *entendimiento restrictivo* del tipo como de actividad peligrosa y no como protector de una mera regularidad de conducta, lo que implicaría el expulsar fuera de este ámbito los supuestos en los que, por ejemplo: “por las circunstancias objetivas especiales en las que se desarrolla la conducción bajo la influencia de las sustancias descritas, sea excluible de raíz cualquier generación de riesgo para la vida o la integridad física de las personas”⁷³⁶.

En definitiva, es mi opinión que, teniendo en cuenta lo que se ha venido señalando, es como han de resolverse los casos particulares que se presenten. Bien es cierto, y conocido por todos, que en los terrenos de la casuística puede no encontrarse límite, pero no lo es menos que en relación con lo que se viene sosteniendo, no ha de considerarse a ésta como relevante.

Quién podría siquiera poner en duda la frase hecha y negar lo evidente: con toda seguridad la “realidad superará a la ficción”, y desde luego, también a la jurídica. Acaecerán hechos y se realizarán conductas que circunstancialmente resultarán de “gran gravedad”, en lugares que no puedan ser calificados como vías públicas. Pero de la misma manera que se tiene

⁷³⁶ Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en AA.VV., Comentarios al Código Penal, PE., Gonzalo Rodríguez Mourullo (Dir.), Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 1040.

presente lo anterior, tampoco debe olvidarse que, desde una perspectiva democrática sustantiva, ésto en ningún caso ha de considerarse un fallo⁷³⁷ si se tiene en cuenta la vieja máxima que correctamente tiene al Derecho penal como un sistema discontinuo de ilicitudes⁷³⁸, si no se pierde de vista que los principios limitadores de la intervención penal del Estado, como la subsidiariedad, la fragmentariedad y la última ratio, antes que ser un obstáculo, son una conquista⁷³⁹.

La opción contraria a la que aquí se plantea, produciría una extensión desmesurada del perímetro de aplicación de estos delitos. Ello, que en sí mismo resultaría criticable, en este ámbito lo es aún más si cabe, teniendo en cuenta la actual y descomedida invasión penal a campos perfectamente administrativos, lo que a todas luces aconseja una perspectiva menos “generosa” a la hora de delimitar los elementos típicos. De esta manera, resta sólo señalar mi adscripción a la doctrina mayoritaria en este punto⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Lo que para BINDING era cuestionable en sí mismo, debido a su perspectiva absoluta del fin de la pena. Sobre ello, vid. MIR PUIG Santiago, *“Introducción a las Bases del Derecho Penal”*, ob.cit., esp., págs. 110-111.

⁷³⁸ O mejor dicho, en palabras de ORTEGO, “El derecho penal es un archipiélago y que los tipos penales son islas de ilicitud en el mar de la libertad”. Vid. ORTEGO COSTALES José, *“Bien Jurídico: lesión y peligro”*, ob.cit., esp., pág. 427.

⁷³⁹ Sobre la amplitud de estos principios penales, sin considerarlo como un problema, sino más bien como virtud, vid. HASSEMER Winfried, *“Bienes Jurídicos en el Derecho Penal”*, ob.cit., esp., págs. 65-66.

⁷⁴⁰ En este sentido, además de los nombrados, entre otros vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 249; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 57-64; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., pág. 18; LERMA GALLEGO Irene, *“Delitos de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., pág. 143; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, Lecciones de Derecho Penal, PE., en AA.VV., Jesús María Silva Sánchez (Dir.), Barcelona, Editorial Atelier, 2006, pág. 270.

3.4.- Ubicación en el código penal

Los delitos de los que se tratará aquí, se encuentran ubicados en la geografía del Código penal español en el Libro II, Título XVII, destinado a los “Delitos Contra la Seguridad Colectiva”, específicamente en el Capítulo IV bajo el epígrafe “De los Delitos Contra la Seguridad Vial”.

Este capítulo regula penalmente el área de la seguridad vial desde el artículo 379 al 385, ambos inclusive. En esquemática y breve síntesis, y en este orden, se castigan las conductas siguientes: conducción con exceso de velocidad (Art. 379.1), la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (Art. 379.2), la conducción manifiestamente temeraria (Art. 380), la conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás (Art. 381.1-2), negativa a someterse a la prueba de alcoholemia o de detección de otras drogas (Art. 383), conducción con el permiso o licencia sin vigencia, con pérdida total de puntos asignados legalmente, privados del mismo por decisión judicial, o sin haberlo obtenido nunca (Art. 384), la creación de un grave riesgo para la circulación, bien sea alterando la seguridad del tráfico o no restableciéndolo cuando haya obligación de hacerlo (Art. 385).

CAPÍTULO IV
SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO
Y LA SEGURIDAD VIAL

1.- Cuestiones generales

Sin perjuicio de algunas disputas doctrinales, pareciera a primera vista que el bien jurídico protegido en este ámbito resulta, o debería resultar, un tema sin demasiadas controversias. Es conocido por cualquiera que se introduzca medianamente en esta área, que es una doctrina solidamente asentada el señalar, diría yo casi con cierto automatismo, que el bien jurídico protegido en este grupo de delitos ha sido precisamente el antes conocido como “seguridad del tráfico”, y hoy oficialmente denominado “seguridad vial”⁷⁴¹.

⁷⁴¹ Vid. LO. 15/2007 de 30 de noviembre, punto segundo.

Sin embargo la gran extensión del referido consenso, y una vez superada la imperativa primera ojeada como etapa previa y necesaria, antes de entrar en otras problemáticas de mayor especialidad respecto de los delitos en particular, debería uno preguntarse: ¿Qué se ha querido explicar cuando se da esa respuesta? Pues, en verdad, tanto el contenido como la propia naturaleza de eso que se ha dado en llamar “seguridad vial” no puede responderse con la misma soltura con que se está dispuesto a afirmar que aquella es el bien jurídico protegido en los delitos de los que aquí se trata⁷⁴².

2.- Marco de trabajo

Teniendo presente lo anterior, lo que se pretende en este punto de la tesis es explicar las distintas posturas que sobre estos aspectos se han desarrollado, para luego exponer la visión que aquí se sustentará. Desde esta perspectiva me parece que dada la importancia fundamental que el bien jurídico tiene para el Derecho penal, cobra la misma relevancia el determinar el papel de éste en cada tipo penal que aquí se analizará. Con dicho objetivo, en cada delito se pondrá en relación el contenido y naturaleza dados a la, antes denominada, seguridad del tráfico por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, con la técnica de tipificación utilizada y, a partir de ello, destacar que los resultados, evidentemente, no serán equivalentes.

⁷⁴² Se debe destacar, en todo caso, que algunos autores, estiman que distinguir el objeto protegido de acuerdo a cada tipo penal, en cuanto es una decisión del legislador la modulación, la orientación más marcada de la seguridad o los bienes jurídicos individuales. Por todos, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999”, RJEDJB, nº 6, La ley, 1999, esp., pág. 1882.

Es ésta, además, una labor que me parece alcanza una relevancia mayor si se tiene en consideración el cada vez más marcado tono objetivista que sobre los delitos que aquí se tratan ha ido adoptando el legislador penal español, de lo cual es muestra palpable la última reforma legislativa que sobre estas materias se realizó (LO. 15/2007 de 30 de noviembre) y que, para algunos, ha afectado también a nivel de bien jurídico^{743/744}.

Ahora bien, antes de entrar en los siguientes capítulos, relativos a los tipos penales en particular, me parece necesario que, se expongan las tesis más recurridas que han intentado establecer la naturaleza y contornos de este bien jurídico. Ello, con el objetivo de ir sentando las bases del análisis específico posterior, relativo a la vinculación de la técnica de tipificación utilizada y este bien jurídico.

3.- Sobre el concepto de bien jurídico seguridad vial

3.1.- Del contexto de la discusión

Los tiempos que corren en el ámbito de las ciencias penales, no son precisamente los mejores para el bien jurídico en su ya larga historia. La denominada expansión del Derecho penal, de la que ya se comentó⁷⁴⁵, tiene en este ámbito repercusiones de gran calado, vinculadas, primordialmente, a la

⁷⁴³ En este sentido, por ejemplo, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 30 y 36. En contra, por ejemplo, vid. GUTIÉRREZ ROMERO Francisco, *“Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial: unas breves consideraciones”*, PAJA, nº 752/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona. 2008, pág. 1.

⁷⁴⁴ Vid. este capítulo, pto. 5.2.

⁷⁴⁵ Vid. primera parte, capítulo II, pto. 3.

proliferación de bienes jurídicos colectivos, actualmente de gran aceptación no sólo dogmática, sino también legislativa⁷⁴⁶.

En este sentido, lo sintetiza DÍEZ RIPOLLÉS, indicando que: “Sin duda uno de los problemas fundamentales que afronta la teoría del bien jurídico es su empleo en el ámbito de los denominados indistintamente *bienes jurídicos colectivos*, difundidos o universales. La proliferación de reformas legales que introducen en los códigos penales preceptos protectores de tales bienes ha dado origen a una intensa polémica sobre su procedencia”⁷⁴⁷. Sobre esta plataforma, y en lo pertinente a la materia que aquí se trata, como ya se dijo en su momento⁷⁴⁸, se entiende aquí que los delitos contra la seguridad vial se enmarcan en el ámbito de la polémica sobre el denominado nuevo Derecho penal, marco que naturalmente condiciona la discusión sobre el bien jurídico protegido en los delitos que son objeto de esta tesis.

3.2.- Concepto y contenido de la seguridad vial como bien jurídico protegido en estos delitos

Desde dicha perspectiva, ha de comprenderse ya las dificultades que implica reconocer el contenido del objeto jurídico protegido, particularmente en cuanto a su naturaleza que más adelante se analizará⁷⁴⁹. Ahora bien, respecto

⁷⁴⁶ Así en este sentido, TERRADILLOS, indica: “...la artificial búsqueda de bienes jurídicos sería la primera de las manifestaciones del actual expansionismo penal”. Vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, “Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”, ob.cit., pág. 228.

⁷⁴⁷ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS José Luís, “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”, RECPCR, nº 15, diciembre 1998, en <http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>.

⁷⁴⁸ Vid. capítulo III, pto. 1.2.2.1.

⁷⁴⁹ Vid. pto. 4. de este capítulo

específicamente del bien jurídico protegido en estos delitos, este ha venido siendo designado como seguridad del tráfico, ahora seguridad vial , en una tesis ya de larga historia.

Así, sobre el contenido propiamente tal se manifestaba, por ejemplo, CARRETERO indicando hace ya cuarenta y seis años, que “No cabe ninguna duda, que todos los delitos que se señalan, en materia de circulación, tienen como fin de mayor notoriedad, el de la prevención de accidentes y por ello, el bien jurídico contemplado, siempre, es el de una circulación de vehículos segura...”⁷⁵⁰.

De esta forma, al entenderse que el bien jurídico protegido por este grupo de delitos se refiere a la seguridad de esta actividad en sí misma, como por ejemplo sostiene recientemente QUERALT⁷⁵¹, cabría entender como correcta la ubicación que el legislador de 1995 otorgó a estos ilícitos, agrupándolos bajo el rótulo de aquellos que atentan contra la seguridad colectiva. Así, GÓMEZ PAVÓN, por ejemplo, califica a ésta como la mejor ubicación para estos delitos, señalando que: “El Código vigente los regula dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, rúbrica mas acertada con aquello que se quiere proteger, que no es el riesgo «en general», sino parcelas determinadas, en cuanto afecten a la seguridad colectiva”⁷⁵².

⁷⁵⁰ Vid. CARRETERO PÉREZ Antonio, “Nueva ley de uso y circulación de vehículos a motor”, ob.cit., pág. 25. A lo que, para no dejar dudas, agrega: “Actualmente el delito no consiste en herir, matar o romper. Consiste simplemente en conducir mal, conducir de tal forma mal, que sea previsible la posible resultancia nociva”. *Ibid.*

⁷⁵¹ Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 919.

⁷⁵² Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., pág. 89.

En este sentido también se ha manifestado la jurisprudencia, reconociendo de idéntica forma el contenido de este bien jurídico, sin perjuicio de su evolución en cuanto a la naturaleza del mismo. De esta manera las sentencias sobre esta materia ya no tratan sobre un concepto de seguridad del tráfico, ahora seguridad vial, sino que se centran únicamente en la naturaleza de este supuesto bien jurídico. Así las cosas, resulta verdaderamente complicado encontrar sentencias recientes que definan a la seguridad vial.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe retrotraer bastante en el tiempo para encontrarse con algún concepto. Así, la STS de 25 de abril de 1970, sostenía que la seguridad del tráfico estaba referida a: "...el normal desenvolvimiento de la circulación rodada"⁷⁵³. En el mismo sentido, la STS de 24 de abril de 1974, indicaba sobre este particular, en su considerando 4º que: "(...) y que es el bien jurídico protegido primariamente, en cuanto que tales normas sobre el tráfico tienden a regular la buena disciplina de la circulación y su normalidad..."⁷⁵⁴.

En la misma línea, GÓMEZ PAVÓN destaca que la jurisprudencia históricamente ha sostenido esta postura: "...como expresamente decía la sentencia de 2 de marzo de 1974 *que establecía que el delito se cometía «sin necesidad de que se demuestre la efectiva puesta en peligro de bienes jurídicos ajenos, exigida, por el contrario, en el número 2º del mismo precepto»*, para continuar que lo único exigible en este aspecto era que la conducción fuera «atentatoria para la seguridad del tráfico». La sentencia de 22 de febrero de 1974 señalaba que tal forma de conducir «supone un absoluto desprecio a los deberes de cuidado más elementales en orden a la seguridad del tráfico». El

⁷⁵³ Sentencia citada por DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "*Derecho Penal de la Circulación*", ob.cit., pág. 184.

⁷⁵⁴ Sentencia citada por MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, "*El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995*", ob.cit., pág. 563.

mantenimiento del bien jurídico seguridad del tráfico continúa en posteriores sentencias, como la de 21 de diciembre de 1978 que establece que la conducta descrita en el artículo 350 bis a) 1.º «constituye un delito contra la seguridad del tráfico... puesto que revela un desprecio hacia las normas de seguridad del tráfico»⁷⁵⁵.

En el ámbito de Audiencias Provinciales, se mantiene la tendencia de obviar el concepto de este supuesto bien jurídico. Sin embargo, como honrosa excepción, puede citarse la SAP de Madrid de 28 de febrero de 1995, en la que como ponente figura la Illma. Sra. Pilar Gómez Pavón, en la que queda claramente reflejado, consecuentemente, la postura de esta autora, indicándose que: “En el artículo 340 bis a).1.º es la seguridad del tráfico, bien jurídico de carácter colectivo, *configurado por el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la circulación de vehículos de motor no entrañe un riesgo para la seguridad de todos los intervinientes en el mismo*”⁷⁵⁶.

3.3.- Análisis crítico a esta forma de conceptuar el bien jurídico

Según lo anterior, al menos a primera vista, no resultaría del todo complicado encontrar un contenido a este supuesto bien jurídico, en cuanto, se

⁷⁵⁵ Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., págs. 92-93.

⁷⁵⁶ Las cursivas son mías. Más recientemente, la AP de Tarragona en esta línea, aunque sin llegar a definirla expresamente, se intuye claramente esta misma concepción, señaló que: “...de modo que quepa considerar, sin ningún género de dudas, que si el conductor no ha cometido infracción alguna de las normas de tráfico o creado situación de peligro concreto con ocasión del mismo, es previsible que lo haga en cualquier momento”- Vid. SAP de Tarragona, núm. 248/2000 de 28 de julio.

le califique como parte de la seguridad colectiva⁷⁵⁷. Las dificultades, y con ello el talón de Aquiles de esta postura, aparece cuando se realizan dos preguntas fundamentales: ¿qué es la seguridad colectiva? y ¿qué diferencia, en esta materia, la intervención penal de la meramente administrativa?

3.3.1.- Sobre la relación de la seguridad colectiva y la seguridad vial

Respecto de lo primero, cierto es que formalmente se da una respuesta al contenido del bien jurídico seguridad vial si se le considera parte de la seguridad colectiva, pero no es menos cierto, que el contenido de esta última siempre ha resultado polémico, atendida la vaguedad con que se ha definido, y ello, en los pocos casos en que se hace referencia a su contenido.

Así, por ejemplo, se ha dicho que el referido título del Código penal referido a la seguridad colectiva, engloba una cantidad y variedad de bienes jurídicos tan diversa, que “resulta casi imposible encontrar puntos de unión entre todos ellos”^{758/759}.

Y es que la verdad resulta harto discutible deslindar aquello que jurídicamente se encuentra protegido bajo este título, en cuanto se da en él, una barroca y compleja amalgama de bienes jurídicos de naturaleza diversa, cuya

⁷⁵⁷ Así, se señala: “Parece, a estas alturas, fuera de toda duda que el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico es la seguridad del mismo, como una parcela de la seguridad general”. Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., pág. 88.

⁷⁵⁸ Vid. ORTOS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 767.

⁷⁵⁹ En este sentido, también MORENO quien señala: “Al hablar de seguridad colectiva los problemas comienzan cuando intentamos dotar de contenido a tal concepto, y más cuando se pretende que, sea lo que sea la seguridad colectiva, realice la función de denominador común de todas las conductas bajo tal rúbrica ubicadas”. Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *“Los Delitos de Conducción Temeraria”*, ob.cit., pág. 53.

forma de protección, como por lo demás no puede ser de otra manera, resulta igual de variada.

En esta línea, FEIJOO trae a colación la exposición de motivos del proyecto de Código penal de 1992, que sobre este extremo indicaba: “la idea de seguridad, en todos los grupos, viene dada porque se configuran delitos de peligro, concreto o abstracto, que, en todos los casos, ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada de personas”. De modo que, para el antes citado autor, “Los tipos de este título suponen en muchas ocasiones un reforzamiento de disposiciones administrativas, entrando en juego el Derecho penal frente a hechos especialmente graves”⁷⁶⁰.

Ahora bien, dichas dificultades se ven reflejadas a la hora de conceptuar, o al menos intentarlo, la seguridad colectiva como un bien jurídico protegido. Así, BUSTOS la conceptuaba como: “...las condiciones objetivas generales que sirven de presupuesto a determinadas actividades del individuo, con el objeto que ellas no aumenten excesivamente el riesgo propio que implican. Es el caso de la seguridad en el manejo de las cosas con medios de alto riesgo (incendio o estrago), el de la seguridad en la forma de realización del trabajo, o bien, de la seguridad en relación al tráfico”⁷⁶¹.

En la misma línea, GONZÁLEZ indica que ésta se refiere a: “...el conjunto de condiciones cuyo cumplimiento asegura y genera la expectativa social de que no se incrementará el riesgo para los bienes personales o colectivos que se ven implicados en

⁷⁶⁰ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Delitos contra la seguridad colectiva”, en AA.VV., Comentarios al Código Penal, PE., Gonzalo Rodríguez Mourullo (Dir.), Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 948. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, “Manual de Derecho penal”, PE., Barcelona, Deusto Jurídico, 2005, págs. 375-376; MUÑOZ CONDE Francisco, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 593.

⁷⁶¹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Manual de Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 243.

*algunas actividades peligrosas más allá de lo que es consustancial al desarrollo permitido de cada una de ellas*⁷⁶².

No difieren sustancialmente, de las definiciones arriba señaladas, otras que se han dado a nivel doctrinal⁷⁶³. De ellas, puede desprenderse, que la seguridad colectiva estaría constituida por un conjunto de condiciones que no tienen una valoración de bien jurídico en sí mismas, sino que estarían al servicio de unos que sí los son, personales o colectivos, para prestarles seguridad o resguardar la misma. Es decir, se trata sólo de definiciones de carácter formal, que no concretan ni cuales han de ser esas condiciones, ni los bienes jurídicos que resultarían protegidos verdaderamente. En este sentido, bien dice MORENO, que con ellas poco o nada se avanza en la intención de concretar el concepto que se pretende definir⁷⁶⁴.

Siendo este el panorama conceptual de la seguridad colectiva como bien jurídico protegido, resulta verdaderamente difícil encontrar un contenido más concreto a la seguridad vial, si dicho contenido no se traduce más que en una referencia a otro bien jurídico que, por lo demás, resulta incluso más vago y

⁷⁶² Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, *"Delitos contra la Seguridad colectiva"*, en Derecho Penal Español, PE., Manuel Cobo Del Rosal (coord.), Madrid, 2005, pág. 731 (cursivas en el original). Siguiendo expresamente esta definición, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *"Manual de Derecho penal"*, PE., ob.cit., esp., pág. 376.

⁷⁶³ En esta misma línea, MUÑOZ CONDE, lo califica directamente como un bien jurídico "de carácter universal", sin más referencias. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *"Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 592. Otros, lo intentan delimitar acudiendo a su justificación: "Estamos, en definitiva, en presencia de delitos cuya justificación última debe ubicarse en la obligación del Estado de velar por la idoneidad de las condiciones de vida de sus ciudadanos, que le viene impuesta tanto por los artículos 1 y 10 de la Constitución, como por el Capítulo III del Título I del mentado Texto Fundamental. Vid. LAMARCA Carmen, ALONSO Avelina, GORDILLO Ignacio, MESTRE Esteban, RODRÍGUEZ Alicia, *"Derecho penal"*, PE., Madrid, Colex, 2005, pág. 463.

⁷⁶⁴ Así, de esta forma indica: "...estos intentos de definir la seguridad colectiva como bien jurídico autónomo, o no avanzan nada respecto del concepto a definir, en la medida en la que incluyen parte de lo definido en la definición, haciendo referencias a la inmunidad de la colectividad o a bienes cualitativamente colectivos; o bien la concretan en un conjunto de condiciones o presupuestos que garantizarían otros bienes jurídicos (esta vez individuales), y que van desde la referencia genérica e indeterminada a los bienes o intereses fundamentales, a referir expresamente la vida, la integridad, «el bienestar» y la propiedad". Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *"Los Delitos de Conducción Temeraria"*, ob.cit., pág. 54.

difuminado que éste. De esta forma, como ha podido verse, no es necesario escudriñar demasiado para descubrir que más allá de la mera formalidad del concepto de seguridad vial como un componente de la seguridad colectiva, sólo puede intuirse un significante sin significado.

En efecto, si se tiene en cuenta que este bien jurídico ha sido definido como una parte de la seguridad colectiva, y éste bien jurídico se encuentra en gran medida indeterminado, en el fondo, la seguridad vial no sería más que una parcela de aquella indeterminación. Ciertamente aquello no ha pasado desapercibido para doctrina y jurisprudencia, como se tendrá oportunidad de demostrar cuando se analice la naturaleza de la seguridad vial como bien jurídico.

3.3.2.- Sobre la difícil distinción entre Derecho penal y administrativo en esta forma de entender la seguridad vial

Respecto del punto diferenciador entre el mero ámbito administrativo y el penal en esta materia, ha de comenzarse indicando que, desde la postura que ahora se analiza, resulta verdaderamente problemático encontrarlo. Ello, pues, si se entiende que la seguridad vial, como se propone siguiendo la idea de ser una parcela de la seguridad colectiva, por ejemplo GÓMEZ PAVÓN, estaría compuesta por: "...las condiciones mínimas que deben existir para el normal desenvolvimiento de la sociedad, en este caso concreto, que garantiza las

condiciones mínimas para la normal circulación de vehículos de motor⁷⁶⁵, pues entonces, cuál es el objeto del Derecho administrativo.

Como puede apreciarse del concepto precedentemente expuesto, la línea entre lo administrativo y lo penal, antes que dividirlos, los une. Así, si se parte de la base, a mi juicio indubitada, de que el ordenamiento de la actividad viaria, referidas al buen uso, fluidez y seguridad de esta actividad, corresponden por antonomasia al ámbito administrativo, se ha de concluir que dicha definición no presta cobertura de legitimidad a la intervención penal⁷⁶⁶.

En otras palabras, es esta área del ordenamiento jurídico, la administrativa, la encargada de la gestión de la actividad⁷⁶⁷. Entenderlo de otra forma, como destaca MORENO, sería confundir la seguridad vial con la normativa que la regula⁷⁶⁸.

De esta manera, sólo se puede arribar a la conclusión, de que en materia de seguridad vial, el Derecho penal, antes que por la afectación de un bien jurídico propiamente dicho, interviene a modo de reforzar el ámbito administrativo sancionador, “Con el consiguiente vaciamiento de la antijuridicidad, que pasaría a ser puramente formal. El derecho penal de

⁷⁶⁵ Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., pág. 104.

⁷⁶⁶ En este sentido, MUÑOZ CONDE, señala: “Pero aunque la «sociedad de riesgo», en la que, según afortunada expresión del sociólogo Ulrich BECK, vivimos, no puede prescindir del Derecho penal en el control de estos riesgos, tampoco puede renunciar a la exigencia de que se pruebe por lo menos la idoneidad de la conducta para provocar uno de estos peligros, más allá de la pura infracción de normas y preceptos de carácter administrativo, porque sólo así se puede justificar la intervención jurídicopenal y distinguirla materialmente de la de otras ramas e instrumentos de protección jurídica”. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 592.

⁷⁶⁷ En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, ob.cit., pág. 126.

⁷⁶⁸ Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *“Los Delitos de Conducción Temeraria”*, ob.cit., pág. 55.

protección de bienes jurídicos se habría convertido en un Derecho de gestión de riesgos⁷⁶⁹.

Es justamente esta poca entidad, esta liviandad de la seguridad vial así entendida, la que ha llevado a doctrina y jurisprudencia a buscar motivos de más peso. Así, ante la imposibilidad de justificar razonablemente y de acuerdo a los principios básicos del Derecho penal, la intervención del mismo, se ha ido creando toda una teoría sobre la naturaleza de este bien jurídico, siendo justamente sobre esto, a lo que dedicaremos las líneas que siguen.

4.- Sobre la naturaleza del bien jurídico seguridad vial

4.1.- Del contexto de la discusión

Como ya antes se adelantó, afirmar que la seguridad vial, antes seguridad del tráfico, es la postura mayoritaria no plantea mayores aristas de desencuentro, pues resulta evidente, tanto en doctrina como en jurisprudencia, el acuerdo sobre el particular. Sin perjuicio de ello, en este temprano momento ya deben hacerse algunas distinciones, pues, en mi opinión, el consenso señalado se basaría más en una razón de nomenclatura que en el fondo de la cuestión debatida⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, *“Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”*, ob.cit., pág. 220. Lo que, por lo demás, está en clara sintonía con las corrientes actuales en el ámbito penal, erosionando los principios básicos que tradicionalmente han caracterizado al Derecho penal, tendiendo a la administrativización del mismo.

⁷⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, ob.cit., pág. 32.

Lo anterior, justamente, es uno de los factores concurrentes y determinantes que explicaría lo difícil que se hace emprender una labor clasificatoria de las distintas posturas sobre la naturaleza de este bien jurídico, ya que en todas éstas se incorpora a los bienes jurídicos individuales, aunque con distinta función.

La referida incorporación se realiza en el intento de dotar a la intervención penal de un grado mayor de legitimidad, de manera de encontrar en éstos algo más que el mero reforzamiento de la tutela administrativa, que como se acaba de comentar, es a la conclusión que puede llegarse teniendo en cuenta el alto grado de formalidad del concepto de seguridad vial como bien jurídico que se ha venido manejando.

De esta forma, se agrega a la polémica sobre la naturaleza de la seguridad vial una alta dosis de confusión que, como se podrá demostrar más adelante, además repercutirá directamente en la técnica de tipificación utilizada estos delitos. Todo ello configura un paisaje dogmático y político criminal de suyo complejo, contrariando la apariencia de simplicidad que sobre este tema se puede tener a primera vista.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, y en el afán de ir clarificando esta enrevesada materia, partiremos de una clasificación básica y general de las diversas posturas que sobre esta arista existen⁷⁷¹, para luego de su análisis ir perfilando la que aquí se sostendrá sobre este particular.

⁷⁷¹ Precisamente debido al intrincado estado de la cuestión, la clasificación que aquí hago tiene sólo por objetivo una mejor exposición sobre el tema, sin que se pretenda aquí cerrar el debate sobre este aspecto. En semejante línea clasificatoria, aunque con matices diversos, pueden verse, por ejemplo: DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "*Derecho Penal de la Circulación*", ob.cit., esp., págs. 185-191; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "*Protección penal de la seguridad vial*", ob.cit., esp., págs. 25-26; ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES Margarita, "*El llamado delito de conducción homicida*", en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*,

4.2.- De las diversas posturas sobre la naturaleza del bien jurídico seguridad vial

Así pues, hecha la advertencia, pueden clasificarse las posiciones doctrinales en tres, sin perjuicio de que existan otras posturas, algunas de las cuales son francamente de difícil catalogación. De esta manera, tenemos: aquella que entiende que este bien jurídico sería uno de naturaleza colectiva sin referente individual, aquella que, manteniendo su carácter colectivo, sin embargo sí reconoce dicho referente y, por último, quienes sostienen la inexistencia del bien jurídico colectivo, siendo lo protegido por estas normas, directamente, los bienes jurídicos individuales como la vida o la salud.

4.2.1.- La seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referente individual

Desde esta perspectiva, se sostiene que el objeto jurídico penalmente protegido por estas normas sería directamente la seguridad vial, otorgando a ésta la naturaleza de bien jurídico colectivo, y por tanto, autónomo. De esta manera, viene a identificarse directamente con la forma en como ha venido siendo definido el concepto de seguridad vial, pues son precisamente esas condiciones de seguridad a las que el legislador penal pretendería dar cobertura.

tomo II, Carlos García Valdés, Antonio Cuerdo Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., págs. 2195-2198; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, ob.cit., págs. 41-42.

Como ya se vio, representativa de esta postura, GÓMEZ PAVÓN se manifiesta en sentido parecido, destacando que directamente se protege la seguridad del tráfico, hoy seguridad vial, considerándolo un bien jurídico de carácter colectivo⁷⁷². De esta forma, la protección penal estaría dirigida al conjunto de condiciones necesarias para que la circulación de vehículos no presente riesgos que superen los permitidos y, por ello, dichas condiciones estarían “normativamente garantizadas”⁷⁷³. Más recientemente, en esta línea, QUERALT JIMÉNEZ indica que lo protegido en estos delitos es la seguridad de la circulación rodada en sí misma⁷⁷⁴.

Ahora bien, sin perjuicio de afirmar lo anterior, al mismo tiempo se niega que con estos tipos penales se trate sólo de un simple reforzamiento de las precripciones reglamentarias, lo que es característico de esta postura doctrinal, incorporando a modo de objetivo final la protección de los bienes jurídicos individuales⁷⁷⁵.

En este sentido, en mi opinión, es que puede entenderse también a GONZÁLEZ RUS cuando señala que la seguridad del tráfico es un bien jurídico autónomo distinto de los bienes jurídicos personales de los sujetos

⁷⁷² Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., pág. 94.

⁷⁷³ *Ibid.*, pág. 104. Así, también, MATELLANES, quien expresa que “Siendo ya de por sí la conducción una actividad arriesgada, las conductas que resultan prohibidas mediante su descripción en los tipos penales se dirigen a proscribir las formas más arriesgadas de conducción con el fin de procurar satisfacción al interés jurídico colectivo mantenimiento de las condiciones de seguridad en el tráfico rodado y de prevenir cualquier alteración a las mismas”. Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 67.

⁷⁷⁴ Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 919.

⁷⁷⁵ Ésto, ya que: “...la razón para proteger la seguridad del tráfico es, en último término, la protección de la vida, integridad corporal, y bienes tanto particulares como comunitarios que puedan verse dañados”. *Ibid.* En el mismo sentido, por ejemplo, CÓRDOBA RODA Juan, “Comentarios al código penal”, T. III, Barcelona, editorial Ariel, 1978, pág. 1248.

implicados⁷⁷⁶. De esta forma, para este autor, se explicaría la no exigencia de poner en peligro los bienes jurídicos particulares, pues, ello no tendría ninguna implicancia con la necesaria afectación de la “seguridad del tráfico” como bien jurídico protegido⁷⁷⁷.

En esta misma línea argumentativa, se indica que, aún siendo posible que puedan protegerse indirectamente otros bienes jurídicos, además de la misma seguridad del tráfico, ahora seguridad vial, no implicaría, opinan MORILLAS CUEVA Y SUÁREZ LÓPEZ que se entienda que concurren varios bienes jurídicos, pues lo mismo ocurre en otras figuras delictivas del código penal español, sin que en ellas se haga aseveración semejante⁷⁷⁸.

Desde otro punto de vista, aunque en el mismo sentido, para la postura que se viene comentando otro elemento a tomar en consideración sería la ubicación que el legislador les ha dado a estos delitos en el código penal de 1995. Esto es, en Libro II, Título XVII, destinado a los “Delitos Contra la Seguridad Colectiva”, específicamente en el Capítulo IV bajo el epígrafe “De los Delitos Contra la Seguridad Vial”. En ello, su ubicación, se podría encontrar también un fundamento para reconocer el bien jurídico protegido que en él se establece, esto es, la seguridad vial, si se tiene en cuenta que el legislador penal

⁷⁷⁶ Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, RFDUG, nº 15, 1998, pág. 54. Así, este autor explica que, por ejemplo, en el caso del delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas la exigencia de que, para que la seguridad del tráfico se vea afectada, sea preciso exigir determinados efectos del alcohol sobre las facultades del conductor, no tiene relación con los bienes jurídicos personales, que no necesitan verse afectados.

⁷⁷⁷ Recientemente, en mi opinión, deja su postura aún más clara en el sentido que aquí se entiende, al calificar directamente a éste como un bien jurídico de naturaleza colectiva. Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, “Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art 382 cp)”, en AA.VV., Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales), Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, pág. 359.

⁷⁷⁸ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”, ob.cit., esp., págs. 562-564. Además, sólo de MORILLAS CUEVA, vid. “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 177-178.

del 95 tuvo al bien jurídico como criterio de ordenación y agrupación de los delitos⁷⁷⁹.

En consecuencia, para esta posición doctrinal, se trataría de un bien jurídico colectivo, fundamentado políticamente en la protección última de bienes jurídicos individuales. Lo que, además, vendría a ser corroborado por el propio legislador, dada la ubicación de estos delitos en el código penal.

4.2.2.- La seguridad vial como bien jurídico colectivo con referente individual

Esta postura puede considerarse como la más extendida respecto de la naturaleza del bien jurídico en comento. Desde esta plataforma doctrinal, se sostiene una estructura dual para este bien jurídico, de manera que tendría una dimensión colectiva y, se dice, otra individual. Ha de comprenderse esa necesaria referencia individual, en el sentido de dotarle de legitimidad limitando el interés colectivo, supraindividual, estatal, para evitar que éste supere al individual, logrando de dicha manera no funcionalizar en demasía el concepto de bien jurídico. No me extenderé sobre las conocidas críticas sobre lo que se viene señalando⁷⁸⁰, pero sí me parece conveniente exponer el pensamiento sintetizado del máximo exponente de estas críticas, el profesor HASSEMER.

Éste señala, respecto del bien jurídico, cinco puntos que le resultan básicos: a) “El bien jurídico resulta irrenunciable como parámetro de una buena

⁷⁷⁹ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*Derecho Penal de la Circulación*”, ob.cit., pág. 183.

⁷⁸⁰ Por todos, vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, Granada, Editorial Comares, 2003, págs. 170 y ss.

política criminal; b) Se lo debe concentrar en su tradicional núcleo negativo y crítico del Derecho penal; c) También constituyen bienes jurídicos en el sentido del Derecho penal los bienes jurídicos universales; d) Estos bienes jurídicos universales, empero, deben ser funcionalizados a partir de la persona; e) Por medio de la utilización de bienes jurídicos vagos, y al mismo tiempo, extremadamente generales, una política criminal moderna y de amplio alcance no sólo amenaza desproporcionadamente la libertad ciudadana, sino que también daña el concepto tradicional de bien jurídico⁷⁸¹.

Rotundo en ello se mostraba BUSTOS RAMÍREZ que, sin negar autonomía a los mismos⁷⁸², exige que éstos estén conectados teleológicamente con algún bien jurídico individual, de manera que estén siempre aquéllos al servicio de éstos⁷⁸³. Señalaba así el referido autor: “Más aún, están en *relación teleológica con ellas, están a su servicio*. Por ello no se trata de la protección al funcionamiento en sí, sino que ello sólo *tiene valor instrumental*. Una autonomía o separación del funcionamiento de las bases del sistema llevaría a un

⁷⁸¹ Vid. HASSEMER Winfried, “*Bienes Jurídicos en el Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 67. En esta misma obra, el autor señala los tres criterios que debería satisfacer un concepto suficiente de bien jurídico: “Debe ser cercano a la realidad; Debe ser preciso en cuanto a sus límites; Debe ser comprensible en general.”, pág. 74. En el mismo sentido ROXIN, plantea unas razones para incriminar en esta misma línea. Vid. ROXIN Claus, “*El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*”, ob.cit., pág. 10. Para una postura crítica sobre la teoría personal del bien jurídico, por ejemplo, vid. MÜSSIG Bernd, “*Desmaterialización del Bien jurídico y de la Política Criminal*”, RDPC, n° 9, 2002, págs. 169-210.

⁷⁸² De hecho, los reafirma destacando la necesidad de su protección así expresa: “...a lo que además habría que agregar que bienes jurídicos como la vida, la libertad, la propiedad, quedan sólo en una instancia formal respecto de las grandes mayorías, si al mismo tiempo no se reconoce respecto de éstas los bienes jurídicos colectivos. La vida, la salud, la propiedad de las grandes mayorías está fundamentalmente afectada por los delitos contra el medio ambiente, contra la calidad del consumo, contra los ingresos o egresos del Estado”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “*Control Social y Sistema Penal*”, ob.cit., pág. 28.

⁷⁸³ En este sentido, poniendo de relieve una imprescindible complementariedad, que implica además subordinación del bien jurídico colectivo al individual, por ejemplo, vid. DEL CASTILLO CODES Enrique, “*Estudio sobre los delitos de Peligro*”, RDDP, n° 19, 2006, esp., pág. 26; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “*Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*”, ob.cit., pág. 1088 y en, del mismo, “*El Principio de Lesividad y el Delito Ecológico*”, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, págs. 1419-1420; JUAREZ Tavares, “*Bien Jurídico y función en Derecho penal*”, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, esp., págs. 70-71; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “*Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos*”, CPC, n° 39, 1989, esp., pág. 745; SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “*El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal*”, esp., pág. 69.

planteamiento autoritario y a la mantención a cualquier precio (aún por encima de las personas) del funcionamiento (es lo característico de los regímenes totalitarios, dictatoriales o de democracia protegida o restringida, o bien, de concepción autoritaria)”⁷⁸⁴.

De esta manera, el autor fundamenta la necesaria relación que debe existir entre los bienes jurídicos colectivos y los de carácter individual, recalcando que éstos no están por sobre el individuo, de ahí que rechace el término “supraindividual”⁷⁸⁵, sino que existen en función de la mejor satisfacción de las necesidades de los individuos⁷⁸⁶.

Así, señala BUSTOS RAMÍREZ: “...se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material y no reaparezca por el funcionamiento del sistema una formalización de tal protección”⁷⁸⁷. De todo ello, se deriva la visión no contrapuesta entre bienes jurídicos colectivos e individuales, sino por el contrario, los primeros serían complementarios de los segundos⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 223 (lo destacado es mío). En el mismo sentido, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, *“Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos”*, ob.cit., pág. 1088 y en, del mismo, *“El Principio de Lesividad y el Delito Ecológico”*, ob.cit., págs. 1419-1420.

⁷⁸⁵ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”*, RFDUCM, n° 11, 1986, pág. 159.

⁷⁸⁶ En el mismo sentido, lo explica más recientemente ROXIN, refiriéndose a los bienes jurídicos colectivos, “Tal concepto de bien jurídico no puede limitarse a bienes jurídicos individuales, sino que incluye bienes jurídicos de la comunidad. Éstos, sin embargo, sólo son legítimos cuando en última instancia sirven al ciudadano individual. Este es con seguridad el caso de los tradicionales bienes jurídicos universales, que son comúnmente aceptados”. Vid. ROXIN Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, ob.cit., pág. 458. Representativo de esta postura, HASSEMER, especialmente, vid. HASSEMER Winfried, *“Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”*, trad. Patricia Ziffer, RDP, año 12, n° 46-47, 1989, págs. 275-285.

⁷⁸⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”*, ob.cit., pág. 159.

⁷⁸⁸ *Ibid.* Destacando dicha complementariedad, vid. MATA Y MARTÍN Ricardo, *“Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro”*, ob.cit., págs. 31-45.

La posición de BUSTOS RAMÍREZ puede verse claramente reflejada en la forma en que la doctrina se ha referido a la seguridad del tráfico como bien jurídico. Ese carácter instrumental le es esencial, en tanto en cuanto lo verdaderamente protegido sería la vida e integridad física de los participantes en el tráfico viario.

Ahora bien, en relación con lo que se ha venido señalando respecto de los bienes jurídicos colectivos con referencia individual, MATA Y MARTÍN, señala lo que considera el ámbito de tutela. Destaca, de esta forma, la necesaria vinculación entre el de carácter colectivo y el bien jurídico individual. Así, señala: “al exigirse que la conducta represente un peligro para bienes individuales la conducta ha lesionado ya el bien colectivo (límite mínimo), y a su vez no ha llegado a menoscabar de manera efectiva los bienes personales (límite máximo), por lo que el estadio de peligro abstracto resulta sobrepasado evitándose los distintos problemas que presenta”⁷⁸⁹.

Más allá de la correcta o no utilización por parte de este autor de la nomenclatura de “bienes jurídicos intermedios”⁷⁹⁰, lo cierto es que parece ésta una visión que concreta la perspectiva de complementariedad de bienes jurídicos individuales y colectivos. Entendido de esta manera, se lograría explicar mejor los distintos delitos de este ámbito punitivo pues, dice FEIJOO, una postura excesivamente individualista, o excesivamente colectivista,

⁷⁸⁹ Vid. MATA Y MARTÍN Ricardo, “*Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro*”, ob.cit., pág. 61.

⁷⁹⁰ Cierto es que la teoría categorial de los bienes jurídicos intermedios de Schünemann implica la imposibilidad de reconducir a bienes jurídicos individuales la inmaterialidad del colectivo y que, con ello, lo que se pretende es dar explicación a la estructura de los delitos de acumulación. Esto es, que la reiteración de acciones inocuas y no aisladas, afectarían un bien jurídico colectivo, por medio de la lesión de un bien jurídico intermedio, que a su vez se vería afectado por la mera formalidad de la conducta inculpada. En este sentido, vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, ob.cit., pág. 179, nota al pie nº 26. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO Blanca, “*Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*”, ob.cit., esp., págs. 52-53.

impedirían una interpretación satisfactoria del sentido y alcance de estos tipos penales⁷⁹¹. En este sentido, también se ha manifestado ROMEO CASABONA que, sin embargo prefiere denominarlos bienes jurídicos colectivos impropios⁷⁹².

En la misma línea, CARMONA SALAGADO, quien sin embargo destacar la autonomía del bien jurídico en comento, opina que dicha delimitación colectiva no se vería afectada por la necesaria vinculación que éste debe mantener con los bienes jurídicos individuales a los que de manera mediata protege. Con éstos existiría una conexión teleológica, sin perjuicio de que la “seguridad del tráfico” sea protegido primordialmente en este delito, pero siempre al servicio de aquellos⁷⁹³. Desde esta perspectiva, MOLINA FERNÁNDEZ sintetiza su postura indicando que el bien jurídico protegido sería el mantenimiento de la seguridad del tráfico como presupuesto de la protección de la vida e integridad física de las personas que en él intervienen⁷⁹⁴.

Destacando especialmente la conexión teleológica con los bienes jurídicos individuales subyacentes, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO, PINOL RODRÍGUEZ señalan: “Sin embargo, la postura mayoritaria se centra en distinguir un **bien jurídico primordial**, que sería *confianza en que el riesgo inherente a una concreta actividad peligrosa no se incremente de forma innecesaria, y*

⁷⁹¹ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999”, ob.cit., esp., pág. 1882.

⁷⁹² Así, señala este autor: “Me refiero a bienes jurídicos colectivos impropios en cuanto aluden a la protección de forma inmediata de intereses colectivos, pero en realidad son instrumentales para el logro de la protección de determinados bienes individuales, por lo general la vida o la salud de las personas. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la salud pública y contra la seguridad del tráfico”. Vid. ROMEO CASABONA Carlos María, “La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente”, en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. LH. al Prof. José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, págs. 944-945.

⁷⁹³ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, ob.cit., págs. 793-794.

⁷⁹⁴ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, “Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”, ob.cit., pág. 709.

un **fin teleológicamente conectado**, que se concretaría en los bienes que en última instancia pueden verse afectados por los comportamientos de riesgo ilícito”⁷⁹⁵.

Más recientemente, DE LEÓN VILLALBA mantiene la misma mayoritaria tesis, aunque con un factor distintivo, pues reconoce en los bienes jurídicos individuales no un referente o contenido de la “seguridad del tráfico”, sino un rol “subsidiario” del colectivo seguridad del tráfico. Según él, mediante estos delitos se produce un “...adelantamiento de la respuesta penal frente a las conductas que pongan en *peligro la seguridad en el tráfico* viario y, *subsidiariamente*, los bienes jurídicos que subyacen al mantenimiento de un sistema de comunicación vial normalizado, especialmente la *salud, integridad y vida* de sus usuarios”⁷⁹⁶.

Como puede verse, esta tesis es ampliamente mayoritaria, de modo que no resulta necesario una mayor exposición sobre este extremo. De todas formas, y a mayor abundamiento, sólo indicar que también se manifiestan en el sentido aquí señalado: BUSTOS RAMÍREZ,⁷⁹⁷ MUÑOZ CONDE⁷⁹⁸, GARCÍA ARÁN⁷⁹⁹,

⁷⁹⁵ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, “Manual de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 415 (negritas y cursivas en el original).

⁷⁹⁶ Vid. DE LEÓN VILLALBA Francisco Javier, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, ob.cit., pág. 832 (lo destacado es mío). Cabe hacer notar, que si bien los términos generales en que se plantea este autor podrían resultar clasificables en el casillero de la doctrina mayoritaria, la utilización por su parte de la voz “subsidiariamente”, no parece ser la más correcta denominación a la función referencial que estos bienes jurídicos individuales cumplen para la mayoría de la doctrina. “Subsidiario” es un término que se aleja del concepto “referencia”, dando la errónea idea de alternatividad en la afectación de los bienes jurídicos, lo que, evidentemente, no resulta aceptable desde la perspectiva mayoritaria, dado que para ésta lo protegido es la seguridad del tráfico, en conexión teleológica con los bienes jurídicos individuales. De entender lo planteado por este autor en términos de subsidiariedad, en mi opinión, se perdería el camino recorrido en pro de delimitar, en medida de lo hasta ahora posible, el bien jurídico protegido por este delito, ya que desde esta visión, todos los mencionados serían bienes jurídicos protegidos, perdiéndose así cualquier delimitación, por mínima que esta sea.

⁷⁹⁷ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Manual de Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 249.

⁷⁹⁸ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., págs. 683-684.

⁷⁹⁹ Vid. GARCÍA ARÁN Mercedes, “Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”, ob.cit., págs. 53-54.

HORMAZÁBAL MALARÉE⁸⁰⁰, GANZENMÜLLER, ESCUDERO, FRIGOLA⁸⁰¹, BONMATÍ ORTEGA,⁸⁰² DE VICENTE MARTÍNEZ,⁸⁰³ LORENZO SALGADO⁸⁰⁴, LERMA GALLEGO⁸⁰⁵, SANZ MULAS⁸⁰⁶, SERRANO GÓMEZ, SERRANO MAÍLLO⁸⁰⁷.

Ahora bien, y siempre dentro de los cauces impuestos por considerar a la seguridad del tráfico como bien jurídico protegido en estos delitos, debe destacarse que existen algunos matices de importancia. Así, hay quien expresa con más claridad lo que los autores arriba citados no señalan, esto es, que el bien jurídico seguridad del tráfico sea uno de aquellos bienes jurídicos colectivos de carácter espiritualizado.

Así, por ejemplo, expresa SILVA SÁNCHEZ que: “Ese adelantamiento de la barrera de intervención penal se expresa en la creación de un bien jurídico común, espiritualizado, la seguridad del tráfico, que resulta lesionado al ponerse en peligro, de modo abstracto o genérico (esto es, sin necesidad de afectación concreta), bienes jurídicos personales o patrimoniales de los individuos concretos”⁸⁰⁸.

⁸⁰⁰ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos”, ob.cit., esp., págs. 1087-1088.

⁸⁰¹ Vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”, ob.cit., págs. 69-70.

⁸⁰² Vid. BONMATÍ ORTEGA Paz, “Ingestión de alcohol, influencia en la conducción y, como consecuencia, riesgo para la seguridad del tráfico”, ob.cit., esp., pág. 79.

⁸⁰³ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., págs. 183-191.

⁸⁰⁴ Vid. LORENZO SALGADO José, “Titulo XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1002.

⁸⁰⁵ Vid. LERMA GALLEGO Irene, “Delitos de Tráfico y Prevención General”, ob.cit., pág. 161.

⁸⁰⁶ SANZ MULAS Nieves, “Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El inmutable alejamiento del principio de lesividad penal”, en AA.VV., Dos décadas de reformas penales, Nieves Sanz (Coord.), Editorial Comares, Granada, 2008, pág. 50.

⁸⁰⁷ Vid. SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., esp., pág. 739.

⁸⁰⁸ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., pág. 26.

Esta postura, entonces, se diferencia con la de MATA Y MARTÍN, en que no se requiere una incorporación del peligro concreto para los bienes jurídicos particulares a nivel de estructura típica, bastando un peligro abstracto respecto de éstos, para que se entienda lesionado el bien jurídico colectivo. De esta manera, se amplían los márgenes del bien jurídico protegido por los tipos penales de este ámbito punitivo, más allá de los delitos de peligro concreto⁸⁰⁹, como pretendería el último autor citado⁸¹⁰.

En el mismo sentido, se manifiesta ESCRIBA GREGORI, poniendo acento en que, en definitiva, la "institucionalización", del bien jurídico seguridad de la circulación se debe a que, en último término, se quieren proteger "...unos bienes genuinos, cuales son la vida, integridad y patrimonio de las personas"⁸¹¹. En esta línea también RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, para quien éste es un bien jurídico espiritualizado que, a diferencia de los autores anteriores, no excedería en su protección a los bienes jurídicos individuales personales, excluyendo de su protección a los de carácter patrimonial⁸¹².

Se señala también, por parte de CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN que: "En este sentido, la jurisprudencia y un importante sector doctrinal

⁸⁰⁹ En este sentido, queda clara la diferencia con este autor, que persigue la transformación de los delitos de peligro abstracto en peligro concreto. Desde la perspectiva de SILVA, ello no es necesario, pues se trata de delitos de peligro real ex-ante, y no de peligro presunto. *Ibíd.*, esp., pág. 35.

⁸¹⁰ Así, este autor señala expresamente que desde su perspectiva, "...no serían bienes intermedios aquellos que no incorporan a la prohibición típica el peligro para los bienes de los particulares". Ejemplificando para ello con la diferencia entre los delitos del 379 y 381, que hoy corresponden con el 379 nº 2 primer inciso y el 380 nº 1, respectivamente. Vid. MATA Y MARTÍN Ricardo, "*Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro*", *ob.cit.*, págs. 24, 27 y 31, en este orden. En el mismo sentido, exigiendo ese peligro concreto, en su caso para distinguir entre función y bien jurídico, poniendo como ejemplo este tipo de delitos, vid. JUAREZ Tavares, "*Bien Jurídico y función en Derecho penal*", *ob.cit.*, pág. 72.

⁸¹¹ Vid. ESCRIBA GREGORI José, "*La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal*", Barcelona, Bosch, 1976, pág. 115.

⁸¹² Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, "*La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*", *ob.cit.*, págs. 42-45.

coinciden en afirmar que el bien jurídico protegido en las figuras nucleares contenidas en el Capítulo se concreta en un bien jurídico espiritualizado o supraindividual cristalizado en una formalizada "seguridad del tráfico"⁸¹³.

De esta manera, se trataría de un bien jurídico instrumental al servicio de la protección de bienes jurídicos individuales, de manera tal que se adelantaría la tutela penal respecto de esos objetos jurídicos tradicionales a antes de su afectación. Según ROXIN, es justo ese el problema, justificar una intervención penal anticipada, justificación que para este autor se daría en el caso de los delitos que se vienen comentando, mediante una aplicación modificada del principio de protección de bienes jurídicos⁸¹⁴.

Así, sobre este punto en especial indica: "Del concepto de protección de bienes jurídicos sólo se sigue que en los supuestos de antelación considerable de la punibilidad se precisa una justificación especial de por qué ésta es necesaria para la protección efectiva de un bien jurídico. Tal justificación puede ofrecerse en el primer caso (ya que un conductor ebrio no está en condiciones de controlar suficientemente su conducta, de modo que en cualquier momento puede pasar algo)"⁸¹⁵.

⁸¹³ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1688. Sobre la idea de la legitimidad de los Bienes jurídicos supraindividuales, más adelante estos autores señalan: "...luego, lo que puede intuirse de esta posición es de que se considere la legitimidad del bien jurídico seguridad del tráfico en cuanto cumpla con los requisitos propios de un derecho penal acorde con la forma de Estado en la cual se enmarca, así señala, la vinculación a dichos principios-límites no comporta, como consecuencia, la ilegitimidad de la protección autónoma (esto es, sin su necesaria vinculación a bienes individuales de naturaleza personal) de los bienes jurídicos supraindividuales, sino la aplicación de estos principios con carácter general para delimitar el concepto de bien jurídico-penal en el sentido de que, también y con idénticas exigencias respecto de bienes jurídicos individuales y en particular en relación a determinados ataques a los mismos cuya protección penal no se discute y, sin embargo, sí puede ser objetivamente cuestionable". pág. 1691.

⁸¹⁴ "En tales casos, muy numerosos en la legislación más reciente, el principio de protección de bienes jurídicos sólo es útil en forma modificada. Sin duda, los preceptos que he puesto como ejemplo sirven a la protección de bienes jurídicos; el primero de ellos a la de la integridad física, la vida y los valores patrimoniales en el tráfico rodado...". Vid. ROXIN Claus, *"¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?"*, ob.cit., págs. 453-454.

⁸¹⁵ *Ibíd.*, pág. 454.

4.2.3.- La seguridad vial con función delimitadora de la modalidad de riesgo de bienes jurídicos individuales

Desde este punto de vista doctrinal, último al que me referiré sobre este tema, se plantea, en síntesis, que son verdadera y directamente protegidos los bienes jurídicos individuales, de forma que la seguridad del tráfico carecería de un contenido propio, cumpliendo tan sólo una función delimitadora del ámbito donde deben verse afectados dichos bienes jurídicos personales para enmarcarse en este ámbito de protección punitiva.

Según la denominación de SOTO NAVARRO, en estos delitos el legislador estaría otorgando a los bienes jurídicos personales, un marco complementario de protección. Con ello, se quiere expresar que en este ámbito no nos encontramos frente a ningún bien jurídico colectivo, ya que desde esta perspectiva doctrinal, se parte de la base que el bien jurídico seguridad del tráfico, ahora seguridad vial, no tiene dicha naturaleza. Así decía la citada autora: “En conclusión, el concepto de *seguridad colectiva* alude a la evitación de situaciones de peligro generalizado para bienes jurídicos personales”⁸¹⁶.

De manera que, el Título XVII del Código penal no estaría compuesto por bienes jurídicos de naturaleza colectiva, sino por bienes jurídicos individuales “...a los que se ha otorgado un marco de protección complementario del que contienen los tradicionales delitos contra las personas y, subsidiariamente, los delitos contra el patrimonio”⁸¹⁷.

⁸¹⁶ Vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, ob.cit., pág. 211.

⁸¹⁷ *Ibid.*

En semejante sentido, ya antes CEREZO MIR se había manifestado destacando la función mediadora existente entre el bien jurídico “seguridad del tráfico” y los bienes jurídicos individuales a los que aquél protege, de los que no se diferenciaría sustancialmente⁸¹⁸. De igual modo KAISER, quien destaca que si bien otros aspectos de la “seguridad del tráfico” se encuentran cubiertos por este tipo de delitos, lo cierto es que de manera primordial “se protegen los bienes jurídicos: vida, salud y patrimonio”⁸¹⁹. Básicamente en la misma línea, por ejemplo, CARBONELL MATEU⁸²⁰, ORTS BERENGUER⁸²¹, ORTEGO COSTALES⁸²², OLMEDO CARDENETE⁸²³, MORENO ALCÁZAR⁸²⁴, LASCURAÍN SÁNCHEZ⁸²⁵, MONTANER FERNÁNDEZ⁸²⁶, TAMARIT SUMALLA^{827/828}.

⁸¹⁸ “La protección de la seguridad del tráfico está en función de la protección de la seguridad de las personas y de los bienes. No es un bien jurídico esencialmente diferente”. Vid. CEREZO MIR José, *“Problemas Fundamentales del Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 277.

⁸¹⁹ Vid. KAISER Günther, *“Delincuencia de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., esp., págs. 226-228.

⁸²⁰ Vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., pág. 61.

⁸²¹ Así, indica que: “Por ello y porque solamente tendría sentido la traída a colación de la seguridad del tráfico, en su dimensión material, no parece aventurado afirmar que en los artículos 379 y siguientes se protege de modo inmediato la vida y la integridad de las personas, es decir los bienes que son puestos en peligro cuando se efectúa alguna de las conductas tipificadas. En un segundo plano, hay otros intereses amparados, pero en un segundo plano...”. Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 818. En el mismo sentido, recientemente, vid. ORTS BERENGUER Enrique y ROIG TORRES Margarita, *“El llamado delito de conducción homicida”*, ob.cit., esp., págs. 2196-2198.

⁸²² En este sentido, ya antes ORTEGO COSTALES José, *“Bien Jurídico: lesión y peligro”*, en AA.VV., Estudios Penales, LH. al Prof. J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982, esp., pág. 432.

⁸²³ Vid. OLMEDO CARDENETE Miguel, *“Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”*, ob.cit., esp., pág. 2.

⁸²⁴ Puede verse en la misma línea a, MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *“Los Delitos de Conducción Temeraria”*, ob.cit., esp., págs. 51-59, quien además destaca de manera crítica las alusiones al epígrafe como criterio determinante en esta cuestión.

⁸²⁵ En el mismo sentido, LASCURAÍN señala: “Con las mismas se pretende proteger la «seguridad del tráfico», expresión que no designa otra cosa que la seguridad de la vida y la integridad física de las personas en relación con los riesgos que genera la actividad de tráfico rodado”. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1040-1041.

⁸²⁶ Este autor, de manera coincidente expresa: “Sin embargo, aunque en ellos se exija una lesión de la seguridad vial, lo que indirectamente se pretende proteger son bienes jurídicos individuales, como la vida y la integridad física de las personas. Por tal motivo, cabe sostener que, en realidad, lo que contempla el Código son delitos de peligro para los intereses individuales mencionados, de tal modo que el bien jurídico protegido es el mantenimiento de la seguridad del tráfico como presupuesto de la protección de la vida e integridad física de las personas”. Vid. MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 270.

⁸²⁷ Vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1457.

Enfocados desde este ángulo doctrinal, en los delitos contra la seguridad vial, antes seguridad del tráfico, no se observa un bien jurídico colectivo protegido, sino más bien sólo una tipificación en específico sobre nuevas formas de afectar bienes jurídicos individuales “tradicionales”⁸²⁹. De este modo, no se trataría de la tutela de un bien jurídico supraindividual autónomo, sino que con la referencia legislativa a la “seguridad vial”, se vendría a nombrar una mera abstracción conceptual referida al conjunto de bienes jurídicos individuales de sujetos particulares en cuanto participantes de la actividad del tráfico rodado⁸³⁰, constituidos en una colectividad más o menos difusa.

En este sentido, dicha difusa colectividad vendría a justificar la utilización de los delitos de peligro abstracto, como técnica de tipificación, pero no el surgimiento de un bien jurídico colectivo y autónomo. De esta forma, indica RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, que: “...no se protege la seguridad colectiva o del tráfico o de la sanidad como bienes autónomos con entidad propia, sino sólo en cuanto punto de referencia para la protección de los intereses individualizables de la colectividad”⁸³¹.

En este sentido, muy crítico se muestra HEFENDEHL, haciendo un llamamiento a depurar la polémica doctrinal de dichas construcciones

⁸²⁸ También en este sentido, vid. MARTÍN UCLES Francisco, “Aspectos jurídicos y policiales de la alcoholemia”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, esp., pág. 25; DEL CASTILLO CODES Enrique, “Estudio sobre los delitos de Peligro”, ob.cit., esp., págs. 25-26.

⁸²⁹ Vid. SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., pág. 179.

⁸³⁰ En este sentido, vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdiel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, esp., pág. 928.

⁸³¹ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, “Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia”, ob.cit., págs. 309-310.

artificiales⁸³², señalando expresamente a la seguridad vial como un ejemplo paradigmático de esa deriva dogmática equivocada. Así, explica sobre el particular que: “Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo”^{833/834}.

De igual forma SCHÜNEMANN, respecto, específicamente de este bien jurídico en la legislación alemana, indica que: “Si se aplica de nuevo la navaja de Occam, el presunto bien jurídico colectivo de la “seguridad del tráfico” resulta ser, simplemente, la clase de la seguridad de los participantes en el tráfico, de modo que los §§315c y 316 StGB, suponen una anticipación de la

⁸³² Refiriéndose a esas: “constelaciones especiales que están a caballo entre los bienes jurídicos individuales y los colectivos, por ejemplo, en forma de las así llamadas «salud pública» en el Derecho penal en materia de drogas o «seguridad del tráfico» ... Hay que eliminar esas construcciones de bienes jurídicos colectivos aparentes para revelar las verdaderas condiciones de legitimación que atañen a la protección de bienes jurídicos individuales”. Vid. HEFENDEHL Roland, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 191.

⁸³³ Vid. HEFENDEHL Roland, “¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de los Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro abstracto”, trad. Eduardo Salazar Ortuño, RECPC, nº 4, 2002, http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf, pág. 9 y en el mismo sentido en, del mismo, “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa”, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (coords.), Madrid, Edisofer, 2008, esp., pág. 393. Igualmente AMELUNG Knut, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, esp., págs. 254-255. Por supuesto, ello no es nuevo, así PADOVANI los describía como: “Una metáfora conceptual que designa el ámbito particular donde se percibe y se individualiza un conflicto de intereses y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o ponderarlo”. Vid. PADOVANI Tullio, “La problemática del bene giuridico e la scelta delle sanzioni”, Dei delitti e delle pene, 1984, pág. 117. Citado por MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, “Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”, ob.cit., pág. 31.

⁸³⁴ Haciendo igual reclamo, aunque desde otra perspectiva, vid. ZAFFARONI Eugenio, ALIAGA Alejandro, SLOKAR Alejandro, “Manual de Derecho Penal”, PG., ob.cit., págs. 375-376.

punibilidad con la finalidad de proteger eficazmente bienes jurídicos individuales”⁸³⁵.

En este sentido, también SOTO NAVARRO alega por idéntica eliminación, dado que ese carácter colectivo sería apenas superficial, y escondería tras de sí, sólo una agrupación más o menos heterogénea de objetos jurídicos individualizables⁸³⁶, contrariando esencialmente, de esta forma, la exigencia de indivisibilidad de los colectivos⁸³⁷.

Entender de esta manera los delitos contra el tráfico, esto es negando; todo carácter de bien jurídico colectivo a la seguridad vial, implica bajar el perfil de ésta, interpretándola como un punto de referencia, un parámetro que delimitaría el ámbito de protección de bienes jurídicos individuales⁸³⁸ a los que, por una decisión político criminal dadas las especiales características de esta actividad, se les asignaría un marco de protección complementario⁸³⁹.

⁸³⁵ Vid. SCHÜNEMANN Bernd, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 222-223.

⁸³⁶ Así manifiesta: “Llegados a este punto y retomando ya el hilo del discurso, esta digresión se justifica a partir de la nota de indivisibilidad que caracteriza los bienes jurídicos colectivos, dándome ocasión para negar tal naturaleza a aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales. Dicho en otros términos: si a la hora de identificar un bien jurídico colectivo no se es capaz de encontrar tras él más que bienes jurídicos de naturaleza individual, ese bien jurídico es superficial y habría que prescindir de él”. Vid. SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., pág. 213.

⁸³⁷ Sobre ello, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, “Breves Reflexiones sobre la Tutela de los llamados Intereses Difusos”, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Javier Boix Reig(Dir.), CDJ, 1994, págs. 11-22; GARCÍA HERRERA Miguel Ángel, “Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora”, RJPD, nº 12, Enero, 1991, págs. 20-22; MORALES PRATS Fermín, “Técnicas de Tutela Penal de los Intereses Difusos”, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Javier Boix Reig(Dir.), CDJ, 1994, págs. 75-91; SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”, esp., págs. 68-69; SANTANA VEGA Dulce María, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., esp., págs. 96-102.

⁸³⁸ En este sentido, MORENO, tratando sobre el delito de conducción temeraria, indica que la seguridad del tráfico implicaría sólo que los riesgos deban derivar de la utilización de vehículos de motor, “...los cuales de suyo representan ya ciertas particularidades que han llevado al Legislador a darles un trato específico”. Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, “Los Delitos de Conducción Temeraria”, ob.cit., pág. 66.

⁸³⁹ Vid. SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., pág. 211.

5.- Valoración crítica y toma de postura

Evidentemente, como queda demostrado de la exposición anterior, la cuestión del bien jurídico protegido en este ámbito de la intervención penal no es un tema pacífico, como en principio pudiese aparentar. Desde mi perspectiva, y sin perjuicio de las diversas aristas de este enrevesado punto de la polémica doctrinal, puede vislumbrarse un fondo común a todas las posturas, o más precisamente dibujado, un idéntico obstáculo a superar: la vacuidad de un concepto meramente formal de seguridad vial que no valida la intervención por parte del Estado con su arma más poderosa⁸⁴⁰.

Sobre ello hay un implícito, aunque sólido consenso: no hay disposición dogmática para posarse sobre una plataforma en que se dé cabida a la formalidad de entender la seguridad vial como mera la protección de “condiciones de seguridad” o “mantenimiento de la disciplina” en el tráfico rodado⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ Para lo que debe necesariamente, como es doctrina mayoritaria que aquí se comparte, dirigirse a la tutela de bienes jurídicos. Por ejemplo, vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, “¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito”, Barcelona, Editorial Atelier, 2003, esp., págs. 116-119; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., págs. 7-9; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “Principio de Ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, RPJ, nº 28, 1992, págs. 7-8; HASSEMER Winfried, “Bienes Jurídicos en el Derecho Penal”, ob.cit., esp., págs. 65-67; HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos”, ob.cit., págs. 1092-1093; JUAREZ Tavares, “Bien Jurídico y función en Derecho penal”, ob.cit., esp., págs. 70-73; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, “Curso de Derecho Penal”, PG., ob.cit., pág. 82; MIR PUIG Santiago, “El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”, ob.cit., pág. 37; MUÑOZ CONDE Francisco, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”, en AA.VV., El nuevo Derecho penal Español, Estudios Penales en Memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, esp., págs. 570-572; ORTEGO COSTALES José, “Bien Jurídico: lesión y peligro”, ob.cit., esp., págs. 427, 437-438.

⁸⁴¹ Por todos, vid. STS 23 de abril de 1974, citada por MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”, ob.cit., pág. 563. En la que en su considerando 4º indica: “(...) y que es el bien jurídico protegido primariamente, en cuanto que tales normas sobre el tráfico tienden a regular la buena disciplina de la circulación y su normalidad...”.

En la búsqueda de evitar aquéllo, la discusión sobre el bien jurídico en este ámbito punitivo se ve necesariamente abocada a encontrar una legitimidad político criminal indispensable que justifique la intervención penal⁸⁴², elemento que antes que aclarar, dada la deriva que ha adoptado la polémica doctrinal, tiende al aumento de la confusión sobre este extremo.

Lo que está claro es que, si se tratase sólo del mantenimiento de unas condiciones de seguridad que permitan el desarrollo de la actividad viaria, desde una perspectiva tradicional, ello daría lugar sólo a una gestión regulatoria más propia del ámbito administrativo que del penal. De esta forma, cualquiera sea la postura adoptada, ésta deviene en insatisfactoria, pues aquélla que alcance una coherencia político criminal es, al mismo tiempo, dogmáticamente inconsecuente y vice versa.

5.1.- Análisis crítico de las teorías expuestas

Teniendo presente lo precedentemente expuesto, se atisban ya las razones que transforman a la primera de las posturas, que interpreta a la seguridad vial como bien jurídico colectivo sin referente individual, en doctrinariamente minoritaria. El Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho está consubstancialmente ligado⁸⁴³, no sólo a la

⁸⁴² Esto puede sintetizarse en una frase de ROXIN, "... la mera delimitación de la finalidad de la ley no constituye todavía un bien jurídico". Vid. ROXIN Claus, "*¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*", ob.cit., pág. 459.

⁸⁴³ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo I, punto 5.

protección de bienes jurídicos, sino a intervenir exclusivamente ante los ataques más graves a éstos⁸⁴⁴.

De ahí que, una Política criminal propia de esa forma de estado deba tener en cuenta los principios de intervención mínima, fragmentariedad, subsidiariedad y de última ratio, lo que impide que la mera gestión de riesgos derivados de la operatividad de una actividad social, sobrepase el ámbito de lo administrativo⁸⁴⁵. De acuerdo a ello, la protección penal de una tal seguridad vial, derivaría en un simple, y por tanto, ilegítimo reforzamiento de la normativa administrativa⁸⁴⁶.

En vista de lo anterior, es que desde esta postura se intenta subsanar esta total deficiencia incorporando a los bienes jurídicos individuales (vida, salud y, para algunos, también el patrimonio) como el fundamento último de la intervención penal⁸⁴⁷. Ahora bien, desde mi punto de vista, la introducción de

⁸⁴⁴ Así, FERRAJOLI indica que: "La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones". Vid. FERRAJOLI Luigi, *"Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal"*, ob.cit., págs. 464-465. Lo anterior, es objeto de un consenso generalizado en la doctrina. Por todos, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *"Delitos de Peligro y Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit., págs. 172-173; MILLITELLO Vincenzo, *"Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea"*, ob.cit., esp., pág. 62; HASSEMER Winfried/MUÑOZ CONDE Francisco, *"Introducción a la Criminología y al Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 387; MUÑOZ CONDE Francisco, *"Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal"*, ob.cit., esp., págs. 546-567; PAREDES CASTAÑÓN José, *"Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico"*, ob.cit., esp., pág. 94; PRITTWITZ Cornelius, *"El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y Límites de los Principios limitadores del Derecho Penal"*, ob.cit., esp., págs. 445-446.

⁸⁴⁵ En este sentido, se indica "En principio, los ilícitos penales y administrativos se diferencian en su gravedad, con la consecuencia de que la utilización del más grave, el Derecho penal, debe reducirse al ámbito estrictamente imprescindible para el mantenimiento del orden social". Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, *"Curso de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 15. Crítico con la evolución general del Derecho penal en este derrotero, vid. HASSEMER Winfried, *"Seguridad por intermedio del derecho penal"*, ob.cit., esp., págs. 52-54.

⁸⁴⁶ En específico sobre la seguridad vial, en este sentido, por ejemplo, vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *"Los Delitos de Conducción Temeraria"*, ob.cit., esp., pág. 51; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *"La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas"*, ob.cit., esp., págs. 23-24; MORILLAS CUEVA Lorenzo, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 184 y en, MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *"El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995"*, ob.cit., pág. 570.

⁸⁴⁷ Así lo explica FEIJOO, pues la normativa administrativa por su propia naturaleza está descargada de la obligación de dotarse de legitimidad con la afectación de bienes jurídicos individuales. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *"Seguridad*

los referidos objetos jurídicos, no permiten superar la substancial carencia de legitimidad que se critica, pues a una objeción de fondo se responde con un argumento formal. Téngase en cuenta que para esta postura se parte de la base que el bien jurídico protegido, seguridad vial, es uno distinto de los individuales, que vendrían a ser la razón de la protección del primero, y por ende, no el objeto protegido.

En efecto, la *ratio legis* puede ser un importante factor a tener en consideración desde un plano político criminal⁸⁴⁸, pero ello en verdad no dice nada de la sustantividad del objeto de protección, de modo que con dicha línea argumentativa nada se avanza respecto del déficit puesto en cuestión. Con ello se logra sólo complicar lo que ya de por sí es complejo, contestando no a lo que se pregunta, sino a lo que se está en condiciones de responder, no al qué, sino sólo al por qué.

Y es que, por otra parte, el motivo que lleva al legislador a intervenir no puede ser al mismo tiempo el objeto de protección, sin estrellarse contra el muro de una contradicción insalvable: si la razón de la protección es al mismo tiempo el objeto de protección, implica que lo protegido son los bienes jurídicos individuales. Lo que naturalmente no puede resultar de recibo por absurdo, ya que con ello se negaría la premisa básica desde la que esta postura parte.

del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999), ob.cit., pág. 1882. Además, desde una perspectiva general, por todos, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDRECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “Curso de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 14; LANDROVE DÍAZ Gerardo, “Introducción al Derecho penal español”, Madrid, editorial Tecnos, 2004, esp., pág. 29; ZUGALDÍA ESPINAR José, “Fundamentos de Derecho Penal”, ob.cit., págs. 162-163.

⁸⁴⁸ Ello en el intento de superar la crítica a un concepto meramente metodológico de bien jurídico. En este sentido lo expresa ROXIN: “De este modo se diferencia del llamado «concepto metodológico» de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la ley, - la *ratio legis*. Este concepto de bien jurídico ha de rechazarse, porque no dice nada que vaya más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica”. Vid. ROXIN Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, ob.cit., págs. 458-459.

Ahora bien, más sencillo y lógico sería reconocer que desde esta posición lo que de manera disimulada se plantea, es que el bien jurídico protegido se encuentra en la propia seguridad, respecto de la cual los bienes jurídicos individuales serían el motivo de la elevación a rango jurídico penal de aquella. Ello, por supuesto, no se dice así de claro, pues supone la inexorable emancipación de la seguridad como un bien digno de tutela penal en sí mismo, lo que desde luego otorgaría a esta postura un mayor grado de coherencia, aunque no de legitimidad⁸⁴⁹.

Pues bien, precisamente torno a ésto gira la polémica doctrinal sobre el particular, de forma tal que con ello sólo se lograría desplazar, y quizá profundizar, la problemática a la que se enfrenta esta postura.

Es sin duda KINDHÄUSER, el más conspicuo representante de esta teoría. Así, respecto del punto que ahora se toca, este autor señala: "Considero entonces teóricamente más simple, y a la vez fructífero, concebir la esfera de libertad que debe proteger el Derecho penal desde el concepto de bien jurídico y no desde derechos subjetivos. En este sentido, bienes jurídicos son las condiciones, jurídicamente garantizadas, de libre desarrollo del individuo en una sociedad concretamente configurada"⁸⁵⁰.

⁸⁴⁹ Ello, pues como señala MOCCIA, sólo deja al descubierto una ampliación de manto protector del derecho penal a meras funciones, corriéndose el riesgo de tornar el injusto penal en meras transgresiones. Vid. MOCCIA Sergio, *"De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales"*, ob.cit., pág. 118.

⁸⁵⁰ Vid. KINDHÄUSER Urs, *"Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico"*, en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, trad. Fernando Molina, Madrid, BOE, 1995, pág. 445. Sobre la postura de este autor, además, por ejemplo, vid. *"El tipo subjetivo en la construcción del delito"*, trad. Juan Mañalich, Indret, nº 4, Barcelona, octubre, 2008, págs. 5-31; *"Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal"*, ob.cit., págs. 3-18.

Desde esta forma de entender el bien jurídico, la seguridad normativa en la libre disposición y disfrute, se eleva a la categoría necesaria para ser protegida por el ordenamiento penal. De manera que, se otorgaría protección a “ámbitos institucionalizados de la vida que son *per se* peligrosos o que son en gran medida susceptibles de abuso”⁸⁵¹, ello, pues éstos sólo pueden desarrollarse normalmente cuando se de cumplimiento a ciertos estándares de seguridad⁸⁵².

De manera que, el objeto protegido por la norma penal sería la seguridad, pues desde esta visión se desmaterializa la concepción de bien jurídico, pudiendo afectarse no con un menoscabo en sí mismo (sustancialidad), sino también con la privación de la posibilidad de disponer del bien jurídico, que corresponda en su caso, de forma segura⁸⁵³. En las propias palabras de KINDHÄUSER, se trataría de: “Un menoscabo del bien jurídico (que) es entonces una (intolerable) determinación ajena de la relación entre el bien y su titular”⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Vid. KINDHÄUSER Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, ob.cit., pág. 18.

⁸⁵² En este sentido, en la doctrina española, muestra una postura semejante CORCOY, aunque con distinta opinión respecto del objeto jurídico afectado, así se explica la autora: “La diferencia entre la concepción de Kindhäuser y la que aquí se defiende, estriba en que, este autor, realmente no atribuye un contenido de injusto propio a los delitos de peligro abstracto, por cuanto para él, en estos delitos la lesión del bien jurídico no es referente, sino que la única referencia es la seguridad en la libre disposición de los bienes individuales, lo que implica equiparar la lesión de la seguridad a la efectiva peligrosidad de la conducta. En esta sede, cuando se habla de «seguridad» y «confianza», como bienes jurídico-penales protegidos en estos delitos, no es en relación con la libre disposición de determinados bienes individuales, sino que esa exigencia de seguridad y confianza radica en que no se sobrepase el riesgo permitido en determinadas actividades peligrosas o, la seguridad y confianza, en el buen funcionamiento de las instituciones como medio para que la persona se pueda desarrollar libremente en la vida social, es decir, como un bien jurídico-penal en sí mismo”. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”, ob.cit., págs. 218-219.

⁸⁵³ Vid. KINDHÄUSER Urs, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, ob.cit., pág. 448.

⁸⁵⁴ *Ibid.*, y en, del mismo, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, ob.cit., págs. 14-15.

Así entendido, la seguridad vial cabe perfectamente como bien jurídico autónomo digno de protección penal, sin que sea necesario referencia alguna a bienes jurídicos individuales⁸⁵⁵. Es más, y como bien es conocido, un ejemplo paradigmático sobre esta forma de entender el bien jurídico es precisamente la seguridad vial, que el referido autor clasifica como un caso de seguridad heterónoma⁸⁵⁶, indicando que ésta "...es entonces penalmente relevante cuando está jurídicamente garantizada. Un ejemplo de seguridad heterónoma es la seguridad del tráfico de vehículos"⁸⁵⁷.

Ahora bien, sin perjuicio de que desde esta postura se logre una respuesta dogmática consecuente⁸⁵⁸, lo cierto es que desde el punto de vista político criminal que aquí se sostiene se encuentra con serios reparos, ya que implica la asunción de toda la batería de críticas respecto de la extrema funcionalización del Derecho penal⁸⁵⁹.

Así, todo ello se resume por PORTILLA: "En esencia, este movimiento de repulsa suele basarse particularmente en dos razones: la primera radica en la

⁸⁵⁵ En este sentido, se destaca por GÓMEZ PAVÓN una ya indiscutida trascendencia de la circulación vial para las actuales sociedades modernas. De manera que, el punto de valoración sólo sería cuál es el nivel de protección, que ya sería otro tema. Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, "El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes", ob.cit., pág. 105. De semejante opinión KINDHÄUSER, que bien ilustra lo que se ha venido sosteniendo aquí. Vid. KINDHÄUSER Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", ob.cit., pág. 18.

⁸⁵⁶ "...la seguridad heterónoma hace referencia a la compensación del cuidado que el individuo no puede procurarse, o sólo puede hacerlo con un esfuerzo extraordinario, a la hora de disponer de sus bienes". Vid. KINDHÄUSER Urs, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", ob.cit., pág. 448.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ Sobre las críticas en torno al real aporte de esta perspectiva, por todos, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, "Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto", ob.cit., esp., pág. 133.

⁸⁵⁹ Así, también crítico con esta tesis, aunque desde una perspectiva distinta, FEIJOO plantea que con ella no se resuelve el fondo de la cuestión, pues donde no se puede fundamentar el injusto por el alto grado de abstracción de los bienes jurídicos individuales, tampoco se puede hacer basando el injusto penal en condiciones meramente estadísticas de seguridad. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro", en AA.VV., LH. al profesor, dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Mercedes Alonso Álamo... (et al., coords.), Madrid, Thomson Civitas, 2005, pág. 328.

afirmación de que tales bienes favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro, y la segunda, que denuncia la infracción del principio de intervención mínima y con ello la función promocional que adquiere la protección penal de los mismos”⁸⁶⁰. Ello, pues una tal percepción de bien jurídico se sustentaría en un concepto vacío⁸⁶¹, carente de un sustrato legítimo⁸⁶² que limite el poder penal del Estado⁸⁶³.

De esta manera, se niega una de las funciones del bien jurídico, tradicionalmente entendido⁸⁶⁴, el ser un límite a dicha intervención^{865/ 866}. De ahí

⁸⁶⁰ Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit, pág. 737. A dichas dificultades se debe agregar que en este caso en particular, además, el bien jurídico estaría referido a la idea de seguridad, que no sería más que el reverso de la idea de peligro, “La seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal”. Vid. SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., pág. 210. Además, entre otros, vid. HASSEMER Winfried, “Persona, Mundo y Responsabilidad”, ob.cit., esp., págs. 39-74; MOCCIA Sergio, “De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales”, ob.cit., págs. 113-142.

⁸⁶¹ Seguridad que vendría a ser: “...sólo un envoltorio huero que puede abrir el camino a la arbitrariedad”. Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, “Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo”, ob.cit., pág. 61. En semejante sentido crítico, por ejemplo, vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, ob.cit., esp., págs. 955-956 y en, del mismo, “Los delitos de riesgo en la Política criminal de nuestro tiempo”, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, Luis Arroyo Zapatero, Ulfried Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003, esp., págs. 246-247; AMELUNG Knut, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, ob.cit., esp., págs. 253-254.

⁸⁶² CUGAT ve en este concepto de seguridad, muy alejado por cierto de la seguridad jurídica, una manifestación de las ideologías de estado y teorías de la pena más conservadoras. Vid. CUGAT MAURI Miriam, “Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas”, ob.cit., esp., pág. 194.

⁸⁶³ En este sentido, vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, “¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito”, ob.cit., esp., págs. 73-74; BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALAREE Hernán, “Lecciones de Derecho Penal”, PG., ob.cit., esp., pág. 59; HASSEMER Winfried, “Seguridad por intermedio del derecho penal”, ob.cit., esp., págs. 44-45 y en, del mismo, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, esp., pág. 380; HERZOG Félix, “Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo”, ob.cit., pág. 255; JUAREZ Tavares, “Bien Jurídico y función en Derecho penal”, ob.cit., pág. 70; MENDOZA BUERGO Blanca, “Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”, ob.cit., esp., págs. 143-146 y en, de la misma, “El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”, ob.cit., págs. 174-176; PERIS RIERA Jaime, “Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década”, ob.cit., págs. 698-699; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”, ob.cit., pág. 56 y en, del mismo, “El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista”, ob.cit., pág. 356; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, “Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia”, ob.cit., págs. 265-268; SOTO NAVARRO Susana, “La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., esp., págs. 209-210.

⁸⁶⁴ Se destaca que dicha pérdida de contenido tradicional, esa desmaterialización tiende, por ejemplo hacia la ya hoy característica administrativización. En sentido crítico, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, “El derecho penal del enemigo. *Darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad”, ob.cit., esp., pág. 142.

⁸⁶⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, “¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito”, ob.cit., esp., págs. 67-69; BUSTOS RAMÍREZ Juan/HORMAZÁBAL MALAREE Hernán, “Lecciones de Derecho Penal”, PG., ob.cit., esp., pág. 59; FERNÁNDEZ Gonzalo, “Bien Jurídico y Sistema del Delito”, ob.cit.,

que se le reproche, que antes que encontrar una solución a la lesividad de un bien jurídico (aunque *sui generis*)⁸⁶⁷, se legitimaría la utilización de los delitos de peligro abstracto al margen del principio de protección exclusiva de bienes jurídicos⁸⁶⁸.

Desde este punto de vista, afirma MENDOZA que: “La idea de protección de las condiciones de seguridad es un concepto sin referencias determinadas, mucho más impreciso que otros criterios y, por ello, puede llevar las fronteras de tutela mucho más lejos que un Derecho penal afianzado en la idea de protección de bienes jurídicos respecto de ataques previsiblemente lesivos de estos”⁸⁶⁹.

esp., págs. 143-145; HASSEMER Winfried, “Seguridad por intermedio del derecho penal”, ob.cit., esp., págs. 55-56 y en, del mismo, “Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”, esp., pág. 380; JUAREZ Tavares, “Bien Jurídico y función en Derecho penal”, ob.cit., pág. 70; PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”, ob.cit., pág. 56. ZAFFARONI Eugenio, ALIAGA Alejandro, SLOKAR Alejandro, “Manual de Derecho Penal”, PG., ob.cit., pág. 373. Destacando este mismo carácter limitador, pero en un sentido negativo, esto es “no tanto determinar cuáles son los intereses trascendentales para el derecho penal, sino aquellos que en ningún caso merecerían su defensa”. Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, “Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos”, ob.cit., pág. 735. En el mismo sentido, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, “Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”, ob.cit., esp., págs. 27-28; MOCCIA Sergio, “De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales”, ob.cit., págs. 114. Aunque desde una postura crítica, FEIJOO de todas formas reconoce esta función al bien jurídico: “...preservar la idea básica de que en el marco de un Estado moderno una norma penal que no proteja nada digno de protección (más evidente si lo que protege es indigno de protección) es ilegítima y de que las normas tienen que proteger aquello que sea entendido como valioso para la generalidad representa un punto de partida irrenunciable”. Vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, recensión a Roland Hefendehl (ed.): La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Barcelona, INDRET, nº 2, Abril, 2008, pág. 15.

⁸⁶⁶ Para una perspectiva crítica de esta función en el debate actual, por todos, vid. AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁸⁶⁷ Así, explica KINDHÄUSER, su propuesta de encontrar la misma estructura en los delitos de lesión como en los de peligro, pues, ciertamente, puesto de esta forma, en los delitos de peligro abstracto, sería más propio hablar de daño. En este sentido plantea: “Por ello me parece evidente que no sólo la lesión de un bien, sino su puesta en peligro y también la privación de la posibilidad de disponer de dicho bien de forma segura, son daños *sui generis*, esto es, daños independientes y no sólo estadios previos de lesiones”. Vid. KINDHÄUSER Urs, “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”, ob.cit., págs. 448 y 451. Igualmente en, del mismo, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, ob.cit., pág. 14.

⁸⁶⁸ Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, “Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos”, ob.cit., esp., pág. 1088.

⁸⁶⁹ Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”, ob.cit., esp., pág. 145.

Dada esta formalidad denunciada, se produce la disolución de los límites contenedores del Derecho penal⁸⁷⁰, confundiendo con la norma administrativa⁸⁷¹ o, incluso, como indica PORTILLA, con las meras disposiciones de policía⁸⁷². Ello, se vincula con otro elemento a considerar, pues la seguridad, en cuanto elevada a la categoría de bien jurídico, implicaría una duplicidad que aunque efectista, desde luego innecesaria, ya que es justamente éste el fin del sistema jurídico en general.

La seguridad, por lo tanto, como bien concluye CANCIO, no puede ser incorporada directamente al Derecho penal, como contenido del injusto⁸⁷³, pues ésta vendría a manifestar un objetivo global del ordenamiento no reducible a una categoría penal, por importante que sea. De esta forma, es fácil estar de acuerdo con el autor antes citado cuando señala que: "El balance para la "seguridad" como concepto jurídico-penal no podría ser peor: o se refiere a algo situado fuera de él (la situación de paz social a la que responde, en términos funcionales, un ordenamiento jurídico en vigor) o no es más que una careta"⁸⁷⁴.

En síntesis, volviendo al análisis de la teoría de la seguridad vial como bien jurídico colectivo autónomo, queda claro que esta postura no supera

⁸⁷⁰ Esto, claramente fortalece la construcción del valor seguridad desde la plataforma del axioma político, que por lo mismo, agudiza su ahora consubstancial prioridad legislativa. Ello, pues al estar ayuna de una concepción material, facilita la incorporación meramente semántica al ya erigido discurso de la sociedad del riesgo. Sobre ello, vid. SAN MARTÍN SEGURA David, "Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo", ob.cit., esp., págs. 83-84.

⁸⁷¹ En este sentido, por ejemplo, vid. CANCIO MELIÁ Manuel, "Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo", ob.cit., pág. 56; FUENTES OSORIO Juan, "Formas de Anticipación de la Tutela Penal", ob.cit., esp., págs. 32-33.

⁸⁷² Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, "El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social", ob.cit., págs. 56-57. En todo caso, KINDHÄUSER niega dicha posibilidad objetando que el plantee una suerte de "super bien jurídico de la seguridad", sino sólo una ampliación en las formas de afectación. Vid. KINDHÄUSER Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", ob.cit., pág. 15.

⁸⁷³ Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, "Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo", ob.cit., pág. 61

⁸⁷⁴ Vid. CANCIO MELIÁ Manuel, "Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo", ob.cit., pág. 62.

satisfactoriamente las críticas de que es objeto, en cuanto, si pretende mantenerse dentro de los límites impuestos por una concepción tradicional de bien jurídico (de ahí que introduzca los bienes jurídicos individuales) pierde coherencia, y de ser coherente (la seguridad vial como bien jurídico en sí mismo) pierde legitimidad, quedando por tanto, la tesis que ahora se critica, en un terreno teórico inhabitable.

Ahora bien, respecto de la segunda de las posturas doctrinales, la seguridad vial como bien jurídico colectivo con referente individual, como ya antes se ha dicho, tampoco resulta completamente indubitada. Así, en relación con el referente individual que tendría el indicado bien jurídico colectivo, se plantean una serie de reproches en cuanto no queda nada claro cuál es el verdadero rol que éstos cumplirían. Formalmente, como ya se dijo, este referente se incluye para evitar dar a la seguridad vial una configuración netamente formal, impropia de un Derecho penal engranado en un sistema de Estado social y democrático de derecho.

Respecto de esta postura, pueden realizarse semejantes críticas a las vertidas en el caso anterior. Esto es; si existe un bien jurídico colectivo, debe necesariamente ser éste el objeto protegido por la norma penal, por mucho que se alegue una necesaria conexión teleológica con bienes jurídicos individuales a los que estaría subordinado el primero. De modo tal que, a pesar del cambio de nomenclatura, el referente individual invocado no deja de ser, como en el caso

de la postura anterior, sólo la *ratio legis* de la intervención penal⁸⁷⁵, lo que antes que resultar más garantista, “banaliza el concepto de bien jurídico”⁸⁷⁶.

De dicha forma, esta postura atiende más bien a explicar la técnica de tipificación a partir de la búsqueda de un bien jurídico para aquello. De ahí que se encuentre íntimamente vinculada al intento de evitar la aplicación formal de delitos de peligro puro, en favor de los de peligro hipotético o de aptitud, particularmente en lo referido a la conducta del antiguo artículo 379 del código penal⁸⁷⁷, hoy 379 n° 2 primer inciso. Sobre tal extremo, la técnica de tipificación, no me referiré ahora, pues de ello me ocuparé en el análisis de cada delito en particular⁸⁷⁸.

Así, y sin pretender adelantarme respecto de la técnica de tipificación en específico, se explica la mecánica de la siguiente manera: se pone en peligro abstracto (hipotético) los bienes jurídicos individuales subyacentes, mediante la lesión del bien jurídico colectivo. Ahora bien, como no se ha determinado el bien jurídico seguridad vial, es materialmente imposible hacer visible su lesión.

De modo que, a la inversa de la mecánica señalada, en que el bien jurídico colectivo da legitimidad a la técnica de tipificación de los individuales, toda vez que hay una lesión (aunque no se sepa cuál, ni dónde), el verdadero

⁸⁷⁵ De modo que, esta *ratio legis* es elevada al nivel de bien jurídico con base en una lógica puramente circular, ya que se entiende que son bienes jurídicos protegidos, dado que están protegidos. En este sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., esp., pág. 122.

⁸⁷⁶ Vid. MOCCIA Sergio, “De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales”, ob.cit., pág. 121. En el mismo sentido, vid. SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”, esp., págs. 43-44.

⁸⁷⁷ Sobre ello, por todos, vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, “Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia”, ob.cit., págs. 309-310.

⁸⁷⁸ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo IV, pto. 3.2.7.4.

funcionamiento pasa por suponer la lesión del bien jurídico colectivo, mediante la presunción de afectación de los individuales⁸⁷⁹, en una cadena carente de real contenido, tendiente a la mera concatenación de presunciones.

5.2.- Toma de postura

Respecto de la última de las posturas que aquí se ha reseñado, la que considera a la seguridad vial con función delimitadora de la modalidad de riesgo de bienes jurídicos individuales, debe comenzarse indicando que, como seguramente ya puede intuir el lector, me parece la más coherente desde un punto de vista teórico.

En relación con esta postura, cierto es que si existiera un bien jurídico colectivo bien definido en todos sus contornos, capaz de superar las críticas de ambigüedad y de extrema formalidad, la creación doctrinaria de bienes jurídicos colectivos de referente individual carecería de toda importancia por innecesario⁸⁸⁰, momento en el cual, dicha epifanía dejaría resuelta la cuestión del adelantamiento de la intervención penal, pues se trataría de delitos de lesión⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ María, *“La Criminalización en el ámbito previo como tendencia Político Criminal Contemporánea”*, ob.cit., esp., págs. 706-707.

⁸⁸⁰ Sobre ello, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *“Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”*, ob.cit., esp., pág. 162.

⁸⁸¹ A ello se refería BUSTOS RAMÍREZ, cuando indicaba que el carácter complementario de los bienes jurídicos colectivos respecto de los bienes jurídicos individuales, “...en modo alguno implica que los delitos que se configuren para protegerlos hayan de ponerse en relación a éstos para definir su estructura. Sin embargo, en general, es ello lo que sucede cuando se habla de delitos de peligro abstracto en estos casos: el tipo no se pone en relación al bien jurídico colectivo, sino en relación al bien jurídico complementado”, pues, de esta manera, como el mismo autor indica, “...no hay necesidad de recurrir a delitos de peligro abstracto -que van en contra de los principios garantistas del derecho penal-, ya que desde una caracterización del bien jurídico colectivo se pueden construir en relación a él -y no al bien jurídico complementado- delitos de lesión o de peligro concreto”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”*, ob.cit., pág. 160. En contra de dicha afirmación, vid. PÉREZ ÁLVAREZ Fernando, *“Protección Penal del Consumidor. Salud Pública y Alimentación”*, Barcelona, Editorial Praxis, 1991, pág. 66.

Ahora bien, como ello aún no se vislumbra ni a corto ni a mediano plazo, parece, al menos a mí, más razonable partir el análisis de los diversos tipos de este ámbito punitivo desde bases más consolidadas⁸⁸², de ahí que se opte por esta última posición doctrinal.

En primer lugar, porque evita la artificiosa construcción de un bien jurídico colectivo, que como se ha venido señalando, no cumple ningún papel, a menos que se extreme su interpretación designando a la seguridad como emancipada de subordinaciones a los bienes jurídicos individuales. Y en segundo lugar, porque permite mantener una perspectiva más crítica respecto de la verdadera Política criminal del legislador español en esta materia⁸⁸³.

Esto ha quedado aún más patente, si cabe, con la última reforma que sobre estos delitos se realizó (como paradigmáticos ejemplos pueden citarse el nuevo nº 1 y el inciso segundo del nº 2 del artículo 379). Según se podrá comprobar más adelante, las modificaciones introducidas son evidentemente tributarias de un Derecho penal del riesgo, como producto de una Política

⁸⁸² Así, en este sentido, por ejemplo, MORENO ALCÁZAR opina que, a pesar de encontrarse estos delitos bajo el epígrafe de la seguridad colectiva, cree mucho menos problemático entender que lo directamente protegido son bienes jurídicos individuales. Señala así este autor: "...no parece que la opción por la seguridad del tráfico como bien jurídico represente ningún plus de cara a garantizar la seguridad jurídica en relación con tener que abordar la búsqueda del peligro para los bienes individuales... No se acaba de comprender cómo la lesión de la seguridad de un bien jurídico carente de un claro objeto material que le sirva de sustrato pueda resultar más garantista que el peligro para otro bien jurídico dotado de tal referente". Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, *"Los Delitos de Conducción Temeraria"*, ob.cit., esp., pág. 52. En el mismo sentido, vid. ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 818.

⁸⁸³ Ello, pues, desde esta perspectiva puede verse claramente el adelantamiento del umbral del derecho penal. En este sentido, SOTO NAVARRO explica que: "Esta propuesta es la única que da coherencia a la introducción por el legislador de estructuras típicas de peligro para la prevención de estas formas de conducta, a la par que evita construcciones artificiosas como aquella que distingue en estos delitos dos objetos de tutela: uno inmediato (bien jurídico colectivo), vinculado a los medios aptos para garantizar la seguridad de bienes jurídicos individuales, el cual resultaría ya lesionado con la mera realización de la conducta típica; y otro mediato (bien jurídico individual), que estaría en la línea de los fines de protección de la norma y respecto al cual sólo se genera un peligro". Vid. SOTO NAVARRO Susana, *"La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit., pág. 211. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. DEL CASTILLO CODES Enrique, *"Estudio sobre los delitos de Peligro"*, ob.cit., págs. 25-26.

criminal axialmente alejada de los principios básicos que sustentan la forma de Estado que desde la Constitución se proclama.

Esta reforma ha sido de tal calado que, para algunos, se ha modificado incluso el bien jurídico protegido^{884/885}, ampliándose a la protección de la seguridad de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho fundamental a libertad ambulatoria⁸⁸⁶, lo que vendría a reconocer por medio de la praxis político criminal, lo que desde el plano de la Política criminal teórica aún se niega.

Ello, sucede justamente en el caso de la seguridad vial, en la que se intenta reconducir lo protegido por el legislador, redefiniendo⁸⁸⁷ y reformulando el bien jurídico en forma y fondo para adecuar la hermenéutica de aquello que el legislador establece, a los principios constitutivos de la forma

⁸⁸⁴ En este sentido, vid. CARPIO BRIZ David, *“Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 213; GALLEGO SOLER José, *“El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 160; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 30-32 y 35; MOLINA GIMENO Francisco, *“Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal”*, PAJA, nº 760, 25/06/2009, pág. 4 y en, del mismo, *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, ob.cit., págs. 1 y 3.

⁸⁸⁵ En contra de esta interpretación, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 389 y en, del mismo autor y título, en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 61; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, *“La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 288; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., pág. 338; GUTIÉRREZ ROMERO Francisco, *“Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial: unas breves consideraciones”*, ob.cit., pág. 1; ORTS BERENGUER Enrique y ROIG TORRES Margarita, *“El llamado delito de conducción homicida”*, ob.cit., esp., pág. 2198; PRIETO GONZÁLEZ Helena, *“El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pág. 251, nota al pie nº 2.

⁸⁸⁶ Vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 31-32.

⁸⁸⁷ En este sentido, KINDHÄUSER, cuando critica lo que el denomina paradigma del ataque o agresión, poniendo de ejemplo el fraude de subvenciones, que en el sistema alemán no protegería el patrimonio, y por tanto no sería una anticipación de la tutela penal, en la aplicación de la estafa, sino se protegería de manera autónoma la capacidad funcional de ese sistema. Vid. KINDHÄUSER Urs, *“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”*, ob.cit., pág. 8.

de Estado que España a sí misma se ha dado⁸⁸⁸. Ello, desde luego, fuerza los engranajes de la legitimidad de la intervención penal desde los parámetros del Derecho penal liberal, pues la protección del bien jurídico ha dejado de ser un filtro o contenedor del poder penal del Estado para transformarse en motivo de la deflagración punitiva⁸⁸⁹.

De otra forma dicho, el bien jurídico-barrera ha transmutado a pivote⁸⁹⁰. Como lo explica MÉNDEZ RODRÍGUEZ: “Se genera así un curioso fenómeno consistente en utilizar el elevado consenso suscitado en torno a la importancia del bien jurídico y su necesaria existencia en todos los tipos penales para, en aras precisamente de esa relevancia, legitimar o justificar cualquier tipo de construcción penal a condición de que incorpore como objetivo la protección de un bien jurídico”⁸⁹¹.

La consecuencia de esta perspectiva meramente formal de bien jurídico, es que se empuja al estudioso de turno a desentrañar de la normativa penal vigente, aquéllo que justifique la injerencia estatal, que en el caso que aquí se trata, el de la seguridad vial, ha dado pie a la construcción de un complejo

⁸⁸⁸ En este sentido, TERRADILLOS expresa: “Parecería, en efecto, que el legislador, en lugar de encontrar en el bien jurídico un criterio limitador, se hubiere lanzado a la identificación de derechos, intereses, funciones y valores en el ordenamiento jurídico -fundamentalmente en la Constitución- para asumir su tutela penal, con lo que el originario principio limitador, dejando de lado la idea de lesividad material, se habría transformado en *alibi* de la expansión” TERRADILLOS BASOCO Juan María, “Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”, ob.cit., pág. 220.

⁸⁸⁹ Por todos, la obra de HASSEMER, paradigmática en este sentido, por ejemplo, vid. HASSEMER Winfried, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, ob.cit., esp., págs. 284-285 del mismo, “Bienes Jurídicos en el Derecho Penal”, ob.cit., esp., págs. 72-74; “Puede haber delitos que no afecten un bien jurídico”, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007, págs. 95-104 y, recientemente, “Seguridad por intermedio del derecho penal”, ob.cit., esp., págs. 52-54.

⁸⁹⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ señala: “La mencionada “parábola involutiva” el proceso de “perversión” del bien jurídico, permite constatar que, por desgracia, se lo ha utilizado históricamente -en demasiadas ocasiones- no ya para reducir la potestad penal del Estado, sino -antes bien-, para justificar y legitimar cada nueva figura delictiva, ante cuya inminente sanción, los juristas penales han corrido presurosos a la “búsqueda” de un bien jurídico capaz de convalidarla”. Vid. FERNÁNDEZ Gonzalo, “Bien Jurídico y Sistema del Delito”, ob.cit., pág.6.

⁸⁹¹ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, “Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”, ob.cit., págs. 154-155.

objeto jurídico de estructura dual, denominado, en una ya de suyo confusa nomenclatura, de diversas maneras, sea como bien jurídico colectivo impropio, intermedio, espiritualizado o de referente individual.

Todo ello viene a dar buena cuenta de los vericuetos dogmáticos a los que obliga la búsqueda de una racionalidad garantista en este ámbito, y que aquí se ha rechazado por entender que el producto resultante obtenido es, quizá paradójicamente, justo el contrario del deseado. Se acaba pues, sólo favoreciendo, dice con razón MOCCIA: "...la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertróficas"⁸⁹².

En consecuencia, ante este panorama legislativo, la pregunta es si la dogmática debería seguir en el intento de superar las congénitas deficiencias de legitimidad provenientes de una Política criminal práctica, cada vez más alejada de los objetivos de su homónima teórica, acentuando entre ambas esa relación "atormentada y neurótica", de la que habla DONINI⁸⁹³.

Ello, por supuesto, y valga la aclaración, no implica que desde aquí se defienda una postura rotunda y general contra la incorporación de bienes jurídicos colectivos al marco de tutela penal⁸⁹⁴, sino una crítica a la seguridad vial, como tal, en particular.

⁸⁹² Vid. MOCCIA Sergio, *"De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos liberales"*, ob.cit., pág. 121.

⁸⁹³ Vid. DONINI Massimo, *"La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico"*, ob.cit., esp., págs. 71-72.

⁸⁹⁴ Que por lo demás aquí se comparte. Vid. primera parte, capítulo II, pto. 3.4.

En este sentido, y entendiendo con MÉNDEZ RODRÍGUEZ, que los límites (normativos y axiológicos) de la consolidación de los bienes jurídicos colectivos son los mismos que aquellos de los individuales, ha de mantenerse una actitud crítica tanto hacia los primeros como a los segundos, de manera de evitar que, "...los preceptos penales sean meros apéndices de normas administrativas"⁸⁹⁵, como en mi opinión, se da en este caso.

En definitiva, el legislador penal, como ya se puso de relieve en su momento, se ve particularmente inducido por la idea del riesgo permanente, y por tanto, se ha entregado a la persecución de una seguridad políticamente rentable, aunque materialmente irrealizable, para lo cual, y en pro de dicho objetivo, se ha visto compelido a adelantar el umbral de la intervención penal a extremos, en los cuales, ya queda desbaratada toda posibilidad de coartadas teóricas.

⁸⁹⁵ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *"Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación"*, ob.cit., pág. 35.

CAPÍTULO V

DE LOS DELITOS DE CONDUCCIÓN EXCEDIENDO LA VELOCIDAD REGLAMENTARIA Y BAJO LA INFLUENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS O BEBIDAS ALCOHÓLICAS (art. 379 nº 1 y 2)

1.- Consideraciones previas

El actual artículo 379 del código penal, contempla dos delitos (el segundo además con una doble modalidad), que aunque distintos, caracterizados en esencia por la conducción como conducta peligrosa. En ellos, puede verse claramente manifestada la Política criminal abocada a la idea de un Derecho penal del riesgo, manifestación de la derrota de la concepción liberal del Derecho penal y al mismo tiempo marcando el derrotero de su administrativización en este ámbito⁸⁹⁶.

⁸⁹⁶ Así, los principios informadores tradicionales que han de guiar la intervención penal se ven sustituidos por urgencias mediáticas al servicio de intereses electoralistas. En este sentido, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 58; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., págs. 6-7; GALLEGO SOLER, José, *“El nuevo delito de*

Lo anterior, viene a quedar palmariamente expresada en la nueva regulación de la protección penal de la seguridad vial. Particularmente reflejado en el nº 1 e inciso segundo del nº 2, en el que no existe frontera entre la intervención penal y la administrativa por parte del legislador en este ámbito, como se comprobará enseguida.

Respecto de los elementos comunes de estos delitos con los demás de este título, me remito a lo dicho en su momento y lugar⁸⁹⁷, con la salvedad del número uno de este artículo, ha de cometerse en vías urbanas o interurbanas, pues expresamente así lo estableció el legislador para este delito⁸⁹⁸.

De manera tal que, por razones lógicas y de exigencia de la estructura típica, la conducta incriminada debe necesariamente llevarse a cabo en una vía pública en sentido estricto. Esto queda, meridianamente claro, en mi opinión, por cuanto es prístino que se requieren unos parámetros objetivos invocados por la propia disposición para determinar el respectivo exceso de velocidad castigado.

conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”, ob.cit., esp., págs. 177-178; HORTAL IBARRA Juan, “El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, esp., págs. 124 y 141; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”, ob.cit., págs. 428-429; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 926; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “Derecho Penal”, ob.cit., esp., págs. 738-739; TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, “Automóviles, delitos y penas”, Valencia, Tirant lo Blach, 2007, esp., págs. 92-94.

⁸⁹⁷ Sobre esto, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.

⁸⁹⁸ Así, el anexo I de la ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece que: “A los efectos de esta Ley y sus disposiciones complementarias, se entiende por: número 76. Vía interurbana. Es toda vía pública situada fuera de poblado, y número 77. Vía urbana. Es toda vía pública situada dentro de poblado, excepto las travesías. Por travesías, se entiende según el número 66 de esta misma norma a los tramos de carretera que discurre por poblado. No tendrán la consideración de travesías aquellos tramos que dispongan de una alternativa viaria o variante a la cual tiene acceso”.

Así las cosas, el texto positivo del actual artículo 379 reza de la siguiente manera:

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 a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

2.- Conducción excediendo la velocidad reglamentariamente establecida (art. 379 nº 1)

2.1.- Estructura típica objetiva

2.1.1.- Sujeto activo y pasivo

Sujeto activo de este delito será el conductor que sobrepase los límites de velocidad reglamentariamente establecidos en las magnitudes que

objetivamente establece este artículo. Como se dijo en su momento, se mantiene aquí un criterio material⁸⁹⁹, según el cual se atiende no a una calidad jurídica del sujeto, sino a quien materialmente se encuentre al mando, aquél que gobierne el vehículo. Respecto del sujeto pasivo, ha de entenderse a aquellos que participen en el tráfico rodado⁹⁰⁰.

2.1.2.- La conducta típica

Resulta completamente novedoso para la historia de la legislación penal española, un tipo penal como éste. Nunca existió un delito por excesiva velocidad, y menos aún, un delito de tan clara objetivación⁹⁰¹. La conducta consiste, única y simplemente, en conducir un vehículo a motor o ciclomotor, superando las magnitudes señaladas por los límites reglamentariamente establecidos desde el ámbito de lo administrativo⁹⁰².

No se hace referencia alguna a la afectación del bien jurídico mediante la puesta en peligro, y mucho menos, obviamente, a la lesión. De esta forma se borra cualquier límite con la sanción administrativa⁹⁰³ en términos cualitativos⁹⁰⁴

⁸⁹⁹ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, esp., pto. 4.1.

⁹⁰⁰ En sentido diverso, entendiéndose que se trata de la colectividad, por ejemplo, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., pág. 922; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *"Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 742.

⁹⁰¹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., págs. 344-345 y en, de la misma, *"El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma"*, ob.cit., esp., págs. 8-9.

⁹⁰² En este sentido, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., pág. 924.

⁹⁰³ En el título V, capítulo primero, artículo 65.5 c), de la LTCVMSV, se establece la misma conducta, pero sancionada administrativamente, indicando: "Sobrepasar en más de un 50 por 100 la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 km por hora dicho límite máximo". Castigando esta infracción con una multa de 301 a 600 euros y la pérdida de 2 a 6 puntos del carné, dependiendo de la magnitud del exceso de velocidad cometido y en todo caso la suspensión de la licencia de conducción por un mínimo de un mes y un máximo de tres meses, según establece el artículo 67 de la misma ley.

diferenciándose sólo desde un punto de vista cuantitativo⁹⁰⁵. Esto nos posiciona claramente ante una presunción de peligrosidad, pues, el legislador entiende que con las velocidades que tipifica, siempre existe la afectación a la seguridad del tráfico viario. Ello, por lo demás, queda expresamente señalado en el preámbulo de la última reforma, ya tantas veces citada, catalogándolo como excesos de velocidad que “han de tenerse” por peligrosos⁹⁰⁶.

La distinción que el legislador realizó respecto de los lugares y las velocidades, obedece precisamente a la mayor probabilidad de afectación del bien jurídico⁹⁰⁷. Así, dicha presunción opera en vía urbana excediendo en sesenta (60) kilómetros por hora a lo establecido reglamentariamente. En vía interurbana, este exceso por sobre lo reglamentariamente establecido, ha de ser de ochenta (80) kilómetros por hora⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ En este sentido, vid. SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “*Derecho Penal*”, ob.cit., esp., pág. 740.

⁹⁰⁵ En este sentido, valorando positivamente esta introducción, por ofrecer un concepto estrictamente penal, vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 290-291. En un sentido crítico, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 51-52; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “*Posibles reformas de los delitos de circulación*”, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 35; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 924; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “*Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 740.

⁹⁰⁶ Ello puede comprobarse, además, de la propia discusión parlamentaria de este artículo, en la que se planteaba al menos asociar la conducta tipificada con algún peligro para lo que se entendió como el bien jurídico, la seguridad vial, sin embargo fue rechazado. Una muestra harto significativa es la defensa que se hace de la norma por el señor Sáez Jubero, portavoz del grupo socialista, “Esta enmienda propone que para configurar el tipo penal además del exceso de velocidad concurra la puesta en peligro en concreto de la seguridad del tráfico, y no podemos aceptarla, del mismo modo que rechazamos la del Grupo Popular, porque sin duda supone desvirtuar por completo el espíritu de la reforma, basado en que determinadas velocidades constituyen por sí mismas conductas peligrosas para la seguridad del tráfico”. Vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, “*Seguridad Vial, crónica de una reforma penal*”, ob.cit., pág. 83.

⁹⁰⁷ Vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 63-64.

⁹⁰⁸ Según QUERALT, por estas vías públicas ha de entenderse aquellas que se encuentren bajo la potestad de las autoridades de tráfico en relación con los límites de velocidad máxima permitida. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 923. En relación con esto, la Audiencia Provincial de Tarragona, entiende que ha de suponerse la velocidad máxima establecida por el tipo de vía, de modo que cualquier otra circunstancia que rebaje esa magnitud (por ejemplo obras), ha de ser probado en juicio. Vid SAP de Tarragona, núm. 25/2009 de 18 de diciembre.

De modo que, en principio, el legislador pretende que no se deba tomar en consideración ningún otro elemento o circunstancia material, temporal o climática, que aumente o disminuya la peligrosidad de la conducta, pues de lo que se trata, es de la mera formalidad de castigar el haber sobrepasado determinadas magnitudes administrativamente impuestas⁹⁰⁹.

De ahí que, dada esa formalidad, la conducta incriminada pierda contacto con la realidad de manera más aguda que otras, lo que paradójicamente respecto del objeto político criminal buscado, dejaría impune, al contrario de lo que se pretende, conductas que pueden resultar más riesgosas. Así, por ejemplo, lo ejemplifica QUERALT JIMÉNEZ, indicando que: “En efecto, superar en 10 o 20 km/h la velocidad en una zona urbana restringida (zona escolar, p. ej.) no sería constitutivo de delito pese a su evidente peligro y, por contra, circular por autopista de peaje, de día y seco a 220 km/h podría no generar peligro alguno”⁹¹⁰.

De esta forma, se elva a categoría de problema penal, una cuestión puramente reglamentaria que no excede el interés de lo propiamente administrativo, pues, al objetivarse de esta forma tan radical la conducta delictiva, cuestiones técnicas, como por ejemplo, el máximo de error permitido para los cinemómetros, se transforman en el punto neurálgico de la aplicación

⁹⁰⁹ En este sentido, vid. HORTAL IBARRA Juan, “*El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas*”, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, esp., págs. 124 y 141.

⁹¹⁰ Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 923. En sentido y con ejemplos parecidos, vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 63; GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 290-291; HORTAL IBARRA Juan, “*El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas*”, ob.cit., pág. 142; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global*”, ob.cit., pág. 429.

de este tipo penal por parte de los tribunales, como ya se ha podido observar en la naciente jurisprudencia sobre este ilícito⁹¹¹.

De esta manera, se determinará o no un castigo penal, sin atender verdaderamente a la gravedad de la conducta del sujeto activo, que vendrá determinada más por las circunstancias fácticas de la comisión de la conducta (lugar, circunstancias de clima, visibilidad, presencia de personas... etc.) que por la velocidad en sí misma⁹¹².

2.2.- Tipicidad subjetiva

En razón de las características que se han venido señalando, este extremo de la cuestión doctrinaria no debería implicar mayores complejidades. De esta forma, el dolo ha de abarcar necesariamente el hecho de conducir superando los límites fijados para la velocidad de los vehículos, y la conciencia del lugar donde se conduce. Ello deriva, como plantea QUERALT JIMÉNEZ, como un requisito *ex lege*⁹¹³.

⁹¹¹ Así lo destaca la SAP de Madrid, núm. 568/2008 de 9 de diciembre: "Pues bien, lo deseable en casos como el presente, dada la importancia que adquiere la determinación exacta de la velocidad a la que circula el acusado, es que los peritos correspondientes informen al órgano encargado del enjuiciamiento, de cuales son los márgenes de error y desviación que pueden tener los cinemómetros declarados aptos para medir la velocidad, puesto que solo así podrán realizarse las oportunas operaciones matemáticas que, aplicando tales márgenes de error o desviación de la forma más favorable al acusado, acrediten indubitadamente la comisión del delito sancionado en el art. 379.1 del Código Penal". Sobre este extremo también puede verse SAP de Tarragona núm. 486/2008 de 3 de diciembre.

⁹¹² Así, la ya citada SAP de Tarragona núm. 486/2008 de 3 de diciembre, que trata sobre un sujeto circulaba por vía urbana, según el radar, a 117 km/h, en un paseo donde la velocidad máxima establecida es de 50 km/h. En ella se plantea la cuestión del error máximo permitido para los cinemómetros, cuestión que termina por resolver el asunto. Además de criticar la farragosa reglamentación, el tribunal deja en claro que en virtud del principio de inocencia se absuelve al acusado por no existir prueba indubitada sobre la comisión del ilícito, señalando: "Ello obliga a considerar que la tasa de error relevante es del 7% lo que comporta un margen de duda sobre si se excedió la velocidad penalmente prohibida. Duda que por imperativo derivado del principio de presunción de inocencia debe resolverse a favor del acusado, concluyendo, por tanto, que no ha quedado suficientemente acreditado que superara en sesenta kilómetros el límite de velocidad que regía el tránsito por la vía donde fue interceptado".

⁹¹³ Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., ob.cit., pág. 923. En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO

2.3.- De la técnica de tipificación

En relación con este punto, podría decirse que si se buscara un ejemplo paradigmático de la tendencia político criminal que aquí se ha venido indicando para la actividad legislativa de corte securitario, éste sería sin duda, el precepto penal que ahora se comenta. Y es que en él, se da cabida de manera conjunta, a una ley penal en blanco en interacción operativa con un delito de peligro abstracto puro⁹¹⁴.

2.3.1.- Ley penal en blanco

Así, dada la descripción típica de este precepto, se trata de una ley penal en blanco propia. Ello, pues se hace un reenvío a disposiciones de carácter inferior⁹¹⁵, la norma administrativa, para determinar a partir de dichas disposiciones reglamentarias los excesos de velocidad punibles de sesenta (60)

Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, ob.cit., esp., pág. 15; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 111; MUÑOZ CUESTA Francisco, *“Los delitos de conducción a velocidad excesiva y con tasas de alcohol superior a 0,60 mg por litro de aire espirado del art. 379 del Código Penal redactado conforme a la LO 15/2007 (RCL 2007, 2180)”*, Repertorio de Jurisprudencia nº 30/2007 (Comentario), Editorial Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 3.

⁹¹⁴ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 51-52; vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 922; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, ob.cit., esp., pág. 742. Sin embargo reconocer que la intención del legislador es justamente la formalización de este delito, como aquí ya se ha puesto de manifiesto, ALBERO expresa su confianza en que los jueces estimen que en la práctica se de la afectación al menos a la seguridad. Vid. GARCÍA ALBERO Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, ob.cit., págs. 16-17.

⁹¹⁵ Sobre ello, por todos, vid. LANDROVE DÍAZ Gerardo, *“Introducción al Derecho penal español”*, ob.cit., esp., págs. 77-78; LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *“Curso de Derecho Penal”*, PG., ob.cit., págs. 146-149; MORILLAS CUEVA Lorenzo, *“Las normas penales: estructura, contenido y funciones”*, www. iustel.com, pág. 6; QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Parte General del Derecho Penal”*, ob. cit., esp., págs. 65-69.

kilómetros o de ochenta (80) kilómetros por hora, dependiendo de la condición de urbana o interurbana de la vía, según el caso⁹¹⁶.

Ahora bien, en principio la utilización de la norma penal en blanco es una técnica perfectamente legítima, sin perjuicio de lo cual, su utilización debe quedar suficientemente justificada por el legislador⁹¹⁷, como se ha encargado de recordar en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional⁹¹⁸. Ello, dado el carácter controvertido de la misma⁹¹⁹ con los principios institucionales básicos del Estado democrático de derecho⁹²⁰.

⁹¹⁶ Sobre ello, vid. pto. 1 de este capítulo.

⁹¹⁷ Ello, pues, esta técnica, "...además de afectar al mandato de la reserva de Ley en la definición de lo punible, por delegar en instancias administrativas parte de la tarea, puede afectar al mandato de determinación". Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, "*Curso de Derecho Penal*", ob.cit., pág. 53.

⁹¹⁸ Así, la STC 24/2004, de 24 de febrero, indica: "Junto a la garantía formal, el principio de legalidad comprende una serie de garantías materiales que, en relación con el legislador, comportan fundamentalmente la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y sus correspondientes sanciones, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora. En este sentido hemos declarado -como recuerda la STC 142/1999, de 22 de julio (RTC 1999, 142) , F. 3- «que el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible en la definición de los tipos penales (SSTC 62/1982 [RTC 1982, 62] , 89/1993 [RTC 1993, 89] , 53/1994 [RTC 1994, 53] y 151/1997 [RTC 1997, 151]), promulgando normas concretas, precisas, claras e inteligibles (SSTC 69/1989 [RTC 1989, 69] , 34/1996 [RTC 1996, 34] y 137/1997 [RTC 1997, 137]). También hemos señalado que la Ley ha de describir *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción y la punición correlativa (SSTC 196/1991 [RTC 1991, 196] , 95/1992 [RTC 1992, 95] y 14/1998 [RTC 1998, 14]). Expresado con otras palabras, el legislador ha de operar con tipos, es decir, con una descripción estereotipada de las acciones y omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 120/1994 [RTC 1994, 120] y 34/1996 [RTC 1996, 34]), lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994 [RTC 1994, 306])». Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997, 151] , F. 3)".

⁹¹⁹ En este sentido, ha destacado QUINTERO acertadamente: "Para expresarlo en pocas palabras, baste decir que nuestra tarea no consiste simplemente en comprobar si la ley positiva se ajusta o no al postulado de legalidad, sino, *si todo el conjunto de la actividad represora del Estado se adecúa al Estado de Derecho social y democrático*. Esta última es la dimensión esencial del principio de legalidad en la actualidad, como ha puesto de relieve BRICOLA". Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, "*Parte General del Derecho Penal*", ob. cit., pág. 66 (cursivas en el original). En el mismo sentido, vid. LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, "*Curso de Derecho Penal*", PG., ob.cit., esp., pág. 151.

⁹²⁰ Así, la STC 127/1990 de 5 de julio, que señala: "El derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica; por otra, referida a la seguridad a la prohibición que comporta la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas y sus penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción en la descripción que incorpora". En el mismo sentido, STC 133/1987 de 21 de julio, STC 122/1987 de 14 de julio. Así, también el Tribunal Supremo, por todas, vid. STS 1302/1999 de 8 de febrero de 2000.

Teniendo en cuenta lo anterior, se ha de ser riguroso en el tamiz por parte del juzgador y delicado en su uso por parte del legislador⁹²¹. Partiendo de esta base, la remisión a la norma extrapenal que se hace en este precepto podría adolecer de vicios de constitucionalidad⁹²². Ello, en cuanto el núcleo de la prohibición, en este caso, no queda del todo claro se encuentre en la norma de mayor jerarquía.

Ello ha sido expresamente establecido, en cuanto requisito ineludible, por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la sentencia 24/2004, para esta naturaleza normativa⁹²³. De esta forma, habría que poner especial atención a este precepto, pues en la disposición penal en comento, sólo se establecen unos excesos que dependen directamente de la reglamentación no penal, de manera que en la práctica, sería ésta, y no aquélla, la que determinaría el carácter punible o no, de la conducta del ciudadano⁹²⁴.

Esta idea, queda refrendada si se tiene en consideración la especial naturaleza formal del tipo penal. Me refiero a que el núcleo esencial de la prohibición, en los términos indicados por Tribunal Constitucional, no queda

⁹²¹ Así, vid. GARCÍA RIVAS Nicolás, *“Los principios del derecho penal constitucional (I): el principio de legalidad”*, IUSTEL, 2006. www.iustel.com., esp., pág. 2; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, *“El Moderno Derecho penal para una Sociedad de Riesgos”*, ob.cit., esp., págs. 299-300.

⁹²² En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 52; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 923; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, ob.cit., esp., pág. 742. Sin notar este posible vicio, vid. MOLINA GIMENO Francisco, *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, ob.cit., esp., pág. 4.

⁹²³ Así, la STC 24/2004 de 24 de febrero, establece que para que estas normas penales en blanco queden cubiertas por el manto constitucional requiere ajustarse al principio de legalidad: “...esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza”.

⁹²⁴ Así, QUERALT, por ejemplo indica: “Por un lado, se deja que sea, en parte, la autoridad administrativa la que fije la base del tipo, lo que contradice en buena medida la *ratio decidendi* de la STC 24/2004, sobre la legitimidad de las leyes penales en blanco, en función de que sea la ley penal y no la extrapenal de referencia la que fije el núcleo de la prohibición”. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”*, ob.cit., pág. 67.

contenido en su totalidad por la normativa penal. Ésto, pues la incriminación de la conducta depende de manera sustancial, y no sólo incidentalmente, de la disposición reglamentaria, lo que sumado a que la conducta colma las exigencias típicas con la mera infracción de las velocidades máximas exigidas, sin consideración de ningún otro criterio delimitador, conlleva un núcleo esencial de la prohibición tan amplio, que se solapa con la regulación administrativa, distinguiéndose, como aquí ya se ha dicho, sólo en función de criterios cuantitativos⁹²⁵.

Lo anterior, no puede carecer, y no carece, de consecuencias, pues aceptado que esto es así, el elemento diferenciador que determina la calificación penal de la conducta del sujeto activo, son justamente los baremos de velocidad máximos permitidos, que debido al reenvío normativo, dejan el núcleo esencial de la prohibición a merced de las eventuales, y por su propia naturaleza, más volátiles modificaciones reglamentarias ⁹²⁶ . En definitiva, la conducta incriminada se encuentra axialmente determinada por el reglamento y no por una norma penal, subvirtiendo materialmente la naturaleza de las disposiciones, siendo la normativa penal, accesoria de la administrativa⁹²⁷.

⁹²⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 923. En sentido y con ejemplos parecidos, vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 63; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 290-291; HORTAL IBARRA Juan, “*El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas*”, ob.cit., pág. 142; MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global*”, ob.cit., pág. 429.

⁹²⁶ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 52; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 923; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “*Derecho Penal*”, ob.cit., esp., pág. 742.

⁹²⁷ Por ello, LUZÓN abogaba, antes de dictarse esta norma, por la evitación de la ley penal en blanco, “Dicho recurso a la técnica de la ley penal en blanco sólo está justificado cuando es estrictamente imprescindible; de lo contrario, el ejecutivo, cada vez que modifique la prohibición administrativa, estará cambiando indirectamente la ley penal, en muchos casos sin que el resultado de la modificación administrativa tuviera que repercutir automáticamente en ampliar el ilícito criminal bajando su listón”. LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, “*Posibles reformas de los delitos de circulación*”, ob.cit., pág. 35.

2.3.2.- Delito de peligro abstracto puro

Respecto de su complemento tipificador, es difícil no ver en ella un delito de peligro abstracto puro, o si se quiere, un delito de peligro abstracto como tradicionalmente han sido vistos éstos. Con ello me refiero, a que en este tipo de delitos se presume no un resultado de peligro, sino la peligrosidad de la conducta en sí misma⁹²⁸.

En este delito, cabe perfectamente aquella percepción que indica que, en los delitos de esta naturaleza, el peligro no se sitúa como un elemento típico sino que viene a ser simplemente el motivo de la intervención del legislador⁹²⁹. De esta forma, se deja en la práctica en desuso los principios de intervención penal mínima y última ratio, que desde la teoría se proclaman, y que implican que la intervención penal ha de realizarse sólo cuando sea imprescindible, respecto no sólo de la protección exclusiva de bienes jurídicos, sino también sólo en los casos de agresión más graves⁹³⁰.

Ello queda claro, desde que se entiende que, sin ninguna otra consideración, se comete este ilícito penal con la sola transgresión de los baremos de velocidad impuestos por la ley. De forma que, a apartir de dichas

⁹²⁸ En este sentido, desde una perspectiva general, que aquí se comparte, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "*Delitos de Peligro y Bienes Jurídicos Colectivos*", ob.cit., esp., pág. 136.

⁹²⁹ Sobre ello, por ejemplo, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, "*Los delitos de peligro*", Iustel, 2006. www.iustel.com., págs. 2-4; MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "*Delitos de Peligro y Bienes Jurídicos Colectivos*", ob.cit., esp., págs. 135-136; MENDOZA BUERGO Blanca, "*Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*", ob.cit., esp., págs. 75-79; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, "*Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*", ob.cit., págs. 13-20; TORÍO LÓPEZ Ángel, "*Los Delitos de Peligro Hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*", ADPCP, XXXIII, 1981, esp., págs. 825-826; VARGAS PINTO Tatiana, "*Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*", Navarra, Arnazadi, 2007, esp., págs. 255-260.

⁹³⁰ En este sentido, por todos, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio, "*Tendencias del Actual Derecho Penal*", ob.cit., esp., págs. 44-45.

magnitudes, sesenta (60) kilómetros o de ochenta (80) kilómetros por hora, dependiendo de la condición de urbana o interurbana de la vía, respecto de las velocidades máximas establecidas por la reglamentación administrativa, ya se ha cometido este delito⁹³¹.

Como bien es sabido, la consecuencia práctica de esta forma de tipificar, es que en sede judicial no es necesario que se rinda prueba alguna sobre el particular, la realidad de la peligrosidad de la acción, pues se le tiene por tal en consideración de la experiencia común⁹³², o más propiamente en este caso, por cuestiones estadísticas⁹³³, lo que evidentemente viene a poner en grave entredicho, como no puede ser de otra manera, el respeto efectivo y material a la presunción de inocencia, sea que se establezca una presunción *iuris et de iure*, o en el mejor de los casos *iuris tantum*⁹³⁴.

⁹³¹ En este sentido crítico, CARBONELL proponía, antes de la redacción definitiva de este precepto, que se incluyera alguna referencia “a un peligro siquiera abstracto”. Vid. CARBONELL MATEU Juan, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, ob.cit., pág. 64. En el mismo sentido crítico, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., págs. 344-345 y en, de la misma, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, ob.cit., esp., pág. 7; GARCÍA ALBERO Ramón, “La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”, ob.cit., esp., pág. 10.

⁹³² En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA de Paz María, “El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”, esp., pág. 39.

⁹³³ Según la DGT, el exceso de velocidad es un factor de alta incidencia en la siniestralidad vial. Estadísticamente, éste fue un factor concurrente en 501 accidentes de tráfico en el año 2008, en los cuales murieron 576 personas. Así indica: “La velocidad inadecuada sigue apareciendo como factor concurrente del accidente en el 26% de los accidentes mortales ocurridos en las carreteras”. Vid. http://www1.dgt.es/was6/portal/contenidos/documentos/prensa_campanas/notas_prensa/NotasDePrensa0001.pdf

⁹³⁴ Vid. STC 105/1988 de 8 de junio, que indica: “Baste señalar que, como es manifiesto, el art. 24.2 de la Constitución significa que se presume que los ciudadanos no son autores de hechos o conductas tipificadas como delito y que la prueba de la autoría y la prueba de la concurrencia de los elementos de tipo delictivo, corresponden a quienes, en el correspondiente proceso penal, asumen la condición de parte acusadora, sin que pueda imponerse al acusado o procesado una especial actividad probatoria, que dependerá siempre de la libre decisión que se adopte respecto de su defensa, pues la Constitución le reconoce también al acusado el derecho a no declarar contra sí mismo”. Para, concluir estableciendo que: “Contiene una presunción en contra del reo que es la presunción de mal uso o la presunción de la tendencia o finalidad, que se considera además como *iuris tantum*, produciendo una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo”.

2.4.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido por estos delitos son la vida y salud de los sujetos que participen en el tráfico rodado, según es este último el ámbito delimitador del riesgo, y según se ha venido comentando, se trata aquí de un delito de riesgo abstracto puro⁹³⁵.

Si ello es así, y en mi opinión así es, resulta que la anticipación de la tutela penal se extiende a ámbitos tan lejanos de los principios del Derecho penal tradicionalmente entendido, que la presunción de la afectación del bien jurídico (en el sentido de lesión o puesta en peligro) no tiene relevancia ninguna⁹³⁶, pues lo presumido se adelanta a tal grado, que se pierde de vista el bien jurídico protegido (sea cual fuere), en la abstracción de un peligro presunto de la acción, sin vinculación con la lesividad de la misma⁹³⁷, lo que conlleva, como bien es sabido, una contradicción profunda con las bases del Estado social y democrático de derecho⁹³⁸.

⁹³⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. MOLINA GIMENO Francisco, *“Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal”*, ob.cit., pág. 5.

⁹³⁶ En el sentido de este sector crítico, puede leerse a HERZOG sobre la imposible aplicación de los delitos de peligro abstracto: *“Los delitos de riesgo no describen un caso, sino una situación con un final desconocido. Por lo tanto, tampoco ofrecen una consecuencia clara. En el tipo subjetivo hay muchas opciones, sobre la responsabilidad jurídico penal se puede discutir en el ámbito del arrepentimiento activo e instituciones jurídicas semejantes. Con ello a la justicia se le pide demasiado porque no puede ya adoptar decisiones claras. Los delitos de peligro por ello son leyes injustificables”*. Vid. HERZOG Félix, *“Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo”*, ob.cit., pág. 56.

⁹³⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. HORTAL IBARRA Juan, *“El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”*, ob.cit., esp., págs. 151-152.

⁹³⁸ Contrariando los principios de intervención mínima, subsidiariedad, exclusiva protección de bienes jurídicos. Sobre ello, por todos, vid. MIR PUIG Santiago, *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, esp., págs. 159-167.

De ahí que, aunque se pretendiera, como hace parte de la doctrina y que aquí se rechaza, que el bien jurídico seguridad vial (con su estructura dual) sería lo protegido, tampoco serviría de nada⁹³⁹, pues la presunción que contiene esta norma, afecta a la misma peligrosidad de la acción. De esta forma, el mentado bien jurídico colectivo impropio, caería también bajo esta presunción, pues no se requiere siquiera que se ponga en peligro las condiciones de seguridad del tráfico rodado. De esta manera, tampoco se necesitaría probar dicha afectación.

De todo ello se obtiene una facilitación del trabajo persecutor en sede judicial, al no requerirse probranza sobre el particular⁹⁴⁰, lo que deja de manifiesto que la tendencia político criminal de la tolerancia cero contra la denominada violencia vial⁹⁴¹, es su verdadero trasfondo, en la búsqueda de un

⁹³⁹ Respecto de la postura que entiende a la seguridad en sí misma como bien jurídico protegido, sería la única que encontraría acomodo para una norma como la que se analiza. Desde esta perspectiva se trataría de un delito de peligro abstracto por el menoscabo de patrones de seguridad, así lo explica KINDHÄUSER: "Nos hallamos ante peligros abstractos cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que o puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable su totalidad". Vid. Kindhäuser Urs, "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", ob.cit., págs. 448-449, en el mismo sentido en, del mismo "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", ob.cit., págs. 13-14.

⁹⁴⁰ En este sentido, crítico sobre la proliferación de delitos de peligro abstracto con este único objetivo, HIRSCH, indica: "Con todo, en la actual legislación penal resulta sospechosa la irreflexiva creación de tipos siempre nuevos de peligro abstracto en el Derecho penal criminal. Así, el afán de simplificar las exigencias probatorias no es fundamento bastante para extender o exacerbar la punibilidad, puesto que la esfera de lo punible y sus divisiones deben ajustarse exclusivamente al merecimiento y la necesidad de pena de un hecho". Vid. HIRSCH Hans-Joachim, "Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho", ob.cit., pág. 132 y la misma idea en, del mismo, "Sistemática y límite de los delitos de peligro abstracto", ob.cit., pág. 171. En este sentido, hace sentido la crítica de ALBRECHT respecto del proceso penal, pero que, en mi opinión, tiene su raíz ya en el Derecho penal sustantivo, como lo demuestra este caso. Así, el Derecho penal deja de ser una herramienta de defensa del ciudadano frente al Estado, "...transformándose en un instrumento de intervención concebido específicamente en beneficio del desempeño rutinario de cometidos profesionales". Vid. ALBRECHT Peter-Alexis, "El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista", ob.cit., pág. 484.

⁹⁴¹ Lo que no es nada nuevo, pues de esta forma, mediante el aumento del rigor punitivo, se busca compensar el déficit de eficacia en la aprehensión de los infractores. Algo que ya los estados del siglo XIX dejaron atrás, con una mejor organización, aumentando de esta forma las probabilidades de aprehensión. Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, "Eficiencia y Derecho Penal", ob.cit., esp., pág. 115. En el mismo sentido, respecto de estos delitos en particular, vid. TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, "Automóviles, delitos y penas", ob.cit., esp., págs. 153-154.

efecto *ejemplarizante*⁹⁴², mediante la utilización perversa del inherente efecto comunicativo simbólico del Derecho penal, como aquí ya antes se ha dicho⁹⁴³.

De esta forma, si bien puedan plantearse dudas respecto del efectivo efecto disuasorio⁹⁴⁴, de lo que no cabe duda alguna es de que se consigue vaciar de cualquier contenido material al delito, dejando a la vista una antijuridicidad colmada tan formalmente⁹⁴⁵, como formal es este delito. Ello viene a confirmar, mas no a revelar, una cuestión fundamental ya antes aquí indicada: esta es una infracción claramente administrativa, perteneciente no sólo en forma, sino también en el fondo a dicho ámbito jurídico⁹⁴⁶.

Esto es, una mera normativa administrativa, ahora con rango penal, dirigida a la gestión sectorial de una parcela económico-social peligrosa⁹⁴⁷, lo

⁹⁴² En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 72-73.

⁹⁴³ Sobre ello, vid. primera parte, capítulo II, pto. 2.2.3. y segunda parte, capítulo III, pto. 1.2.2.2.

⁹⁴⁴ Así, con toda razón destaca CÓRDOBA RODA que: “...si la causación de males tales como la muerte y las lesiones graves no están en situación de impedir en el sujeto la conducción descuidada y peligrosa... pese a que la gravedad de dichos males y la probabilidad de su incidencia sean superiores a los propios de las penas conminatorias... cabe pensar en que la eficacia preventiva de dichas penas sea muy escasa y relativa”. Vid. CÓRDOBA RODA Juan, “*Aspectos Político-criminales de los delitos de tráfico*”, ob.cit., pág. 296. En el mismo sentido, más recientemente, TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, “*Automóviles, delitos y penas*”, ob.cit., esp., pág. 154.

⁹⁴⁵ La concurrencia de una afectación del bien jurídico, como contenido de la antijuridicidad material, requisito imprescindible del injusto penal. De ello hay un consenso consolidado desde hace mucho, así, por ejemplo se indica: “La antijuridicidad formal es una valoración *prima facie*, y toma en cuenta que el comportamiento infringe un deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica, la cual establece -respectivamente- mandatos o prohibiciones”. Vid. FERNÁNDEZ Gonzalo, “*Bien Jurídico y Sistema del Delito*”, ob.cit., pág. 174. En el mismo sentido, por ejemplo, BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, “*Nuevo Sistema de Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 86 y 89. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “*Curso de Derecho Penal*”, ob.cit. esp., págs. 196-197; JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, ob.cit., esp., págs. 250-251.

⁹⁴⁶ Sobre ello, gráfico GARCÍA ALBERO indica que: “Sin saberlo probablemente, el Consejo Fiscal acababa de dar en el clavo al definir cuál es el programa políticocriminal oculto en este ámbito: sustituir a los jueces por los radares”. Vid. GARCÍA ALBERO Ramón, “*La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)*”, ob.cit., pág. 15.

⁹⁴⁷ Así, sobre la función administrativo sancionadora, SILVA, lo plantea en términos que aquí se comparten: “Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico y por ello *tampoco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos,

que no resultaría criticable, si no fuera por que aquí se está hablando de Derecho penal y en éste se requiere la lesión o al menos la puesta en peligro de un bien jurídico, siendo justamente este criterio cualitativo, y no sólo cuantitativo como es en este caso, el que le diferencia del mero ilícito administrativo⁹⁴⁸. De manera tal que, queda patente la línea político criminal del riesgo que sigue el legislador, en este caso, en su tendencia administrativizadora⁹⁴⁹ del Derecho penal⁹⁵⁰.

3.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379 nº 2)

3.1.- Consideraciones previas

Esta conducta, una de las de más larga historia como delito en este ámbito como enseguida se verá, encuentra en la legislación actualmente vigente

un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado". Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, "La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", ob.cit., pág. 126.

⁹⁴⁸ En este sentido, respecto de estos delitos en particular, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma", ob.cit., esp., pág. 8.

⁹⁴⁹ En este sentido, como tendencia general de un Derecho penal del riesgo, vid. DEMETRIO CRESPO Eduardo, "El derecho penal del enemigo. Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad", ob.cit., esp., pág. 142. Lo que MOLINA, desde una perspectiva específica de estos delitos, ve ya desde la modificación de la rúbrica del capítulo en cuestión, "...como una auténtica declaración de intenciones del legislador". Vid. MOLINA GIMENO Francisco, "Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre", ob.cit., pág. 12.

⁹⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, "Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el derecho penal hacia un "derecho penal de dos velocidades"?", ob.cit., pág. 834; MORILLAS CUEVA Lorenzo, "Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global", ob.cit., págs. 406-408; GARCÍA ALBERO Ramón, "La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)", ob.cit., págs. 2-3; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas", ob.cit., esp., págs. 66-67; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, "La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas", ob.cit., págs. 10-11; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAILLO Alfonso, "Derecho Penal", PE., esp., pág. 738.

una estructura diferenciada, pues tiene asociada una sanción administrativa⁹⁵¹ y una penal, que es la que aquí interesa, que a su vez se distingue de acuerdo a los parámetros de las tasas de alcohol establecidos por este mismo precepto⁹⁵².

De acuerdo a este modelo, superadas las magnitudes establecidas, ha de condenarse, en todo caso, a las penas que se indican. Por ello, aquí se distinguirá su análisis, comenzando por el inciso primero, no sólo por una cuestión de ordenación de Código, sino también porque servirá como contraste que permita apreciar mejor la problemática que plantea el actual inciso segundo y sus baremos objetivos.

3.2.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. (art. 379 nº 2 inc. primero)

3.2.1.- Origen y antecedentes

Así como ya se señaló respecto de la evolución de los delitos relativos al tráfico rodado en general, es básicamente también como se dio el desarrollo de

⁹⁵¹ Así, es considerada una infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, esta misma conducta, según lo establece la LTCVMSV en su artículo 65 nº 5, a): "La conducción por las vías objeto de esta Ley habiendo ingerido bebidas alcohólicas con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan, y, en todo caso, la conducción bajo los efectos de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y cualquier otra sustancia de efectos análogos". Castigando esta infracción con una multa de 301 a 600 euros, la pérdida de 6 puntos del carné y en todo caso la suspensión de la licencia de conducción por un mínimo de un mes y un máximo de tres meses, según establece el artículo 67 de la misma ley.

⁹⁵² Distingo entre figuras penales que ya ha encontrado eco en la jurisprudencia, así, por ejemplo se ha dicho que: "El tipo del art. 379.2 del Código Penal exige para su aplicación que se demuestre la existencia de un peligro, derivado del influjo de la ingestión alcohólica sobre las facultades del conductor del vehículo de motor, que basta con que sea abstracto, pero que "en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto" (STS de 22-III-02). No es suficiente, pues, con el dato objetivo representado por un determinado grado de impregnación alcohólica (a diferencia de lo que sucede en la figura del número anterior del precepto), sino que tiene que haberse constatado, para la condena, que la bebida ha afectado en proporción más o menos considerable el sistema nervioso del sujeto". SAP de Badajoz, núm. 84/2009 de 4 de mayo. En el mismo sentido, SSAP de Girona núm. 110/2009 de 5 de febrero, de Madrid núm. 49/2009 de 5 de febrero.

está normativa en particular. Se ha de decir que se estableció la punibilidad de esta conducta (o semejante) por primera vez en un texto legal con la conocida como “ley del automóvil” en 1950. Ésta, en su artículo 1º, castigaba al infractor de dicha normativa con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 50.000 pesetas por conducir un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad⁹⁵³.

Luego, como hemos ya visto, ante la abundancia y dispersión de las normas relativas al tráfico rodado, y con la intención de aunar en un mismo cuerpo legal dichas disposiciones, se dictó la ley de 24 de diciembre de 1962 sobre “Uso y circulación de Vehículos a Motor”. En este sentido, comentaba CARRETERO PÉREZ: “...que ésta ley supone una ordenación refundida, relacionada con el enunciado de su objeto, desde distintos puntos de vista (penal, civil y procesal), aunque, en relación a su disposición derogatoria (contenida en su disposición final tercera), se aprecia que se trata de una Ley preferentemente penal”⁹⁵⁴.

Esta nueva normativa también incorporaría la regulación de la conducta que se comenta, modificando el artículo 1º de la ley que fue objeto de su derogación, estableciendo en su artículo 5º como pena, la imposición de una multa de 5.000 a 25.000 pesetas y la retirada del permiso de conducir por un lapso que mediaba entre uno a tres años. En ella se sustituyó además dentro de

⁹⁵³ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*Derecho Penal de la Circulación*”, ob.cit., pág. 206.

⁹⁵⁴ Vid. CARRETERO PÉREZ Antonio, “*Nueva ley de uso y circulación de vehículos a motor*”, ob.cit., pág. 9.

la redacción del tipo penal “el estado de incapacidad” por una más simple exigencia, esto es la “influencia manifiesta” de las sustancias referidas⁹⁵⁵.

La modificación indicada trajo como consecuencia, según MORILLAS CUEVA, que la doctrina considerara el delito como consumado con el mero estado de embriaguez del acusado⁹⁵⁶. Así, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO señalaba sobre el particular, recogiendo argumentativamente algunas sentencias del Tribunal Supremo, que: “Ésta ha sido la evolución jurisprudencial, y creo que a esta evolución ha correspondido una evolución legislativa, de manera que hoy basta, a mi entender, con que se acredite el influjo del alcohol o droga para que la acción pueda considerarse como típica... sin que sea necesario que se constate que se ha cometido una acción irregular en la conducción que ponga en peligro a una persona o cosa determinada”⁹⁵⁷.

Con ello se llega a la dictación de la ley de 8 de abril de 1967, en la que se incorporó al Código penal de 1944, la disposición 340 bis a) en la que, básicamente, la redacción típica de la conducta punible es igual a la actual sobre la misma materia⁹⁵⁸. Así, en ésta ya no se hacía mención al término “manifiesta” sino sólo a la exigencia de conducción de un vehículo de motor bajo la

⁹⁵⁵ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*Derecho Penal de la Circulación*”, ob.cit., pág. 206; CARRETERO PÉREZ Antonio, “*Nueva ley de uso y circulación de vehículos a motor*”, ob.cit., esp., págs. 34-35; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “*La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*”, ob.cit., págs. 95-97.

⁹⁵⁶ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico*”, ob.cit., págs. 171-172 y en, MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “*El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995*”, ob.cit., pág. 556.

⁹⁵⁷ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO Candido, “*Modificaciones en el aspecto penal, de la ley de uso y circulación de Vehículos a motor*”, ob.cit., pág. 18.

⁹⁵⁸ Señala DE VICENTE MARTÍNEZ que: “El delito fue objeto de algunos retoques por las posteriores reformas al Código penal derogado, llegando al Código penal de 1995, que continuó en la línea de su predecesor aunque con ligeros cambios, siendo, finalmente, objeto de un nuevo retoque fruto de la reforma de 2003, que se ha limitado a modificar la penalidad de este tipo delictivo”. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*Derecho Penal de la Circulación*”, ob.cit., pág. 207. En el mismo sentido, vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, “*Delitos contra la seguridad del tráfico*”, ob.cit., pág. 174; GÓMEZ PAVÓN Pilar, “*El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes*”, ob.cit., pág. 45.

influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, cuestión que por cierto, acarrió las críticas doctrinales correspondientes.

Decía, por ejemplo, DEL ROSAL que, al contrario de la norma derogada que incluía, “al término *manifiesta*, de acentuado sabor empírico y la vez técnico y comprobable con la sola percepción de los sentidos”, con la normativa de 1967, “...basta y sobra con la simple influencia, sin más, con lo que se agrava y a la par se engrandece la responsabilidad, por si no fuera bastante -agrega el autor- que la pena ha experimentado un aumento...”⁹⁵⁹.

De igual manera QUINTANO RIPOLLES señaló que: “Es censurable que en el nuevo precepto se haya prescindido del vocablo *manifiesta* que figuraba en la Ley de 1962”. Aclarando que, a pesar de lo anterior, “...el delito no se ha convertido por ello de delito de riesgo concreto en de riesgo abstracto”⁹⁶⁰. Y, por último, CONDE-PUMPIDO FERREIRO destacaba que con dicha sustitución lo que se provoca es “una ampliación del tipo”⁹⁶¹.

3.2.2.- Tendencia legislativa de este precepto

De lo que se ha venido señalando respecto de la legislación en esta área pueden extraerse, al menos, dos observaciones vinculadas a su desarrollo. Primero, que es notorio, y por lo demás lógico, el aumento gradual y sin pausas del interés que el legislador ha venido manifestando por el tráfico rodado, y ello

⁹⁵⁹ Vid. DEL ROSAL Juan, “*Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación*”, ob.cit., pág. 21.

⁹⁶⁰ *Ibíd.*

⁹⁶¹ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO Candido, “*Modificaciones en el aspecto penal, de la ley de uso y circulación de Vehículos a motor*”, ob.cit., pág. 17.

puede verse reflejado en el proceso de ampliación de la intervención estatal, pasando desde la mera cuestión administrativa, al terreno de lo penal, sin que, por supuesto, se haya abandonado el ámbito administrativo sancionador⁹⁶². Segundo, se ha ido marcando una clara tendencia a la rigurosidad en el tratamiento de los delitos de tráfico, particularmente en el que aquí nos interesa, el de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas.

Lo anterior puede verse en la historia legislativa de la injerencia, como exigencia, de las sustancias típicas en la conducción del automóvil. Así, puede advertirse la tendencia que se señala, pues, desde aquellas manifestaciones normativas que regularon el ámbito del tráfico viario a la fecha, se pasó de la exigencia de que la ingesta de las sustancias prohibidas a que se refiere la ley, “colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad” a lo que ahora es sólo “la influencia” de las mencionadas sustancias. En este sentido, señala MORILLAS CUEVA que se ha venido manteniendo una “progresiva y paulatina agravación del juicio que merece el conductor ebrio y la intensiva y cada vez más profunda objetivación del tipo”⁹⁶³.

Es de importancia hacer notar, que con el término objetivación no se quiere manifestar ya nuestra postura respecto del tema, sino sólo resaltar desde ya, que ésta ha sido una tendencia legislativa que se ha venido consolidando en la misma medida en que se ha ido desarrollando eso que se ha denominado “Derecho penal de la Circulación”. Es conveniente señalarlo, toda vez que más

⁹⁶² Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 182.

⁹⁶³ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo, “La responsabilidad penal del que conduce vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, citado por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., pág. 96. En el mismo sentido, vid. TORO ALCAIDE Juan Carlos, “Comentarios al Artículo 340 bis a), párrafo 1º, del Código penal”, RPJ, Nº especial, 1990, pág. 194.

adelante sostendremos la posición que aquí se entiende por correcta. Por ello, cuando aquí se habla de “tendencia a la objetivación”, me estoy refiriendo a la tendencia legislativa y no a algún delito en particular.

En definitiva, respecto de lo que aquí se quiere destacar es esa línea punitiva cada vez más dura que el legislador ha venido siguiendo en el desarrollo mismo de las normas referidas a este tema⁹⁶⁴. Lo señalado y la objetivación a que se hizo referencia, deben también destacarse como expresión de esta tendencia legislativa, de corte securitario tributario de una Política criminal filtrada por la idea del riesgo permanente.

3.2.3.- Estructura típica objetiva

Lo que se pretende con este punto es explicitar básicamente la dimensión objetiva del delito que se analiza, así se verán los conceptos que respecto de este resultan más relevantes, y también algunas consideraciones en relación con algunas aristas problemáticas en doctrina. Así las cosas, el artículo 379. n^o 2, inc. primero del Código penal establece:

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

⁹⁶⁴ En este sentido, por ejemplo, vid. BEJERANO GUERRA Fernando, “Los efectos de las reformas penales en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas”, ob.cit., págs. 23-24; CAMPÓN DOMÍNGUEZ José Andrés, “Derecho Penal de la Circulación: Responsabilidad y sanción penal en la conducción de vehículos a motor”, ob.cit., pág. 28; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 207; LERMA GALLEGU Irene, “Delitos de Tráfico y Prevención General”, ob.cit., págs. 143-144; MATELLANES RODRÍGUEZ Nuria, “Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 66-68; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., págs. 95-97; TORO ALCAIDE Juan Carlos, “Comentarios al Artículo 340 bis a), párrafo 1^o, del Código penal”, ob.cit., págs. 193-194.

De ello se sigue que, básicamente, y en una primera y esquemática aproximación, el delito está integrado por cuatro exigencias de orden típico, a saber: ingestión de las sustancias establecidas en el tipo, conducción, influencia en ella de la ingesta de las sustancias referidas y riesgo provocado por dicha conducta⁹⁶⁵.

3.2.3.1- Sujetos Activo y Pasivo

En este punto se entiende que es sujeto activo aquél que conduce y pasivo, según la postura que aquí se defiende, ha de señalarse al conjunto de personas que participan en el tráfico y que pudiesen resultar dañadas por alguna de las conductas tipificadas como delito, lo que evidentemente excluye al propio conductor⁹⁶⁶.

3.2.3.2.- La conducta típica

En relación con la conducta típica, ésta debe extraerse de la literalidad del tipo del 379, y partiendo de aquella base, puede decirse que se refiere a conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. Respecto de los elementos típicos relativos a la conducción (concepto de conducción con relevancia jurídica), instrumento del delito (concepto de

⁹⁶⁵ En este sentido, entre otros, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., pág. 207; BONMATÍ ORTEGA Paz, *"Ingestión de alcohol, influencia en la conducción y, como consecuencia, riesgo para la seguridad del tráfico"*, RLP, nº 10, 2004, esp., págs. 75-76.

⁹⁶⁶ En este sentido, por todos, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 249, que a la sazón señala: "Sujeto activo es cualquiera que participe en el tráfico como *conductor* de un vehículo de motor..."

vehículo a motor y ciclo motor) y lugar de comisión del hecho punible (vía pública), ya se analizó antes, debido al carácter común de dichos componentes, a lo que me remito⁹⁶⁷.

3.2.4.- La influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas

Se ha señalado, y se ha señalado bien, que es éste el verdadero núcleo del delito que se viene comentando. Es así como se ha dicho que deben darse dos cuestiones o elementos integrantes de manera copulativa para que pueda subsumirse la conducta del sujeto imputado en el tipo penal del artículo 379, esto es: que existe un grado de impregnación alcohólica y que ésta tenga influencia en la conducción del automóvil que se guía. No se me escapa que existen otras posiciones al respecto, sin perjuicio de lo cual se debe aceptar que es esta la tesis sostenida por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, discusión respecto de la cual nos referiremos más adelante.

3.2.4.1.- Sustancias Típicas

Se coincide en doctrina respecto de la no dificultad del establecimiento de qué ha de entenderse por “bebidas alcohólicas”, consideración no aplicable en lo relativo a lo que debe entenderse por “drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas”, sin perjuicio de lo cual existe casi un consenso en cuanto han de ser equiparadas las dos exigencias típicas, pues, de lo que se

⁹⁶⁷ Sobre esto, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.

trata, en verdad, es de cómo éstas, al ser ingeridas, afectan la seguridad del tráfico⁹⁶⁸. Así, por ejemplo, GÓMEZ PAVÓN señala que no se deben tener en consideración a los efectos penales las diversas clasificaciones que existen, quedando ellas sólo en un mero, pero en ningún caso despreciable, efecto divulgatorio⁹⁶⁹.

En lo relativo a las “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, existe una menor coincidencia, sobre todo, por la gran cantidad de clasificaciones y especies que son incluidas en esta categoría, por lo que no es tan simple llegar a un acuerdo. Sobre ello sólo efectuaré dos consideraciones: primero, que no ha de estarse estrictamente a listas cerradas⁹⁷⁰, como por ejemplo, las categorías dictadas sobre esta materia basadas en la definición dada por la O.M.S. y, segundo; que lo anterior se fundamenta en el hecho de considerar que el legislador ha realizado más bien una enumeración de sustancias que trata de manera sinonímica, pues, lo que en verdad importa, es que, en consideración teleológica, afecte al bien jurídico que se pretende proteger, esto es, dichas sustancias han de alterar negativamente con su influencia la capacidad de conducción del sujeto⁹⁷¹.

⁹⁶⁸ Sobre los efectos del alcohol en el organismo, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ David, *“La Conducción de Vehículos a motor bajo la Influencia del Alcohol”*, CPC, nº 87, 2005; SAN ROMÁN GARCÍA José Luís, DÍAZ LÓPEZ Vicente, *“Estudio sobre la influencia del consumo de alcohol en la seguridad de la conducción de vehículos automóviles”*, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004.

⁹⁶⁹ Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., págs. 38-40. En el mismo sentido, entre otros, vid. CARMONA SALGADO Concepción, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, en Derecho Penal Español, ob.cit., págs. 798-799; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., pág. 27; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, en AA.VV., Compendio de Derecho penal, PE., ob.cit., págs. 710-711; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, ob.cit., págs. 92-93; TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1451-1452; TORO ALCAIDE Juan Carlos, *“Comentarios al Artículo 340 bis a), párrafo 1º, del Código penal”*, ob.cit., págs. 195-196.

⁹⁷⁰ En este sentido, entre otros, vid. DE LEÓN VILLALBA Francisco Javier, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 833.

⁹⁷¹ En este sentido, entre otros, vid. CARMONA SALGADO Concepción, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 798; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., pág. 212; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o*

Es desde esta perspectiva teleológica, como señala SILVA SÁNCHEZ⁹⁷², que han de resolverse las dificultades interpretativas que pueda presentar este tipo penal y, de acuerdo a ello, pueden entenderse por superadas polémicas, tales como, si el término “bebidas” excluye otros estados del alcohol que no sean el líquido (sólido, por ejemplo)⁹⁷³.

En este sentido, señala CARMONA SALGADO: “...mayores dificultades se han presentado, en cambio, en cuanto a la concreción del resto de las mencionadas *sustancias*, tanto desde un punto de vista legal como farmacológico, si bien a este respecto lo más acertado es entender que no sólo se trata de realidades idénticas, sino que su enunciación responde a una genérica remisión por parte del legislador a *cualquier sustancia* que pueda influir sobre las condiciones del conductor lesionando la seguridad del tráfico (las "Listas de los Convenios Internacionales" celebrados sobre la materia sirven a tales efectos como un elemento interpretativo más, pero, en definitiva, lo decisivo es el criterio del bien jurídico protegido)”⁹⁷⁴.

Estupefacientes”, ob.cit., pág. 43; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., págs. 28-29; TAMARIT SUMALLA Josep María, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1451-1452; TORO ALCAIDE Juan Carlos, “Comentarios al Artículo 340 bis a), párrafo 1º, del Código penal”, ob.cit., págs. 195-196.

⁹⁷² Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., págs. 27-28.

⁹⁷³ Sobre dicha polémica, por todos, vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., págs. 39-40; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., págs. 92-93.

⁹⁷⁴ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 798.

3.2.4.2.- Influencia en la conducción

Es sobre este punto, según mi opinión, donde recae gran parte del interés dogmático del delito que se viene analizando. Lo que se ha visto incrementado a partir de la actual regulación en este ámbito punitivo, que, como se verá, ha transformado la estructura del tipo penal en comento, haciendo, en mi parecer, que los criterios hasta ahora refirmados una y otra vez por la doctrina y jurisprudencia (Constitucional, Suprema y Provincial) respecto de la exigencia de la influencia en la conducción por parte de las sustancias prohibidas, sean de más difícil aplicación, particularmente en el inciso segundo de este artículo, dándose un paso más en ese proceso de objetivación que este delito viene sufriendo desde sus inicios.

Volviendo al presente, y como ya anticipamos, está asentada la doctrina y jurisprudencia que da fundamental importancia a la “influencia” en la conducción de la ingesta de las sustancias establecidas en el tipo. Así, ha de recordarse la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, que señaló que: “...el elemento determinante del delito tipificado en el art. 340 bis a) del Código penal, no consiste sólo en el dato objetivo de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino también en la influencia que dicha impregnación tenga en la conducción del vehículo”⁹⁷⁵.

⁹⁷⁵ STC 5/1989 (Sala Segunda), de 19 de enero de 1989. En el año 2004 tuvo ocasión de referirse al mismo hecho este alto tribunal, ratificando el criterio mantenido en cuanto a las exigencias señaladas, esto es en la STC núm. 68/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril de 2004, expresando que: “Por ello hemos afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada conjuntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba, imprescindible para su existencia (SSTC 145/1985, de 28 de octubre [RTC 1985, 145], F. 4; 148/1985, de 30 de octubre [RTC 1985, 148], F. 4; 145/1987, de 23 de septiembre [RTC 1987, 145], F. 2; 22/1988, de 18 de febrero [RTC 1988, 22], F. 3 a); 222/1991, de 25 de noviembre [RTC 1991, 222], F. 2; 24/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 24], F. 4; 252/1994, de 19 de septiembre [RTC 1994, 252], F. 5; 111/1999, de 14 de junio [RTC 1999, 111], F. 3; 188/2002, de 14 de octubre [RTC 2002, 188], F. 3; 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 2], F. 5 b)”.

Más recientemente, se manifestó en este sentido dominante en jurisprudencia y doctrina, el Tribunal Supremo indicando que: "Dos son los elementos que caracterizan el tipo delictivo regulado en el art. 379 del Código penal: uno, objetivo, consistente en el grado de impregnación alcohólica que padece el sujeto activo, y otro subjetivo, que se refiere a la influencia que tal grado de impregnación alcohólica determina en la conducción"⁹⁷⁶.

Sentencias éstas en que se deja de manifiesto, refiriéndose al ya derogado artículo 340 bis a), actual 379 en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, los elementos que deben concurrir para la punición de la conducta. En el plano regional también ha señalado la Audiencia Provincial de Salamanca, amparándose en la antedicha sentencia del Tribunal Constitucional, que: "...según es doctrina de este Tribunal, "la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en que éste deberá comprobar si en el caso concreto... el conductor se encontraba afectado por el alcohol", para lo cual han de emplearse todos los medios de prueba obrantes en autos, no siendo imprescindible ni suficiente por sí sola la prueba de impregnación alcohólica (SSTC 148/85 y 22/88) (STC 252/1994, de 19-9); y c) Para subsumir el hecho en el tipo delictivo del art. 340 bis a) 1 CP, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que es preciso que quede constatada su influencia en la conducción, lo que habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías"⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ STS núm. 636/2002 (Sala de lo Penal), de 15 de abril de 2002.

⁹⁷⁷ SAP de Salamanca núm. 33/2003 (Sección Única), de 7 de abril de 2003.

Pues bien, en doctrina también se encuentra por completo asentada la tesis de la exigencia de la influencia en la conducción, ello a partir de criterios de interpretación teleológicos y en pro de dar cumplimiento a las exigencias derivadas de la forma de Estado a la que adscribe España⁹⁷⁸. Respecto del primer punto, el criterio teleológico resulta del todo adecuado puesto que, evidentemente, para la intervención penal no puede aducirse la simple infracción de parámetros o factores administrativos si con ello no se ha afectado un bien jurídico, siendo precisamente éste uno de los criterios que distingue entre ambos ámbitos de represión estatal.

Señalan en este sentido, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, que: “Debe presumirse, por un lado, la racionalidad del legislador, quien no sancionó en el art. 379 (siendo así que podía haberlo hecho) al que condujera un vehículo de motor habiendo ingerido bebidas alcohólicas en índice superior al autorizado; por otro lado, es obligada en el marco punitivo una interpretación estricta de los elementos que conforman los tipos penales, lo que veta aun semánticamente identificar o asimilar las expresiones «conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas» (conducta penalmente relevante) y «conducir habiendo ingerido bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas» (conducta administrativamente sancionable)”⁹⁷⁹.

Así, con toda claridad lo han señalado los más altos tribunales de este país. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sentenciado,

⁹⁷⁸ Con ello me refiero básicamente a las normas que sustentan el derecho a un proceso y una investigación justa, del cual emana el derecho a defensa de todo imputado y del que una de sus ramificaciones más importante es el estado de inocencia. Sobre ello, vid. GARCÍA ARÁN Mercedes, *“Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”*, ob.cit., esp., págs. 58-73.

⁹⁷⁹ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1703.

“De modo que con los datos aportados, sin perjuicio de reconocer el hecho de la ingesta de bebidas alcohólicas por parte del acusado en una cantidad superior a la permitida por el Reglamento General de Circulación, no se aprecia prueba indubitada de que con su conducción el ahora demandante de amparo provocara el plus de peligrosidad que exige el tipo penal y que lo diferencia de la mera infracción administrativa. Consecuencia de ello es que en las Sentencias impugnadas existe tanto un *error facti* como un *error iuris*, pues no se dan los elementos que el tipo penal exige”⁹⁸⁰.

Esto es, como ya se ha dicho, la influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, es un elemento normativo del tipo, que requiere ser probado en juicio ⁹⁸¹. Es precisamente ese “plus de peligrosidad” el que justifica la intervención penal para dejar de un lado lo administrativo, de manera que, no dándose dicha influencia, la conducta deviene en atípica.

De ahí la sola relativa importancia de la prueba de alcoholemia, pues con ella se acredita uno de los supuestos del tipo, la ingesta del alcohol, pero con ello sólo alcanza para la infracción administrativa; para la represión penal, se

⁹⁸⁰ STC núm. 68/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril de 2004.

⁹⁸¹ Sin perjuicio de la sólida y constante jurisprudencia sobre este punto, cierto es que a nivel de Audiencias Provinciales, especialmente la de Asturias, se ha discrepado. De esta manera, presumiendo dicho efecto a partir de cierta tasa de alcohol en sangre, invirtiendo la carga de la prueba. Así se ha sentenciado que: “Efectivamente, el principio de presunción de inocencia... se ha desvirtuado, porque el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas... se perfecciona, como delito de peligro que es, por el mero hecho de conducir creando un riesgo para la seguridad del tráfico en razón al deterioro de las facultades psico-físicas del conductor, producido por la previa ingesta de alcohol, con independencia de que se haya practicado o no prueba de alcoholemia (los signos externos pueden ser suficientes para la condena) y del resultado de aquélla, siempre que sea superior a 0.25 mlgrs. de alcohol por litro de aire espirado. Ahora bien, superada esa tasa, cabe afirmar que el delito se ha producido, salvo que se demuestre que, con independencia del resultado objetivo de la prueba de alcoholemia y siempre que éste no sea exagerada, el conductor conservaba sus facultades inalteradas o tan levemente perturbadas que no quepa presumir una incidencia negativa en la seguridad del tráfico”. SAP de Asturias núm. 17/2001 de 25 de enero. De la misma manera, SSAP de Asturias núm. 180/1996 de 2 de mayo, 333/97 de 19 de junio, 499/98 de 17 de septiembre, 719/99 de 30 de diciembre, y 71 y 72/00 de 10 de febrero.

requiere la prueba de la influencia en la conducción, cuestión naturalmente vinculada, pero no la misma⁹⁸².

Se indica entonces por la doctrina que esta influencia ha de manifestarse en la capacidad del conductor en la conducción. Dice GÓMEZ PAVÓN, “La ingestión de tales sustancias -se refiere a las típicas- es incapaz por sí sola de dar origen al delito, es preciso que produzcan unos determinados efectos capaces de influir sobre el modo de conducir, menoscabando las facultades exigidas para poder hacerlo con seguridad.

En el mismo sentido, se expresa MUÑOZ CONDE respecto de la valoración de las pruebas destinadas a establecer el nivel de impregnación alcohólica: “...debe situarse en un determinado contexto y relativizar las conclusiones que de ella se derivan, no tanto porque no sean científicamente fiables, sino porque aunque lo sean, no arrojan una conclusión contundente respecto al extremo que realmente importa a la hora de establecer una responsabilidad penal: no tanto el grado de impregnación alcohólica, como la incidencia del mismo, si es que la hubo, en la capacidad para conducir el vehículo de motor”⁹⁸³.

⁹⁸² Sobre las diversas aristas, la más importante, quizá, sea el establecimiento del artículo 380, tema sobre el que ya existe abundante bibliografía, por ejemplo, entre otros, vid. GONZÁLEZ RUS Juan, “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, ob.cit.; CANO CAMPOS Tomás, “El Régimen de las sanciones administrativas en la ley de tráfico y seguridad vial”, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004; CUESTA PASTOR Pablo José, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica”, RL, 14 de febrero de 2000; JUANATEY DORADO Carmen, “Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de Octubre, del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001; SÁNCHEZ MORENO José, “Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción”, Barcelona, Editorial Bosch, 2001; VARONA GÓMEZ Daniel, “El Delito de Negativa a las Pruebas de Alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2.ª) de 09 de Diciembre de 1999”, RL, 17 de enero de 2000 y en, “El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 cp.). Tras la sentencia del TS de 9-12-1999”, RJPD, nº 37, marzo, 2000.

⁹⁸³ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., págs. 688-689.

Así también CARMONA SALGADO, ahondando en la necesidad de ir más allá de la mera prueba pericial alcoholímetra, dado que las características no sólo de los sujetos, sino de otra serie de factores, resultan fundamentales para la determinación del cumplimiento del tipo en comento, señala: “Por eso será preciso tener en cuenta no sólo el *grado de impregnación* alcohólica o de otra sustancia similar detectada en él, sino también todo un *cúmulo de circunstancias* concomitantes al supuesto en particular -somáticas, espaciales, temporales, metereológicas -, tales como la clase de carretera por la que circulaba, la velocidad y hora a la que conducía, las condiciones climáticas o de visibilidad, etc., las cuales, a buen seguro, variarán considerablemente en una u otra hipótesis”⁹⁸⁴.

También, en comentario a la historia y voluntad del legislador, LÓPEZ GARRIDO y GARCÍA ARÁN señalan sobre este particular: “...debe demostrarse que la ingestión alcohólica ha producido efectos sobre la capacidad de conducción que permitan afirmar la realización de una conducta peligrosa para la seguridad del tráfico”⁹⁸⁵.

Cierto es que la opción de establecer parámetros objetivos resulta para la mayoría de la doctrina como un paso más en la objetivación del delito en análisis, cuestión que no resulta debatida, lo que ha de discutirse es si dicha objetivación es o no posible con un Derecho penal acorde con la forma de Estado que España ha asumido.

⁹⁸⁴ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, “*Delitos contra la Seguridad del Tráfico*”, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 799 (cursiva en el original).

⁹⁸⁵ Vid. LÓPEZ GARRIDO Diego, GARCÍA ARÁN Mercedes, “*El Código penal de 1995 y la Voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*”, Madrid, Closas-Orcoyen, 1996, pág. 168.

Responde positivamente a este cuestionamiento MOLINA FERNÁNDEZ, señalando que: “Esta posición no supone la adopción de un criterio formalista contrario a la necesaria prueba material de la peligrosidad del hecho (como, por ejemplo, le reprocha SILVA SÁNCHEZ) sino una simple aplicación a la prueba del delito de los criterios científicos que determinan que a partir de dicho nivel de alcoholemia cualquier persona ve necesariamente perturbada en grado extremo su capacidad de conducción con independencia de las circunstancias concurrentes”⁹⁸⁶.

En un sentido parecido, señala ORTS BERENGUER que el criterio de establecer una magnitud numérica resulta adecuado, ya que: “en el fondo se trataría de una presunción de influencia que, a mi juicio,” -dice el autor- “siempre podría quedar desvirtuada por la prueba en contrario”⁹⁸⁷.

Se ha visto como a lo largo de la historia de este artículo su proceso ha tendido a la objetivación, donde la última reforma realizada viene a constituir el punto álgido de dicha evolución. Así desde la regulación establecida en ese ya lejano artículo 1º de la Ley “del Automóvil” de 1950, que establecía como conducta típica el conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que *colocaran al sujeto en un estado de incapacidad para realizarlo con seguridad*, para pasar a la normativa del 1962 en que sólo se exigía “influencia manifiesta” en la conducción, hasta llegar a 1967, en la

⁹⁸⁶ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, “Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”, en AA.VV., Compendio de Derecho penal, PE., ob.cit., pág. 717. En contra, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., págs. 30-31.

⁹⁸⁷ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, “La reforma del tratamiento penal de la Seguridad Vial”, ob.cit., esp., págs. 110-111 y en, del mismo, aunque con menor claridad, “Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., esp., págs. 822-823.

incorporación al Código penal, en que se elimina la voz “manifiesta”, quedando como hasta estos días sólo el término “influencia”.

Puede verse como en la historia de la legislación española, si bien es cierto, ha existido siempre una tendencia a la objetivación de este delito, no lo es menos que nunca se ha optado por la objetivación total. Así, señala GÓMEZ PAVÓN: “La ley española no ha conocido nunca la conducción alcohólica entendiendo por ella la que se realiza con una determinada cantidad de alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes en el organismo. Por el contrario, siempre se han exigido dos requisitos: uno, objetivo, ...consistente en la ingestión de estas sustancias; y otro, subjetivo el inmediato reflejo en la capacidad del conductor”⁹⁸⁸.

Todo lo anterior nos lleva a establecer como criterio de la gran mayoría la necesidad de la influencia en el conducir y que ésta se traduzca en el menoscabo de la capacidad del sujeto que conduce⁹⁸⁹. La “influencia”, como puede verse, es el verdadero núcleo de interés dogmático en este delito, pero

⁹⁸⁸ Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, “El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”, ob.cit., pág. 44.

⁹⁸⁹ En este sentido, entre otros, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Manual de Derecho Penal”, PE., ob.cit., págs. 249-250; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., esp., págs. 222-225; GARCÍA ARÁN Mercedes, “Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”, ob.cit., esp., pág. 70; GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”, ob.cit., págs. 55-56; GONZÁLEZ RUS Juan, “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”, ob.cit., esp., págs. 65-66; LÓPEZ GARRIDO Diego, GARCÍA ARÁN Mercedes, “El Código penal de 1995 y la Voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario”, ob.cit., pág. 168; SÁNCHEZ MORENO José, “Conducción bajo la Influencia de Bebidas Alcohólicas”, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, pág. 9; SILVA SÁNCHEZ Jesús, “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., págs. 29-37; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1040-1041; LORENZO SALGADO José, “Titulo XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., esp., pág. 1002; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, “Manual de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 419, OLMEDO CARDENETE Miguel, “Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”, ob.cit., TAMARIT SUMALLA Josep María, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1451-1452; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, “La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”, ob.cit., esp., pág. 109.

además, es el punto que más interesa también de cara a la aplicación de esta norma⁹⁹⁰.

3.2.5.- El tipo subjetivo

Existe acuerdo en la doctrina respecto de este punto. La comisión de este ilícito penal sólo admite una conducta dolosa⁹⁹¹, que debe abarcar tanto la ingesta como el conocimiento de que éstas pueden provocar⁹⁹² la afectación en la conducción de forma peligrosa⁹⁹³. Históricamente se ha discutido sobre la inimputabilidad del sujeto activo en virtud de la conocida como *actio liberae in causa*⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ En este punto me parece interesante hacer notar que el carácter casi, sino del todo, consensual que se ha mantenido respecto del elemento normativo que se ha señalado, tiene también su reflejo en la Fiscalía General del Estado, órgano que en su instrucción 3/2006 "Sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor", ha señalado a sus Fiscales que en este delito en particular, punto VI) de la referida instrucción, siempre, incluso en aquellos casos en que los resultados de la alcoholemia alcancen cotas superiores a 1,2 gr. de alcohol por 1.000 c.c. de sangre, "...el Ministerio fiscal debe proponer prueba acerca de la influencia necesaria de esa tasa de alcohol en las facultades psicofísicas para la conducción del vehículo a motor del imputado".

⁹⁹¹ Ciertamente es que teóricamente la realización de una conducta imprudente resulta imaginable, pero en virtud del artículo 12 del Código penal, actualmente deviene imposible que pueda darse el tipo penal culposo. En este sentido, MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 690; CÓRDOBA RODA Juan, "Comentarios al código penal", T. III, ob.cit., pág. 1707; ORTS BERENGUER Enrique, "Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 824; CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 800; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1462.

⁹⁹² GÓMEZ PAVÓN Pilar, "El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes", ob.cit., pág. 138.

⁹⁹³ Así, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "Derecho Penal de la Circulación", ob.cit., pág. 258; GARCÍA ALBERO Ramón, "La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)", ob.cit., esp., pág. 15; GÓMEZ PAVÓN Pilar, "El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes", ob.cit., pág. 138; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., págs. 111-112; MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 690; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, "Derecho Penal", ob.cit., esp., pág. 746; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1457. En contra, QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., ob.cit., pág. 929.

⁹⁹⁴ Sobre ello, por ejemplo, vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, "La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la "actio libera in causa")", RDC, nº 4, julio-agosto 1988, págs. 168-173; CRUZ BLANCA María, "Actio libera in causa y embriaguez. Aplicaciones en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol", en AA.VV., Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales), Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, págs. 15-36.

Polémica ésta, que se ha ido diluyendo con los años y que se ha resuelto en favor de la negación de la misma en estos supuestos típicos, básicamente porque, como arriba se indicó, el dolo abarca el conocimiento del efecto negativo de la ingesta de las referidas sustancias, sin que tenga importancia en este estadio que tenga o no por propósito infringir la normativa⁹⁹⁵.

3.2.6.- De la técnica de tipificación

De la misma manera en que existe acuerdo en doctrina y jurisprudencia en lo relativo al bien jurídico, se lo está también en calificar este delito como uno de “peligro abstracto”. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia pueden citarse diversas sentencias que van en esta dirección. Puede verse de esta forma, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2002 en la que, en lo ahora pertinente, indica: “Ahora bien, tal influencia no tiene por qué exteriorizarse en una flagrante *infracción de las normas de tráfico visible e inmediata (delito de peligro concreto)*, apreciada por el agente actuante, o en la producción de un resultado lesivo, sino basta el delito de peligro «*in abstracto*», practicándose la correspondiente prueba de detección alcohólica, y apreciándose por los agentes los signos externos de donde puede deducirse después (mediante prueba indirecta) ese grado de influencia en la conducción”⁹⁹⁶.

También puede citarse, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 15 de febrero de 2001, que respecto de lo que ahora

⁹⁹⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “*Derecho Penal*”, PE., ob.cit., pág. 690; TAMARIT SUMALLA Josep María, “*Delitos contra la seguridad del tráfico*”, ob.cit., pág. 1457.

⁹⁹⁶ STS núm. 636/2002 (Sala de lo Penal), de 15 de abril de 2002 (lo destacado es mío).

tratamos, señala: "...de conformidad con lo recogido en la resolución de instancia, que el delito sancionado en el art. 379 del Código penal es un delito de *riesgo abstracto* en que el bien jurídico protegido es la *seguridad del tráfico viario* en cuanto tal, *no precisa* para su consumación la *producción de ningún resultado dañoso o lesivo a terceros ni la existencia de infracción previa de las normas de circulación...*"⁹⁹⁷. En la línea que se viene señalando pueden encontrarse una gran cantidad de sentencias, que habilitan para llamar a esta tendencia como *mayoritaria*⁹⁹⁸.

De la misma manera que ocurre en la jurisprudencia puede verse reflejada en doctrina la posición que reconoce este delito como uno de peligro abstracto. Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ señala que: "Se trata de un delito de peligro abstracto, en que se presume por el legislador para el bien jurídico por el solo hecho de llevar a cabo una actividad que aumenta los riesgos del comportamiento en el tráfico"⁹⁹⁹.

En el mismo sentido MUÑOZ CONDE, aún reconociendo en esta figura penal una de estructura de peligro abstracto, expresa además la necesidad de una interpretación teleológica en combinación con otra de índole sistemática, respecto de la ubicación y naturaleza del bien jurídico, insistiendo en que no se ha de perder de vista que los delitos que se refieren a esta materia se encuentran "sistemáticamente en conexión con otros delitos de peligro concreto, debe exigirse por lo menos que se haya creado con el hecho un riesgo para la

⁹⁹⁷ SAP de Segovia núm. 4/2001 de 15 de febrero de 2001 (lo destacado es mío).

⁹⁹⁸ Así, por ejemplo, STS de 22 de marzo de 2002, 1 de junio de 2001 y 9 de diciembre de 1999. En ámbito de Audiencias Provinciales, vid. SAP de Sevilla de 13 de diciembre de 1996, SAP de Madrid de 7 de noviembre de 2000 y más recientemente, SAP de Guipúzcoa de 20 de junio de 2005.

⁹⁹⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Manual de Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 250.

circulación, aunque no se pongan en peligro concretamente bienes jurídicos individuales”¹⁰⁰⁰.

Señala en idéntica dirección MOLINA FERNÁNDEZ que: “Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, han caracterizado mayoritariamente esta conducta como de peligro abstracto. Ello quiere decir que es suficiente con que se dé una conducción por vía pública bajo la influencia de las sustancias referidas para que pueda afirmarse la tipicidad del comportamiento. No es necesario que el juez constate la presencia de un ulterior resultado -de lesión o peligro- fruto de la acción”¹⁰⁰¹.

Por último, TAMARIT SUMALLA y MONTANER FERNÁNDEZ, que si bien reconocen la estructura de delito de peligro abstracto de esta figura penal, tienen la particularidad de relacionarlo directamente con los bienes jurídicos individuales referenciales de la seguridad del tráfico, esto es, serían de peligro abstracto respecto de la vida y la salud, y no de la seguridad del tráfico.

Así señala el primero de los referidos autores que: “El presente tipo describe un delito de *peligro abstracto*, en la medida que la realización típica no depende de la verificación de un resultado de peligro concreto para la *vida o integridad de las personas*”¹⁰⁰². Y, en semejantes términos, MONTANER FERNÁNDEZ expresando que: “Este precepto contiene un delito de peligro

¹⁰⁰⁰ Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 690.

¹⁰⁰¹ Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, “Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”, ob.cit., pág. 719.

¹⁰⁰² Vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1459 (lo destacado es mío).

abstracto o genérico, es decir, que no exige una puesta en peligro concreta para *la vida o la integridad de las personas*¹⁰⁰³.

Salvo matices, como el señalado en los dos autores acabados de mencionar, puede encontrarse una doctrina conteste en la naturaleza de delito de peligro abstracto que tiene el ahora artículo 379 nº 2 inc. primero del Código penal. Así, además de los autores ya citados, puede verse a CARBONELL MATEU¹⁰⁰⁴, GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J¹⁰⁰⁵, DE VICENTE MARTÍNEZ¹⁰⁰⁶, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, JUDEL PRIETO y PINOL RODRÍGUEZ¹⁰⁰⁷, ORTS BERENGUER¹⁰⁰⁸, CARMONA SALGADO¹⁰⁰⁹, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN¹⁰¹⁰, MORILLAS CUEVA Y SUÁREZ LÓPEZ¹⁰¹¹, entre otros.

¹⁰⁰³ Vid. MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 271 (lo destacado es mío).

¹⁰⁰⁴ Vid. CARBONELL MATEU Juan, *"La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial"*, ob.cit., pág. 62.

¹⁰⁰⁵ Vid. GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor"*, ob.cit., págs. 67-69.

¹⁰⁰⁶ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., págs. 199-200.

¹⁰⁰⁷ Vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 416.

¹⁰⁰⁸ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 818.

¹⁰⁰⁹ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico"*, ob.cit., pág. 795.

¹⁰¹⁰ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1703.

¹⁰¹¹ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *"El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995"*, ob.cit., esp., págs. 564-566.

3.2.7.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

3.2.7.1.- Consideraciones preliminares

Como ya se planteó antes¹⁰¹², la cuestión del bien jurídico protegido por estos delitos es sumamente controvertida y ello, evidentemente, tiene repercusiones en torno a la técnica de tipificación. Lo que se ha reconocido como postura mayoritaria, tanto en doctrina como jurisprudencia es que se trataría de un bien jurídico colectivo impropio, o si se prefiere, con referente individual. Ahora bien, aquí se defiende que lo protegido son los bienes jurídicos individuales, para lo cual no hay necesidad de crear post ley un objeto jurídico colectivo.

En lo que sigue, se verán las distintas posturas respecto de la tipificación que, sin perjuicio de la concepción que se tenga del bien jurídico aquí protegido, se ha indicado, con una dosis de automatismo que aquí no se comparte, que se trata de un delito de peligro abstracto, devaluando la importancia fundamental que sobre este punto proyecta la influencia en la conducción como un elemento normativo del tipo. Desde esta perspectiva, se analizará enseguida las distintas posturas.

¹⁰¹² Sobre esto, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.

3.2.7.2.- Los delitos de peligro abstracto puro como técnica de tipificación en el artículo 379 nº 2 inc. primero

3.2.7.2.1.- Exposición de esta postura

Desde esta perspectiva ya se ha destacado que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria califican el delito establecido en el artículo 379, ahora nº 2 inc. primero del Código penal como un delito de peligro abstracto, sosteniendo al mismo tiempo que se trata de un bien jurídico colectivo con referente individual.

Ante esta tesis mayoritaria, cabría preguntar ¿el peligro referido respecto de qué bien jurídico? Si lo protegido es la seguridad vial de manera inmediata y los bienes jurídicos subyacentes de forma mediata, coherente resulta señalar que el peligro habría de recaer en aquello que se encuentra en primera línea de la posible afectación, esto es, el bien jurídico seguridad vial.

Ahora bien, se caracteriza a los delitos de peligro abstracto¹⁰¹³, siguiendo a MÉNDEZ RODRÍGUEZ, fundamentalmente por: la ausencia del peligro en la descripción típica y por la exclusión de la verificación judicial del peligro en favor de la determinación en abstracto que realiza el legislador¹⁰¹⁴. De esta

¹⁰¹³ Y no se les considera sólo desde una perspectiva de concepto negativo, en el sentido de la crítica de TORÍO, sin requerimiento de sustantividad. "La teoría convencional realiza una caracterización esencialmente negativa de los delitos de peligro abstracto, en los que incluyen todos los delitos que *no* son de lesión ni de peligro concreto, *no* precisando tampoco un ataque efectivo al bien jurídico, dado "que la producción del peligro es sólo motivo del legislador". Vid. TORÍO LÓPEZ Ángel, "Los Delitos de Peligro Hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto", ob.cit., pág. 827.

¹⁰¹⁴ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación", ob.cit., pág. 133.

forma, el peligro en estos delitos no cumple más papel que ser el motivo por el cual el legislador incrimina la respectiva conducta¹⁰¹⁵.

Partiendo de esta base, se debería considerar que en la figura típica que aquí se trata, el legislador observa que determinadas acciones producen generalmente peligro para determinados bienes jurídicos, siendo en razón de aquéllo que se origina su tipificación.

En este sentido, señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ: "...configurándose así una presunción *iuris et de iure*, es decir que no admite la prueba del peligro, la prueba de que en esa situación nunca hubo peligro para bienes jurídicos (por ejemplo, el art. 340 bis a) 1, en el que se presume que la acción de conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, causa siempre peligro para los bienes jurídicos"¹⁰¹⁶.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, pág. 134. En el mismo sentido, vid. MATA Y MARTÍN Ricardo, "Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro", *ob.cit.*, págs. 53-54. Además, sobre este punto, entre otros, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Control Social y Sistema Penal", *ob.cit.*, esp., págs. 324-325; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, "Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales", *ob.cit.*, esp., págs. 225-246; MENDOZA BUERGO Blanca, "Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto", *ob.cit.*, esp., págs. 18-21 y 67-74; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, "Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia", Madrid, Universidad Complutense, 1994, esp., págs. 14-16; GUIASOLA LERMA Cristina, "Principio de Legalidad y Estructura de los Delitos de Peligro Abstracto. A propósito de la STC 42/199", *RDDP*, nº 7, 2002, pág. 50; DEL CASTILLO CODES Enrique, "Estudio sobre los delitos de Peligro", *ob.cit.*, esp., págs. 12-13; GÓMEZ TOMILLO Manuel, "Contribución a la Teoría de los Delitos de Peligro Hipotético-Aptitud Abstracta. Los delitos de Tenencia como Paradigma de Peligro Abstracto Puro", en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 468-469; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Jacobo, "El Moderno Derecho penal para una Sociedad de Riesgos", *RPJ*, nº 48, 1997, págs. 301-303; PERIS RIERA Jaime, "Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década", *ob.cit.*, esp., págs. 700-701.

¹⁰¹⁶ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "Delitos de Peligro y Bienes Jurídicos Colectivos", *ob.cit.*, págs. 171-172. En el mismo sentido, entre otros, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, "Curso de Derecho Penal", *PG.*, *ob.cit.*, pág. 209; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", *ob.cit.*, pág. 1449; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, "Delitos contra la seguridad del tráfico", *ob.cit.*, pág. 271; CARBONELL MATEU Juan, "La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial", *ob.cit.*, pág. 62; GANZENMÜLLER C, ESCUDERO F, FRIGOLA J, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor", *ob.cit.*, págs. 67-69; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "Derecho Penal de la Circulación", *ob.cit.*, págs. 199-200; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, "Manual de Derecho Penal", *ob.cit.*, pág. 416; ORTS BERENQUER Enrique, "Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico", *ob.cit.*, pág. 818; CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", *ob.cit.*, pág. 795; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), "Delitos contra la seguridad del tráfico", *ob.cit.*, pág. 1703; MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, "El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995", *ob.cit.*, esp., págs. 564-566.

3.2.7.2.2.- En la jurisprudencia

Así las cosas, respecto de la jurisprudencia no hace falta una extensa enumeración de sentencias para corroborar un ya asentado reconocimiento de la seguridad vial, antes seguridad del tráfico, como un bien jurídico colectivo con referente individual, donde lo realmente protegido vendrían siendo bienes jurídicos estrictamente individuales¹⁰¹⁷. Ciertamente es que estas decisiones jurisdiccionales decían relación con el reconocimiento imprescindible del elemento normativo “bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas”, pero no lo es menos que en ellas se hace referencia expresa también a este extremo.

Me refiero a que se ha señalado en dichas sentencias, con acierto en mi opinión, que debe entenderse la exigencia de la influencia proyectada en la conducción como la **diferencia sustancial** con la formalidad de las disposiciones administrativas, de modo que la materialidad del delito en materia penal viene dada precisamente porque dicha influencia proyectada en la conducción pone en riesgo la seguridad del tráfico, ahora seguridad vial.

De este modo, relacionando los elementos arriba indicados, por ejemplo, se ha manifestado el Tribunal Constitucional, señalando que: “Por el contrario, el delito del art. 379 CP no constituye una infracción meramente formal, pues para imponer la pena no basta con comprobar a través de la pertinente prueba

¹⁰¹⁷ STC núm. 5/1989 (Sala Segunda), de 19 de enero de 1989. En el año 2004 tuvo ocasión de referirse al mismo hecho este alto tribunal, ratificando el criterio mantenido en cuanto a las exigencias señaladas, esto es en la STC núm. 68/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril de 2004, (SSTC 145/1985, de 28 de octubre [RTC 1985, 145] , F. 4; 148/1985, de 30 de octubre [RTC 1985, 148] , F. 4; 145/1987, de 23 de septiembre [RTC 1987, 145] , F. 2; 22/1988, de 18 de febrero [RTC 1988, 22] , F. 3 a); 222/1991, de 25 de noviembre [RTC 1991, 222] , F. 2; 24/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 24] , F. 4; 252/1994, de 19 de septiembre [RTC 1994, 252] , F. 5; 111/1999, de 14 de junio [RTC 1999, 111] , F. 3; 188/2002, de 14 de octubre [RTC 2002, 188] , F. 3; 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003, 2] , F. 5 b”).

de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna otra de las sustancias mencionadas en el mismo, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afectado a la capacidad psicofísica del conductor y, como consecuencia de ello, *a la seguridad en el tráfico, que es el bien protegido por dicho delito*¹⁰¹⁸.

En este sentido, resulta interesante la sentencia del Tribunal Supremo, que resolviendo sobre una cuestión de “non bis in idem” entre la normativa administrativa y penal, asevera con rotundidad el carácter instrumental del bien jurídico en comento, señalando que: “...el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo -la seguridad del tráfico como valor intermedio referencial; la vida e integridad física de todos, como bienes jurídicos referidos”¹⁰¹⁹.

En esta misma línea, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Asturias destaca, en consonancia con la sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo, el carácter meramente instrumental de la seguridad del tráfico en relación con lo verdaderamente protegido que serían bienes jurídicos individuales, así establece que: “Partiendo de la definición del bien jurídico protegido como es la seguridad del tráfico, no debe olvidarse que lo protegido en última instancia es la vida, la salud o el patrimonio de las personas, respecto a los cuáles la idea de seguridad en el tráfico tiene una función meramente instrumental...”¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ STC núm. 68/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril de 2004 (lo destacado es mío).

¹⁰¹⁹ STC núm. 2/2003 (Pleno), de 16 de enero de 2003.

¹⁰²⁰ SAP de Asturias núm. 246/2004 (Sección 8ª), de 7 de octubre de 2004. En el mismo sentido, SAP de Madrid núm. 198/2002 de 14 de marzo y SAP de Guipúzcoa núm. 79/2005 de 6 de abril de 2005.

3.2.7.2.3.- Valoración crítica

Pues bien, si lo protegido en “primera línea” es la seguridad vial, ha de entenderse que lo que se presume se ha puesto en peligro es aquélla, la seguridad vial. Si esto es así, podrían plantearse al menos dos cuestiones a dilucidar, a saber: si lo que se ha puesto en peligro es el bien jurídico colectivo, y con ello se cumple con la exigencia de la estructura de delito de peligro abstracto que se da a este delito, entonces ¿qué papel cumplen los bienes jurídicos individuales que le subyacen? Y segundo, ¿es posible poner sólo en peligro el bien jurídico seguridad del vial?, esto teniendo en cuenta y considerando la exigencia típica, como elemento del mismo, de la “*influencia en la conducción de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas*” o, el bien jurídico seguridad vial resulta lesionado precisamente con la realización de dicha conducta.

Respecto de lo primero, me parece que si se entiende que este delito es uno de peligro abstracto, no resulta coherente la invocación a los bienes jurídicos individuales, puesto que ellos no cumplirían función alguna, salvo, ser la justificación político criminal de la utilización de esta técnica de tipificación.¹⁰²¹ Y respecto de lo segundo, no parece muy fácil reconocer una situación en que un sujeto que haya ingerido alguna de las sustancias establecidas en el tipo y que, en circunstancias que dicha ingesta se manifieste negativamente en su conducción, sólo ponga en peligro al bien jurídico y no haya lesionado ya¹⁰²².

¹⁰²¹ En semejante sentido, vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, ob.cit., pág. 180.

¹⁰²² Vid. DOVAL PAIS Antonio, “*Estructura de las Conductas típicas con especial referencia a los Fraudes Alimentarios*”, ob.cit., esp., pág. 55, nota al pie nº 52.

Hemos visto antes la posición de la doctrina y jurisprudencia respecto de este elemento normativo y su interpretación siempre referida al bien jurídico protegido, en el entendido de que sin poner en peligro el bien jurídico no puede haber delito, a lo más, infracción administrativa.

Así, y sólo para recordar, ha señalado el Tribunal Constitucional sobre la materia que: "...toda vez que el elemento determinante del delito tipificado en el art. 340 bis a) del Código penal, no consiste sólo en el dato objetivo de un determinado grado de impregnación alcohólica, sino también en la influencia que dicha impregnación tenga en la conducción del vehículo". En definitiva, la conducta exigida para adecuarse al tipo penal requiere de la influencia de las sustancias en la conducción, y siendo así, no me parece posible hablar de mero peligro y no de lesión propiamente tal¹⁰²³.

Así entendidas las cosas, entonces, la estructura del delito del 379 n^o 2 inc. primero, debería ser una de lesión del bien jurídico colectivo¹⁰²⁴, esto es, si se comprende la seguridad vial en cuanto bien jurídico protegido, como el conjunto de condiciones que garanticen un tráfico seguro¹⁰²⁵, o se le identifica con la buena disciplina de la circulación y su normalidad¹⁰²⁶, puede entenderse

¹⁰²³ Ello, si se reconoce que "el peligro es necesariamente el estado previo de la lesión". Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *"Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación"*, ob.cit., pág. 40. En el mismo sentido, entre otros, vid. SOTO NAVARRO Susana, *"La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit., pág. 178.

¹⁰²⁴ No se me escapa que dicha afirmación es la base de toda otra polémica en torno a la posibilidad o no de lesión de los bienes jurídicos colectivos. Sobre ello, entre otros, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *"Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales"*, ob.cit., págs. 213-249; SOTO NAVARRO Susana, *"La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit., págs. 277-326; MATA Y MARTÍN Ricardo, *"Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro"*, ob.cit., págs. 35-41; MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *"Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación"*, ob.cit., págs. 39-45.

¹⁰²⁵ Vid. SOTO NAVARRO Susana, *"La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos"*, ob.cit., pág. 206. Concepto de bien jurídico que a la autora le parecía insuficiente en virtud de su extrema formalidad. En el mismo sentido, vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1447.

¹⁰²⁶ STS 23 de abril de 1974, citada por MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *"El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995"*, ob.cit., pág. 563.

como hace MATA y MARTÍN que su afectación sea simplemente "...aquella situación en la que debido a la influencia de otro interviniente en el tráfico no puede participarse en el mismo sin peligro para la vida, integridad o propiedad"¹⁰²⁷.

En verdad, desde esta perspectiva, resulta difícil divisar cómo podría una conducta con dichas características mantenerse un estadio antes de la lesión¹⁰²⁸. De ahí que no parece, en mi opinión, sobre la base de reconocer la complementación de los bienes jurídicos, el colectivo y los individuales subyacentes, adecuado reconocer en el artículo 379 un delito de peligro abstracto puro¹⁰²⁹ sin caer en una contradicción imposible de subsanar.

3.2.7.4.- Los delitos de peligro hipotético como técnica de tipificación en el artículo 379 nº 2 inc. primero (variante bien jurídico intermedio)

3.2.7.4.1.- Exposición de esta postura

De acuerdo a lo que se ha venido señalando, corresponde revisar otra posibilidad, aunque siempre dentro las fronteras de los delitos de peligro

¹⁰²⁷ Vid. MATA Y MARTÍN Ricardo, *"Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro"*, ob.cit., pág. 37.

¹⁰²⁸ En este sentido, vid. DOVAL PAIS Antonio, *"Estructura de las Conductas típicas con especial referencia a los Fraudes Alimentarios"*, ob.cit., pág. 47, donde señala que, "...partiendo de un concepto normativo (no natural) de lesión... es difícil concebir no ya el daño, como se afirma, sino la simple puesta en peligro de bienes de estas características. Por eso, entiendo que los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos contemplan conductas de lesión y no de puesta en peligro por lo que se refiere al bien jurídico colectivo".

¹⁰²⁹ Entendiendo por tales, aquéllos que se satisfacen con la coincidencia formal entre la conducta realizada por el sujeto y la descripción típica. Así, por todos, vid. MENDOZA BUERGO Blanca, *"Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto"*, ob.cit., esp., pág. 478; GUIASOLA LERMA Cristina, *"Principio de Legalidad y Estructura de los Delitos de Peligro Abstracto. A propósito de la STC 42/199"*, ob.cit., pág. 50; MUÑOZ LORENTE José, *"Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, RPJ, nº 67, 2002, págs. 169-170.

abstracto, de la tipificación del 379, esto es, los llamados delitos de peligro hipotético, de lesión-peligro, o de aptitud. Aquí les denominaremos por el nombre con que más conocido se hizo en España a través del trabajo de TORÍO¹⁰³⁰. De ello se puede decir que este autor entiende los delitos de peligro hipotético¹⁰³¹ dentro de la categoría de los delitos de peligro abstracto y en ellos lo que les particulariza es, como señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ que: "...la posibilidad del peligro se deduce de la realización de una acción que, en relación al bien jurídico, es idónea para producirlo"¹⁰³².

Esto es, a diferencia de la teoría tradicional que considera que en los delitos de peligro abstracto el peligro queda en el plano de mera motivación del legislador¹⁰³³, en los delitos de peligro hipotético sería necesaria y suficiente la ejecución de una acción peligrosa, que será aquella apta o apropiada para producir un peligro al bien jurídico protegido, superando con ello la mera formalidad de los delitos de peligro abstracto puro en que se requería de la mera identidad entre conducta y descripción típica.

De esta manera, entonces, señala TORÍO: "Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además

¹⁰³⁰ Vid. TORÍO LÓPEZ Ángel, "*Los Delitos de Peligro Hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*", ob.cit., págs. 825-847.

¹⁰³¹ Sobre la nomenclatura de TORÍO, respecto de llamar hipotético al peligro que exige el tipo, contrario se muestra SILVA SÁNCHEZ, señalando que: "...vendría a corresponderse con lo que TORÍO denomina delitos de peligro posible o hipotético, los cuales a mi entender, son delitos de peligro (*ex ante*) real, y no meramente posible o hipotético". Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, "*Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*", ob.cit., pág. 34.

¹⁰³² Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "*Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*", ob.cit., pág. 183.

¹⁰³³ Vid. TORÍO LÓPEZ Ángel, "*Los Delitos de Peligro Hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*", ob.cit., pág. 825.

verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste”¹⁰³⁴.

De ahí que a éstos, se les señale también como delitos de peligro posible¹⁰³⁵. En este sentido, sintetiza TORÍO su posición, indicando respecto de la categoría que propone que: “...ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo”¹⁰³⁶.

Aplicando esta estructura de los delitos de peligro hipotético, según algunos, puede comprenderse mejor la forma en que jurisprudencia y doctrina han interpretado el delito que es objeto de este análisis. Así, por ejemplo, señala

¹⁰³⁴ *Ibid.*, pág. 846.

¹⁰³⁵ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, “Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”, *ob.cit.*, págs. 183-186; MENDOZA BUERGO Blanca, “Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”, *ob.cit.*, esp., pág. 327; GUIASOLA LERMA Cristina, “Principio de Legalidad y Estructura de los Delitos de Peligro Abstracto. A propósito de la STC 42/199”, *ob.cit.*, págs. 53-54.

¹⁰³⁶ En relación con la propuesta de TORÍO, si bien puede hablarse de buena acogida general y de valoración positiva de los delitos de peligro abstracto, no es menos cierto que existen ciertas consideraciones en torno a exigir mayor precisión en algunos puntos. Así, MÉNDEZ RODRÍGUEZ indica: “Lo que en mi opinión no queda claro en la construcción de TORÍO, es el término de referencia de la acción peligrosa. Es decir, debemos analizar *ex ante* si la acción es peligrosa para producir un estado de peligro o es peligrosa por la probabilidad que conlleva de producir un daño o lesión. Es importante fijar el término de referencia de la acción porque el juicio sobre la idoneidad de la misma es necesariamente diferente si se exige su aptitud para lesionar o para poner en peligro”. Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, “Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”, *ob.cit.*, pág. 184. Sobre dicha crítica responde MENDOZA BUERGO, señalando no compartir la poca claridad del término referencia que señala MÉNDEZ RODRÍGUEZ, ya que ésta no dice por qué es necesariamente diferente que el juicio de idoneidad recaiga sobre la aptitud lesiva o de poner en peligro, aunque ciertamente MENDOZA BUERGO tampoco dice nada sobre el punto. Vid. MENDOZA BUERGO Blanca, “Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”, *ob.cit.*, pág. 331. Sobre ello, se pronuncia GÓMEZ TOMILLO señalando que si se ha verificado que la conducta es idónea para generar riesgo ha sido necesario establecer si la acción ha sido idónea para generar la lesión, “...pues carece de sentido que sea apta para generar el riesgo y no lo sea para determinar la lesión. Luego, afirmada la idoneidad para que aparezca la situación de riesgo no puede prescindirse sin más de las posibilidades de que efectivamente se produzca el resultado lesivo. En definitiva, debe examinarse si existen o no posibilidades de que tal resultado acaezca”. Vid. GÓMEZ TOMILLO Manuel, “Contribución a la Teoría de los Delitos de Peligro Hipotético-Aptitud Abstracta. Los delitos de Tenencia como Paradigma de Peligro Abstracto Puro”, *ob.cit.*, pág. 466.

MUÑOZ LORENTE que a pesar de la calificación de delito de peligro abstracto (entendemos que el autor se quiere referir a los de peligro abstracto puro ya que los de peligro hipotético se encuentran también dentro de esta categoría), en la práctica se interpreta como un delito de peligro hipotético, dado que, dice el referido autor: “Si el tipo se interpretase como un verdadero delito de peligro abstracto, para su aplicación bastaría con constatar que la cantidad del alcohol en el organismo superó los límites administrativamente permitidos”¹⁰³⁷.

Esto es, considerando el elemento normativo de “influencia en la conducción”, se ha señalado que éste viene a cumplir la función que dentro de los delitos de la categoría propuesta por TORÍO se plantea, esto es, la necesidad de establecer la ejecución de una acción peligrosa, es decir, aquella apta o apropiada para producir un peligro al bien jurídico protegido.

En este sentido, también se manifiesta GÓMEZ TOMILLO, quien refiriéndose a los delitos de peligro hipotético, que él prefiere denominar de aptitud abstracta, señala que éstos constituyen el grupo más importante dentro de los delitos de peligro, e incorpora dentro de dicho catálogo al establecido en el artículo 379¹⁰³⁸.

De manera que siempre que se exija, para superar el ámbito de lo ilícito administrativo, que la ingestión de alcohol haya afectado de manera significativa las facultades de conducción del vehículo por parte del sujeto activo, lo que se está planteando es que para alcanzar el rango de delito se

¹⁰³⁷ Vid. MUÑOZ LORENTE José, “Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, ob.cit., pág. 171.

¹⁰³⁸ Vid. GÓMEZ TOMILLO Manuel, “Contribución a la Teoría de los Delitos de Peligro Hipotético-Aptitud Abstracta. Los delitos de Tenencia como Paradigma de Peligro Abstracto Puro”, ob.cit., pág. 467.

requiere algo más que desbordar los índices de alcohol establecidos desde la parcela administrativa, esto es, "...la capacidad potencial de la conducta para generar el resultado lesivo conforme al criterio del espectador objetivo"¹⁰³⁹.

Ahora bien, parece coherente asociar el requisito de la prueba de la influencia en la conducción de la ingesta de las sustancias típicas, con la propuesta de TORÍO de establecer dentro del tipo la idoneidad de la conducta para generar la lesión del bien jurídico, aunque en mi opinión, deben realizarse algunas precisiones de importancia.

Esto es, y aceptando lo anterior así como se ha dicho, no puede desconocerse que este planteamiento no podría superar las críticas que aquí se señalaron sobre la consideración de este delito como uno de peligro abstracto puro, si antes, no se establece a qué bien jurídico, inmediato o mediato, ha de relacionarse la idoneidad lesiva de dicha conducta.

Realmente podría pensarse, prima facie, que una postura como ésta resulta mucho más adecuada sobre la base de considerar la autonomía sin referente a bien jurídico individual del bien jurídico colectivo seguridad vial¹⁰⁴⁰,

¹⁰³⁹ *Ibid.*, pág. 470.

¹⁰⁴⁰ Cuestión que implica la asunción de toda la batería de críticas que ello implica respecto de la extrema funcionalización del Derecho penal. Así se resume por PORTILLA CONTRERAS, "En esencia, este movimiento de repulsa suele basarse particularmente en dos razones: la primera radica en la afirmación de que tales bienes favorecen la introducción de la técnica de creación de los delitos de peligro, y la segunda, que denuncia la infracción del principio de intervención mínima y con ello la función promocional que adquiere la protección penal de los mismos". Vid. PORTILLA CONTRERAS Guillermo, "*Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos*", *ob.cit.*, pág. 737. En el sentido de este sector crítico, puede leerse a HERZOG sobre la imposible aplicación de los delitos de peligro abstracto: "Los delitos de riesgo no describen un caso, sino una situación con un final desconocido. Por lo tanto, tampoco ofrecen una consecuencia clara. En el tipo subjetivo hay muchas opciones, sobre la responsabilidad jurídico penal se puede discutir en el ámbito del arrepentimiento activo e instituciones jurídicas semejantes. Con ello a la justicia se le pide demasiado porque no puede ya adoptar decisiones claras. Los delitos de peligro por ello son leyes injustificables". Vid. HERZOG Félix, "*Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo*", *ob.cit.*, pág. 56. Además, entre otros, vid. HASSEMER Winfried, "*Persona, Mundo y Responsabilidad*", *ob.cit.*, esp., págs. 39-74; MOCCIA Sergio, "*De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales*", *ob.cit.*, págs. 113-142. A dichas dificultades se debe agregar que en este caso en particular, además, el bien jurídico estaría referido a la idea de

pues, de no ser así, los bienes jurídicos subyacentes no cumplirían aquí tampoco papel alguno, salvo el político criminal ya señalado, ya que la idoneidad lesiva de la conducta debería ponerse en relación con el bien jurídico colectivo.

Empero, aún cabe otra posibilidad, que es precisamente la que se adecua mejor a lo que doctrina y jurisprudencia mayoritaria viene señalando. Me refiero a la opción de considerar que, siendo el bien jurídico seguridad vial uno de carácter intermedio, la prueba de su lesión, mediante la exigencia probatoria del elemento normativo del tipo “influencia” en la conducción, serviría como demostración de la idoneidad de la conducta para lesionar los bienes jurídicos individuales subyacentes¹⁰⁴¹.

En este sentido, señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: “El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas no es un delito formal, es un delito de peligro «real, aunque genérico o abstracto». Exige la peligrosidad *ex ante* de la conducta para los bienes jurídicos protegidos (vida e integridad de los participantes en el tráfico), exigencia que se deduce de la interpretación teleológica del precepto a partir de la expresión «bajo influencia»”¹⁰⁴².

seguridad, que no sería más que el reverso de la idea de peligro: “La seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal”. Vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, ob.cit., pág. 210. Sobre el concepto seguridad y su rechazo a elevarlo a la categoría de bien jurídico, vid. BARATTA Alessandro, “*Seguridad*”, ob.cit., págs. 4-23; MOCCIA Sergio, “*Seguridad y Sistema Penal*”, ob.cit., esp., págs. 299-301.

¹⁰⁴¹ “El número 1 de dicho artículo castiga una conducta en sí peligrosa (peligro implícito) no para el bien jurídico “institucionalizado” de la seguridad del tráfico, que queda lesionado o quebrantado, sino para unos bienes “genuinos” (vida, integridad y patrimonio) protegidos a través del avance de las barreras penales por medio de la construcción del tipo de peligro. No se requiere, sin embargo, la entrada concreta de éstos en el ámbito de la conducta peligrosa”. Vid. ESCRIVA GREGORI José, “*La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal*”, ob.cit., pág. 137.

¹⁰⁴² Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, “*Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia*”, ob.cit., pág. 325.

En otras palabras, si se considera como SILVA SÁNCHEZ, que: "...ni la ingestión de las sustancias ni el hecho real de la influencia de las mismas sobre la conducción son suficientes para la realización del tipo, sino que es *preciso que tal influencia se plasme en una afectación negativa sobre la seguridad del tráfico*"¹⁰⁴³, lo que se está exigiendo es la lesión del bien jurídico colectivo.

Esto es, que se afecte la seguridad vial, y afectada ésta no se deriva un peligro abstracto puro como técnica de tipificación de los individuales, pues, probado el referido elemento normativo, se corrobora la existencia de un peligro, en términos de TORÍO, hipotético, o si se prefiere, se trata de un peligro real *ex ante* para los bienes jurídicos individuales protegidos de manera mediata por el tipo penal, como señala SILVA SÁNCHEZ¹⁰⁴⁴.

De esta forma se da la coherencia necesaria a la forma en que tanto doctrina y jurisprudencia mayoritaria han venido entendiendo este delito, pues, se cumple con el ámbito de punibilidad de los bienes jurídicos colectivos con referencia individual, dado que, se lesiona el bien jurídico colectivo y se pondría en peligro los bienes jurídicos individuales¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴³ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús María, "*Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)*", ob.cit., pág. 32.

¹⁰⁴⁴ Sin perjuicio de que este autor arribe a una conclusión diversa a la que se llega aquí. Esto es, según indica SILVA SÁNCHEZ, que: "Ese adelantamiento de la barrera de intervención penal se expresa en la creación de un bien jurídico común, espiritualizado, la seguridad del tráfico, que resulta lesionado al ponerse en peligro, de modo abstracto o genérico (esto es, sin necesidad de afectación concreta), bienes jurídicos personales o patrimoniales de los individuos concretos". *Ibid.*, pág. 26.

¹⁰⁴⁵ Entre otros, vid. DOVAL PAIS Antonio, "*Estructura de las Conductas típicas con especial referencia a los Fraudes Alimentarios*", ob.cit., esp., págs. 42-66; MATA Y MARTÍN Ricardo, "*Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro*", ob.cit., esp., págs. 61-70.

De ser entendido de tal forma, esta técnica de tipificación, en principio, superaría el problema de la excesiva formalización del bien jurídico, al estar conectado con los bienes jurídicos subyacentes, y que además, incorpora la peligrosidad de la conducta al tipo, evitando la formalización de los delitos de peligro abstracto puro.

3.2.7.4.2.- Valoración crítica

Ahora bien, aunque es cierto que con ello, me parece, se logra mayor consecuencia a la forma y naturaleza que tanto doctrina¹⁰⁴⁶ como jurisprudencia¹⁰⁴⁷ vienen dando al bien jurídico como a la protección que de él se hace por este tipo penal, no es menos cierto que ésta se obtiene no de manera material, sin superar, por tanto, en el fondo las críticas respecto de la extrema formalidad del bien jurídico seguridad vial.

Así las cosas, debe indicarse que la referencia individual de la que esta postura hace bandera, en verdad implica una contradicción¹⁰⁴⁸, o si se quiere, dicho de distinta forma, transforma a la referencia del bien jurídico colectivo en

¹⁰⁴⁶ En este sentido, MUÑOZ CONDE que sobre el punto señala: "La solución correcta se deriva de una interpretación teleológica y de otra de índole sistemática, ya que al ser la seguridad del tráfico el bien jurídico protegido y encontrarse este delito situado sistemáticamente en conexión con otros delitos de peligro concreto, *debe exigirse por lo menos que se haya creado con el hecho un riesgo para la circulación, aunque no se pongan en peligro concretamente bienes jurídicos individuales*". Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 690 (lo destacado es mío).

¹⁰⁴⁷ Así, por ejemplo, en la jurisprudencia, vid. STS núm. 1/2002 (Sala de lo Penal), de 22 de marzo de 2002, que expresamente señala: "La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del art. 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto".

¹⁰⁴⁸ Lo que se plantea desde esta posición, parte de la base de que la referencia a bienes jurídicos individuales por parte de los bienes jurídicos colectivos, en verdad, restan real trascendencia a estos últimos. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, "Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales", ob.cit., esp., págs. 252-271.

completamente insustancial, superflua, pues ese tal referente antes que eso, es en realidad el único objeto de protección¹⁰⁴⁹.

De entenderse, entonces, que si lo lesionado es un bien jurídico colectivo, la seguridad del tráfico, lo que tenemos es un delito de lesión, y en dicho caso, los bienes jurídicos individuales son invocados en el intento de dotar de legitimidad al colectivo, de la cual carece por ser demasiado “difuso” para ser “cierto” o, de mejorar la visibilidad de sus deslindes, al estar insalvablemente funcionalizado por su propia naturaleza¹⁰⁵⁰. Ciertamente ello, para ser calificado como solución, implicaría que el objeto de tutela pueda ser al menos identificado¹⁰⁵¹.

Esto es, la incorporación de los bienes jurídicos individuales, puede verse como el intento de encubrir la tendencia político criminal que administrativiza al Derecho penal en pro de reforzar, con su carácter social “estigmatizante” y “simbólico comunicativo”¹⁰⁵², a ese derecho administrativo, siempre más expedito, pero con menos “peso social” por la carencia de las características señaladas, y que son tomadas, mediante dicha subrepticia manera, del Derecho penal¹⁰⁵³.

¹⁰⁴⁹ En este sentido, señala CORCOY BIDASOLO: “La diferenciación propuesta por un sector doctrinal entre delitos con referente a bienes jurídicos individuales y sin referente, no puede ser adoptada..., por cuanto, esta distinción supone no reconocer autonomía propia a los delitos de peligro abstracto que se clasifican como «orientados a la protección de bienes jurídicos individuales o suficientemente individualizados», ya que, en estos delitos -según su concepción- el bien jurídico individual no tiene una función de referente, sino que, en la práctica, es el único bien jurídico-penal protegido”. *Ibid.*, pág. 207.

¹⁰⁵⁰ Por ejemplo, vid. SOTO NAVARRO Susana, “*La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*”, *ob.cit.*, pág. 211.

¹⁰⁵¹ En este sentido, por ejemplo, vid. LAURENZO COPELLO Patricia, “*El resultado en el derecho penal*”, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, esp., págs. 180-181.

¹⁰⁵² Vid. primera parte, capítulo II, pto. 1.2.2.2.

¹⁰⁵³ En este sentido, FUENTES destaca que si bien puede no existir una anticipación de la tutela penal, ello no responde a la cuestión político criminal, de si es legítimo o no, establecer dicho bien jurídico colectivo. Vid. FUENTES OSORIO Juan, “*Formas de Anticipación de la Tutela Penal*”, *ob.cit.*, esp., pág. 19.

De esta forma se pretende, entiendo con nobles intenciones, coger lo mejor de “dos mundos”: la legitimidad ya asentada de los bienes jurídicos individuales, que serían los verdaderamente protegidos, y la eficacia que actualmente se les reconoce a los bienes jurídicos colectivos¹⁰⁵⁴. Esta argamasa, logra además, terminar formalmente con el debate de la “anticipación” de la tutela penal, pues, lo que se requiere es la “afectación” del bien jurídico colectivo, esto es, se trata de delitos de lesión¹⁰⁵⁵.

Lo anterior, naturalmente, no puede convencer, pues, no se acaba con la problemática, sino sólo se la desplaza. No hay solución, sino sólo un complejo “juego de palabras” que tiende a optimizar una ambigüedad calculada, pues: no hay posibilidad, sensata claro está, de establecer la lesión del bien jurídico si no se sabe (a veces con suerte se intuye) el objeto jurídico de dicha lesión¹⁰⁵⁶, lo que obliga necesariamente a tipificar con delitos de peligro abstracto la protección de los bienes jurídicos individuales y de esta manera evadir el problema de la lesión “material” de un bien jurídico que se agota en lo

¹⁰⁵⁴ Afirmación que requiere de diversos matices, pues, muchas veces sólo trata de encubrirse una anticipación ilegítima de la tutela penal. “A estos fines, éste que ya se denomina «Derecho penal de la sociedad de riesgo» utiliza preferentemente la técnica de los delitos de peligro abstracto o la creación de bienes jurídicos universales, en ocasiones formulados vagamente y con el único sentido de solapar la intervención injustificadamente anticipada respecto del bien jurídico individual que les sirve como punto de referencia”. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ María, *“La Criminalización en el ámbito previo como tendencia Política Criminal Contemporánea”*, ob.cit., pág. 688.

¹⁰⁵⁵ Como pone de relieve DOVAL: “...el injusto de los delitos que protegen bienes de esta clase consistirá en la vulneración de esos determinados presupuestos que sirven a la seguridad del bien jurídico individual. Y serán, por lo tanto, delitos de lesión desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, y de peligro sólo desde el plano del bien jurídico individual que le sirve de base, pues dicho atentado contra las condiciones de garantía de un bien individual solamente daría lugar a la puesta en peligro de éste... en los tipos penales en los que se exige de forma expresa el peligro éste habrá de existir para los bienes jurídicos individuales... lo que únicamente podrá suceder cuando el conjunto de condiciones que aseguraba su seguridad fuera no ya puesto en peligro, sino efectivamente lesionado”. Vid. DOVAL PAIS Antonio, *“Estructura de las Conductas típicas con especial referencia a los Fraudes Alimentarios”*, en AA.VV., *Intereses Difusos y Derecho Penal*, Javier Boix Reig (Dir.), CDJ, 1994, pág. 46.

¹⁰⁵⁶ Así, en este sentido, LAURENZO explica: “Si, por el contrario, como no es infrecuente, la caracterización de un tipo como de peligro abstracto responde, en verdad, a que no es posible identificar con precisión el objeto de protección de la norma, entonces no sólo estaremos ante un delito sin resultado sino, también, ante una conducta punible sin referencia alguna a un desvalor de resultado. Serían, pues, delitos de mera desobediencia que rebasarían los límites dentro de los cuales el Derecho penal está legitimado para actuar”. Vid. LAURENZO COPELLO Patricia, *“El resultado en el derecho penal”*, ob.cit., pág. 181.

“formal”¹⁰⁵⁷, y, debido a esto último, se pierde el anhelado efecto legitimante de los mismos¹⁰⁵⁸.

De tal forma que, en verdad lo que se ha hecho es inventarse¹⁰⁵⁹ un bien jurídico colectivo que mediante la asunción del rol de afectado, dé cumplimiento a los principios del Derecho penal que hasta ahora se conoce. Particularmente en lo que respecta al principio de lesividad, que de esta manera formal daría satisfacción, paradójicamente, a la exigencia de antijuridicidad material (¿satisfaciendo la exigencia de afectación material con una afectación formalmente material?).

3.2.7.5.- Los delitos de peligro hipotético como técnica de tipificación en el artículo 379 nº 2 inc. primero (variante bienes jurídicos individuales)

Otra posibilidad es considerar, como aquí se hace, que la conducta apta para lesionar se refiere ya no al bien jurídico colectivo, sino a los individuales, caso en el cual, el bien jurídico colectivo ya no tendría razón de ser, y lo protegido directamente serían aquéllos y no éste. Teniendo en cuenta lo que se

¹⁰⁵⁷ En este sentido, vid. SOTO NAVARRO Susana, *“La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”*, ob.cit., esp., págs. 177-178.

¹⁰⁵⁸ Como pone de manifiesto MÉNDEZ, ello se vería aún más agudizado en el caso que sólo se hable de peligro, por una supuesta mayor efectividad, a todas luces ilusoria si no se ha concretado siquiera el mismo bien jurídico: “De modo que es erróneo, a mi juicio, estimar que lo más eficaz es la creación de delitos de peligro abstracto porque la lesión no es determinable. Si ésta no es concretable, mucho menos lo será el peligro. Llevando a sus extremos el principio de eficacia, se crean tipos de peligro abstracto en casos en que no está claro en qué consiste la lesión”. Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *“Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”*, ob.cit., págs. 160-161.

¹⁰⁵⁹ Sobre ello, vid. TERRADILLOS BASOCO Juan María, *“Peligro Abstracto y Garantías Penales”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, esp., pág. 805. En este sentido crítico, indica HEFENDEHL: “Y naturalmente, por supuesto, que hay construcciones jurídicas, como la paz pública o la seguridad, que, en un análisis detallado, se hundan, o sea, que no son otra cosa que bienes jurídicos aparentes”. Vid. HEFENDEHL Roland, *“El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa”*, ob.cit., pág. 393. En el mismo sentido, vid. AMELUNG Knut, *“El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”*, por ejemplo, ob.cit., pág. 254; SCHÜNEMANN Bernd, *“El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”*, ob.cit., esp., págs. 220-222 y 224.

ha venido analizando, aquí no se ve necesidad de la creación de un bien jurídico colectivo intermedio para interpretar que en este delito se requiere de un peligro real *ex ante*, y no uno meramente presunto. Es decir, la tesis de TORÍO de los delitos de peligro hipotético que ya ha sido expuesta.

De esta forma, la influencia en la conducción sigue resultando fundamental en esta interpretación, pues este elemento normativo del tipo viene, como es su función¹⁰⁶⁰, a restringir la conducta incriminada, de modo que la ingesta de bebidas alcohólicas o estupefacientes sólo resultará penalmente relevante si tiene por resultado una influencia negativa en la conducción, si ello no es así, la conducta no queda impune, sino simplemente es desplazada al ámbito administrativo sancionador.

Esta última es una postura que ha encontrado eco también en doctrina. Así, por ejemplo, puede citarse a ORTS BERENGUER quien indica que: “por ello y porque solamente tendría sentido la traída a colación de la seguridad del tráfico, en su dimensión material, no parece aventurado afirmar que en los artículos 379 y siguientes se protege de *modo immediato la vida y la integridad de las personas*, es decir los bienes que son puestos en peligro cuando se efectúa alguna de las conductas tipificadas. En un segundo plano, hay otros intereses amparados, pero en un segundo plano...”¹⁰⁶¹. En este sentido, ya antes ORTEGO COSTALES¹⁰⁶². Puede verse en la misma línea a MORENO

¹⁰⁶⁰ En este sentido, lo aclaraba el profesor BUSTOS: “Este no es un problema, el de establecer la tipicidad o atipicidad de una conducta, que se pueda resolver comprobando una relación causal entre dicha conducta y un resultado, sino que es un problema de valoración. Se trata, mediante un proceso valorativo, de comprobar si el ámbito situacional concreto en el que ha tenido lugar la acción es *atribuible* al que se encuentra especificado en el tipo legal”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Manual de Derecho Penal”, PG., Barcelona, Editorial PPU, 1994, esp., págs. 290-291.

¹⁰⁶¹ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, “Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 818.

¹⁰⁶² Vid. ORTEGO COSTALES José, “Bien Jurídico: lesión y peligro”, ob.cit., pág. 432.

ALCÁZAR, quien señala expresamente que lo protegido son directamente los bienes jurídicos individuales¹⁰⁶³.

En esta línea, dicho elemento normativo que ha puesto de relieve la jurisprudencia ya citada, es establecido como exigencia, porque de dicha forma ha de probarse en sede judicial, la idoneidad de la conducta, en donde, dada la naturaleza de estos delitos, la seguridad vial aparece como función delimitadora de la modalidad de riesgo de bienes jurídicos individuales.

En definitiva, una conducción realizada luego de la ingesta de bebidas alcohólicas o estupefacientes, no es suficiente para colmar las exigencias típicas de este delito, pues debe probarse la influencia negativa de éstas en la conducción, como, por otra parte el propio Tribunal Supremo se ha encargado de establecer como condición sin la cual no es posible la persecución penal. Así, por ejemplo, ha indicado: “La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del art. 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. SS. de 19 mayo 1982 [RJ 1982, 2689] 7 julio 1989 [RJ 1989, 6125] y 5 marzo 1992 [RJ 1992, 1788], entre otras)”.

¹⁰⁶³ Vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, “*Los Delitos de Conducción Temeraria*”, ob.cit., esp., págs. 51-59.

3.3.- Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas (art. 379 nº 2 inc. segundo)

3.3.1.- Consideraciones previas

No se va a reiterar aquí los elementos comunes de este inciso con el primero ya analizado, de manera que se centrará el análisis en el estudio de aquello que le distingue que no es nada más, pero tampoco nada menos, que la presunción *iuris et de iure* de la comisión del mismo a partir de unos parámetros objetivos de alcohol en sangre¹⁰⁶⁴.

Ello, desde luego, implica una formalización del delito respecto del inciso que le antecede¹⁰⁶⁵, que desbarata la construcción argumentativa en relación con la influencia negativa en la conducción como elemento normativo del tipo pues, ahora precisamente tienen tal carácter las referidas tasas de alcohol establecidas por la ley. Línea interpretativa que, por lo demás, ya se ha visto reflejada en la jurisprudencia.

De esta forma, por ejemplo, ya se han decantado dos importantes audiencias provinciales de este país. Así, la AP de Barcelona, ha declarado

¹⁰⁶⁴ Lo que, bien es cierto, resulta una novedad en el plano legal, pero no lo es tanto en el jurisprudencial. Sobre todo en el tiempo anterior al pronunciamiento de 2004 del Tribunal Constitucional. Así, pueden verse las ya citadas sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, que a partir de 0,25 de alcohol en sangre, exigía al acusado probar la no influencia negativa de las sustancias típicas en la conducción. Vid. SSAP de Asturias núm. 17/2001 de 25 de enero, 180/1996 de 2 de mayo, 333/97 de 19 de junio, 499/98 de 17 de septiembre, 719/99 de 30 de diciembre, y 71 y 72/00 de 10 de febrero. En este sentido se pronunció también la AP de Barcelona en sentencias núm. 470/1999 de 12 de mayo y 416/1999 de 29 de abril.

¹⁰⁶⁵ Así, reconociendo dicha objetivación, lo ha declarado expresamente la SAP de Madrid, núm. 2/2008 de 17 de diciembre, indicando: "...concurren en la conducta del recurrente los elementos que integran el tipo penal del art. 379 del Código Penal, máxime si el párrafo segundo de tal precepto ha objetivado, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, vigente desde el día 2 de diciembre siguiente, el tipo penal al recoger la comisión del delito cuando la prueba de alcoholemia arroja tasas de alcohol superior a 0'60 mg por litro de aire espirado". De igual manera, en sentencia de la misma Audiencia Provincial, núm. 832/2008 de 16 de diciembre.

respecto de este inciso segundo, que: "...sin que en este segundo caso sea necesaria la concurrencia de ningún otro requisito adicional, por lo que dicho precepto es aplicable cuando, como en el presente caso, consta acreditado que el sujeto activo conduce con una tasa de alcoholemia superior a la prevista en dicho tipo penal, *sin necesidad de que exista prueba alguna demostrativa de que dicha tasa de alcoholemia haya podido influir en la conducción del vehículo por parte del acusado*, ni de la puesta peligro de la integridad física de las personas o de la seguridad del tráfico rodado"¹⁰⁶⁶.

En idéntica interpretación, la AP de Madrid ha resuelto que: "...acreditado y no discutido que el acusado conducía un vehículo de motor, y que en la prueba de alcoholemia arrojó unos resultados de 1,17 y 1,21 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, su conducta se integra plenamente en el *nuevo tipo penal introducido en el último párrafo del art. 379 del CP por la Ley 15/2007, en el que como se ha indicado la acreditación de la afectación psicofísica de la ingesta de alcohol no es necesaria ni se exige en los supuestos en que la tasa detectada supera 0'60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado o los 1, 20 gramos de alcohol por litro de sangre*"¹⁰⁶⁷.

Como puede observarse, las Audiencias Provinciales han venido declarando como innecesaria la influencia negativa de las sustancias tóxicas en la conducción para la configuración de este delito. De este modo, al menos para la naciente jurisprudencia sobre este punto¹⁰⁶⁸, desde una interpretación literal

¹⁰⁶⁶ Vid. SAP de Barcelona, núm. 105/2009 de 11 de febrero (las cursivas son mías).

¹⁰⁶⁷ Vid. SAP de Madrid, núm. 4/2009 de 2 de enero (las cursivas son mías).

¹⁰⁶⁸ En el sentido indicado, también se han manifestado otras Audiencias Provinciales. Así, sobre este delito, y en este sentido, también se ha sentenciado: "...se estructura un delito de peligro abstracto basado en la conducción con la tasa de alcohol concretamente especificada en la norma, siendo la expresión "en todo caso será condenado" lo suficientemente explícita de la rotundidad con la que se concibe el nuevo tipo; sin que haya margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que, pese a conducir con la tasa señalada en el precepto, no se haya originado una

del texto punitivo, los tribunales han venido entendiendo que el grado de alcohol en sangre ha dejado de ser un elemento de prueba de la influencia negativa de la impregnación alcohólica en la conducción, para mutar directamente a objeto de la misma.

En definitiva, y como ya se adelantó, la diferencia entre los incisos primero y segundo del número dos de este artículo, estribaría en que: mientras en el primero, el elemento normativo del tipo está constituido por la influencia negativa del alcohol en la conducción, y por tanto objeto de la prueba en juicio, en el segundo, dicha naturaleza normativa es propiedad de las tasas de alcohol en sí mismas¹⁰⁶⁹.

Así, se ha dibujado para esta figura penal una objetivación de alta intensidad, de difícil engranaje en un sistema acorde a los principios básicos de un Derecho penal liberal, y de paso, en mi opinión, borrando toda diferencia con la sanción administrativa¹⁰⁷⁰ que para esta conducta establece dicha normativa de menor rango¹⁰⁷¹.

situación de peligro porque las condiciones físicas del sujeto no se hayan visto afectadas de modo relevante para la conducción". SAP de Girona núm. 110/2009 de 5 febrero. Además, en esta línea, vid. SAP de Barcelona, núm. 3/2009 de 2 de enero, SAP de Asturias, núm. 231/2008 de 18 de diciembre, SAP de Madrid, núm. 2/2008 de 17 de diciembre.

¹⁰⁶⁹ Así, en este sentido se ha sentenciado expresamente: "...En consecuencia, en el inciso final de este segundo párrafo del art. 379.2 CP, la tasa de alcoholemia deja de ser un dato probatorio para convertirse en el elemento del tipo, y ya no son necesarios los signos de embriaguez ni la conducción irregular; lo que es acorde con el hecho de que en el preámbulo de la Ley Orgánica 15/2007 se señale que la reforma sobre los delitos contra la seguridad vial tiene como contenido básico, entre otros, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de niveles de ingesta alcohólica que se han de tener como peligrosos." SAP de Girona núm. 110/2009 de 5 febrero.

¹⁰⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., págs. 344-345 y en, de la misma, *"El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma"*, ob.cit., esp., págs. 8-9; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *"Protección penal de la seguridad vial"*, ob.cit., esp., págs. 75-76; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., pág. 926; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *"Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 746.

¹⁰⁷¹ Así, el Rgc., en su capítulo V, relativo a las normas sobre bebidas alcohólicas, establece en su artículo 20, que: "No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro. Cuando se trate de vehículos destinados al

3.3.2.- Descripción típica

La conducta es la misma que en el inciso anterior, salvo el hecho de que la ingesta de las sustancias típicas ha de alcanzar o superar las magnitudes indicadas, así dice:

“En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

Efectivamente esta introducción delictiva por parte del legislador, va en la línea que se ha venido comentando. Ello, en cuanto se intenta formalizar este delito, según se ha visto también lo ha interpretado la jurisprudencia, haciéndolo depender del mero sobrepaso de las cantidades de alcohol en sangre normativamente establecidas¹⁰⁷², y en ello y sus críticas me remito a lo dicho sobre el delito de conducción excediendo la velocidad reglamentariamente establecida, dado que la forma de objetivación es en esencia la misma¹⁰⁷³.

transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro. Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir”.

¹⁰⁷² Cantidades excesivas, según CUSSAC, quien indica: “De nuevo, en mi opinión esta cantidad está señalada con dosis de generosidad con los conductores ebrios y por tanto parece excesiva. Probablemente la tasa de 1 gramo de alcohol por litro de sangre es, conforme a informes y estudios, determinante en la reducción de las facultades de conducción de cualquier persona. El legislador no debería ser tan permisivo con comportamientos indubitadamente peligrosos para la seguridad de las personas”. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”, ob.cit., pág. 293.

¹⁰⁷³ Sobre ello, vid. pto. 2.3.2 y pto. 2.4. de este capítulo.

3.3.3.- De la técnica de tipificación

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que aquí se desconozca, que en esta hipótesis delictiva se castiga una conducta que, a diferencia del delito recién indicado, tiene una prolongación en el tiempo de de mayor intensidad, modo que su potencialidad lesiva se dilataría en la misma, o al menos parecida, proporción. Desde este ángulo lo pone de manifiesto CARBONELL considerando éste, por tanto, que no caben aquí críticas a la ofensividad, ya que se trataría de una conducta efectivamente peligrosa, dada la alteración de las capacidades del conductor¹⁰⁷⁴.

Sin perjuicio de estar de acuerdo con esta peculiaridad diferenciadora¹⁰⁷⁵, no es menos cierto que ello, en mi opinión, no es argumento suficiente para que el legislador establezca una formalización tal, que desemboque en un delito de peligro abstracto puro¹⁰⁷⁶.

Cierto es, no cabe duda, que una línea argumentativa como la referida puede dotar de contenido teórico a la injerencia administrativa que, en atención a sus específicos objetivos, puede apoyar su intervención en criterios estadísticos que le permitan una mejor organización y regulación de ámbitos

¹⁰⁷⁴ Vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 391 y, del mismo autor y título, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, ob.cit., págs. 64 y 65.

¹⁰⁷⁵ Sobre los efectos del alcohol en la conducción, por ejemplo, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ David, *“La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del código penal”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, págs. 184-215.

¹⁰⁷⁶ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”*, ob.cit., esp., pág. 8; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 110; GUTIÉRREZ ROMERO Francisco, *“Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial: unas breves consideraciones”*, ob.cit., pág. 2; MOLINA GIMENO Francisco, *“Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal”*, ob.cit., pág. 4 y en, del mismo, *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, ob.cit., pág. 3; TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, *“Automóviles, delitos y penas”*, ob.cit., esp., pág. 157.

sectoriales, pero ello no es bastante para explicar y justificar la utilización por parte del Estado de su más potente y socialmente más traumático instrumento.

En efecto, la cuestión estadística, sin perjuicio de la diversidad de interpretaciones a que puede dar lugar, algunas de ellas desde luego cuestionables, es de todas formas una herramienta nada desdeñable que permite un valioso acercamiento a la realidad, y por lo mismo, resulta una variable de indudable importancia a tener en cuenta en el campo de las decisiones político criminales. Ahora bien, ello tampoco debe significar que este factor alcance la entidad suficiente para fundamentar por su solo ministerio la intervención del Derecho penal¹⁰⁷⁷.

Como se vio en su momento, el aporte que desde las diversas ramas incorporadas bajo el alero de la Política criminal, no puede transformarse directamente en norma. De esta forma, si se entiende el rol de la Política criminal desde las bases del sistema¹⁰⁷⁸, la misma cumple con ser el filtro, dado su carácter “axiológico valorativo”¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁷ Así, por ejemplo, aclaratorio resulta tener en cuenta que según la DGT, una de las más importantes causas concurrentes en los accidentes de tráfico se verifica en la distracción de los conductores (36%), motivada, principalmente, por la utilización del teléfono móvil (el año 2007, la Guardia Civil formuló 95.872 denuncias por este motivo), sin que, al menos hasta ahora, se haya propuesto la persecución penal de esta incívica conducta. Sobre los datos citados, puede consultarse la página web de la DGT. http://www.dgt.es/was6/portal/contenidos/es/seguridad_vial/estadistica/accidentes_30dias/princip_cifras_siniestral/cifras_siniestralidadl006.pdf. A mayor abundamiento, según un estudio preparado por la Fundación RACC, las distracciones son la primera causa de accidentes en España. Vid. <http://www.nexotur.com/nexobus/noticia.php?id=11335>.

¹⁰⁷⁸ Vid. capítulo I, pto. 4.4.

¹⁰⁷⁹ “Esto es, en base a la realidad social que nos dice cuáles son los comportamientos insoportables para la sociedad, decidir normativa o valorativamente (con una direccionalidad social igual al desarrollo de los derechos fundamentales) como respondemos frente a ellos, con sanciones penales u otro tipo de respuestas sociales”. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura, “Política Criminal”, ob.cit., págs. 45-46.

De este modo, la Política criminal es el punto en el que tanto los datos empíricos provenientes de las ciencias sociales, como los aspectos normativo-dogmáticos se encuentran. Es, en definitiva, un lugar de “valoración” que impide que los meros datos procedentes de las ciencias no jurídicas puedan sin más traspasar al ámbito de lo normativo sin superar el tamiz de lo axiológico, es decir, de la “valoración”, que es precisamente la esfera de competencia de la Política criminal

En efecto, en el ámbito del Derecho penal lo que interesa no son las tendencias de conducta humana en clave numérica y en situaciones abstractas, sino por el contrario, lo que importa es la conducta de un sujeto en particular y en una circunstancia concreta¹⁰⁸⁰. Ello, desde luego, deja sin una justificación legítima el establecimiento de una presunción *iuris et de iure*, como es el caso. De este modo, como por ejemplo, destaca SILVA SÁNCHEZ: “...aquí la apreciación estadística puede sólo constituir una presunción *contra reo*, en la que, en principio, no se da base suficiente para la imputación”¹⁰⁸¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es que se han basado doctrina y jurisprudencia mayoritaria para distinguir entre la sanción penal y la administrativa, como se ha señalado anteriormente¹⁰⁸², ya que el plus que otorga

¹⁰⁸⁰ De ahí, que en este aspecto se relativice la opinión, por autorizada que sea, de expertos en esta materia. Opinión que a CARBONELL le parece bastante, y que seguramente también explica el consenso parlamentario sobre este extremo. Mismo que no encontró en la objetivación de las velocidades del nº 1 de este artículo. Respectivamente, vid. CARBONELL MATEU Juan, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 65; RODRÍGUEZ LEÓN Luís, “Seguridad Vial, crónica de una reforma penal”, ob.cit., esp., págs. 84-86.

¹⁰⁸¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ Jesús, “La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, ob.cit., pág. 128. Además, del mismo, vid. “Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”, ob.cit., pág. 32. En el mismo sentido, específicamente sobre este delito, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”, ob.cit., esp., págs. 4-5; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 109-110.

¹⁰⁸² Sobre ello, vid. pto. 3.2.4.2 de este capítulo.

a esta conducta relevancia penal, viene justamente dado por la efectiva influencia negativa, de las sustancias psicotrópicas y bebidas alcohólicas, en la conducción del sujeto activo, que debe ser debidamente probada en juicio¹⁰⁸³. Tarea de la que, en principio, actualmente se libera al persecutor penal¹⁰⁸⁴, pues es precisamente aquello lo que ahora de derecho presume, decidiendo por el juez, el propio legislador¹⁰⁸⁵.

De ello habría que destacar, además, que la mentada presunción deja fuera de la misma los supuestos de ingesta de sustancias típicas que no sean el alcohol. Cuando se dé una hipótesis en este sentido, lógicamente no se tratará de una conducta impune, pues le será aplicable el inciso primero que, como se ha dicho, obliga a la prueba de la influencia, lo que implica una paradoja normativa injustificable¹⁰⁸⁶, ya que la ley es sustancialmente menos drástica con un comportamiento que seguramente puede resultar igual o incluso más grave que la ingesta de bebidas alcohólicas¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³ Así, en este sentido, se señala: "El principio del Bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos delitos en que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa. Con la presunción de peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico y, por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad *ex ante* de la acción para el bien jurídico protegido". Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE Hernán, "Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos", *ob.cit.*, págs. 1086-1087.

¹⁰⁸⁴ "Los delitos de peligro abstracto son, en cambio, delitos de mera actividad; se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa, por eso, el Juez no tiene que entrar a valorar si la ebriedad del conductor puso o no en concreto peligro la vida de tal o cual transeúnte para entender consumado el tipo". Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, "Curso de Derecho Penal", *ob.cit.*, esp., pág. 209.

¹⁰⁸⁵ Crítico, en este sentido, ya antes de la entrada en vigencia de la norma actual, vid. TAMARIT SUMALLA Josep, LUQUE REINA Eulalia, "Automóviles, delitos y penas", *ob.cit.*, esp., pág. 157.

¹⁰⁸⁶ Ello es explicado por CARBONELL, aduciendo razones de generalidad de la norma penal. Vid. CARBONELL MATEU Juan, "La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial", *ob.cit.*, esp., pág. 65. En mi opinión, esta contradicción se debe más bien a una cuestión meramente técnica de los aparatos de medición, que a una cuestión técnico jurídica, pues actualmente no existen métodos con un nivel de confiabilidad semejante a los que se utilizan con el alcohol. Ésto, desde luego, sólo explica, mas no justifica, que sea el conductor el que deba asumir las consecuencias negativas del mayor avance técnico en las mediciones de alcohol que en las de otras sustancias típicas. En este sentido, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., *ob.cit.*, pág. 928; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, "Derecho Penal", *ob.cit.*, esp., pág. 747.

¹⁰⁸⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. GALLEGO SOLER José, "El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)", *ob.cit.*, esp., págs. 170-171; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", *ob.cit.*, esp., págs. 111-112; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal

Ahora bien, retomando el punto de análisis anterior, lo cierto es que la intención del legislador al incluirlo en el catálogo penal, resulta especialmente patente en este inciso. Así, por lo demás, se encargó de reflejarlo proclamando que, "...con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes", según se pone de manifiesto en el propio mensaje de la LO. 15/2007, de 30 de noviembre.

De esta forma, y en la misma línea de endurecimiento del castigo y de administrativización de la intervención penal, con el objeto de superar una supuesta inconsistencia en la labor de los tribunales en este punto¹⁰⁸⁸, respecto de la oportunidad y forma de aplicación de este tipo penal, el legislador vino a establecer unos parámetros determinados que disiparan eventuales indecisiones de juzgado. Una determinación político criminal que se inclinó en favor de alcanzar una mayor seguridad jurídica, aún en desmedro de la incolumidad de otras importantes garantías¹⁰⁸⁹.

español", PE., ob.cit., pág. 928; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, "*Derecho Penal*", ob.cit., esp., pág. 747.

¹⁰⁸⁸ Ello, en relación con algunas sentencias que venían considerando, para la acreditación de este ilícito, la "presunción científicamente avalada" que con determinados índices de alcohol en sangre se afectan notablemente las facultades del conductor. Así, la STS 22 de febrero de 1989, entra a valorar la conducta del condenado de acuerdo a este criterio, indicando: "Y respecto al grado de alcoholemia o tasa de alcohol en sangre, la Resolución 7 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 22-3-1973, es la de 80 mg por mil centímetros cúbicos de sangre, como límite a partir del cual se puede incurrir en responsabilidad criminal. La tendencia legislativa de los países, viene a reconocer este límite con alguna oscilación que llega al 1,5 por mil como límite máximo tolerable. Siempre con referencia al individuo medio, se considera a efectos médico-legales que a partir del 1,5 la influencia del alcohol en la conducción es probable y cierta a partir del 2,0 por mil". Esta tendencia jurisprudencial se desarrolló también a nivel de AP. Así, por ejemplo, la AP de Madrid, en sentencia nº 429/2001 de 29 de octubre, indicó: "En ausencia de prueba directa de la influencia del alcohol en la conducción, la jurisprudencia exige que sea analizada la prueba indiciaria o indirecta, inferencia que puede ser realizada a través de los criterios médicos legales generalmente admitidos y éstos establecen unánimemente que a partir de 1'5 la influencia del alcohol en la conducción es probable y cierta a partir de 2,0/1000 (STS 9/12/94)". En sentido similar, por ejemplo, vid. SAP de Palma de Mallorca núm. 207/2001 de 26 de octubre, SAP de Lleida de 3 de febrero de 2004.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "*El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma*", ob.cit., esp., págs. 9-10; GUTIÉRREZ

3.3.4.- Una interpretación material posible

De acuerdo a lo que se ha venido señalando sobre estos delitos en general, y sobre éste en particular, dada la objetivación a la que se han visto sometidos como una tendencia que se consolida, acentuada con la última reforma, parece que cada vez queda menos margen de maniobra para interpretaciones normativas que den cumplimiento a los principios tradicionales del Derecho penal.

Como se ha visto antes, la imposición por parte de la ley de unos baremos objetivos que una vez superados, implican el castigo del sujeto activo "*en todo caso*", según indica expresamente el artículo en comento, configuran a este inciso segundo como un delito de peligro abstracto puro, de la misma forma que en el caso del delito de conducción superando los límites de velocidad reglamentaria, salvo que, en el caso que ahora se analiza, se tienen algunos elementos de juicio de los que se carece en la hipótesis del nº 1 de este precepto¹⁰⁹⁰.

En efecto, la mayor historia de esta norma, permite tener en cuenta la jurisprudencia, no sólo penal, sino también constitucional, que se ha manifestado invariablemente a favor de exigir no sólo unas cantidades de alcohol en la sangre, sino que la ingesta de dichas sustancias se manifiesten negativamente en la capacidad del sujeto en la conducción del vehículo, cuestión que no queda demostrada, evidentemente, por los test alcoholímetros,

María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "*Protección penal de la seguridad vial*", ob.cit., esp., pág. 109.

¹⁰⁹⁰ Ello es aceptado incluso por autores que se han manifestado a favor de la nueva normativa penal. Vid. CARBONELL MATEU Juan, "*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*", ob.cit., esp., pág. 65; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, "*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*", ob.cit., esp., págs. 293-294.

requiriéndose para ello de otros medios de prueba que acrediten un peligro real, y no meramente presunto, de la conducta del sujeto en cada caso¹⁰⁹¹.

Teniendo en cuenta aquéllo, la pregunta es como se desarrollará tanto la jurisprudencia penal como constitucional respecto de este inciso, pues, como se ha dicho, viene a contrariar directamente la interpretación que hasta ahora se ha dado a este delito. En mi opinión, si bien es cierto ahora es más complicado, la postura sobre este extremo ha de mantenerse, según las razones que paso a exponer¹⁰⁹².

Primero, que la descripción de la conducta típica se encuentra en el inciso primero y en ella se exige como elemento normativo del tipo la influencia en la conducción de las referidas sustancias prohibidas, configurándose entonces, éste como un delito de peligro hipotético (según la nomenclatura señalada por TORÍO que aquí se sigue).

Segundo, ya que la conducta típica sigue siendo exactamente la misma, el inciso segundo viene a ser una hipótesis que presupone que se han dado los elementos típicos necesarios que configuran el delito, y en ello resultaría

¹⁰⁹¹ Sobre ello, vid. pto. 3.3.4.2 de este capítulo.

¹⁰⁹² En este sentido, CARBONELL planteaba, antes de entrar en vigencia la actual normativa que debía entenderse como una presunción *iuris tantum*, indicando: "Aquí late una presunción de influencia que, a mi entender, podría ser desvirtuada por una prueba en contra, pese a que la redacción propuesta ha huido de referirse a tal presunción, y directamente prevé la aplicación de la pena a quien condujere en las condiciones descritas". Vid. CARBONELL MATEU Juan, "La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., pág. 65. Lo que aquí no puede compartirse si se tiene en cuenta, como ya se señaló al momento de analizar el n° 1 de este artículo, dicha presunción ha sido declarada también como inconstitucional (STC 105/1988 de 8 de junio; 111/1999 de 14 de junio) en razón de la inversión ilegítima de la carga de la prueba. En el sentido que aquí se indica, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma", ob.cit., esp., pág. 9; GALLEGO SOLER José, "El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)", ob.cit., esp., págs. 174-175. En esta misma línea, pero aceptándolo como un mal menor, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., pág. 110.

absurdo que no se encuentre el elemento esencial del mismo, que es la influencia en la conducción¹⁰⁹³.

Tercero, no ha de perderse de vista que en razón de los principios básicos que ordenan la totalidad del sistema, debe entenderse como necesaria y no sólo potencial, la afectación del bien jurídico que penalmente se protege¹⁰⁹⁴ y que, aún en este caso, siendo éste un delito de peligro abstracto, no implica una ficción de afectación, como se da en los de peligro presunto, sino que, como en el supuesto del inciso primero, ha de tratarse de una acción que contenga una potencialidad lesiva real.

De modo que, la exigencia normativa de aplicación del castigo debe entenderse, lógicamente, siempre y cuando se den los supuestos anteriores, pues de no ser así, no sólo se iría en contra de los principios de lesividad, intervención mínima en abstracto, sino contra la aplicación concreta que de esos principios ha hecho el Tribunal Constitucional específicamente respecto de esta conducta incriminada¹⁰⁹⁵. Así, este tribunal ha afirmado que: “Es precisamente

¹⁰⁹³ Esto, además, visto de una perspectiva sistemática, es coherente con la interpretación que el Tribunal Supremo (3/1999 de 9 de diciembre de 1999) ha dado al antiguo artículo 380, hoy 383, dado que sin que exista una manifestación externa de dicha influencia negativa, la negativa a someterse a los controles establecidos legalmente encuadra sólo en la sanción administrativa. Esto es, la aplicación del actual 383 presupone que se haya cometido la conducta típica del 379, lo que va en la línea de lo que aquí se propone. Cierto es que la nueva redacción de estos delitos dificultan esta interpretación, particularmente pues, como se verá, hoy la sanción del 383 es aplicable por la sola negativa a someterse a las mediciones correspondientes, pues no se establece para probar los hechos del 379, como se indicaba en el antiguo 380. Sobre las dificultades que plantea la nueva redacción de este delito, vid. capítulo VII, ptos. 5.1.1 y 5.1.2 de esta tesis.

¹⁰⁹⁴ La exigencia de una afectación del bien jurídico, como contenido de la antijuridicidad material, es un requisito imprescindible del injusto penal. De ello hay un consenso consolidado desde hace mucho, así, por ejemplo se indica: “La *antijuridicidad formal* es una valoración *prima facie*, y toma en cuenta que el comportamiento infringe un deber de acción u omisión contenido en una norma jurídica, la cual establece -respectivamente- mandatos o prohibiciones”. Vid. FERNÁNDEZ Gonzalo, “*Bien Jurídico y Sistema del Delito*”, ob.cit., pág. 174. En el mismo sentido, por ejemplo, BUSTOS Juan/HORMAZÁBAL Hernán, “*Nuevo Sistema de Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 86 y 89; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDECASAS, TERRADILLOS BASOCO, “*Curso de Derecho Penal*”, ob.cit., esp., págs. 196-197; JESCHECK Hans, WEIGEND Thomas, “*Tratado de Derecho penal parte General*”, ob.cit., esp., págs. 250-251.

¹⁰⁹⁵ Resultando relevante considerar el carácter vinculante de sus sentencias. Así, el artículo 5 n° 1 de la LO. 6/1985 de 1 de julio del Poder judicial, dispone que: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y

ese “plus de peligrosidad” el que justifica la intervención penal para dejar de un lado lo administrativo, de manera que, no dándose dicha influencia, la conducta deviene en atípica”¹⁰⁹⁶.

principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. En el mismo sentido, vid. SAP de Barcelona, de 24 de febrero de 2004.

¹⁰⁹⁶ Vid. STC nº 68/2004 (Sala Segunda), de 19 de abril de 2004. Además, vid. STC nº 319/2006 de 15 de noviembre.

CAPÍTULO VI

EL DELITO DE CONDUCCIÓN

TEMERARIA (art. 380)

1.- Consideraciones previas

El delito que ahora se comentará, ha sido siempre fecunda fuente de polémicas doctrinales y jurisprudenciales. Ésto viene dado, básicamente, por las especiales circunstancias constitutivas del ámbito punible que de aquí se trata, caracterizado por la comisión de conductas imprudentes que normalmente alcanzarán sólo el grado de tentativa que, como bien es conocido, resultan generalmente impunes en el sistema penal español. Ahora bien, las altas tasas de siniestralidad vial en este país dejan claro que, lamentablemente, no es infrecuente que este tipo de conductas se concreten en resultados lesivos.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a fin de evitar tan indeseables consecuencias, el legislador adoptó la decisión político criminal de adelantar la barrera de intervención penal, otorgando a esta figura, dada su naturaleza de tentativa de conducta imprudente, una tipificación expresa¹⁰⁹⁷.

La regulación legal de esta conducta, aunque con variaciones en su redacción¹⁰⁹⁸, se encuentra establecida ya desde la conocida como segunda ley del automóvil de 1962¹⁰⁹⁹. Dicha persistencia político criminal en su tipificación, viene a demostrar la preocupación que desde siempre ha tenido esta conducta para el legislador, en razón de su especial carga de peligrosidad, y que la última reforma operada sobre estos delitos también se ha encargado de tratar.

Sean, quizá, los cambios introducidos en este ámbito de conductas típicas los que puedan valorarse de mejor manera. No sólo porque otorga una sistemática más adecuada en la ordenación de los delitos, sino también y sobre todo, por la derogación del segundo párrafo del antiguo artículo 381, que tanta tinta hizo correr en su contra, debido a la presunción *iuris et de iure* que contenía, pero sobre todo, por la confusión legislativa entre delito de peligro concreto y abstracto que ésta suponía¹¹⁰⁰, ya que por otra parte, la mentada presunción se mantiene.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, por todos, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., pág. 139

¹⁰⁹⁸ Así, disponía la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, art. 2. "El que condujera un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto e inminente peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes será castigado con la pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de dos meses a un año".

¹⁰⁹⁹ Sobre las connotaciones históricas de este precepto, vid. MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, "Los Delitos de Conducción Temeraria", ob.cit., esp., págs. 15-37.

¹¹⁰⁰ Así, por todos, en este sentido crítico destacaba ALCÁCER, que: "La escasa preocupación que muestra -se refiere al legislador- por la exigencia de taxatividad en la materia prohibida, al optar por criterios vagos y formales, la confusión sistemática y, en general dogmática, que crea al confundir los criterios de peligro abstracto y concreto y al ubicar como modalidad del delito de conducción temeraria lo que no es sino una modalidad agravada del delito de conducción bajo influencia del alcohol del 379.... así como, por ende su más que dudosa constitucionalidad, convierten dicho precepto en

2.- El tipo objetivo

2.1.- Análisis de la descripción típica

El actual artículo 380 del Código penal, dispone sobre la conducción temeraria lo siguiente:

1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

Al igual que en las otras figuras penales que se han visto, y que se verán, este delito tiene su símil administrativo. La LTCVMSV, en su artículo 65 nº 5 letra d), establece expresamente como una infracción muy grave, cuando no sea constitutiva de delito, a la conducción manifiestamente temeraria, así sin más. Sin embargo, sería posible reconducir varias de las conductas ahí descritas, a la

un adefesio jurídico". Vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, *"Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria"*, ob.cit., pág. 22.

figura penal, claro está, con los requisitos que luego se verán, y que la distinguen de la mera cuestión administrativa sancionatoria¹¹⁰¹.

Por otra parte, los elementos de la descripción típica son los mismos de su antigua versión. Esto es, la conducción de un vehículo de motor o ciclo motor, por vías públicas, con temeridad manifiesta y el peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. Respecto de los elementos típicos de conducción¹¹⁰², vehículo de motor y el ámbito espacial, me remito a lo ya indicado con anterioridad en los elementos comunes¹¹⁰³, salvo alguna puntualización sobre este último elemento, como se verá enseguida.

En relación al peligro concreto, será analizado en el punto sobre la técnica de tipificación, quedándonos por tanto para analizar aquí, el elemento relativo a la manifiesta temeridad del sujeto activo, que por lo demás, es el núcleo de la realización típica.

2.2.- La temeridad manifiesta

Se trata éste, de un concepto jurídicamente indeterminado y que por tanto debe ser delimitado en su contenido y significación en sede judicial¹¹⁰⁴, lo

¹¹⁰¹ Así, por ejemplo, según dispone el referido artículo de la citada ley: c) Sobrepasar en más de un 50 por 100 la velocidad máxima autorizada, siempre que ello suponga superar, al menos, en 30 km por hora dicho límite máximo. f) La circulación en sentido contrario al establecido, g) Las competiciones y carreras no autorizadas entre vehículos.

¹¹⁰² En este caso, en contra, dado que sólo lo puede cometer un conductor, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., ob.cit., pág. 433.

¹¹⁰³ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.3.

¹¹⁰⁴ En contra, QUERALT, plantea que aquí ha de estarse al nº 2 de este artículo, que para él impone el concepto normativo de temeridad manifiesta. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 930.

que, desde luego, no es cuestión baladí¹¹⁰⁵, dado que es justamente el núcleo de este delito¹¹⁰⁶.

Así, en relación con el primer elemento de esta estructura conceptual, la temeridad, existe tanto en doctrina como en jurisprudencia una tendencia unánime ya consolidada de asociarla en contenido con la imprudencia grave, en cuanto ha de tratarse de una conducción negligente en grado sumo, lo que implica trasgredir las más básicas normas de cuidado relativas a la conducción de vehículos de motor o ciclomotores^{1107/ 1108}.

Esto es, como plantea DE VICENTE, el conductor debe comportarse con el desprecio más absoluto por las reglas del tráfico más elementales¹¹⁰⁹. Así, según la fórmula que plantea ORTS, "Conducir con temeridad manifiesta

¹¹⁰⁵ Esto merece un juicio negativo para MENA, afirmando que debido este tipo de conceptos indeterminados, fomentan la inoperancia de las normas. Así, indica: "Los tipos penales que contienen conceptos jurídicos indeterminados, de imposible concreción uniforme por vía jurisprudencial, son un cauce idóneo para conducir los juicios de reproche tolerantes y casi complacientes". Vid. MENA ÁLVAREZ José, "El delito de conducción temeraria", ob.cit., pág. 233.

¹¹⁰⁶ En este sentido, HORTAL especifica que: "a) en primer lugar, debe puntualizarse que constituyen un mero indicio y no el fundamento a la hora de proceder a calificar como "temeraria" una conducción y b) en segundo lugar, ha de matizarse que junto a las mismas es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas en que tiene lugar la conducción, por cuanto es posible que no se haya incumplido norma alguna de tráfico y sin embargo la conducta pueda ser calificada como "temeraria" atendiendo al contexto en que se desarrolla (densidad del tráfico, estado del pavimento, meteorología, estado del automóvil...)". Vid. HORTAL IBARRA Juan, "El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas", ob.cit., págs. 127-128. En el mismo sentido, ya antes, TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1467.

¹¹⁰⁷ Así, por ejemplo, entre otros, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, "Manual de Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 250; CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, "Manual de Derecho penal", PE., ob.cit., pág. 432; CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 807; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., págs. 148-149; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., págs. 1046-1047; MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 683; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, "Derecho Penal", ob.cit., esp., pág. 749; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, "Manual de Derecho Penal", ob.cit., pág. 474; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1467.

¹¹⁰⁸ En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo se ha manifestado claramente en este sentido. Así, por ejemplo, vid. SSTS núm. 2012/2004 de 8 de octubre, 561/2002 de 1 de abril y 2251/2001 de 29 de noviembre. En el terreno de Audiencias Provinciales, se sigue idéntica línea interpretativa. Así, por ejemplo, recientemente, SAP de Zaragoza, núm. 297/2009 de 31 de marzo, SAP de Pontevedra núm. 61/2009 de 24 de marzo, SAP de Murcia, núm. 26/2009 de 23 de febrero y SAP de Barcelona, núm. 125/2009 de 16 de febrero, entre otras.

¹¹⁰⁹ Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "Derecho Penal de la Circulación", ob.cit., pág. 385.

equivale a manejar los mecanismos de dirección de un vehículo de motor o de un ciclomotor con omisión de la diligencia más elemental exigible a un conductor medio, debiendo utilizarse como parámetros las normas que regulan la circulación vial”¹¹¹⁰.

Ese parámetro de las reglas de circulación que incorpora el autor antes señalado en su definición, es puesto de relieve como imprescindible por MORILLAS y SUAREZ, indicando que no es posible calificar de temeraria una conducción, sin que en ésta no se hayan infringido las reglas de tráfico rodado¹¹¹¹. Ello, sin perjuicio de que la exigencia penal no se agota en la infracción administrativa, sino que requiere de una afectación real, una concreción del injusto material cuyo contenido está dado por la peligrosidad concreta de la conducta. Así, se puede decir que toda conducción temeraria implica infracción de las normas del tráfico, pero no toda conducción que infrinja los reglamentos es temeraria. Es síntesis, se trata de una condición necesaria, pero no suficiente.

El segundo concepto que se ha de tener en cuenta, se refiere a lo manifiesta que ha de ser la temeridad de la conducción para ser subsumida en este tipo penal. La RAE, define este término, en su primera acepción, como aquello descubierto, patente, claro¹¹¹². De la misma forma ha sido reconocido

¹¹¹⁰ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 827.

¹¹¹¹ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *“El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., pág. 574 y en, de los mismos, *“El tratamiento penal de la conducción temeraria”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, págs. 308-309. En el mismo sentido, por ejemplo, GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 151-152.

¹¹¹² www.rae.es/http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=otorgar

ampliamente en el ámbito penal por la doctrina¹¹¹³. Así, por ejemplo BUSTOS, quien señalaba que: “La temeridad debe ser manifiesta, es decir, no debe haber dudas sobre su carácter, cualquier participante en el tráfico habría debido aplicar ese cuidado”¹¹¹⁴.

Sobre este punto, han existido dos tendencias respecto de si en ésta debe estarse a un criterio subjetivo o más bien objetivo. Ello resulta de importancia, desde el punto de vista del injusto penal, en cuanto se debe tener en cuenta que este requisito forma parte del tipo. Así, se entiende manifiesta desde un punto de vista subjetivo, si se considera para su valoración la percepción del sujeto activo, el juez o aquellos que actúen como testigos en el proceso para dar tal calificación.

De otra parte, la vertiente objetiva para la calificación de la temeridad, ya no tiene en cuenta a esos sujetos concretos, sino a un hipotético “ciudadano medio” que vendría a ser el parámetro para valorar la conducta del sujeto activo¹¹¹⁵. Es ésta la postura de la jurisprudencia¹¹¹⁶ y doctrina mayoritaria, que por cierto, aquí se comparte¹¹¹⁷.

¹¹¹³ Así, por ejemplo, entre otros, vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1716-1718; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 385-386; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 728; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 278; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 683; ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 827; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 477; TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1472.

¹¹¹⁴ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 251.

¹¹¹⁵ Así, por ejemplo, entre otros, ALCÁCER GUIRAO Rafael, *“Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria”*, ob.cit., pág. 8; CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., ob.cit., pág. 432; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1717; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 391-392; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 154-155; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 728; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 278; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 683; ORTS BERENGUER

Ello parece lo más acertado, en cuanto a partir de dicho juicio, ha de valorarse la peligrosidad real de la acción¹¹¹⁸, y ello no puede depender de lo que crea el sujeto activo, sino de un parámetro más objetivo que permita una aplicación de la norma de acuerdo al principio de igualdad, que permita una mayor seguridad jurídica, más acorde, también con la exigencia de legalidad penal¹¹¹⁹.

De ahí que, como se destaca por la doctrina mayoritaria, no sea imprescindible la presencia de testigos que acrediten tal calidad de la acción, puesto que éste es un elemento normativo del tipo, por ello, como resume ALCÁCER, se trata aquí de un juicio normativo y no fáctico, una cuestión de derecho, y no de hecho¹¹²⁰.

Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 827; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 477; TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1467.

¹¹¹⁶ Así, en este sentido, por ejemplo, STS 2251/2001 de 29 de noviembre, que indica: "Como señala el Ministerio Fiscal el delito previsto en el art. 381 del Código Penal exige dos elementos. De un lado la conducción del vehículo de que se trate, ciclomotor o vehículo de motor, con temeridad manifiesta, lo que supone una notoria desatención a las normas reguladoras del tráfico, de forma valorable con claridad por un ciudadano medio, y de otro, que con tal conducta suponga un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas; por lo tanto, la simple conducción temeraria, creadora simplemente por sí misma de un peligro abstracto no sería suficiente, debiendo quedar acreditada la existencia de un peligro concreto, que ha de derivarse de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia". En el mismo sentido, por ejemplo, SSTS núm. 2012/2004 de 8 de octubre, y 341/1998 de 5 de marzo. En ámbito de Audiencias Provinciales, recientemente ha confirmado este criterio la AP de Zaragoza, sentencia núm. 297/2009 de 31 de marzo.

¹¹¹⁷ En contra, BUSTOS niega que se trate de ninguno de estos dos criterios, sino que esta se refiere a que no quepa duda sobre dicho carácter cualquier participantes en el tráfico viario habría debido aplicar ese cuidado. Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 251.

¹¹¹⁸ Así, vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, *"Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria"*, ob.cit., págs. 8-9; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., pág. 392; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *"Protección penal de la seguridad vial"*, ob.cit., esp., pág. 152.

¹¹¹⁹ En este sentido, por todos, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *"Protección penal de la seguridad vial"*, ob.cit., pág. 154.

¹¹²⁰ Vid. ALCÁCER GUIRAO Rafael, *"Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria"*, ob.cit., pág. 9.

2.3.- La presunción del nº 2 del artículo 380

Habiendo realizado las consideraciones anteriores sobre los elementos configurantes de la conducta típica, me parece éste el lugar adecuado para realizar el análisis de la nueva redacción de la presunción *iuris et de iure* que contiene este nuevo precepto, ya que la referida presunción se refiere justamente a la conducción con manifiesta temeridad. Y digo nuevo, pues en verdad se muda en lo fundamental respecto de la versión anterior, de manera que la tipificación no es un simple cambio estilístico, sino una nueva regulación propiamente dicha.

La derogada normativa disponía que, en todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos.

De la comparación de este precepto con el actualmente vigente se desprenden dos consideraciones básicas: se limita la presunción de derecho, y se objetiviza, por efecto del 379 nº1 e inciso segundo del nº 2, las velocidades y tasas de alcohol, evitándose la vaguedad de la disposición eliminada.

Con esta nueva regulación, se da la razón a la mayoría de las críticas que se vertieron sobre el ya derogado texto, pues fue alterado en la dirección propuesta por la doctrina. En efecto, el punto fundamental se encuentra en la supresión de la presunción de peligro concreto, foco predilecto de las críticas, que lo llevaron a calificar de adefesio jurídico. Ello, pues pretendía obtener en

sede judicial una presunción de derecho de un peligro concreto lo que desde un punto de vista material, equivalía a transformarlo en abstracto, lo que ciertamente merece el calificativo indicado¹¹²¹.

Ahora, en cualquier caso ha de probarse el resultado de puesta en peligro concreto. De esta manera, la presunción reduce su radio de influencia sólo a los elementos temeridad y manifiesto¹¹²². Desde luego, a primera vista, ello también resulta criticable desde un plano netamente dogmático¹¹²³, toda vez que busca soslayar la prueba sobre estos extremos, afectando de esta forma a los derechos y garantías de los imputados. Sobre todo si se tiene en cuenta la incoherencia que supone presumir una conducta que requiere de ser manifiesta, como destaca acertadamente CARBONELL¹¹²⁴.

En todo caso, han de tenerse en cuenta las siguientes precisiones: primero, que la conducta temeraria que se presume se ve limitada, como por otra parte es lógico, al mismo ámbito espacial al que se refiere la norma del 379 nº 1, que es a la que se reenvía. Y, segundo, que dada la redacción actual, que en esto no cambió a la norma derogada, han de concurrir conjuntamente el exceso de velocidad reglamentariamente establecido como la superación de las referidas tasas de alcohol.

¹¹²¹ Así, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., págs. 413-423; ALCÁCER GUIRAO Rafael, *"Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria"*, ob.cit., págs. 5-22; GÓMEZ IBARGUREN Pedro, *"Los delitos de conducción temeraria"*, PAJA, nº 713/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, págs. 4-5; ORTS BERENGUER Enrique y ALONSO RIMO Alberto, *"El nuevo párrafo segundo del artículo 381 del Código penal: una propuesta de interpretación restrictiva"*, ob.cit., págs. 595-608.

¹¹²² En contra, QUERALT, se manifiesta mucho más crítico, pues entiende que con esta norma se da un concepto legal de temeridad. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., esp., págs. 930-931.

¹¹²³ Así, por ejemplo, vid. HORTAL IBARRA Juan, *"El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas"*, ob.cit., págs. 153-155.

¹¹²⁴ Vid. CARBONELL MATEU Juan, *"La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial"*, ob.cit., pág. 66.

Ello, no se deduce simplemente de una visión restrictiva de la aplicación del *ius puniendi*, que por otra parte ya sería razón suficiente, sino también de otros tres criterios. Primero, que la redacción del tipo penal actualmente vigente difiere justamente en este punto de la propuesta en el Parlamento. Ésta indicaba: “A los efectos del presente precepto se reputará temeraria la conducción en la que concurriera cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior”. Lo que suponía entender que las conductas incriminadas lo eran de manera alternativa, dada la inclusión del término “cualquiera”, y que al ser eliminada de la versión final y vigente, supone que la intención del legislador era evitar dicha alternatividad¹¹²⁵.

Segundo, y vinculado a lo anterior, la fórmula vigente incluye la conjunción copulativa “y”, no la disyuntiva “o”. Ello no supone una mera interpretación formal y gramatical del texto punitivo, si se tiene en cuenta la consideración anterior, ya que si lo buscado hubiese sido la alternatividad de las conductas, la redacción incluiría la conjunción disyuntiva referida, como equivalente del término “cualquiera”. Sin embargo, se optó por la conjunción copulativa, lo que significa no sólo una cuestión gramatical, sino una clara manifestación de la intención del legislador de excluir la alternatividad de las conductas incriminadas en este precepto¹¹²⁶.

Y por último, ha de considerarse también, que la pena asignada al precepto que ahora se analiza, es sensiblemente superior a la indicada para dichas conductas en el artículo 379, lo que puede explicarse, en mi opinión, no

¹¹²⁵ En ello se basaba, por ejemplo, CARBONELL para fundamentar la alternatividad, considerándolo una figura agravatoria de la del 379. Vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., pág. 67.

¹¹²⁶ En este sentido, por ejemplo, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 931.

sólo por el plus de antijuridicidad al exigirse un peligro concreto, que también, sino además por que han de concurrir ambas circunstancias de manera conjunta¹¹²⁷.

Ahora bien, si se tiene en consideración todo lo que se ha venido indicando, si bien el actual precepto resulta preferible al anterior, no es menos cierto que deviene en superfluo por inútil. En efecto, esta norma resulta en la práctica más efectista que efectiva, pues, al ser copulativos ambos supuestos (tasas de alcohol y velocidad) resulta difícil encontrar ejemplos donde dichas circunstancias, en un caso concreto, no hubiesen sido consideradas por un tribunal como temeridad manifiesta, sin necesidad de presunción alguna, de modo tal que en este punto la reforma deja como resultado una presunción inútil en la práctica¹¹²⁸, pero sí muy efectista de cara al electorado, en una muestra más del verdadero motor que impulsa la Política criminal en materia de seguridad vial del Estado español.

3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Según se ha venido señalando respecto de este tipo penal, para que la conducta del sujeto activo sea posible de subsumir en este precepto, no basta que su conducción sea manifiestamente temeraria, sino que además ha de poner en concreto peligro unos bienes jurídicos individuales concretos como son la

¹¹²⁷ Así, las penas del art. 379, en ambos números, son de prisión de tres a seis meses o, la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. En cambio, este precepto castiga con las penas de prisión de **seis meses a dos años** y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

¹¹²⁸ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., págs. 196-197.

vida o la integridad de las personas. De ello surge una primera cuestión que poner de relieve, esto es, que es en este punto donde aparece el criterio definitivo para distinguir entre ilícito penal y administrativo.

Como se pudo ver en su momento, la norma administrativa también exige el carácter manifiesto de la conducción temeraria, pero no el peligro concreto respecto de los bienes jurídicos individuales ya señalados de los sujetos participantes en la actividad del tráfico rodado¹¹²⁹. Es justamente ese el plus que distingue aquí el injusto penal de aquella conducta establecida por el artículo 65 letra d) de la LTCMSV¹¹³⁰.

Ahora bien, respecto del tipo penal en particular, se ha de partir de la base indubitada que la técnica de tipificación utilizada por el legislador en este precepto es la de un delito de peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. Ello, por supuesto, ha de verse verificado en el ámbito de la seguridad vial, pues es precisamente el que determina la delimitación del riesgo

¹¹²⁹ En relación con este punto, la STS núm. 561/2002 de 1 de abril, hace una combinación de los requisitos para esta distinción. Así, indica que: "Conduce temerariamente un vehículo de motor quien incurre en la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial. Siendo así, la temeridad que integra la infracción administrativa es, en principio, la misma que la que integra el delito. La diferencia entre una y otro está en que en el delito la temeridad es notoria o evidente para el ciudadano medio y, además, crea un peligro efectivo, constatable, para la vida o la integridad física de personas identificadas o concretas, distintas del conductor temerario". Como puede verse, acude al término manifiesto para distinguir, sin perjuicio de que la norma administrativa establezca el mismo elemento, lo que por supuesto, no puede fundamentar el distingo. Sin perjuicio de ello, termina reconociendo en el peligro concreto esta diferencia, de manera que resulta innecesario, por confuso, el primer argumento. En doctrina, se muestra de acuerdo con esta sentencia, QUERALT JIMÉNEZ Joan, "*Derecho penal español*", PE., ob.cit., pág. 931. En contra, en el sentido que aquí se entiende, por ejemplo, ORTS BERENGUER Enrique, "*Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico*", ob.cit., pág. 827 y más recientemente en, del mismo, "*Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás*", ob.cit., págs. 272-274.

¹¹³⁰ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "*Protección penal de la seguridad vial*", ob.cit., págs. 149-150; HORTAL IBARRA Juan, "*El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas*", ob.cit., págs. 131-132; ORTS BERENGUER Enrique, "*Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico*", ob.cit., pág. 827; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "*Derecho penal español*", PE., ob.cit., pág. 931.

para esos bienes jurídicos individuales que son, como ya se ha dicho, el verdadero objeto jurídico protegido en este ámbito penal¹¹³¹.

Ahora, sin embargo, para los seguidores de la teoría de la seguridad vial como bien jurídico intermedio, la única interpretación coherente posible, es que se trate de un delito de lesión de ese bien jurídico colectivo impropio, con la puesta en peligro concreta de los objetos jurídicos individuales que le subyacen¹¹³².

Así, aquí se entiende con MÉNDEZ, que los delitos de peligro concreto, más allá de la inclusión en el tipo del referido peligro, se configuran a partir de un resultado de puesta peligro¹¹³³, como en la especie es justamente el caso. Para ello, desde luego, no resulta relevante la identidad de las personas que específicamente se vean afectadas, pues la protección penal se da a los bienes jurídicos individuales de aquellos que participan en el tráfico vial de forma indeterminada, pero real y además, en este caso, concreta.

De esta forma, pueden verse afectados tanto otros conductores como peatones, sin que por supuesto importe el número de afectados, pues el uso del plural que en este caso hace el legislador, está referido a la indeterminación de las potenciales víctimas¹¹³⁴, y no a la exigencia de una pluralidad de

¹¹³¹ Lo que implica que los seguidores de una interpretación de la seguridad vial como un bien jurídico colectivo propio, deberá tratarse de un delito de lesión de éste. Así, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”*, ob.cit., esp., pág. 1886.

¹¹³² Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *“Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”*, ob.cit., pág. 223.

¹¹³³ Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, *“Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”*, ob.cit., págs. 227-228. En el mismo sentido, por ejemplo, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”*, ob.cit., esp., pág. 1886.

¹¹³⁴ Vid. ESCRIVA GREGORI José, *“La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal”*, ob.cit., esp., págs. 67-69.

afectados¹¹³⁵, dada la naturaleza propia de estos delitos, referidos a la actividad vial¹¹³⁶.

De esta manera también se ha entendido en la jurisprudencia en general. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha establecido, respecto del delito que a continuación se analiza, pero en la especie también aplicable a éste, que: “No obstante, la dicción literal del precepto, –con consciente desprecio para la vida de los demás–, entraña una unidad delictiva en el sentido de que existirá un sólo delito con independencia del número de vidas despreciadas o puestas en peligro”¹¹³⁷.

De ahí que, aunque sean varias las personas sometidas a dicho peligro concreto sus vidas o integridad, sólo se estará ante la comisión de un delito¹¹³⁸. De hecho, de no darse en este preciso contexto de participación social, la utilización de un vehículo de motor o ciclomotor para atentar contra personas concretas y determinadas, será sólo un medio, como cualquier otro, en una hipótesis propia de lesión de bienes jurídicos individuales¹¹³⁹, subsumibles en los delitos de homicidio o lesiones, según sea el caso¹¹⁴⁰.

¹¹³⁵ Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS Teresa, *“Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia”*, ob.cit., esp., págs. 309-310.

¹¹³⁶ En este sentido, por ejemplo, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999.”*, ob.cit., esp., págs. 1880-1881.

¹¹³⁷ Vid. STS núm. 1464/2005 de 17 de noviembre.

¹¹³⁸ Así, por ejemplo, vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1717; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 397-398; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, ob.cit., esp., pág. 749; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1048; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 932.

¹¹³⁹ Que, por lo demás, subsumen a los delitos contra la seguridad vial. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha sentenciado: “Finalmente, y aunque no sea más que a efectos dialécticos, hemos de indicar que la sentencia recurrida incide en un evidente error de derecho cuando condena a Miguel G. G. como autor responsable de un delito de conducción temeraria del artículo 340 bis, a), 2 del Código Penal, pues no cabe duda que según los hechos que se declaran probados y sus consecuencias calificadoras, ese delito debió quedar subsumido en cualquiera de las infracciones legales contra las personas por los que también fue condenado dicho encartado, ya que es difícil (por no decir imposible) que un mismo acto, cual es el empleo inadecuado del vehículo de motor, puedan distinguirse dos

4.- El tipo subjetivo

Cierto es que respecto de este precepto existió viva polémica en cuanto a su tipicidad subjetiva, pero cierto es también que ella quedó zanjada con la adopción del sistema de *numerus clausus* en el ámbito de las imprudencias por el artículo 12 del código penal de 1995¹¹⁴¹. Por tanto, actualmente resulta un acuerdo unánime, tanto para jurisprudencia como para doctrina, la imposibilidad del tipo legal culposo en la realización de la conducta que castiga este precepto¹¹⁴².

De esta forma, para la doctrina mayoritaria, el dolo que se ha de configurar es un dolo de peligro, en contraposición a uno de lesión, dadas las características de este tipo penal¹¹⁴³. Así, MORILLAS y SUÁREZ, afirman que, si

conceptos punitivos diferenciados, sin incurrir con ello en el principio del «non bis in idem». Ello, no obstante, se indica exclusivamente a tales efectos doctrinales, ya que por nadie ha sido invocado a efectos impugnatorios en este trámite, lo que nos obliga a mantener la sentencia también en este punto dado el carácter puramente revisorio del recurso de casación". STS núm. 770/1997 de 24 de octubre.

¹¹⁴⁰ Ello visto desde otro punto de vista, el de la imputación objetiva, implica, como bien pone de relieve FEIJOO, que no cualquier resultado de peligro ha de considerarse en estos delitos, sino sólo aquéllos previstos por la norma y que, por tanto, se quería evitar con la tipificación de la conducta. Si ello es así en ese plano concreto, con más razón ha de entenderse que si la conducta que se quiere evitar con la tipificación son aquéllas que se dan en este ámbito social. Si ello no es así, se aplicará la norma correspondiente relativa a los bienes jurídicos individuales afectados. Sobre el resultado de peligro, e imputación objetiva, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, "Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999", ob.cit., esp., págs. 1885-1887.

¹¹⁴¹ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, "El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995", ob.cit., pág. 578.

¹¹⁴² Así, por ejemplo, CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, "Manual de Derecho penal", PE., ob.cit., pág. 433; CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", en Derecho Penal Español, ob.cit., págs. 808-809; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1718; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "Derecho Penal de la Circulación", ob.cit., pág. 401; HORTAL IBARRA Juan, "El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas", ob.cit., pág. 138; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, "Delitos Contra la Seguridad del Tráfico", ob.cit., pág. 728; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 279; MORENO ALCÁZAR Miguel Ángel, "Los Delitos de Conducción Temeraria", ob.cit., esp., págs. 98-99; MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 684; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1467; ORTS BERENGUER Enrique, "Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 828; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., ob.cit., pág. 932.

¹¹⁴³ En contra, vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ Cristina, "Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación", ob.cit., págs. 228-229.

bien es cierto, la interpretación dogmática más coherente es la de una comisión por imprudencia, la restricción del artículo 12 impide esta posibilidad¹¹⁴⁴.

En definitiva, tanto para doctrina como jurisprudencia¹¹⁴⁵, se requiere que este dolo de peligro abarque la peligrosidad de la conducción desarrollada y la previsión del posible riesgo concreto que con ella se genere, debiendo contar con la confianza de controlar dicho riesgo e impedir la concreción de un resultado de lesión.

¹¹⁴⁴ Vid. MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *“El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”*, ob.cit., págs. 580-581 y, de los mismos, *“El tratamiento penal de la conducción temeraria”*, ob.cit., pág. 317. En el mismo sentido, vid. FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo, *“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”*, ob.cit., esp., pág. 1882.

¹¹⁴⁵ Así, lo reitera ATS 3 de mayo de 2001. *“Conforme criterio constante de esta Sala, para juzgar una conducción como temeraria habrá que tener presente el comportamiento del autor en relación con el conjunto de factores externos; comportamiento que exige la presencia de un «dolo de peligro concreto»”. De la misma manera, por ejemplo, STSS núm. 1039/2001 de 29 de mayo, 1461/2000 de 27 septiembre, 1446/2000 de 26 septiembre.*

CAPÍTULO VII

EL DELITO DE CONDUCCIÓN TEMERARIA CON MANIFIESTO DESPRECIO POR LA VIDA DE LOS DEMÁS (art. 381)

1.- Consideraciones previas

Como ya es bien conocido, el origen de esta norma, a diferencia de otras, tiene una fuente bastante clara y delimitada: los “conductores suicidas” o “kamikazes”. Sujetos que a mediados de la década de los ochenta alcanzaron gran repercusión mediática por sus conductas altamente riesgosas para la vida de las personas que participan en el tráfico vial, al conducir a alta velocidad en sentido contrario por autopistas o carreteras¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁶ Así, dicha controversia la sintetiza ORTS, indicando: “...al parecer varios individuos apostaban sobre si uno de ellos sería capaz de conducir un automóvil por una determinada autopista, en sentido contrario al del carril elegido (normalmente el de adelantamiento) y sin abandonar éste. No hace falta subrayar la enorme peligrosidad de semejantes comportamientos para los conductores que circulaban reglamentariamente, en especial cuando se encontraban adelantando a un vehículo y veían con estupor como otro se les echaba encima por el mismo carril”. Vid. ORTS BERENQUER Enrique, *“Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”*, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007, pág. 251 y en, del mismo como coautor, *“El llamado delito de conducción homicida”*, ob.cit., pág. 2175.

Polémica que se vio aumentada, debido a que la pena asignada al delito de conducción temeraria, aplicable en ese entonces a esos casos, era demasiado benévola en relación con el grado de peligrosidad de la conducta (multa y privación del permiso de conducir)¹¹⁴⁷. Bajo estas circunstancias sociales, se dictó la LO. 3/1989 de 21 de junio, en razón de esa alarma pública creada por las noticias relacionadas con dichos conductores¹¹⁴⁸.

Naturalmente, como todo este tipo de normas que se forjan al calor de polémicas concretas, y que ven la luz forzadas por la presión de los medios de comunicación, una vez pasado el coyuntural escándalo mediático y su correspondiente respuesta política dirigida a apaciguar el mismo¹¹⁴⁹, lo único que queda son las dificultades dogmáticas en su aplicación. Ello, pues nunca hubo una plaga de conductores suicidas, ni cosa parecida, que acabar, y este tipo de conductas, por cierto, son en realidad de tan escasa ocurrencia, que una vez diluido el interés periodístico, poco o nada se sabe de ellas¹¹⁵⁰.

En la última reforma sobre estos delitos, se mantuvieron las conductas de la misma manera que en el artículo ya derogado, pero con dos variantes de

¹¹⁴⁷ Por todos, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"Derecho Penal de la Circulación"*, ob.cit., pág. 463.

¹¹⁴⁸ Así, BUSTOS muy crítico indicaba: "Nuevamente, como en toda esa reforma de la LO. 3/1989, se estuvo más a lo que apareció en los medios de comunicación de masas que a las exigencias constitucionales respecto del Derecho Penal". Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 253.

¹¹⁴⁹ Así, se indicaba en el preámbulo de la referida LO. 3/1989, que: "Recientes experiencias han puesto de manifiesto la necesidad político-criminal de aumentar las sanciones penales para los supuestos de conducción temeraria, alguno de los cuales, entre los que ha causado especial alarma social el de los llamados conductores homicidas, alcanza una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio, valoración que explica su particular tipificación y la pena que se establece. Con ello, por otro lado, se refuerza la función preventiva y la capacidad correctora de comportamientos gravemente antisociales que se producen con ocasión de la circulación de vehículos de motor".

¹¹⁵⁰ Así, por ejemplo, en este sentido CÓRDOBA comenta: "Como recuerdo de las mismas y como exponente de la desatención a la doctrina penal y de la inutilidad del recurso precipitado y demagógico al sistema penal, resta un precepto penal prácticamente inaplicado y cuya redacción es tan desafortunada que casi quince años después no ha sido posible doctrinalmente llegar a precisar con el rigor necesario el contenido de un tipo que en la Exposición de Motivos de la Reforma de 1989 se definía como un tipo intermedio entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio". Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1734.

importancia, a saber: se cambió la redacción del texto, eliminando la expresión “consciente”, por la de manifiesta, en consonancia con la descripción del artículo 380 que es, por lo demás aquél al que se remite¹¹⁵¹ y, se aumentó además la pena de prisión. Ésta ahora va de dos a cinco años, para el supuesto del número 1, manteniéndose las mismas penas para la hipótesis comisiva del numeral segundo.

2.- El tipo objetivo

Así las cosas, la última modificación legal que sobre esta materia se realizó, modificó la estructura de este artículo, pasando a tener 3 numerales, incluyendo en el último la sanción del comiso del vehículo a motor o ciclomotor a los efectos del 127 del mismo Código.

1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

¹¹⁵¹ Así, ORTS lo destacaba ya antes de que entrara en vigencia la actual redacción, “...una homogenización entre los dos preceptos vinculados (los de los arts. 381 y 384 actuales), ya que en ambos se emplearía el mismo adjetivo «manifiesto» para calificar la conducción y la actitud del conductor”. Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *“Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”*, ob.cit, pág. 269 y en, del mismo como coautor, *“El llamado delito de conducción homicida”*, ob.cit., pág. 2198.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este código.

Así, como se ve de la descripción típica en su numeral 1, la conducta incriminada es la misma que la del artículo 380, de conducción temeraria, con lo que respecto de los elementos que la configuran, son los mismos que se exigen aquí, a saber; conducción de un vehículo de motor o ciclomotor por vía pública, que dicha conducción sea temeraria de forma manifiesta y provocar por la misma un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas. Salvo, claro está, en su número dos, en donde la misma conducta no tenga el resultado de peligro concreto, sino tan sólo abstracto¹¹⁵².

De esta forma, el único elemento mediante el cual es posible distinguir este precepto del que le antecede, se encuentra en la exigencia típica de que la conducta se lleve a cabo con manifiesto desprecio por la vida de los demás¹¹⁵³, lo que por tanto, centrará el análisis de esta figura penal.

¹¹⁵² Ahora bien, como reiteradamente he destacado, desde la perspectiva que entiende un bien jurídico intermedio, se deberá entender que éste se trata de un delito de lesión del mismo, dado que ésta se configura con al exigencia, que también aquí ha de darse, de la conducción temeraria con manifiesto desprecio de la vida de los demás.

¹¹⁵³ Así, por ejemplo, vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., págs. 1734-1735; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., esp., pág. 470; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., págs. 282-283; MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *"El tratamiento penal de la conducción temeraria"*, ob.cit., pág. 324; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 477; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., pág. 933.

3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Así, como se ha venido indicando en relación con este tipo penal, para que la conducta del sujeto activo sea posible de subsumir en este precepto, debe incluirse a los requisitos típicos ya antes señalados para la conducción temeraria, más el elemento subjetivo del manifiesto desprecio¹¹⁵⁴, como se ha encargado también de destacar la jurisprudencia¹¹⁵⁵.

Es decir, no basta que su conducción sea manifiestamente temeraria, sino que además ha de poner en peligro unos bienes jurídicos individuales específicos como son la vida, en el primer número de manera concreta y en el segundo de forma abstracta, incluyéndose además la integridad de las personas¹¹⁵⁶, mediante una conducción que exprese un manifiesto desprecio por la vida de los demás, ello, evidentemente, de forma alternativa¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁴ Cierto es que la jurisprudencia no es pacífica en este punto, toda vez que la hay que reconoce el distingo entre los preceptos analizados en una cuestión objetiva, es decir, respecto de la gravedad de la conducta que ha de constituir una suerte de agravación del injusto. En este sentido, se han manifestado recientemente las AA.PP., de Valladolid, Zaragoza y Cádiz en sentencias núms. 12/2009 de 9 de enero, 712/2009 de 2 de enero y 279/2008 de 17 de septiembre, respectivamente.

¹¹⁵⁵ Así, por ejemplo, se ha manifestado el Tribunal Supremo en STS núm. 561/2002. En ámbito de Audiencias Provinciales, recientemente una SAP de Barcelona, ha señalado que: "Esta circunstancia, la rapidez y nula o escasísima reflexión con la que se produjeron los hechos, así como el dato de que el recurrente pusiera su propia vida en peligro, nos llevan a considerar que no fue plenamente consciente del elevado riesgo que creaba con su comportamiento, que lo infravaloró y actuó sin representarse la posibilidad de que se produjera un resultado de muerte o, por lo menos, descartando tal posibilidad. En definitiva, no puede afirmarse que el recurrente actuara con consciente desprecio por la vida de los demás. El dolo del recurrente se limitó a la temeridad de su conducción y al resultado de peligro concreto que derivó de ella, pues como ya hemos indicado no puede negarse que advirtió la presencia de otros vehículos circulando correctamente en dirección contraria a la suya, fue consciente de la posibilidad de colisionar con ellos, y actuó aceptando que su conducción pudiera estar a punto de producir un resultado de muerte o lesiones, aunque descartara que tal resultado llegara a producirse, o no fuera plenamente consciente de la alta probabilidad de que ocurriera tal cosa". SAP de Barcelona, núm. 769/2008 de 7 de octubre. En este sentido, además, vid. SAP de Madrid Sentencia núm. 339/2006 de 4 de abril, SAP de la Rioja núm. 15/2005 de 7 de febrero, SAP de Ciudad Real núm. 25/2004 de 9 de diciembre.

¹¹⁵⁶ Ello, desde luego, no puede ser interpretado como un delito de peligro presunto, sino como uno hipotético, en el sentido que se ha dado en esta tesis. En dicho sentido, por todos, vid. MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 689.

¹¹⁵⁷ Así, por ejemplo, CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 813; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial", ob.cit., esp., págs. 469-470; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., pág. 263; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, "Delitos Contra la Seguridad del Tráfico",

De manera que sobre este punto de correlación, se debe estar a lo dicho sobre el delito anterior.

4.- Tipo subjetivo

Llegados a este punto, es donde habrá que referirse al verdadero nudo gordiano de la figura penal que se analiza. La cuestión radica en la ya antigua, pero no por ello menos actual disputa en la determinación de la naturaleza del dolo eventual, dado su geográfico punto intermedio entre el dolo y la imprudencia consciente¹¹⁵⁸. Bien son conocidas las teorías desarrolladas en virtud de esta cuestión, y que generalmente se clasifican atendiendo a la importancia del elemento cognitivo o volitivo¹¹⁵⁹.

De esta forma, en lo que respecta directamente a este precepto, la inclusión expresa en el tipo del elemento subjetivo “consciente desprecio”, llevó a la doctrina a considerar que la opción legislativa se decantaba en favor de las teorías volitivas, donde lo relevante sería averiguar esa “actitud” del sujeto activo ante la vida de los demás.

ob.cit., pág. 731; ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 833; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 478.

¹¹⁵⁸ Sobre ello, por todos, vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, *“Curso de Derecho Penal”*, PG., ob.cit., esp., págs. 256-258.

¹¹⁵⁹ Así, por todos, QUINTERO lo explica de la siguiente forma: “a) La teoría del consentimiento, que es la más extendida, afirma que debe apreciarse dolo eventual cuando el autor ha previsto la producción del resultado como posible (si la hubiera previsto ya como segura, estaríamos simplemente en el ámbito normal del dolo directo) y pese a ello acepta (consciente) esa eventualidad, o le resulta indiferente. La existencia de dolo en este caso se sustenta en que la voluntad en último extremo abarca la producción del resultado típico. b) La teoría de la probabilidad, menos postulada, aunque en España ha ido progresivamente aumentando el número de sus defensores. Exige menos requisitos que la teoría del consentimiento para afirmar la existencia de dolo: es suficiente con que el autor se haya planteado o representado la posibilidad de que el resultado se produzca y a pesar de ello haya actuado. Prescinde pues de indagar si consintió o no consintió, por entender, ante todo, que no es preciso político-criminalmente saberlo y, en segundo lugar, porque esa averiguación psicológica ofrece dificultades enormes”. Vid. QUINTERO OLIVARES Gonzalo, *“Parte General del Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 329.

Así, se criticaba que ello suponía abandonar los deslindes del Derecho penal del hecho, en favor del Derecho penal de autor, en atención a que debía estarse a las características personales del sujeto, pues, como por ejemplo ponía de relieve BUSTOS, éste: "...no aparece como una simple agravante, sino como constitutivo del injusto", lo que le llevaba a afirmar que, "Hay pues una evidente inconstitucionalidad de este precepto. Además, habrá que averiguar que este desprecio fue consciente, lo cual también resultará difícil y arbitrario"¹¹⁶⁰.

De esta forma, en este precepto puede verse una modificación importante respecto del ya derogado, en lo que en mi opinión, es una adecuación del texto legal a la doctrina que sobre este punto se viene imponiendo¹¹⁶¹. Me refiero a que la sustitución del término "consciente" por el actual "manifiesto", respecto del desprecio por la vida de los demás, tiene como objetivo político criminal zanjar la polémica¹¹⁶² sobre este punto en favor de la tesis que sostiene que en este delito se tipifica expresamente una tentativa de homicidio con dolo eventual¹¹⁶³, que de otra forma se vería dificultada por la

¹¹⁶⁰ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 253.

¹¹⁶¹ Sobre ello, por ejemplo, se indica: "Hasta fines de los años setenta la Jurisprudencia española, siguiendo a un sector doctrinal, no consideraba dolo los supuestos de dolo eventual, sino culpa consciente determinante de responsabilidad por imprudencia. Desde entonces, sí se admite como dolo -v.gr. T.S. 8-7-85, 16-11-87, 27-3-9023-3-94 y 18-11-94-. El TS había utilizado las distintas teorías de dolo eventual, si bien su línea mayoritaria optaba por la teorías volitivas. A partir de la sentencia "de la colza" (22-5-1992) el Tribunal Supremo se ha decantado por una construcción doctrinal muy reciente denominada "teoría del riesgo" y que se acerca a las teorías de la probabilidad. Para el alto tribunal obra con dolo quien haya tenido conocimiento de que su conducta supone la realización de un peligro concreto jurídicamente desaprobado para bienes jurídicos". Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ OLIVÉ, GARCÍA RIVAS, SERRANO-PIEDecasas, TERRADILLOS BASOCO, *"Curso de Derecho Penal"*, PG., ob.cit., pág. 258.

¹¹⁶² En contra, QUERALT, que lo considera un simple cambio semántico, que todo lo más trata de huir de cierto subjetivismo en la determinación de la conducta. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., pág. 933.

¹¹⁶³ En este sentido, expresamente, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., esp., pág. 351.

imposibilidad de ver grados de ejecución con este aspecto subjetivo, como TAMARIT destaca¹¹⁶⁴.

Lo anterior, sin perjuicio de que la jurisprudencia¹¹⁶⁵ y doctrina mayoritaria no se haya opuesto a una interpretación de este tipo, tentativa con dolo eventual. En este sentido, por ejemplo ORTS, no ve necesario siquiera este precepto, salvo en la facilitación en la aplicación por parte de los tribunales de justicia, así indica que se trata de, "...dotar a los tribunales de un instrumento inequívoco para reprimir dichos comportamientos; inequívoco pero no de absoluta necesidad, pues los hechos típicos admitían y admiten ser calificados como tentativas de homicidio con dolo eventual (VIVES ANTÓN), aunque sí de oportuna inclusión en el Código, para evitar dudas, vacilaciones y resistencias, por más que fueran infundadas"¹¹⁶⁶.

Así, el término manifiesto supone un grado mayor de objetivación que el recién referido, pues, como se explicó cuando se vio este elemento en el delito del artículo anterior, pues ya no se atenderá a la perspectiva del sujeto activo (actitud especial de desprecio) sino que deberá valorarse por el juzgador de

¹¹⁶⁴ Vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1477 y más extensamente en, del mismo, *"Tentativa con dolo eventual"*, ADPCP, T. XLV, Fasc. II, 1992, págs. 535-540. En parecido sentido, vid. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., págs. 477-478.

¹¹⁶⁵ Así, por esta línea se han ido decantando también los Tribunales en la práctica. De esta forma, por ejemplo, la AP de Madrid, invoca la presencia del dolo directo, desestimando la culpa, en el caso de un sujeto que por más de 1 km se desplazó en sentido contrario por una autovía. Indicando, en lo que aquí interesa: "La acción descrita es plenamente temeraria y evidencia el consciente desprecio por la vida de los demás, pues es una obviedad que tenía que ver las luces de los vehículos que correctamente circulaban en dirección a Valencia, mientras él lo hacía en sentido opuesto hacia Madrid, ocupando el carril izquierdo de la marcha de aquellos. Siendo constitutiva del delito contra la seguridad del tráfico del artículo 384 del Código Penal". Más adelante señala: "Cuando hay una relación directa y clara entre el hecho de circulación temeraria y generadora de riesgo con el resultado producido, es claro que el dolo eventual aparece como contenido subjetivo de la conducta, de modo que cabe hablar de aceptación del riesgo y del resultado". SAP de Madrid, núm. 148/2008 de 4 de marzo.

¹¹⁶⁶ Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 832.

acuerdo a los criterios del sujeto medio¹¹⁶⁷. De esta forma, como por ejemplo plantea CORCOY: “La manifestación del desprecio deberá valorarse a través de las circunstancias objetivas concurrentes en el caso concreto, no siendo relevante la "actitud" del sujeto”¹¹⁶⁸.

Sobre este particular, se ha opinado también que el cambio de “consciente desprecio”, a por “manifiesto desprecio”, en realidad no sería una apuesta del legislador a favor de las teorías cognitivas (representación o de la probabilidad), puesto que dada la objetivación del actual parámetro, implicaría que el sujeto también es consciente, pues si el desprecio es manifiesto para otros, también lo será para el sujeto activo¹¹⁶⁹.

Sin embargo, cabe plantearse la situación en que el sujeto, a pesar de que sea irracional, aun crea en que es capaz de controlar el riesgo que el mismo produce, caso en el cual no se daría dicha coincidencia, que por otra parte no se requiere, puesto que la actitud interna del conductor temerario respecto de la vida de los demás ya no tiene trascendencia a estos efectos,¹¹⁷⁰ quedando un

¹¹⁶⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., esp., pág. 351; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 254-255.

¹¹⁶⁸ Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, págs. 103-104.

¹¹⁶⁹ Así, ORTS explica que: “...si el desprecio es manifiesto para cualquier persona media, también lo será para el autor, de modo que podrá afirmarse que para él también será consciente”. Vid. ORTS BERENGUER Enrique, “Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”, ob.cit., pág. 270 y en, del mismo como coautor, “El llamado delito de conducción homicida”, ob.cit., pág. 2199. En el mismo sentido, vid. CARBONELL MATEU Juan, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, ob.cit., pág. 68.

¹¹⁷⁰ En este sentido, destaca CORCOY que esto va en favor de un derecho penal de hecho y de autor. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, ob.cit., págs. 103-104.

supuesto como el señalado, concurriendo los demás requisitos, claro está, subsumido por este tipo penal¹¹⁷¹.

Otro motivo para optar por la interpretación que aquí se da, tiene que ver con la actual pena para este delito¹¹⁷², que prácticamente la equipara a la regulación penal del homicidio en grado de tentativa, superando de esta manera las críticas que a esta interpretación se realizaron respecto de la incoherencia político criminal que implicaba el tratamiento más benévolo de la anterior regulación sobre esta cuestión ¹¹⁷³.

Así, en la jurisprudencia, se ha manifestado en este sentido la AP de Barcelona, indicando: “El art. 484 CP exigía también que el autor de la conducción temeraria actuara con consciente desprecio por la vida de los demás. La mayoría de la doctrina científica y jurisprudencial entiende que, con esta expresión, el legislador quiso referirse a los supuestos en que el conductor actúa con dolo eventual en relación con el resultado de muerte. El principal inconveniente de semejante interpretación radica en que podía suponer un tratamiento privilegiado de la tentativa de homicidio. Y esta es seguramente la razón por la que el legislador ha ampliado el marco penal previsto actualmente en el art. 381 CP”¹¹⁷⁴.

¹¹⁷¹ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 255-256.

¹¹⁷² Así, respecto de ello, en doctrina, por ejemplo, vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1051-1052; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 283-284; MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, “El tratamiento penal de la conducción temeraria”, ob.cit., pág. 326.

¹¹⁷³ En el mismo sentido, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 68; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., esp., pág. 351; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 254-255; ORTS BERENGUER Enrique, “Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”, ob.cit., pág. 270 y en, del mismo como coautor, “El llamado delito de conducción homicida”, ob.cit., pág. 2199.

¹¹⁷⁴ Vid. SAP de Barcelona, núm. 769/2008 de 7 de octubre.

Argumento que, sumado a lo ya dicho, hace a mi juicio, plausible la interpretación que aquí se ha venido sosteniendo respecto del manifiesto desprecio por la vida de los demás¹¹⁷⁵, esto es, reconocer en este elemento subjetivo la naturaleza de una tentativa de homicidio con dolo eventual¹¹⁷⁶ expresamente establecida por la ley¹¹⁷⁷.

5.- Consecuencia accesoria: el comiso del vehículo

El número tres del artículo en comento, establece que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del artículo 127 de este código. Esta modificación trata sólo de una cuestión de mejor sistematización¹¹⁷⁸, incorporándolo en el lugar más adecuado, antes en el artículo 385.

¹¹⁷⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 68-69; CARMONA SALGADO Concepción, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 814; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1737-1738; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”*, ob.cit., págs. 100 y 104-105; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., pág. 351; GÓMEZ IBARGUREN Pedro, *“Los delitos de conducción temeraria”*, ob.cit., pág. 6; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 256-257; MOLINA GIMENO Francisco, *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, ob.cit., pág. 13; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 730; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 283; MORILLAS CUEVA Lorenzo/SUÁREZ LÓPEZ José, *“El tratamiento penal de la conducción temeraria”*, ob.cit., págs. 326-327; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 688; ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 833 y en, del mismo, *“Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”*, ob.cit., pág. 270 y en, del mismo como coautor, *“El llamado delito de conducción homicida”*, ob.cit., págs. 2198-2199.

¹¹⁷⁶ En el ámbito jurisprudencial, así lo reconoce expresamente, por ejemplo, el Tribunal Supremo indicando: “...es un delito de peligro concreto (peligro además especialmente cualificado), habiéndose incluso definido como un tipo intermedio entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio”. STS núm. 1464/2005 de 17 de noviembre.

¹¹⁷⁷ En este sentido siempre lo ha visto CÓRDOBA, indicando que el legislador de esta manera obvia los eventuales problemas dogmáticos, tipificando a esta figura expresamente. Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1737.

¹¹⁷⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., pág. 69.

De su lectura ya se ve prístino que dicha equiparación con el 127 afecta sólo a la conducción temeraria con el necesario manifiesto desprecio por la vida de los demás¹¹⁷⁹, lo que no viene sino a confirmar la excepcionalidad de la medida del comiso¹¹⁸⁰.

Se ha visto además en este precepto, una corroboración implícita de la interpretación que aquí se ha dado a este delito, en cuanto por, expresa disposición del art. 127, éste es aplicable sólo a las conductas dolosas¹¹⁸¹, y por cierto con las mismas limitaciones que allí se establecen¹¹⁸².

¹¹⁷⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. SANZ MULAS Nieves, *“Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El inmutable alejamiento del principio de lesividad penal”*, ob.cit., pág. 67.

¹¹⁸⁰ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., pág. 352. En sentido crítico, QUERALT califica esta excepcionalidad como una “pretensión huera”. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 934. En este último sentido, también, vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”*, ob.cit., págs. 108-109; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 479.

¹¹⁸¹ Así, MOLINA, ya antes de la última reforma operada sobre estos delitos lo estimaba, correctamente en mi opinión, de esta manera, y decía: “Este precepto viene a reafirmar el carácter doloso -aunque sea eventual— del delito descrito en el art. 384. ya que el comiso de los instrumentos o efectos del delito que regula el art. 127 del Código se aplica sólo en los hechos dolosos”. Vid. MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 732. En el mismo sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., pág. 351; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 262-263; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1051.

¹¹⁸² Así, este artículo en su numeral primero establece: “Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente”.

CAPÍTULO VIII

EL DELITO DE NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA (art. 383)

1.- Consideraciones previas

Bien es conocido que ya desde su origen, esta figura penal se ha transformado en un foco de frecuente polémica doctrinaria y jurisprudencial, en virtud de su no menos que sospechosa adecuación a las exigencias que impone el orden de la constitución vigente. Así, es también sabido, que los pilares en que se ha sustentado la correspondencia de este precepto penal con el marco constitucional, no son precisamente calificables de sólidos, de modo que cualquier alteración en el mismo, supone poner al menos en riesgo ese delicado equilibrio al que, al menos en el área de la jurisprudencia constitucional, se arribó luego del pronunciamiento del referido Tribunal.

Teniendo en mente lo anterior, luego de las modificaciones introducidas por LO. 15/2007 de 30 de noviembre, a mi juicio, resulta actualmente más relevante analizar el presente de esta norma, antes que revisar otra vez su pasado. Sobre todo, teniendo en cuenta, como se verá, que las repercusiones de la reforma en este artículo no carecen de importancia.

Así las cosas, la actual redacción de este delito ha implicado, esencialmente, cuatro cambios respecto de la antigua tipificación. El primero de ellos formal, en cuanto sólo se alteró su numeración. Sin embargo, los otros tres contienen un interés dogmático mayor, éstos son, a saber: la incorporación de la sanción de privación del derecho de conducir, la eliminación de la referencia expresa al delito de desobediencia grave y, en una palmaria muestra de la deriva político criminal actual, establecer como penalmente relevante la negativa al sometimiento de las pruebas para comprobar sólo las tasas de alcoholemia, eliminando la referencia a los “hechos” que contenía la redacción anterior.

Este último punto objeto de reforma, resulta de particular trascendencia pues, se hace patente también aquí, la tendencia objetivadora que ya se ha destacado caracteriza a la actual Política criminal de la seguridad vial española¹¹⁸³. Dicha tendencia resulta de importancia, naturalmente como en todos estos delitos, pero quizá aquí con una mayor intensidad, atendido el alto grado de objetivación del inciso segundo del artículo 379 n^o 2¹¹⁸⁴, al que esta figura delictiva está evidentemente vinculada, como pronto se verá.

¹¹⁸³ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, ptos. 1.2 y 1.2.1.

¹¹⁸⁴ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo IV, ptos. 3.3.2 y 3.3.3.

Ahora bien, sin perjuicio de centrar el análisis de este precepto en las consecuencias provocadas por la última reforma sobre esta materia, resulta a mi juicio ineludible hacer mención a la discusión en torno a la constitucionalidad del ya derogado artículo 380, con el objeto de ir sentando las bases de la discusión actual y entrar luego al estudio de la norma actualmente vigente.

2.- La cuestión de inconstitucionalidad del antiguo art. 380

El ya derogado artículo 380 que castigaba la negativa a realizarse las pruebas legalmente establecidas estaba redactado de la siguiente manera:

"El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código".

Como ya se indicó, este precepto penal se vio sometido a una fuerte presión dogmática respecto de su naturaleza constitucional. En síntesis¹¹⁸⁵, las contradicciones con la norma fundamental se encontraron vinculadas a la presunción de inocencia (arts. 17.3, y 24.2 de la Constitución) y al principio de proporcionalidad de la pena (1.1, 9.3, 10.2, y 25.1, de la Constitución)¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁵ Ciertamente es que se ha puesto en cuestión la constitucionalidad de este precepto penal, también respecto de otros aspectos, como la función de resocialización de la pena privativa de libertad (arts. 25.2 y 53.1), el principio de igualdad (art. 14) y el principio de reserva de ley (arts. 25.1, 53.1, 81).

¹¹⁸⁶ Así lo planteó el juzgado nº 1 de Palma de Mallorca y que dio origen a la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997.

Este tema se encuentra zanjado a nivel de jurisprudencia constitucional¹¹⁸⁷, sin perjuicio de que a nivel doctrinario, se mantuvieron las dudas y críticas respecto de la efectiva adecuación a la Constitución de esta figura delictiva¹¹⁸⁸, y que quizá se reactive dependiendo de la interpretación que se dé a la nueva redacción de este delito.

Ahora bien, volviendo a lo que actualmente se encuentra resuelto¹¹⁸⁹, el Tribunal Constitucional ha establecido como factor decisivo a la hora de dirimir esta cuestión, que la prueba de impregnación alcohólica no tiene un carácter obligatorio. Sustentado sobre aquella base, éste resolvió que ante la ausencia de la referida obligatoriedad, por la realización de esta prueba no puede entenderse quebrantado el derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁷ Así, fundamentales sobre esta polémica SSTC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 y 234/1997 de 18 de diciembre del mismo año. Afirmando la solvencia y corrección de esta interpretación, por todos, vid. JUANATEY DORADO Carmen, *"Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de Octubre, del Tribunal Constitucional"*, ob.cit., esp., págs. 1505-1514. En contra, por todos, vid. CARMONA SALGADO Concepción, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico"*, en Derecho Penal Español, ob.cit., págs. 803-806.

¹¹⁸⁸ Así, por ejemplo, vid. CARMONA SALGADO Concepción, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico"*, en Derecho Penal Español, ob.cit., págs. 804; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dir.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1709; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1046; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *"Delitos Contra la Seguridad del Tráfico"*, ob.cit., pág. 727; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *"Derecho penal español"*, PE., ob.cit., págs. 936-937; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *"Derecho Penal"*, ob.cit., esp., págs. 752-753.

¹¹⁸⁹ De hecho, para este tribunal la cuestión sometida a debate se encontraba solventada ya con anterioridad, de ahí que diga: "La resurrección de esta incertidumbre, por cierto, carece de apoyo en la norma cuestionada, que no sólo no establece pruebas de detección de alcohol o drogas en los conductores, como apuntábamos antes, sino que tampoco impone ex novo su obligatoriedad: se limita a aumentar el rigor de las consecuencias de su incumplimiento y a elevarlas del ámbito administrativo al penal. Desde esta perspectiva no se crea propiamente un nuevo precepto jurídico sino que se modifica su sanción, lo que invita a considerar que el nuevo problema de constitucionalidad no radica en la contrariedad al art. 24 CE de una obligación ya preexistente y ya sometida por una u otra vía a la consideración de esta jurisdicción, sino, en su caso, en el tratamiento proporcionado del derecho afectado por la sanción". Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 5º).

¹¹⁹⁰ "Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia. En esta línea, en relación con una diligencia de reconocimiento médico de una imputada, tuvimos ya ocasión de precisar que su ejecución «podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa

De dicha forma, este Tribunal calificó que la naturaleza de la prueba de impregnación alcohólica, constituye sólo una pericia de resultado incierto, por lo que no es parangonable a una declaración en contra del propio imputado. De este modo, no se trataría, según este alto Tribunal, de una autoincriminación, de hecho, ni siquiera puede ser considerada un testimonio¹¹⁹¹.

En relación con el principio de proporcionalidad de las penas, también puesto en entredicho, el Tribunal Constitucional tampoco lo consideró violentado. Para fundamentar dicha resolución, trajo a colación la potestad exclusiva del legislador para determinar los bienes jurídicos a los que se debe prestar protección penal, las conductas que afecten a dichos bienes, el tipo y la cuantía de la sanción a aplicar, y la proporción entre éstas¹¹⁹².

o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes» (STC 37/1989)". Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 6º).

¹¹⁹¹ "...que las pruebas para la comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y, entre ellas, las de espiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. Tampoco menoscaban per se el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas «no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad». En el mismo sentido se pronuncia la STC 197/1995 en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas". Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 7º).

¹¹⁹² "Cualquier tacha de desproporción en esta sede y, en general, en jurisdicción de declaración de inconstitucionalidad debe partir inexcusablemente «del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad «el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad» que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución". Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 9º).

Teniendo en cuenta aquéllo, consideró que no existe un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción que se le encuentra legalmente asignada¹¹⁹³.

De esta manera, en lo que ahora resulta pertinente, el Tribunal Constitucional reconoció en este delito una naturaleza compleja, con el cual se protegen tanto el principio de autoridad como los bienes jurídicos vida y salud¹¹⁹⁴, mediante la evitación de riesgos a los mismos, que puedan derivarse de la utilización de vehículos de motor o ciclomotores¹¹⁹⁵. Ésto, como se verá más adelante, resultará de particular relevancia para la interpretación del nuevo artículo 383, del cual se eliminó la referencia al delito de desobediencia¹¹⁹⁶.

¹¹⁹³ “A la vista de los importantes bienes e intereses protegidos que resumíamos en el fundamento jurídico 10 y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de libertad, no constatamos un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» entre el desvalor de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE”. Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 13º).

¹¹⁹⁴ Respecto de este punto, en todo caso ha de destacarse, como en todo lo referido a este precepto, que no existe acuerdo doctrinal. Así, para algunos, lo protegido prevalentemente es el principio de autoridad y para otros, lo es la vida y salud. En dichos sentidos, respectivamente, vid. JUANATEY DORADO Carmen, “*Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de Octubre, del Tribunal Constitucional*”, ob.cit., esp., págs. 1505-1514 y, recientemente, MAGALDI PATERNOSTRO María, “*El tipo del art. 380 del código penal: una propuesta interpretativa*”, en AA.VV., Derecho penal y seguridad vial, Madrid, CGPJ, 2007, esp., págs. 211-217.

¹¹⁹⁵ “Como se desprende de la rúbrica del capítulo en el que se inscribe -«delitos contra la seguridad del tráfico»-, de la caracterización como «conductor» de su sujeto activo y de la naturaleza de la conducta que las pruebas a las que se refiere trata de verificar -conducción de un vehículo a motor- no cabe duda de que la de protección de la seguridad en el tráfico rodado forma parte de las finalidades esenciales del art. 380 CP. La propia expresión de esta finalidad inmediata lleva a la constatación de otra mediata: el riesgo que se trata de evitar -la seguridad que se trata de proteger- lo es fundamentalmente para «la vida o la integridad de las personas» (art. 381), bienes que se integran así en el ámbito de protección de la norma. Una segunda inferencia de la finalidad de la norma cuestionada tiene su origen en la catalogación expresa del tipo como de «desobediencia grave, previsto en el art. 556» CP. La punición de la desobediencia trata, por una parte, de proteger el «orden público», tal como indica el título en el que se ubica el delito”. Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 10º).

¹¹⁹⁶ Sobre ello, vid. pto. 5.1., de este capítulo.

3.- El tipo objetivo

3.1.- La conducta típica

La nueva redacción de este delito, que incluye las novedades que se han indicado precedentemente, dice así:

“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 las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”.

3.2.- Análisis de la conducta típica

En principio, ha de seguir entendiéndose, como se ha hecho tradicionalmente, que la conducta del conductor requerido por la autoridad, debe centrarse en la negativa en la realización de dichas pruebas. De esta forma, se tiene que los elementos de la estructura típica serían: primero, que la negativa sea opuesta por el sujeto que al momento de ser requerido se encuentra al mando del vehículo por un espacio público¹¹⁹⁷.

¹¹⁹⁷ Ello, implica que a pesar de verse involucrados en un accidente, los peatones, no se encuentran penalmente conminados a la realización de dichas pruebas, mismas de las que administrativamente existe obligación, según el artículo 65 letra b) parte final. En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., pág. 432; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., esp., pág. 309; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 472.

Segundo, que el requerimiento, por parte de la autoridad correspondiente, para que el conductor se someta a las pruebas, ha de realizarse de manera expresa. Es decir, por el agente en el ejercicio y dentro de sus competencias, informando además con claridad de las consecuencias jurídicas que conlleva la negativa a la realización de las pruebas¹¹⁹⁸ y la posibilidad que le asiste de un segundo examen¹¹⁹⁹.

Tercero, que la negación se verifique de manera inequívoca, sin que para ello sea necesario una manifestación oral expresa pues, como destaca CÓRDOBA, en esencia lo que se requiere es de una negativa, "...lo cual puede llevarse a cabo bien de manera expresa y formal, o bien mediante actos concluyentes (soplando sin la suficiente fuerza, por ejemplo)"¹²⁰⁰.

Ahora bien, según el propio artículo, las pruebas a que debe ser sometido el conductor son aquellas establecidas legalmente, ello implica que es tan obligatoria tanto la primera como la segunda prueba de impregnación alcohólica¹²⁰¹. Así, se ha resuelto a nivel jurisprudencial, indicando que: "...pues

¹¹⁹⁸ En este sentido, CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1712; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, ob.cit., esp., pág. 307 y más recientemente, MARTÍNEZ RUIZ Jesús, *"El delito de desobediencia a los agentes de la autoridad en el ámbito de la seguridad vial"*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, esp., pág. 242. En contra, TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1465.

¹¹⁹⁹ Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional: "...resulta oportuno recordar que, según la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional [fundamentalmente contenida en las SSTC 100, 103, 145 y 148 todas de 1985 (RTC 1985\100 , RTC 1985\103 , RTC 1985\145 y RTC 1985\148), 145/1987 (RTC 1987\145), 22/1988 (RTC 1988\22) y 5/1989 (RTC 1989\5)] sobre la llamada prueba de alcoholemia en relación con el delito tipificado en el art. 340 bis a) 1.º del Código Penal, la consideración del test alcoholométrico como prueba está supeditada a que se haya practicado con las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa". STC n.º 222/1991 de 25 de noviembre.

¹²⁰⁰ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1711.

¹²⁰¹ En doctrina, en este sentido, por todos, vid. RODRÍGUEZ RAMOS Luís, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 879. En contra, de esta interpretación, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva, *"La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts 379 y 380 del código penal"*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, esp., págs. 268-270.

entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto -dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo- podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal^{1202/1203}.

Otra cuestión relativa a este punto es la diferencia del carácter de las pruebas, dado el nivel más invasivo de éstas cuando se refieren a las sustancias prohibidas distintas del alcohol¹²⁰⁴. Éstas requieren de exámenes clínicos (sangre u orina), lo que implica una intromisión mayor que las pruebas respecto del alcohol¹²⁰⁵, de manera que el marco de garantías variará en su intensidad respecto del sujeto activo de un mismo delito, dependiendo sólo de la naturaleza de las sustancias prohibidas que haya ingerido¹²⁰⁶. Ello, en opinión

¹²⁰² Vid. STS de 22 de marzo de 2002.

¹²⁰³ Ello es así, claro está, siempre y cuando la negativa a realizarse la segunda prueba se sostenga en la persistencia sin motivo justificable. En este sentido, la AP de Barcelona ha señalado: "Cabe, en cada caso concreto, descubrir la causa concreta del resultado frustrado de los sucesivos requerimientos policiales. Sólo si se debe a la voluntad persistente (ánimo doloso) del requerido, movida del ánimo (elemento subjetivo del injusto) de obstaculizar la obtención de todo el resultado incriminatorio hacia la perpetración del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379 del Código Penal, estaremos delante de una desobediencia grave, merecedora de reprobación penal. En caso contrario es necesario no invadir el ámbito competencial administrativo". Vid. SAP de Barcelona, núm. 1026/2008 de 2 de diciembre.

¹²⁰⁴ Sobre ello, destaca QUERALT: "Conviene recordar con todo, que la Comisión Europea de Derechos Humanos declaró ya en sus decisiones 8239/1978 y 8278/1978, referidas, precisamente, a análisis sanguíneos, que *toda intervención médica compulsiva constituye una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada protegida por el art. 8 CEDH*". Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, "*Derecho penal español*", PE., ob.cit., págs. 936-937. Además, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "*Protección penal de la seguridad vial*", ob.cit., esp., págs. 352-354; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ Ignacio, "*La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*", ob.cit., esp., pág. 141.

¹²⁰⁵ Atendido ello, en opinión de MAGALDI, las referidas pruebas son de naturaleza inconstitucional, "...una intromisión coactiva en la esfera íntima o moral (análisis de orina) y aún en la integridad corporal de aquella (análisis de sangre), por lo que la obligación bajo pena de someterse a las mismas *extramuros de una causa penal* las hace devenir a mi juicio inconstitucionales". Vid. MAGALDI PATERNOSTRO María, "*El tipo del art. 380 del código penal: una propuesta interpretativa*", ob.cit., pág. 221. En contra de esta postura, el Tribunal Constitucional las cataloga expresamente como meras pericias que no afectan a los derechos consagrados en la constitución. Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997 (Fundamento 7º).

¹²⁰⁶ En este sentido, destacando el hecho de que en un caso intervendrá una autoridad judicial y en otro no, vid. CUESTA PASTOR Pablo José, "*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica*", ob.cit., esp., pág. 3.

de CÓRDOBA, ha llevado a la casi nula existencia de sentencias sobre este extremo¹²⁰⁷.

4.- El tipo subjetivo

Según se ha señalado por la doctrina mayoritaria, se trata de un delito doloso. Éste debe abarcar la obligación por parte del sujeto activo de la obligatoriedad de someterse a las pruebas a que es impelido por la autoridad correspondiente, con los requisitos formales que se han antes indicado. Este elemento subjetivo surge claramente, si se tiene en cuenta que la negativa ha de ser inequívoca, siendo para algunos necesario que sea categórica, contumaz y persistente¹²⁰⁸. Así las cosas no cabe otra posibilidad comisiva que no sea la dolosa^{1209/1210}.

¹²⁰⁷ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1711. Las dificultades sobre este extremo, sin embargo, no han de conllevar una negación del carácter legal de estas pruebas. En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 357-358.

¹²⁰⁸ En este sentido, y las sentencias que allí se indican, vid. OLMEDO CARDENETE Miguel, *“Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”*, ob.cit., esp., págs. 8-9. Respecto de esto, LASCURAÍN pone de relieve, que ello no quiere decir que esto se confunda con la exigencia subjetiva del 556, pues, se trataría de supuestos diversos. Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1046.

¹²⁰⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. CARMONA SALGADO Concepción, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, en *Derecho Penal Español*, ob.cit., pág. 806; CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., ob.cit., pág. 432; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1714; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., pág. 369; GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., pág. 305; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 380; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1046; OLMEDO CARDENETE Miguel, *“Aspectos prácticos de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código penal”*, ob.cit., esp., pág. 8; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 937; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 473; TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1466.

¹²¹⁰ Criterio que ha venido siendo corroborado por la jurisprudencia. En este sentido, recientemente, por ejemplo, se ha sentenciado: “El tipo subjetivo tan sólo admite la comisión dolosa, exigiéndose la conciencia y voluntad del conductor respecto de su oposición al cumplimiento del requerimiento efectuado”. SAP de Madrid, núm. 832/2008 de 16 diciembre.

5.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Como ya se adelantó, en este punto se concentrará nuestro estudio en el bien jurídico protegido y en la técnica de tipificación, en razón de las especiales dificultades que sobre este aspecto pueden presentarse por la nueva redacción del artículo en comento. Ello, pues como ya antes se indicó, con esta figura penal, en principio, se daría protección a dos o más bienes jurídicos, dependiendo de la postura que se tenga respecto de la seguridad vial¹²¹¹.

Ese carácter complejo, de delito pluriofensivo, del antiguo artículo 380, fue establecido expresamente por el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/1997, ya antes citada¹²¹², y fue así también interpretado por la doctrina en general¹²¹³.

Ahora bien, en virtud de la nueva redacción del precepto en análisis, se eliminó de la actual regulación penal, la referencia a la “comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior” que hacía el antiguo texto del art. 380, limitándose ahora a vincular dicha comprobación, simplemente a las tasas de alcoholemia y a la presencia de las drogas tóxicas, estupefacentes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores. A lo que debe sumarse la

¹²¹¹ En contra, destacando que este delito se dirige principalmente a la protección del principio de autoridad, vid. CUESTA PASTOR Pablo José, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica”, ob.cit., esp., págs. 2-3.

¹²¹² Vid. STC nº 161/1997 de 2 de octubre de 1997, esp., fundamento 10º.

¹²¹³ En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, “Manual de Derecho penal”, PE., ob.cit., pág. 431; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dir.), “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1712-1713; CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal supremo en la doctrina penal”, en AA.VV., Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico, Juan Saavedra (Dir.), Madrid, CGPJ, 2007, esp., pág. 161; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 30-34; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1046; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 936; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “Derecho Penal”, ob.cit., esp., pág. 753.

supresión del reenvío expreso al artículo 556 del código penal, que castigaba esta conducta como autor del delito de desobediencia grave.

En razón de lo anterior, surge ahora la razonable duda de si con la reforma llevada a cabo mediante LO. 15/2007 de 30 de noviembre, se ha alterado sólo una faceta semántica o terminológica¹²¹⁴ del referido artículo, o por el contrario, ésta ha afectado al fondo del mismo, transmutándolo a un delito monofensivo, relativo tan sólo la seguridad vial¹²¹⁵.

5.1.- De la controversia en torno a la nueva redacción del art. 383 del Código penal

Naturalmente, la cuestión no es baladí, e implica una serie de connotaciones de orden constitucional y penal en la aplicación de este precepto. Así, el primero de los casos se vincula directamente al bien jurídico protegido por esta norma, dado el carácter pluriofensivo que en el antiguo artículo 380, como ya se vio, reconociera el Tribunal Constitucional y del cual echó mano en su argumentación para sentenciar la no vulneración del principio de proporcionalidad de las penas y que ahora, suprimido el reenvío normativo al delito de desobediencia grave, resulta aún más cuestionable.

¹²¹⁴En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, *“La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 303.

¹²¹⁵ Así, MUÑOZ CONDE señala que la modificación realizada en la última reforma sobre esta materia ha dejado la figura delictiva casi en los mismos términos, salvo el hecho de independizarlo del delito de desobediencia. Vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 693. En parecido sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., págs. 354-355.

Respecto del ámbito penal, el nuevo precepto puede presentar dificultades, en cuanto puede entenderse de una interpretación literal, que los parámetros establecidos en su día por la jurisprudencia, para distinguir entre el ilícito meramente administrativo y la negativa penalmente relevante, han quedado obsoletos. De esta manera, y en el mismo orden, se analizarán estos polémicos asuntos en las líneas que siguen.

5.1.1.- Sobre la pluriofensividad y la supresión de la referencia al delito de desobediencia grave

En efecto, desde un punto de vista constitucional, la calidad de pluriofensivo de este delito y su protección de bienes jurídicos de fundamental trascendencia para el sistema social, como la vida y salud de los participantes en el tráfico rodado, además del principio de autoridad, servía de apoyatura angular para sostener que la proporcionalidad de la pena impuesta por el antiguo artículo 380, era tal¹²¹⁶, y por tanto, acorde a la Carta Magna¹²¹⁷.

Teniendo en cuenta lo anterior, si se considera que ahora este delito se ha emancipado de aquél de la desobediencia grave¹²¹⁸, independencia que por lo demás es así declarada por el propio legislador en el preámbulo de la ley que

¹²¹⁶ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA Silvia, *"El delito de negativa a someterse a las pruebas de aloholemia"*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, esp., pág. 197.

¹²¹⁷ Así, por todos, vid. JUANATEY DORADO Carmen, *"Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de Octubre, del Tribunal Constitucional"*, ob.cit., esp., págs. 1507-1510.

¹²¹⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., esp., págs. 354-355; GUTIÉRREZ ROMERO Francisco, *"Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial: unas breves consideraciones"*, ob.cit., pág. 3; MOLINA GIMENO Francisco, *"Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre"*, ob.cit., esp., pág. 7; MUÑOZ CONDE Francisco, *"Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 693; SANZ MULAS Nieves, *"Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El inmutable alejamiento del principio de lesividad penal"*, ob.cit., esp., pág. 71.

modificó este artículo¹²¹⁹, se dan, a mi juicio, las condiciones necesarias para que se presenten, otra vez, serias dudas respecto de la constitucionalidad de este precepto, particularmente en relación a su proporcionalidad.

Ello, sea que se le interprete, a pesar de la eliminación expresa, sólo como un delito de desobediencia¹²²⁰, o directamente, como parece más probable, como un delito solo contra la seguridad vial¹²²¹, ya que se daría una situación contradictoria de difícil explicación racional, al ser castigado con mayor pena éste que aquél del 379¹²²².

En efecto, la relación de mayor gravedad de este delito respecto del 379, ha sido mantenido por la reforma. De esta manera, concretamente, el artículo 379 prevé una pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Mientras el el

¹²¹⁹ Así, textualmente indica: "La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada".

¹²²⁰ De esta forma ya fue interpretado el antiguo 380, por un importante sector de la doctrina, pero ello implica reconocer la sola formalidad de éste, en una mera función fortalecedora del ámbito administrativo sancionador. En este sentido, por ejemplo, vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, ob.cit., esp., pág. 304; ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1717; TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1466.

¹²²¹ Sobre este punto cabe hacer notar que de ser interpretado así, podrá presentarse otra problemática, que aunque de menor calado, de todas formas considerable respecto de su aplicación, pues al dejar de ser considerado un delito de desobediencia, caerían también con él, los requisitos del mismo, y que en el antiguo 380 eran exigidos por parte de la jurisprudencia. En este sentido ya se ha manifestado, recientemente, la AP de Madrid, indicando que: "Por ello, en su integración, la vinculación de la desobediencia con la comprobación del estado de afectación como infracción y generación de riesgo abstracto para la seguridad vial se impone y desplaza al criterio, ya de no necesaria observancia, de obediencia y colaboración que al tipo le imprimía la suprimida remisión al delito de desobediencia genérica". Vid. SAP de Madrid, núm. 832/2008 de 16 de diciembre.

¹²²² En sentido crítico, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *"La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial"*, ob.cit., esp., pág. 355; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva, *"La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts 379 y 380 del código penal"*, ob.cit., esp., pág. 269.

actual 383 indica que el infractor será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Sobre todo, si se tiene en cuenta, que si quiere verse en este delito una conducta sólo contra la seguridad vial, tendría que aceptarse que el adelantamiento de las barreras penales es tal, que se castigaría una acción (la negativa) que por sí misma resulta imposible ponga en riesgo ese supuesto bien jurídico¹²²³, y mucho menos aún los bienes jurídicos individuales, que como aquí se ha indicado, son los verdaderamente protegidos por estos delitos¹²²⁴.

Lo anterior debe ser así comprendido, a menos que, claro está, se esté dispuesto a entender una cadena anticipatoria tal, que implique reconocer que se utiliza el principio de autoridad como instrumento para la protección de la seguridad vial, cuyo objetivo a su vez, es ser una herramienta, sólo un medio para la protección de los bienes jurídicos individuales que le subyacen, respecto de los cuales, además, se utiliza como técnica de tipificación al delito de peligro abstracto¹²²⁵. Ésto conduce, como puede verse, a una vorágine anticipatoria sin fin¹²²⁶, que reduce a los principios básicos del sistema (intervención mínima, última ratio, etc.) a meras proclamas sin contenido alguno.

¹²²³ En este sentido, por ejemplo, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva, *“La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts 379 y 380 del código penal”*, ob.cit., esp., pág. 267; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 310-311.

¹²²⁴ Así, por ejemplo, vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., esp., pág. 301.

¹²²⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. CUESTA PASTOR Pablo José, *“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica”*, ob.cit., esp., pág. 2.

¹²²⁶ Entiendo en este sentido, la postura de GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 310-311.

De esta forma, si se sostiene ahora la independencia de este ilícito de aquél de desobediencia, no resulta descabellado esperar que se reactive la polémica sobre la constitucionalidad de este precepto¹²²⁷. Ello, por cuanto dicha deriva interpretativa no hace más que fortalecer los argumentos en pro de su inconstitucionalidad que en su día se arguyeron respecto de su discutible adecuación al principio de proporcionalidad. Y es que por dicha vía, se viene a desbaratar la naturaleza compleja del precepto, base sobre la cual se sustenta, al menos respecto de este extremo, la sentencia del Tribunal Constitucional ya antes citada.

Ahora bien, a fin de evitar tal resurrección de la polémica doctrinal y jurisprudencial, lo más probable será, en mi opinión, mantener el criterio de pluriofensividad, esa identidad de delito complejo que en su día fue establecido por el Tribunal Constitucional¹²²⁸. Ello a pesar de la eliminación de la referencia expresa a la desobediencia¹²²⁹.

Así las cosas, ese mantenimiento del criterio establecido por la jurisprudencia constitucional, podrá fundarse en la naturaleza propia de este delito, como se ha indicado, y además en que a pesar de la supresión literal, el legislador mantuvo la misma redacción en cuanto a la conducta típica en sí misma (*El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas...*).

¹²²⁷ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA Silvia, *“El delito de negativa a someterse a las pruebas de aloholemia”*, ob.cit., esp., pág. 197.

¹²²⁸ En este sentido, ya ha sido interpretada por alguna jurisprudencia, indicando que: “La reforma no afecta al núcleo de la infracción, por lo que la pacífica doctrina jurisprudencial sobre su constitucionalidad no corre riesgo de sufrir alteraciones significativas ante la nueva redacción.”. SAP de Madrid, núm. 832/2008 de 16 diciembre.

¹²²⁹ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ BAUTISTA Silvia, *“El delito de negativa a someterse a las pruebas de aloholemia”*, ob.cit., esp., pág. 197.

Todo lo anterior, además, se ve reforzado, si se tiene en cuenta que se sigue asignando la misma pena que al delito de desobediencia grave¹²³⁰, sólo agregando, por ser éste un tipo específico de aquél, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años¹²³¹.

5.1.2.- Sobre el distingo de la infracción administrativa del injusto penal

Desde un punto de vista estrictamente penal, las dificultades que presenta esta norma tampoco son menores. Sobre todo, en aquello que dice relación con la distinción entre la norma administrativa y este precepto de carácter penal, que la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo número 3/1999 de 9 de diciembre, había resuelto¹²³², y que, en lo que ahora interesa, indicó:

“La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: a) la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del art. 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse

¹²³⁰ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., pág. 355; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 936.

¹²³¹ Ausencia de la antigua regulación, que afectaba a la cuestión concursal, y que ha sido saludada con beneplácito por la doctrina. Así, por ejemplo, CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 70-71; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., esp., pág. 355.

¹²³² Vid. además SS.T.S. de 22 de marzo de 2002 y de 19 de diciembre del mismo año. Sentencia que siendo importante a nivel doctrinario, ha sido, según manifiesta CORCOY, de escasa repercusión en el ámbito jurisprudencial. Vid. CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *“Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal supremo en la doctrina penal”*, ob.cit., esp., págs. 160-161.

dentro del tipo penal del art. 380 del Código Penal; y, b) dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: b.1) si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y b.2) cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2 b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial]”.

De la sentencia arriba parcialmente transcrita, queda claro que el criterio establecido por el máximo Tribunal español, consideraba que la distinción fundamental entre la infracción administrativa y este delito, estaba marcada por el hecho de que los agentes de la autoridad que realicen la prueba hayan de haber percibido, que la persona que se niega a someterse a las pruebas legalmente establecidas, conduce bajo los efectos de las sustancias tipificadas en el 379¹²³³. De no ser de esta forma, la negativa del sujeto activo no alcanzaría la relevancia penal ¹²³⁴, quedando sometido a la sanción administrativa correspondiente.

De esta manera, la conducta tipificada penalmente no se basaría en la mera sospecha de los agentes de la autoridad, caso prototípico es el de los

¹²³³ En contra de esta interpretación, pero llegando finalmente a la misma conclusión, GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 336-337.

¹²³⁴ En contra, vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1465.

controles rutinarios¹²³⁵, sino que dada la conexión específica de este delito con el 379, puesto que el antiguo 380 se refería a la “comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior”¹²³⁶, que antes de la última modificación, exigían siempre la prueba de la influencia negativa en las capacidades del conductor en cuestión, lo que implica, para este Tribunal, que dicho requisito debe también ser considerado en la aplicación de este tipo penal, en lo que vendría a ser una “interpretación material”¹²³⁷ de este precepto.

Ahora bien, teniendo en cuenta la nueva redacción de este precepto, como se ha venido insistiendo, resulta bastante más complejo sostener la interpretación que se dio al antiguo 380 respecto del nuevo 383¹²³⁸. Ello, pues, ya no hay una vinculación directa con unos hechos delictivos anteriores, sino tan sólo con la comprobación de los baremos establecidos en el ahora 379 nº 2¹²³⁹.

¹²³⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., págs. 1712-1713; ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1717; RODRÍGUEZ RAMOS Luís, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 879; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, ob.cit., esp., pág. 753.

¹²³⁶ Así, en el ámbito de Audiencias Provinciales y en este sentido, la AP de Madrid indicaba: “Si el artículo 380 CP impone al conductor que se negare a someterse a las pruebas el castigo como autor de un delito de desobediencia grave previsto en artículo 556 de este Código, se puede interpretar que el precepto (art. 380 CP) también protege el bien jurídico protegido en el tipo de desobediencia, el principio de autoridad, pero ello no excluye la seguridad del tráfico como bien jurídico protegido en el artículo 380 CP, pues no tendría sentido su concreta ubicación en el Capítulo IV referido y su específica remisión a la «comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior»”. Vid. SAP de Madrid, núm. 250/2003 de 21 de abril. En la misma línea, de la misma AP, vid. sentencias núm. 443/2002 de 10 de junio, 820/2002 de 29 de noviembre, 226/2001 de 27 de junio.

¹²³⁷ Vid. VARONA GÓMEZ Daniel, *“El Delito de Negativa a las Pruebas de Alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2.ª) de 09 de Diciembre de 1999”*, ob.cit., págs. 3-6 y en, *“El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 cp.). Tras la sentencia del TS de 9-12-1999”*, ob.cit., págs. 41-45.

¹²³⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. GARCÍA ALBERO Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal”*, ob.cit., esp., págs. 8-9, nota al pie nº 23.

¹²³⁹ En este sentido, por ejemplo, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 314-315; MOLINA GIMENO Francisco, *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, ob.cit., esp., pág. 7.

De esta forma, evidentemente, la intención legislativa en este punto es idénticamente objetivadora a la del delito de conducción bajo la influencia de las sustancias típicas indicadas, poniendo en consonancia, por tanto, la formalidad de este delito con aquél, sobre todo si se tiene en cuenta la contundente formalidad del inciso segundo de este numeral¹²⁴⁰.

Así las cosas, queda claro que la interpretación de este artículo, de la misma manera que antes de la reforma tantas veces citada, depende directamente de la postura que se tenga respecto del 379 n.º 2¹²⁴¹. De modo que, si se le considera a aquél como un delito meramente formal, indefectiblemente se ha de tener a éste por uno de la misma naturaleza¹²⁴².

Ello, por supuesto, no puede compartirse aquí, dado que se ha interpretado el 379 n.º 2 en ambos incisos, desde una perspectiva material, exigiendo en las dos hipótesis tipificadas por el legislador el, en mi opinión, ineludible requisito de la influencia negativa en la conducción, atendido que estos delitos protegen los bienes jurídicos vida y salud¹²⁴³.

Dicho elemento normativo que ha puesto de relieve la jurisprudencia ya citada, es establecido como exigencia, porque de dicha forma ha de probarse en sede judicial, la idoneidad de la conducta, en donde, dada la naturaleza de estos delitos, la seguridad vial aparece como función delimitadora de la modalidad

¹²⁴⁰ Sobre ello, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 70.

¹²⁴¹ En sentido contrario, entiendo la postura de GÓMEZ, ya que para esta autora, este delito es uno contra el principio de autoridad. Vid. GÓMEZ PAVÓN Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, ob.cit., esp., pág. 311.

¹²⁴² En contra de esta interpretación, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 336-338.

¹²⁴³ Sobre ello, vid. capítulo IV, pto. 3.3.4.

de riesgo de bienes jurídicos individuales. Bienes jurídicos que no son afectados directamente, de ahí que sea éste un delito de peligro abstracto, pero con una potencialidad lesiva real. En consecuencia, respecto del inciso primero, al no ser modificado de manera alguna, la interpretación que se ha dado al antiguo 380 puede seguir aplicándose como hasta ahora.

En lo que dice relación con el inciso segundo del nº 2 del artículo 379, y su vinculación con el precepto penal que ahora se comenta, a primera vista parece más complicado sostener lo que arriba se ha dicho. Es claro, en mi opinión, que la intención del legislador se dirigía claramente a complementar la interpretación formal del inciso referido.

Ello, pues a pesar de que en este 383 se haga referencia a “los artículos anteriores”, la mención de tasas de alcohol y de las demás sustancias prohibidas se hace sólo en este inciso segundo del nº 2¹²⁴⁴ y porque, si se considera que el legislador tiene a estas conductas como peligrosas en sí mismas, de ahí que sea más drástico con ellas imponiendo la presunción *iuris et de iure*, parece lógico, al menos desde su perspectiva, reforzar dicho delito, imponiendo el castigo por este precepto a aquellos conductores que se nieguen a realizar las pruebas, que para este inciso resultan fundamentales¹²⁴⁵, dado que la aplicación del mismo depende directamente de las referidas mediciones¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ Teniendo en cuenta este punto, CARBONELL planteaba, antes de la entrada en vigencia de la nueva regulación, que ello podía reactivar la cuestión de inconstitucionalidad en su variante de la declaración en contra de sí mismo. Afirmando, en todo caso que ello sería un error, pues no se modifica la naturaleza de las pruebas legalmente establecidas. Vid. CARBONELL MATEU Juan, “La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 71.

¹²⁴⁵ Así, por ejemplo, en el caso de un sujeto que se negó a realizar dichas pruebas, y que fue condenado conjuntamente por los delitos del art. 379 nº 2 inciso segundo y por el art. 383, la AP de Barcelona, mantuvo la condena sólo por el segundo de los delitos. Así, en lo pertinente, indicó: “Desde la entrada en vigor de la vigente reforma del art. 379 CP por LO. 15/07, de 30 de noviembre, a partir del 1-1-2008, existe un requisito de punibilidad estrictamente aritmético para los casos que se conduzca con una tasa positiva de alcohol en aire aspirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gr por litro. Sin embargo, para los supuestos en los que no existe ninguna medición, a juicio de la Sala sigue operando la misma jurisprudencia anterior a la reforma, de forma que debe

Ahora bien, lo anterior si bien explica, la verdad no justifica dicha interpretación. Con lo que, habiéndose considerado aquí, que la formalización extrema del inciso segundo del nº 2 del 379 resulta inaceptable, y habiéndose propuesto una interpretación material que intente superar la formalidad denunciada, no cabe si no entender también aquí, que siendo el inciso segundo que se viene comentando, una hipótesis que presupone que se han dado los elementos típicos necesarios que configuran el delito, resultaría absurdo que no se encuentre entre ellos como exigencia típica, el elemento esencial del mismo, que como ya se sabe, no es otro que la influencia en la conducción.

De modo que, aún reconociendo la necesidad de un análisis dogmático más detallado, lo cierto es que si se mantiene la exigencia de la influencia negativa de las sustancias establecidas para la aplicación del artículo 379, ha sostenerse la misma exigencia para la interpretación del actual 383¹²⁴⁷. Ello, además, se ve reforzado, si se tiene en cuenta la sanción de suspensión del derecho a conducir agregado por la última reforma.

acreditarse que la conducción se estaba realizando "bajo los efectos del alcohol". SAP de Barcelona, núm. 3/2009 de 2 de enero.

¹²⁴⁶ De ahí que, en este punto, resulta difícil no estar de acuerdo con ORTS cuando indica que este precepto, refiriéndose al antiguo 380, tiene por objetivo un mero reforzamiento de la norma administrativa. Vid. ORTS BERENGUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1717. En el mismo sentido, por ejemplo, GÓMEZ PAVÓN Pilar, *"El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes"*, ob.cit., pág. 304; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva, *"La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts 379 y 380 del código penal"*, ob.cit., esp., pág. 268.

¹²⁴⁷ Ahora bien, desde un punto de vista no dogmático, sino práctico, la verdad veo difícil que un sujeto que haya ingerido alcohol en tal cantidad que cumpla con los baremos impuestos, una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, no manifieste dicha ingesta, de manera que pase desapercibida para los agentes de la autoridad que realizan los controles. Pero ello no es una cuestión jurídica, sino operativa, que por tanto no desacredita la postura que aquí se defiende.

En efecto, ciertamente resultaría absurdo suspender el referido derecho a un sujeto que habiéndose negado al sometimiento de las pruebas indicadas, no haya ingerido tales sustancias¹²⁴⁸. Ello, pues evidentemente, en dicha situación nunca se habrá puesto en riesgo ni siquiera el pretendido bien jurídico colectivo seguridad vial, con lo que mucho menos la vida o integridad física de los participantes en el tráfico rodado.

De manera que, en la hipótesis arriba propuesta, sólo tendría lugar un castigo en razón de una desobediencia, y no por aplicación de este precepto, todo ello, naturalmente, sólo si se dieran las circunstancias que correspondan. De esta forma, la evitación de esta tan indeseable como absurda consecuencia jurídica, viene a demostrar la actual vigencia del requisito que aquí se ha defendido como condición *sine quanon*, de la aplicación de este art. 383.

En definitiva, es cierto que la nueva redacción del artículo 383, deja sin aplicación la interpretación literal del antiguo 380¹²⁴⁹, pero no lo es menos que el fondo y estructura de la interpretación restrictiva que de este artículo hizo el Tribunal Supremo, ha de mantenerse. No sólo en vistas de una mejor contención del afán objetivador y anticipatorio de la actual Política criminal de la seguridad vial, que en todo caso ya sería razón suficiente, sino además

¹²⁴⁸ La eliminación de esta sanción del 383, fue propuesta por GPSNV (grupo parlamentario de senadores nacionalistas vascos), aduciendo la naturaleza de delito de desobediencia de este artículo: "El precepto prevé la sanción de una conducta de mera desobediencia a un Agente de la Autoridad, pero ello no implica que el desobediente conduzca bajo la influencia del alcohol o de otras drogas. Por lo tanto, si el tipo no exige conducir bajo tales circunstancias (puede ser autor del delito un conductor desobediente sobrio), no procede imponerle una pena de privación del derecho a conducir, sólo aplicable si se hubiese conducido bajo la influencia de dichas sustancias". Vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, "*Seguridad Vial, crónica de una reforma penal*", ob.cit., pág. 92. Ello fue, como ya se sabe rechazado, en mi opinión, porque la naturaleza compleja de este delito quiso ser mantenida por el legislador.

¹²⁴⁹ Así, VARONA, ya era consciente en su día respecto de la debilidad de un argumento meramente literal. Vid. VARONA GÓMEZ Daniel, "*El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 cp.). Tras la sentencia del TS de 9-12-1999*", ob.cit., esp., pág. 42.

porque así también se desprende de una interpretación material del precepto¹²⁵⁰, como se ha demostrado de lo dicho aquí sobre este particular.

¹²⁵⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO Eva, *“La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts 379 y 380 del código penal”*, ob.cit., esp., págs. 283-284; FERNÁNDEZ BAUTISTA Silvia, *“El delito de negativa a someterse a las pruebas de aloholemia”*, ob.cit., esp., pág. 204; MARTÍNEZ RUIZ Jesús, *“El delito de desobediencia a los agentes de la autoridad en el ámbito de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 252-253; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., esp., pág. 753; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 936. En contra, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 335-337.

CAPÍTULO IX

CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR O CICLOMOTOR CON EL PERMISO SIN VIGENCIA, CON PÉRDIDA TOTAL DE PUNTOS ASIGNADOS LEGALMENTE, PRIVADOS DEL MISMO POR DECISIÓN JUDICIAL, O SIN HABERLO OBTENIDO NUNCA (art. 384)

1.- Consideraciones previas

Este nuevo delito incorporado al Código penal, está integrado por dos párrafos, segundo de los cuales entró en vigencia 6 meses después que el resto de la reforma¹²⁵¹, siendo precisamente este último uno de los que más dificultades dogmáticas, si cabe, presenta.

¹²⁵¹ Dicha vacancia legal, tenía por objetivo dar tiempo al ciudadano contumaz, que se mantenía fuera del sistema de regulación de autorizaciones administrativa para conducir, a que se incorporase al mismo. Sobre ello, vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, *"Seguridad Vial, crónica de una reforma penal"*, ob.cit., págs. 94-96.

Según se ve de la propia redacción del precepto en comento, el legislador optó por concentrar en sólo un artículo, conductas de lo más variopintas, que encuentran su nexo de unión en la conducción sin permiso y su punto de divergencia en el motivo de dicha pérdida¹²⁵². Todo ello, en otra muestra palmaria de la vigente Política criminal de la seguridad vial del Estado español, y sus características que ya latamente se ha comentado aquí¹²⁵³.

2.- El tipo objetivo

De esta colección de conductas realizada por el legislador, se desprenden tres acciones típicas que tienen por objeto el reforzamiento de la gestión de la actividad del tráfico viario. Ésto, sea para reprimir la desobediencia de la autoridad, administrativa en el primer supuesto y judicial en el segundo o, en el último caso, para otorgar tutela penal al incumplimiento de la reglamentación que impone la obtención regulada del permiso de conducción, fortaleciendo de esta manera por la vía penal el orden meramente administrativo. Así las cosas, el artículo en cuestión reza de la siguiente forma:

“El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

¹²⁵² En este sentido, vid. PRIETO GONZÁLEZ Helena, “*El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., pág. 265; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 403; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 938.

¹²⁵³ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 1.2.

Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción”.

2.1.- Conducción sin permiso por haber perdido la totalidad de los puntos asignados legalmente

2.1.1.- De la ratio legis

Esta norma se encuentra vinculada en origen, de ahí su novedad, al establecimiento del sistema de permiso de conducir por puntos¹²⁵⁴, introducido en España mediante la ley 17/2005 de 19 de julio. Este nuevo sistema de autorización administrativo para la conducción, ha implicado un giro fundamental en este ámbito pues, supone un cambio no sólo regulatorio, sino también cultural de los propios conductores.

Ello, toda vez que ya no son sometidos a la evaluación de sus capacidades y destrezas sólo al momento de la obtención del referido permiso,

¹²⁵⁴ En su momento, antes de la entrada en vigencia de la norma que ahora se analiza, CARBONELL se mostraba conforme con la misma, así indicaba que ésta era necesaria, “...es razonable considerar que el Código penal incluya un precepto en la cúspide del sistema sancionador contemplando la conducta de quien desobedece las sanciones administrativas y conduce pese a haber sido privado, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo, o con el permiso suspendido o cancelado”. Vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., pág. 71. Con semejante valoración positiva, vid. BERNAL MARTÍN Luís, “*Comentario del artículo 384 del Código penal*”, PAJA, nº 755, año XVIII, 03/07/2008, págs. 8-10; GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., págs. 305-306.

sino que ésta se mantiene a lo largo de toda la vida del sujeto como conductor y participante en el tráfico viario¹²⁵⁵.

Así las cosas, la pervivencia de la referida autorización depende de una conducción dentro de los márgenes establecidos en su regulación¹²⁵⁶. De ahí que se haya optado por la decisión político criminal de reforzar la vía administrativa, a fin de evitar que el nuevo sistema pueda verse erosionado por conductores que hagan caso omiso de los puntos retirados, pues dicha conducta incívica, se entiende por el legislador, distorsionaría gravemente el sentido y alcance de esta nueva regulación administrativa, sin que la misma pueda alcanzar los objetivos para los que fue instaurada¹²⁵⁷.

2.1.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

La técnica de tipificación utilizada por el legislador es la tradicional para estos casos: una ley penal en blanco. Habrá, por tanto, que remitirse a las normas administrativas que rigen el sistema por puntos y su pérdida para saber

¹²⁵⁵ Así, el sistema se implementa de manera que un sujeto, de haber perdido total o parcialmente los puntos del carné, éste deba realizar cursos de sensibilización para optar a un nuevo permiso. El artículo 38 nº 1, del RGDC establece: “ El titular de la autorización para conducir cuya pérdida de vigencia haya sido declarada por haber perdido la totalidad de los puntos que tuviera asignados, podrá obtener nuevamente un permiso o licencia de conducción de la misma clase de la que era titular y con la misma antigüedad, previa realización y superación con aprovechamiento de un curso de sensibilización y reeducación vial de recuperación del permiso o la licencia de conducción, y posterior superación de la prueba de control de conocimientos a que se refiere el artículo 47.2”. A estos cursos también se refiere el artículo 63 nº 7 y 8 de la LTCVMSV.

¹²⁵⁶ Así, sobre éste se dice: “El sistema de autorizaciones administrativas para conducir por puntos, es un requisito que se convierte en esencial para la pervivencia y mantenimiento de la vigencia de la autorización y los efectos que para su titular de esa autorización se desprenden. Por el que se asocia la conservación (mantenimiento) de la vigencia de la autorización a la «no pérdida total de los puntos asignados» (a la conservación de, al menos, uno de esos puntos), puntos que, al perderse por la comisión de determinadas (que no todas) infracciones graves y muy graves, establecen un baremo objetivo en cuanto a lo que debe de entenderse por un buen conductor”. Vid. FUERTES LÓPEZ Francisco, “Permiso y licencia de conducir por puntos”, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pág. 19 (cursivas en el original).

¹²⁵⁷ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., pág. 356.

cuándo se cumple el presupuesto de hecho de haber perdido la totalidad de puntos asignados legalmente¹²⁵⁸.

De ello se deriva otro elemento característico de este precepto, pues no se requiere de ninguna conducta peligrosa para la seguridad vial, ni siquiera abstracta, en el sentido de los delitos de peligro hipotético, pues el legislador da por sentado que un conductor sin puntos afectará la seguridad vial. De ahí que no cabe confusión posible, con este artículo se está ampliando la cobertura del quebrantamiento de condena ^{1259/1260}, ahora con una nueva modalidad relativa a las resoluciones de carácter administrativo¹²⁶¹. En este sentido, para QUERALT

¹²⁵⁸ Así, lo regula el RGDC, en su artículo 37: "Procedimiento para la declaración de pérdida de vigencia por la pérdida total de los puntos asignados. 1. La Jefatura Provincial de Tráfico, una vez constatada la pérdida por el titular del permiso o de la licencia de conducción de la totalidad de los puntos asignados, iniciará el procedimiento para declarar su pérdida de vigencia mediante acuerdo que contendrá una relación detallada de las resoluciones sancionadoras firmes en vía administrativa que hubieran dado lugar a la pérdida de los puntos, con indicación del número de puntos que a cada una de ellas hubiera correspondido y se le dará vista del expediente al titular de la autorización, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho acuerdo se concederá al interesado un plazo máximo de diez días para formular las alegaciones que estime conveniente. 2. Transcurrido el plazo indicado en el apartado anterior, el Jefe Provincial de Tráfico dictará resolución declarando la pérdida de vigencia del permiso o de la licencia de conducción, que se notificará al interesado en el plazo de quince días, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Declarada la pérdida de vigencia, el interesado deberá entregar el permiso o licencia de conducción en la Jefatura Provincial de Tráfico la cual, de no hacerlo, ordenará su retirada por los Agentes de la autoridad. 3. La competencia para declarar la pérdida de vigencia corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia correspondiente al domicilio del titular de la autorización".

¹²⁵⁹ En este sentido indica CUSSAC, "La reforma supone un paso de clarificación y de reforzamiento del cumplimiento de las resoluciones judiciales, pero también de las administrativas. Parece obvio que la ausencia de tutela penal hubiera debilitado considerablemente el nuevo sistema administrativo de seguridad vial, y en particular su medida estrella del "carné por puntos". Vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luís, "La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial", ob.cit., esp., págs. 305-306. En semejante sentido, vid. CARBONELL MATEU Juan, "La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial", ob.cit., pág. 72.

¹²⁶⁰ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., pág. 419; MOLINA GIMENO Francisco, "Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre", ob.cit., págs. 7-8; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., ob.cit., pág. 938; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, "Derecho Penal", ob.cit., esp., pág. 755.

¹²⁶¹ Así, se dejó claro durante la tramitación de este precepto en el Parlamento: "En nombre del Grupo Parlamentario Socialista, el señor Sáez Jubero: "En cuanto o la portavoz del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, Usted ha comentado el rechazo de alguna de las enmiendas, pero el rechazo a la enmienda número 3 tiene su motivación porque con la entrada en vigor del nuevo carné por puntos se considera fundamental incluir una sanción penal para aquellas personas que habiendo sido privadas de una autorización para conducir sigan haciéndolo aunque hayan perdido todos los puntos. Si no se incluyera esta previsión dichas conductas, que ya no tienen sanción administrativa, podrían quedar impunes". Vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, "Seguridad Vial, crónica de una reforma penal", ob.cit., pág. 96 (cursivas en el original).

se trata de una figura intermedia entre la desobediencia y el quebrantamiento de condena, que sólo propicia la confusión¹²⁶².

Qué duda cabe que medidas político criminales como la del carné por puntos son de buen recibo, a pesar de que se persista en la ya anquilosada tendencia de mantener sólo al conductor en el punto de mira de los medios de comunicación y de las políticas públicas, dejando en planos muy secundarios a otros actores relevantes en la seguridad vial¹²⁶³, que mucho tienen que hacer también por esta labor¹²⁶⁴. Los efectos de medidas como ésta han reducido la mortalidad en las carreteras españolas¹²⁶⁵, y tienden a modificar también la cultura de tolerancia ante conductas peligrosas en la conducción¹²⁶⁶.

Pero no cabe duda, tampoco, que la banalización del instrumento penal, poniéndolo al servicio de normas administrativas de cualquier orden de materias, demuestra errores político criminales de magnitud, pues con ello se

¹²⁶² Así, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., págs. 938-939. También destacando esta categoría mixta, vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., pág. 71.

¹²⁶³ Así, en este sentido indica GARCÍA ALBERO: “Todos estos y muchos otros factores se presentan como secundarios frente al “factor humano”. *Buenos y malos conductores, he ahí la clave del problema* (reducción maniquea de la complejidad)” (cursiva en el original). Vid. GARCÍA ALBERO Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, ob.cit., pág. 6.

¹²⁶⁴ Así, el artículo 63 nº 7 de la LTCVMSV dispone que: “El titular de una autorización para conducir, cuya pérdida de vigencia haya sido declarada como consecuencia de la pérdida total de los puntos asignados, podrá obtener nuevamente un permiso o licencia de conducción de la misma clase de la que era titular, transcurridos los plazos señalados en el apartado anterior, previa realización y superación con aprovechamiento de un curso de sensibilización y reeducación vial y posterior superación de las pruebas que reglamentariamente se determinen”. Sobre la naturaleza y contenidos de estos cursos, vid. FUERTES LÓPEZ Francisco, *“Permiso y licencia de conducir por puntos”*, ob.cit., págs. 33-35; TORRES FERNÁNDEZ María, *“Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado «carnet por puntos» en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad en el tráfico”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007, págs. 106-108.

¹²⁶⁵ Así, se agregaron 2 puntos a todos los conductores que han mantenido la totalidad de los puntos asignados legalmente. Téngase en cuenta que los beneficiados fueron más de 21 millones de conductores, es decir, casi el 80 % de los existentes en España. Desde la puesta en marcha del permiso por puntos, casi 50.000 conductores han perdido todos sus puntos, es decir apenas el 2 por 1.000 del censo ha agotado su crédito de puntos. Vid. http://www.cadenaser.com/espana/articulo/buenos-conductores-reciben-miercoles-puntos-extra/csrsrpor/20090701csrsmnac_2/Tes

¹²⁶⁶ En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”*, ob.cit., esp., págs. 12-13.

hace el implícito reconocimiento de que las medidas de carácter preventivo (campañas de sensibilización en general) no tienen ningún efecto, de ahí la necesidad del reforzamiento normativo penal.

Como puede verse, entonces, no existe necesidad alguna de poner en riesgo la seguridad vial, que es el supuesto bien jurídico, con lo que naturalmente, mucho menos debe haber, por abstracta que sea, una afectación de bienes jurídicos individuales, que son los realmente protegidos, al menos en teoría, por estos tipos penales. De esta forma se configura un panorama típico meramente formal ¹²⁶⁷, propio de la Política criminal, ocupada en el expansionismo punitivo, que rige en este sector¹²⁶⁸.

2.2.- Conducción sin permiso o licencia por privación cautelar o definitiva por decisión judicial

2.2.1.- De la ratio legis

El comportamiento se encuentra determinado por la conducción, que al igual que en el caso anterior ha de llevarse a cabo sin el permiso o licencia correspondiente, pero ahora, por un motivo diverso, radicado en una privación judicial, sea ésta tanto cautelar como definitiva.

¹²⁶⁷ Acertadamente QUERALT, pone de relieve una contradicción político criminal, en cuanto la pérdida o no posesión del respectivo permiso para portar armas de fuego, no trae aparejada semejante intervención penal, como en la especie. Vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, "*Derecho penal español*", PE., ob.cit., pág. 939.

¹²⁶⁸ En este sentido, vid. SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MÁLLO Alfonso, "*Derecho Penal*", ob.cit., esp., pág. 755.

Así, se expuso expresamente por el legislador en el preámbulo de la LO. 15/2007 de 30 de noviembre: “Una criticada ausencia era la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente que algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se ha considerado más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en sólo un precepto sancionador”.

2.2.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Siendo ésta una conducta de mero quebrantamiento, no requiere de una conducción peligrosa, ni siquiera antirreglamentaria en lo que se refiere a las normas de circulación, sino sólo la conducción de vehículos de motor o ciclomotor privado del referido permiso por decisión judicial, o derivada de un contencioso administrativo¹²⁶⁹.

Se ha señalado que esta norma viene a solucionar los problemas que algunos supuestos provocaban a la aplicación del art. 468 sobre quebrantamiento de condena, quedando ahora con respuesta penal no sólo el incumplimiento de las resoluciones judiciales, sino también las administrativas¹²⁷⁰. De modo que, lo que antes podía ser objeto de persecución penal por quebrantamiento de condena o desobediencia, ahora queda regulado

¹²⁶⁹ Vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., págs. 436-437; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 939; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, “Derecho Penal”, ob.cit., esp., pág. 755.

¹²⁷⁰ En sentido crítico, DE VICENTE considera no justificado que la norma proteja de la misma forma las resoluciones penales que las administrativas. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”, ob.cit., pág. 356.

en un sólo precepto, de manera de hacer más “ágil”, en palabras del legislador, la represión de estas conductas¹²⁷¹.

Como puede apreciarse, el bien jurídico seguridad vial, ni mucho menos los bienes jurídicos individuales realmente protegidos, pueden verse afectados por una de las conductas que aquí se han tipificado, quedando por tanto en presencia de un precepto penal formal que atiende a criterios de facilitación de la actividad judicial, que al resguardo directo de los bienes jurídicos supuestamente protegidos¹²⁷².

Por último, se está gestando cierta polémica en cuanto a cómo coordinar la incorporación que se ha hecho de un párrafo tercero al artículo 47 del Código penal, por la última reforma sobre este particular. Así se agregó: “Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente”. Resulta evidente que hubiese sido aconsejable remitir en el 384 al referido artículo 47, y de esta forma evitar las dudas en torno a su aplicación¹²⁷³.

¹²⁷¹ Vid. en sentido favorable a esta decisión político criminal, vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 305. En semejante sentido, vid. CARBONELL MATEU Juan, “*La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial*”, ob.cit., pág. 71.

¹²⁷² En este sentido, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “*La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial*”, ob.cit., págs. 356-357; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 938.

¹²⁷³ Se ha criticado también, el que no se incluyera una prohibición de obtener otro permiso durante el cumplimiento de la condena, aunque, como es lógico, sólo podrá utilizarse una vez cumplida ésta. O que no se haya fijado un tiempo posterior a la condena que prohíba obtener un nuevo permiso. Así, respectivamente, vid. MOLINA GIMENO Francisco, “*Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal*”, ob.cit., pág. 4 y en, del mismo, “*Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre*”, ob.cit., pág. 2 y, QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 939.

La cuestión surge a raíz de determinar cuál sería el supuesto en que se encontraría un sujeto que habiendo sido condenado a más de dos años de privación del permiso de conducir y perdiendo la vigencia del mismo por aplicación del referido artículo, una vez cumplida su condena pero sin haber obtenido un nuevo permiso, realiza una conducción de vehículo de motor.

Evidentemente no podrá ser autor del delito que veremos a continuación, porque aquél requiere que no lo haya obtenido nunca. Ni tampoco en los supuestos del inciso primero del párrafo segundo, puesto que ellos presuponen una condena aún no cumplida¹²⁷⁴. De modo que sólo nos quedaría entender que en estos casos, debe aplicarse el párrafo primero del 384, interpretando que al ser privado del permiso de conducir por una sentencia, ha perdido también los puntos asignados legalmente¹²⁷⁵ como efecto de dicha condena¹²⁷⁶.

¹²⁷⁴ En sentido contrario, MOLINA entiende que ha de entenderse la aplicación de este párrafo y no el que aquí se propone, pues indica que ha de equipararse lo establecido en el 47 a la "decisión judicial" que señala el 384, vid. MOLINA GIMENO Francisco, "Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal", ob.cit., pág. 4 y en, del mismo, "Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre", ob.cit., pág. 4.

¹²⁷⁵ Así, se manifiesta TORRES, indicando que: "En ese sentido, la condena penal a la privación del derecho de conducir se convierte en el tercer supuesto legal en el cual es precisa la realización de un curso de reeducación vial, junto a los otros dos de pérdida total o parcial del saldo de puntos". Vid. TORRES FERNÁNDEZ María, "Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado «carnet por puntos» en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad en el tráfico", ob.cit., págs. 102-103 (cursivas en el original).

¹²⁷⁶ En este sentido, vid. BERNAL MARTÍN Luís, "Comentario del artículo 384 del Código penal", ob.cit., págs. 9-10. Otra posible incoherencia político criminal de este precepto lo plantea GARCÍA DE BLANCO, que entiende que el ejercicio del derecho fundamental a la jurisdicción dejaría en peor pie al que lo ejerza que a quien no, puesto que un sujeto que conduce estando afecto a una suspensión temporal de hasta tres meses, sin que su saldo de puntos haya quedado en cero, no cometería este delito, y sí quien recurra a la sanción administrativa, y obtenga una sanción en contra. Vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., pág. 441.

2.3.- Conducción de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción

2.3.1.- De la ratio legis

Esta conducta no había sido incorporada en origen al cuerpo de la ley que reformaría estos ilícitos, y no lo fue sino hasta su última tramitación¹²⁷⁷. Ello, en mi opinión, puesto que la misma conducta había sido derogada como delito, en razón de su absoluta carencia de injusto penal, con lo que resultaba bastante contradictorio que ahora se la tipificara nuevamente¹²⁷⁸.

Ahora bien, el no incluir esta norma también cargaba con el lastre de una paradoja político criminal, puesto que se sancionaría penalmente a aquellos que habiendo obtenido el referido permiso lo hayan perdido, lo que se traducía en un agravio comparativo respecto de aquellos que nunca han obtenido la habilitación administrativa, puesto que estos últimos quedaban excluidos de la persecución penal, cuestión que la doctrina se encargó de poner de relieve. Así, por ejemplo, CARBONELL calificaba de escandalosa la tipificación de quien conduce con el carné suspendido, mientras permanece impune la conducción por parte de quien nunca lo obtuvo¹²⁷⁹.

¹²⁷⁷ Sobre ello, vid. PRIETO GONZÁLEZ Helena, *“El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”*, ob.cit., págs. 251-253; RODRÍGUEZ LEÓN Luís, *“Seguridad Vial, crónica de una reforma penal”*, ob.cit., págs. 96-97.

¹²⁷⁸ En este sentido lo fundamentaba LUZÓN, pues se trataría siempre de sujetos que no cumplen una resolución, diferenciándose, por tanto de la norma derogada. Así, indicaba: “No guarda por tanto relación con el viejo delito de conducción sin permiso (ilícito puramente formal de quien podía ser un buen conductor y no cometer infracciones pese a no haber obtenido el permiso), suprimido hace más de veinte años en el CP anterior”. Vid. LUZÓN PEÑA Diego-Manuel, *“Posibles reformas de los delitos de circulación”*, ob.cit., pág. 35.

¹²⁷⁹ Vid. CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., pág. 72. En este sentido, también DE VICENTE indicaba: “Sin embargo, ello va a provocar algunas contradicciones arduamente explicables y difícilmente justificables como el considerar de mejor condición a quien no ha obtenido el permiso y conduce -hecho constitutivo de una mera infracción administrativa- que a quien lo ha obtenido y se le ha retirado en cuyo caso será perseguido penalmente”. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad”*.

Atendida, seguramente, dicha paradoja normativa, el legislador se decidió finalmente a introducir esta vieja figura penal, consistente en la mera conducción sin la autorización administrativa correspondiente, de manera de superar la incoherencia que denunció parte de la doctrina.

2.3.2.- Correlación de la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

Es de sobra conocida la existencia pretérita de tal norma, que fue derogada por Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio, derogación acogida con beneplácito por la doctrina y demás actores jurídicos. La exposición de motivos de dicha ley derogatoria expresaba que su supresión se justificaba en cuanto “...los medios forenses y doctrinales no han podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo”¹²⁸⁰. Puede verse claramente entonces que esta parte final del párrafo segundo es un paso atrás, un ilícito puramente formal, un delito de simple desobediencia¹²⁸¹.

vial”, ob.cit., pág. 356. De igual forma, vid. GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, “*La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 306. Con posterioridad a la entrada en vigencia, también se muestra a favor PRIETO, aduciendo argumentos de índole práctico relativos a la inoperancia de la sanción administrativa en este caso. Vid. PRIETO GONZÁLEZ Helena, “*El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 254.

¹²⁸⁰ Así, indicaba GARCÍA ARÁN sobre la normativa antes derogada, pero por las razones que se han indicado aplicables otra vez, que la eliminación de esta conducta del catálogo penal, era una decisión coherente con el principio de intervención mínima, en la medida que esta acción no conlleva la afectación del bien jurídico. Vid. GARCÍA ARÁN Mercedes, “*Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol*”, ob.cit., págs. 53-54.

¹²⁸¹ En este sentido, vid. DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA Emilio, “*Diálogo Jurídico sobre Derecho penal y seguridad vial*”, ob.cit., esp., pág. 54.

Sin embargo lo anterior, y sus sólidas justificaciones jurídicas y político criminales, la última reforma ha revivido ese viejo ilícito administrativo¹²⁸², para darle otra vez el carácter penal tan, y justamente, criticado¹²⁸³.

La conducta incriminada se refiere al mero hecho de conducir por vía pública, vehículos de motor o ciclomotores, sin haber obtenido el correspondiente permiso. De esta forma, el legislador pretende que la sola ausencia de la licencia para conducir sea ya, y por sí misma, suficiente para colmar las exigencias del tipo penal, sin que resulte relevante que en la práctica, el sujeto tenga los conocimientos necesarios para llevar a cabo una conducción segura.

Para ponderar el grado de absurdo que implica esta pretensión político criminal, resulta conveniente traer a colación la jurisprudencia, por cierto escasa, referente a los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, que como se sabe, comparten título del Código penal con estos delitos. Así, en el caso de una mujer que sin la licencia pertinente para la supervisión y manipulación de maquinaria e instrumentos radioactivos, realizó labores en esta área, la AP de Cádiz, confirmó la sentencia de primera instancia que dispuso el sobreseimiento provisional y archivo de la causa.

¹²⁸² Esta conducta se encuentra tipificada ya desde la Ley 122/1962 de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor y fue posteriormente incorporada en el artículo 340 bis.c) del entonces vigente Código Penal por la Ley 3/1967, de 8 de abril, ello, hasta la derogación a la que ya se aludió.

¹²⁸³ Así, en este sentido, muy crítico DE TOLEDO Y UBIETO señala: "En respuesta a la cuestión planteada, resulta pertinente formular aquí otra pregunta: ¿cuál es objeto de protección de esta hipotética nueva norma penal? Desde luego, si quien guía un vehículo sin el permiso administrativo para hacerlo es alguien que posee, al menos, los mismos conocimientos y destrezas que el peor de los dotados de los unos o de las otras, o de los unos y las otras, pero que, a diferencia del primero, resulta ser ostentador de tal permiso, parece evidente que la contestación debe ser que lo amparado es la actividad comercial que desempeñan las entidades y personas encargadas de transmitirlos y proporcionarlas. Y, siquiera fuera porque -entre otros factores- el índice de siniestralidad que existe en las vías públicas no permite afirmar el éxito o la durabilidad del éxito de estas operaciones, no parece que sea la ley penal la que deba encargarse de semejante protección jurídico-pública". Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Emilio, "Encuesta", en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 113.

Ello, en razón de, y en esto se vincula con el tema que aquí se trata, que por no tratarse del ámbito administrativo, “la simple falta de licencia no puede contener toda la tipificación”. Así, y a mayor abundamiento, el Tribunal expresa: “En todo caso, aunque Isabel no dispusiera de la documentación administrativa, ya había recibido las enseñanzas precisas para ejercer la labor... no hay en principio falta de idoneidad para ejercer la función a que el título habilita, la cual se ostenta desde que se dispone de los conocimientos necesarios”. SAP de Cádiz, núm. 192815/2004 de 31 de mayo.

Así, y desde luego compartiendo el razonamiento jurídico del mencionado Tribunal, es verdaderamente difícil comprender cómo, en una actividad que evidentemente implica mayores riesgos que conducir un coche (catastróficos según el Código), el tipo penal no se colme sólo con la ausencia de licencia y ésto sí suceda en el ámbito de la seguridad vial. Todo ello, naturalmente, no viene sino a dejar en evidencia el completo despropósito de la norma penal que aquí se estudia.

De manera que, por tanto, no tiene que realizarse una conducción peligrosa, ni siquiera antirreglamentaria en lo que se refiere a las normas de circulación, que no sea, desde luego, aquella que viene a castigar este tipo penal. En definitiva, las exigencias del tipo, comienzan y acaban en la falta del permiso administrativo correspondiente para conducir, lo que sin lugar a dudas deja patente que la única intención político criminal de la incriminación de esta conducta es el reforzamiento de la gestión administrativa.

Con respecto al lugar de comisión, y sin perjuicio de que no se exponga expresamente en la descripción típica, ha de entenderse necesariamente que

éste será cometido sólo si dicha conducción se lleva a cabo en la vía pública, entendiéndose por tal lo mismo que se dijo en su momento como un elemento común¹²⁸⁴, dado que de otra manera no tendría relevancia penal¹²⁸⁵.

Lo anterior, resulta lógico atendido que, a pesar de su formalidad, el bien jurídico protegido ha de tener algún papel, por débil que sea, sobre todo si se entiende como aquí, a la seguridad vial, con función delimitadora de la modalidad de riesgo de bienes jurídicos individuales.

De ahí que, a pesar de que en su antecesor derogado este requisito del ámbito espacial se encontraba expresamente establecido¹²⁸⁶, no puede, en mi opinión, aducirse ello como argumento contrario sensu de lo que pretendió el legislador, pues, si ya no existe afectación del bien jurídico, incluida la limitación a las vías públicas, qué sentido tendría en relación con el principio de ofensividad extender aún más el radio de aplicación de este delito.

Las ya también viejas críticas al precepto derogado, resucitan también con él. Esa conducta por sí misma es imposible afecte al bien jurídico protegido, seguridad vial, y aún menos a los bienes jurídicos realmente protegidos como son la vida y la salud de las personas¹²⁸⁷. Siendo por tanto un ilícito que no

¹²⁸⁴ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.3.

¹²⁸⁵ En este sentido, respecto del antiguo 340 bis c), por ejemplo, CÓRDOBA RODA Juan, *“Comentarios al código penal”*, T. III, ob.cit., págs. 1281-1283.

¹²⁸⁶ Así, indicaba el artículo 340 bis. c): “Será castigado con pena de multa de 10.000 a 50.000 pesetas el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso”.

¹²⁸⁷ Sin embargo, PRIETO logra atisbar una afectación a los referidos bienes jurídicos individuales, dado que la obligación de la obtención del permiso se fundamenta en la peligrosidad inherente a esta actividad, que pone en peligro esos bienes jurídicos. Vid. PRIETO GONZÁLEZ Helena, *“El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 269. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU Juan, *“La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 72. El argumentario indicado, evidentemente aquí no puede compartirse, pues supone una legitimación del tipo en cuestión, basado en una cadena de presunciones que requieren

debería sobrepasar el ámbito administrativo¹²⁸⁸, debido a su inherente y sólida formalidad¹²⁸⁹.

3.- El tipo subjetivo

Dadas las características ya referidas sobre este artículo, en sus diferentes variantes comisivas, no puede entenderse otra cosa, si se quiere limitar en algo esta reacción penal excesiva, que como un tipo legal doloso, el dolo debe abarcar todos los extremos objetivos analizados¹²⁹⁰.

de un ejercicio de imaginación que, además de agotador, se encuentra vedado por los principios más básicos del Derecho penal, que por lo demás ha de imputar un hecho específico a un sujeto concreto.

¹²⁸⁸ Donde, por cierto, ya se encuentra sancionado como infracción muy grave, en el artículo 65 nº 5, letra j.) de la LTCVMS, que además en su artículo 67 nº1, impone la imposibilidad de obtener el permiso. Así dice: “En el supuesto de la infracción contemplada en el párrafo j), la conducción de un vehículo sin ser titular de la autorización administrativa correspondiente, la sanción que se imponga llevará aparejada la imposibilidad de obtener el permiso o la licencia durante dos años”.

¹²⁸⁹ Dejando clara la intención de esta modificación, indicaba el Ministro del Interior, señor Rubalcaba, el propósito del gobierno: “Destacaban algunos de los portavoces parlamentarios —he oído al señor Mardones y también al señor Jane— el carácter preventivo o disuasorio que tiene toda norma penal. Yo quiero hacerlo hoy aquí en esta tribuna explicando una vez más que tratamos con esta ley de que los ciudadanos no conduzcan sin carné —algo que va a mejorar, por cierto, la eficacia del carné por puntos”. Vid. RODRÍGUEZ LEÓN Luís, “*Seguridad Vial, crónica de una reforma penal*”, ob.cit., esp., págs. 76-77.

¹²⁹⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. BERNAL MARTÍN Luís, “*Comentario del artículo 384 del Código penal*”, ob.cit., pág. 4; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “*Protección penal de la seguridad vial*”, ob.cit., pág. 467; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “*Derecho penal español*”, PE., ob.cit., pág. 939.

CAPÍTULO X

EL DELITO DE CREACIÓN DE GRAVE RIESGO PARA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO (art. 385)

1.- Consideraciones previas

La última reforma operada en este ámbito de ilícitos penales, no afectó mayormente a este delito, salvo en cuestiones de carácter más bien superficial, como en su ubicación (antiguo 382), en la agregación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y sutilmente en la redacción de la conducta típica, como se verá en su momento. La “cesantía legal”¹²⁹¹, en palabras de GONZÁLEZ RUS, en que se ha mantenido a este precepto penal por parte de los operadores jurídicos, explica, seguramente, el igualmente escaso interés que ha presentado el mismo para el legislador.

¹²⁹¹ Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, *“Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)”*, ob.cit., pág. 359. En el mismo sentido, por ejemplo, DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, ob.cit., págs. 357-358.

Dicha apatía político criminal no es nueva, sino característica del legislador de todas las épocas pues, sin más que variaciones de menor entidad, viene siendo casi el mismo desde su incorporación como tipo penal en 1967¹²⁹².

Respecto de los elementos comunes a todos los delitos aquí estudiados, ha de hacerse la salvedad que en este precepto el sujeto activo no requiere ser un conductor, ni está vinculado a la conducta de conducir¹²⁹³. El lugar de comisión ha de ser el mismo; vía pública.

Sin embargo de que exista controversia también en este punto, sobre lo que debe entenderse por ésta, aquí se mantienen los criterios que se indicaron en su momento¹²⁹⁴, descartando por tanto las privadas que no sean asimilables, en el sentido ya expuesto, dada la función delimitadora del riesgo que aquí se entiende cumple la seguridad vial respecto de los bienes jurídicos individuales que se protegen, también, por estos delitos.

¹²⁹² Así, desde esa fecha y superando el cambio de código de 1995, el artículo en cuestión sigue fundamentalmente idéntico. Salvo modificación en la pena por la LO. 15/2003 de 25 de noviembre, que dispuso: "Se modifica el párrafo inicial del artículo 382, en los siguientes términos: Centésimo trigésimo quinto. «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas". Sobre ello, por ejemplo, vid. CARPIO BRIZ David, "Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico", ob.cit., esp., págs. 210-211; MOLINA GIMENO Francisco, "Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre", ob.cit., pág. 14; GONZÁLEZ CUSSAC José Luis, "La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial", ob.cit., pág. 307; GONZÁLEZ RUS Juan, "Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)", ob.cit., págs. 356-357; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., págs. 479-480; MORILLAS CUEVA Lorenzo, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., esp., págs. 173-174.

¹²⁹³ Esta circunstancia, lleva a GONZÁLEZ a estimar que por vía del n° 2 de este precepto podría hacerse efectiva la responsabilidad penal de las autoridades administrativas encargadas del mantenimiento de la red vial, sin que, como el mismo autor reconoce, haya tenido acogida esta propuesta interpretativa. Así, indica: "Personalmente no comparto este punto de vista. Por el contrario, creo que no sería nada impertinente que, junto con el de los conductores, se estimulara también, con medios semejantes a los que se emplean con los demás ciudadanos, el celo de las autoridades y funcionarios públicos encargados legalmente de garantizar la seguridad de la red viaria, cuya pasividad puede estar en ocasiones detrás de algunas condiciones de peligro y hasta de graves accidentes". Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, "Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)", ob.cit., pág. 357.

¹²⁹⁴ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 4.3.

Como ya es un lugar común, pero no por ello menos verdadero, las conductas tipificadas en este artículo, han sido también poco estudiadas por la doctrina. Su poca aplicación práctica por los tribunales sea quizá un motivo para ello. Pero lo cierto es que para completar el estudio de este ámbito penal, es obligado analizarlo también. Para ello, se aplicará el mismo método que hasta ahora, salvo en lo que no resulte necesario.

2.- El tipo objetivo

Así las cosas, el precepto penal que ahora se estudia, establece dos numerales en los que se diferencia una actuación comisiva (nº 1) y una omisiva (nº 2), que además son estrictamente alternativas¹²⁹⁵, a las que une el elemento nuclear de esta figura que es el originar un grave riesgo para la circulación. De esta forma el artículo señala que:

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

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

¹²⁹⁵ En este sentido, por ejemplo, CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *Manual de Derecho penal*, PE., ob.cit., pág. 436; CARPIO BRIZ David, *Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico*, ob.cit., págs. 219-220; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *Derecho Penal de la Circulación*, ob.cit., pág. 425; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *Protección penal de la seguridad vial*, ob.cit., págs. 507-508; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Delitos Contra la Seguridad del Tráfico*, ob.cit., pág. 733; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., pág. 281; MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho Penal*, PE., ob.cit., pág. 692; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAILLO Alfonso, *Derecho Penal*, ob.cit., esp., pág. 757.

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

2.1.- Originar un grave riesgo para la circulación mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutando, sustrayendo o anulando la señalización o cualquier otro medio.

Como ya se dijo, las modalidades comisivas necesariamente han de poner en grave riesgo la seguridad de la circulación¹²⁹⁶. Aquí se modificó este precepto sustrayendo de la redacción, por innecesario, la referencia de “alterar la seguridad del tráfico” puesto que éste es un efecto que necesariamente ha de darse, pues si no, no se cumpliría con el tipo que exige la puesta en riesgo grave¹²⁹⁷.

El comportamiento consiste en originar el referido riesgo mediante la colocación en la vía pública de cualquier obstáculo por cualquier medio. La enumeración de los obstáculos se da sólo por vía de ejemplo, ya que el núcleo de la conducta prohibida se refiere a la puesta en riesgo, de manera que lo importante no son los medios, sino el fin¹²⁹⁸. Bien indicaba BUSTOS que éste es

¹²⁹⁶ Pues éste es el núcleo esencial del tipo. En este sentido, por todos, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., págs. 251-252.

¹²⁹⁷ Sobre esta modificación, GUTIÉRREZ cree que se trata de una ampliación del tipo que ahora incluiría la responsabilidad, por ejemplo, de quienes han diseñado una carretera, respecto de sus puntos negros. Vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 479-480.

¹²⁹⁸ Así, el objetivo de esta norma está dirigido a punir conductas que afecten gravemente la seguridad de la circulación, quedando claro que en este caso el fin predomina por sobre los medios. Ello, de todas formas, restringe la aplicación del tipo penal. En este sentido la SAP de Cádiz, núm. 103/2007 de 28 de marzo, destaca que: “El viandante que se mete en

el requisito determinante y conforme al cual ha de observarse también la expresión «cualquier otro medio»¹²⁹⁹ con que el legislador cierra este numeral y al mismo tiempo abre el tipo a otras modalidades comisivas¹³⁰⁰.

Respecto de las conductas en sí, debe decirse que el elemento esencial de la primera de las indicadas es que sea “imprevisible”, lo que supone necesariamente que éste no sea esperable en circunstancias normales en la que un conductor medianamente diligente¹³⁰¹, cumpliendo con su obligación de estar atento a las condiciones del tráfico¹³⁰² se vea sorprendido¹³⁰³. Ello lleva a los tribunales a fundamentar sus sentencias en la situación concreta y sus condiciones específicas¹³⁰⁴.

una carretera puede en ciertos casos poner en peligro la circulación y cometer el delito del artículo 382 del Código Penal. Pero está claro que no basta con invadir indebidamente el carril destinado a los vehículos para cometer ese delito, pues en ese caso bastaría cualquier con cruzar la calle o una carretera cuando o por donde no se debe para incurrir en la conducta criminal, y no es ese el fin de la Ley”. Ello no quiere decir que el cuerpo humano no pueda ser considerado a la hora de aplicar este precepto, sino que tiene que ver con el resultado de peligro grave para la circulación. Así, por ejemplo, la SAP de Zaragoza núm. 103/2001 de 10 de abril, que condenó a unos sujetos que “toreaban” autos en la carretera, que el tribunal consideró creaban este grave peligro para la circulación.

¹²⁹⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, “Manual de Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 252.

¹³⁰⁰ Criticando la mala técnica legislativa y el haber desaprovechado la oportunidad de eliminar la cláusula abierta que establece este precepto, vid. QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 939.

¹³⁰¹ Sobre este punto se ha provocado incertidumbre respecto de considerar o no a un vehículo estacionado en un carril de circulación de manera indebida. Negando esta hipótesis como comisiva de este delito, por ejemplo, vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., págs. 1723-1724; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 428; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1048; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, “Manual de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 473. En contra, por ejemplo, vid. CARPIO BRIZ David, “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”, ob.cit., pág. 221; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., pág. 488.

¹³⁰² Obligación que se establece en la LTCVMSV, artículo 11 n° 1: “Los conductores deberán estar en todo momento en condiciones de controlar sus vehículos. Al aproximarse a otros usuarios de la vía, deberán adoptar las precauciones necesarias para su seguridad, especialmente cuando se trate de niños, ancianos, personas ciegas o en general personas con discapacidad y con problemas de movilidad”.

¹³⁰³ En este sentido, vid. CARMONA SALGADO Concepción, “Delitos contra la Seguridad del Tráfico”, en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 811; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1723; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., pág. 428; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 486-487; ORTS BERENGUER Enrique, “Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 829; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., pág. 940.

¹³⁰⁴ Así, por todos, en este sentido expresa GONZÁLEZ: “Por eso, para poder apreciar la gravedad de riesgo es necesario que en la sentencia se detallen las condiciones tanto de la causa de la alteración de la seguridad de la vía como de las condiciones del lugar y del momento. Ello impide apreciar el delito cuando en la sentencia no se mencionan las

El derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables (aceite, gasolina, etc...) requiere, normativamente, que sea en una cantidad significativa, en grado tal que origine un grave riesgo para la circulación, que de otro modo no cabría en este precepto, pues atiende a la provocación de “patinazos” o incendios¹³⁰⁵. La última de las conductas descritas, aunque genérica, expresamente por el legislador se refiere a la mutación, sustracción o anulación de la señalización vial, siendo la segunda y tercera de las conductas aquí reseñadas, una agregación de la última reforma¹³⁰⁶.

Esta conducta no ha de referirse necesariamente, dado el tenor literal del precepto, a señalización fija, como discos stops, semáforos, o demás, sino que lo relevante penalmente hablando es que estas acciones provoquen un grave riesgo para la circulación, de lo que se desprende de forma correlativa, que estas señales han de servir a la seguridad de la circulación, y no aquellas destinadas a otros fines (como la comodidad u orientación de los automovilistas)¹³⁰⁷.

características específicas de la vía, la entidad del espacio ocupado por los objetos arrojados y las condiciones de visibilidad del lugar, lo que impide calibrar si el riesgo circulatorio tiene la significación precisa para ser calificado de grave”. Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, *“Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art 382 cp)”*, ob.cit., pág. 365.

¹³⁰⁵ En este sentido, por ejemplo, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., pág. 429; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., pág. 489. ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 829.

¹³⁰⁶ Lo que se ha considerado como positivo, sin perjuicio de ser conducta ya subsumidas en la redacción anterior por la doctrina y jurisprudencia. Así, por ejemplo, CARPIO BRIZ David, *“Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”*, ob.cit., pág. 224.

¹³⁰⁷ En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., ob.cit., pág. 436; CARPIO BRIZ David, *“Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”*, ob.cit., pág. 255; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., págs. 429-430; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 489-490; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *“Manual de Derecho Penal”*, ob.cit., pág. 476; ORTS BERENGUER Enrique, *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 830.

Respecto del último de los supuestos, que en verdad es una cláusula abierta, de “cualquier otro medio”, ha de indicarse que éstos deben ser semejantes en cuanto a que sean potencialmente provocadores de originar un grave riesgo en la circulación, sin que sea necesario que éstos guarden alguna relación con las formas comisivas en sí mismas expresamente descritas por el legislador¹³⁰⁸, perspectiva que en general también ha sido acogida por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SAP de Córdoba núm. 282/2008 de 11 de noviembre, que enmarca en este precepto la conducta de lanzar piedras sobre vehículos que pasan por la carretera, o ya antes la AP de Barcelona, en sentencia núm. 276/2005 de 1 de marzo, en la que confirmó la condena por este delito, a un sujeto que lanzó desde un auto en movimiento una maquina de escribir a la calzada, por considerar que se provocó un grave peligro para la circulación¹³⁰⁹. Como puede verse, el núcleo de la conducta, antes que en las formas comisivas, radica en la gravedad del riesgo generado, por estrafalaria que sea la comisión del mismo.

Ello, si bien puede ser criticado desde una perspectiva que considere el principio de taxatividad penal^{1310/1311}, que aquí también se comparte, no puede

¹³⁰⁸ En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, “Manual de Derecho penal”, PE., ob.cit., pág. 436; CARPIO BRIZ David, “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”, ob.cit., pág. 229; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, “Protección penal de la seguridad vial”, ob.cit., esp., págs. 490-491; LERMA GALLEGUO Irene, “Delitos de Tráfico y Prevención General”, ob.cit., pág. 154; LORENZO SALGADO José, “Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1005; ORTS BERENGUER Enrique, “Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 830; QUERALT JIMÉNEZ Joan, “Derecho penal español”, PE., ob.cit., págs. 939-940; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, “Manual de Derecho Penal”, ob.cit., pág. 476.

¹³⁰⁹ En la misma línea interpretativa, por ejemplo, vid. SAP de Barcelona de 21 de noviembre de 2006, SAP de Madrid, núm. 145/2005 de 27 de septiembre.

¹³¹⁰ Así, por ejemplo, CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1723; MUÑOZ CONDE Francisco, “Derecho Penal”, PE., ob.cit., pág. 691.

¹³¹¹ Aludiendo alternativamente a la necesidad de analogía con los supuestos expresos del tipo, es decir tanto a su dinámica comisiva como a su potencialidad lesiva, vid. DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, “Derecho Penal de la Circulación”, ob.cit., págs. 429-430; TAMARIT SUMALLA Josep María, “Delitos contra la seguridad del tráfico”, ob.cit., pág. 1472.

hacernos perder de vista que el elemento normativo común es la afectación grave de la circulación, de ahí que la restricción a la aplicación de este tipo ha de pasar por la exigencia de la referida gravedad, antes que la de una similitud formal, de semejanza con alguna de las conductas que por vía de ejemplo expone el tipo en cuestión¹³¹².

2.2.- Originar un grave riesgo para la circulación no restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo

Este punto del precepto que ahora se analiza, ha traído aparejada una serie de discusiones doctrinales, cuya fuente se encuentra en la naturaleza de la omisión que ha establecido el legislador. Ahora bien, antes de entrar en ello, es recomendable partir de una descripción, de la que se desprende que la obligación establecida por la norma se refiere al restablecimiento de la seguridad, lo que necesariamente implica una conducta anterior que haya afectado, además gravemente, a la misma¹³¹³.

Según la RAE, ha de entenderse por dicho verbo rector, el volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía¹³¹⁴. De ello se entiende que hay una conducta precedente que ha puesto en riesgo grave la seguridad de la circulación. Así las cosas, dado que el sujeto activo de este delito se encuentra

¹³¹² Así, en este sentido, por todos, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., págs. 251-252.

¹³¹³ Lo que se desprende de la propia redacción, en este sentido, por ejemplo, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *“Manual de Derecho Penal”*, PE., ob.cit., págs. 252-253; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1724; LERMA GALLEGO Irene, *“Delitos de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., pág. 155; MUÑOZ CONDE Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., ob.cit., pág. 692. En contra, ofreciendo una acepción más amplia de restablecimiento, para incluir a las autoridades encargadas de la red vial, vid. GONZÁLEZ RUS Juan, *“Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)”*, ob.cit., págs. 378-379.

¹³¹⁴ Vid. www.rae.es. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=acoger

en obligación de actuar, se trata de un delito de comisión por omisión¹³¹⁵, en el que se está obligado a restablecer la seguridad de la circulación, que en el caso de no realizarse, el mentado restablecimiento, se genere una grave afectación a la seguridad que aquí se trata¹³¹⁶.

Cierto es que, como se plantea en doctrina, estos delitos requieren de un resultado respecto del cual hay una falta de evitación, cuestión que en la especie no se daría puesto que se trata de un delito de peligro abstracto¹³¹⁷, respecto, claro está según aquí se ha mantenido, de los bienes jurídicos individuales de los participantes en el tráfico rodado¹³¹⁸. De modo que, es sumamente difícil salvar la tesis que el legislador nos expone, por ello, he de concordar con GUTIÉRREZ, que en este caso existe una suerte de mixtura en la que por una parte se contienen las características de una omisión comisiva, pero sin resultado¹³¹⁹.

Ahora bien, otro punto candente de la polémica doctrinal está referido a la cuestión de si aquél sujeto, que realizando alguna de las conductas activas

¹³¹⁵ En contra, partidarios de la omisión pura, por ejemplo, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *Manual de Derecho penal*, PE., ob.cit., pág. 436; CARMONA SALGADO Concepción, *Delitos contra la Seguridad del Tráfico*, en *Derecho Penal Español*, ob.cit., pág. 812; GONZÁLEZ RUS Juan, *Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art 382 cp)*, ob.cit., pág. 377.

¹³¹⁶ En este sentido, por ejemplo, CARPIO BRIZ David, *Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico*, ob.cit., pág. 237; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *Derecho Penal de la Circulación*, ob.cit., pág. 431; LERMA GALLEGO Irene, *Delitos de Tráfico y Prevención General*, ob.cit., pág. 155; LORENZO SALGADO José, *Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., págs. 1005-1006; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Delitos Contra la Seguridad del Tráfico*, ob.cit., pág. 734; MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho Penal*, PE., ob.cit., pág. 692; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *Derecho penal español*, PE., ob.cit., pág. 940; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *Manual de Derecho Penal*, ob.cit., pág. 476; TAMARIT SUMALLA Josep María, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., pág. 1472.

¹³¹⁷ De esta opinión, expresamente, GONZÁLEZ RUS Juan, *Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)*, ob.cit., pág. 377.

¹³¹⁸ Si se tiene por bien jurídico a la seguridad vial como uno colectivo, evidentemente este problema no surge, pues efectivamente hay tal resultado al verse lesionada la seguridad.

¹³¹⁹ Vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *Protección penal de la seguridad vial*, ob.cit., esp., págs. 497-498.

descrita en el numeral anterior, se encontraría también en la obligación de restablecimiento que establece el tipo. La disputa doctrinaria aquí es mayúscula, sin perjuicio de lo cual se ha impuesto la corriente doctrinaria que considera que la obligación exigida por el tipo penal, en este caso no surge.

Ello, dado que en la hipótesis en comento, la omisión de restablecimiento, no sería más que el resultado de la conducta activa anterior del sujeto. De esta forma, en dicha circunstancia sería aplicable el número precedente de este mismo precepto, y no el que ahora se analiza¹³²⁰.

De esta forma, por supuesto, en el caso de que se trate de conductas dolosas. Ahora bien, en la hipótesis referidas a conductas imprudentes, la situación no es ya tan clara, sobre todo si se considera que esta modalidad no tiene cobertura por el numeral 1 de este artículo. En razón de lo anterior, se entiende por parte de la doctrina que, según la redacción del precepto, este supuesto debería quedar excluido del radio de aplicación del mismo, pues se interpreta que el riesgo grave deviene de la no evitación, y no de la producción de ese riesgo.

¹³²⁰ De esta forma, BUSTOS plantea que: "Así, no hay concurrencia entre el tipo legal anterior y éste, a pesar de que desde un punto de vista formal quien altera la seguridad del tráfico estaría dentro del campo de la injerencia, pero el primer tipo legal al ser de acción desplaza al de omisión, que será un simple agotamiento del comportamiento activo". Vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *"Manual de Derecho Penal"*, PE., ob.cit., pág. 252. En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *"Manual de Derecho penal"*, PE., ob.cit., pág. 436; CARMONA SALGADO Concepción, *"Delitos contra la Seguridad del Tráfico"*, en *Derecho Penal Español*, ob.cit., pág. 812; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dir.), *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., págs. 1724-1725; GONZÁLEZ RUS Juan José, *"Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)"*, ob.cit., pág. 378; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1049; ORTS BERENQUER Enrique, *"Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 830; SERRANO GÓMEZ Alfonso, SERRANO MAÍLLO Alfonso, *"Derecho Penal"*, ob.cit., esp., pág. 757; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, *"Manual de Derecho Penal"*, ob.cit., pág. 477; TAMARIT SUMALLA Josep María, *"Delitos contra la seguridad del tráfico"*, ob.cit., pág. 1472.

En este sentido, indica CÓRDOBA: “Sin embargo, y puesto que, como hemos puesto de manifiesto, el tipo exige que la situación de riesgo grave para la circulación nazca precisamente de la omisión de la acción debida (y no de un actuar precedente del sujeto), deberemos concluir que la conducta sólo será debida para aquellos a los cuales alcance legal o contractualmente la obligación de mantener la vía de pública circulación libre de cualquier obstáculo susceptible de alterar o poner en peligro la seguridad del tráfico rodado”¹³²¹.

Sin perjuicio de ello, en mi opinión, dicha descripción del tipo no deja fuera la hipótesis que se comenta, ya que el sujeto activo sólo ha de estar obligado al restablecimiento, sin hacer referencia a la fuente de la misma, con lo que el actuar precedente, en razón de la injerencia (art. 11 b. CP), obliga a la evitación de los riesgos derivados de su conducta, no tratándose, por tanto, de una obligación meramente moral, impune, sino legal, siendo, por lo demás, éste uno de los escasos supuestos en donde aplicar esta disposición¹³²².

Así, es justamente en estos casos donde se tiene aplicación mayor este precepto a nivel jurisprudencial, que aunque escaso, se ha decantado por esta

¹³²¹ Vid. CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1725. En el mismo sentido, TAMARIT, indica que: “La resolución de este problema no puede acometerse acudiendo al artículo 11, que recoge el pensamiento de la injerencia al incluir la actuación precedente como uno de los supuestos en los que cabe la comisión por omisión, puesto que esta regla genérica resulta válida solamente para los delitos de resultado y en este caso nos encontramos ante un delito de peligro hipotético. Ante esta situación no hay base legal alguna para afirmar la existencia de un deber de restablecer la seguridad por parte de quienes hayan creado previamente un riesgo genérico, y puesto que el artículo 382.2 y no presupone sino que exige como elemento del tipo la preexistencia de una obligación de restablecer, la única solución posible es la atipicidad de una tal omisión...”. Vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1472.

¹³²² En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *“Manual de Derecho penal”*, PE., ob.cit., pág. 436; CARPIO BRIZ David, *“Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”*, ob.cit., págs. 240-241; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, *“Derecho Penal de la Circulación”*, ob.cit., pág. 431; GONZÁLEZ RUS Juan, *“Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)”*, ob.cit., págs. 378-379; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, ob.cit., esp., págs. 502-503; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 1049; LERMA GALLEGO Irene, *“Delitos de Tráfico y Prevención General”*, ob.cit., pág. 155; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, ob.cit., pág. 734; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, ob.cit., pág. 281; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *“Derecho penal español”*, PE., ob.cit., pág. 940.

interpretación. De esta manera fue, por ejemplo, interpretado por la AP de Segovia, en sentencia núm. 39/2005 de 23 de septiembre, indicando sobre este respecto, que: “La tipología del número primero es dolosa, mientras que en el segundo castiga a quines de forma culposa han alterado la seguridad del tráfico y no la restablecen teniendo obligación de hacerlo. Si la acción hubiera sido la rotura de un semáforo o de una señal de stop, por ejemplo, es obvio que no le correspondería su restauración, al margen de señalar el peligro e indemnizar en su caso; pero en el caso del derramamiento contemplado en autos, resulta obvia la responsabilidad y obligación de los recurrentes de su retirada”.

3.- Correlación entre la técnica de tipificación y el bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido, en estos delitos debe ser, como en todos, los individuales de aquellos que participan en el tráfico viario, cumpliendo éste último, en cuanto seguridad vial, el marco que delimita el peligro. La duda se plantea respecto de la modalidad de peligro, siendo para algunos un delito de peligro concreto¹³²³, y para otros de carácter abstracto¹³²⁴ o incluso potencial¹³²⁵.

¹³²³ Esto, pues por esta doctrina se tiene en especial consideración la exigencia de gravedad del tipo, en este sentido, vid. BUSTOS RAMÍREZ Juan, *Manual de Derecho Penal*, PE., ob.cit., pág. 252; LERMA GALLEGO Irene, *Delitos de Tráfico y Prevención General*, ob.cit., pág. 156; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, *Delitos Contra la Seguridad del Tráfico*, ob.cit., pág. 735; ORTS BERENGUER Enrique, *Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., pág. 830; QUERALT JIMÉNEZ Joan, *Derecho penal español*, PE., ob.cit., pág. 939. Especificando que este peligro ha de ser concreto contra la seguridad del tráfico, vid. MUÑOZ CONDE Francisco, *Derecho Penal*, PE., ob.cit., pág. 692.

¹³²⁴ En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CEREZO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, *Manual de Derecho penal*, PE., ob.cit., pág. 436; CARPIO BRIZ David, *Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico*, ob.cit., pág. 214; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), *Delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., págs. 1721-1722; LASCURAÍN SÁNCHEZ Juan Antonio, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, ob.cit., pág. 1048.

¹³²⁵ Vid. CARMONA SALGADO Concepción, *Delitos contra la Seguridad del Tráfico*, en *Derecho Penal Español*, ob.cit., pág. 812.

Ha de resolverse esta cuestión, en mi opinión, de acuerdo a los criterios que aquí se han venido siguiendo, pues dicha polémica sólo se suscita a partir de la naturaleza del bien jurídico protegido¹³²⁶. De ahí que lo primero que debe aclararse, a fin de evitar confusiones posteriores, es la postura que sobre este extremo se tenga.

De esta forma, si se entiende, como hace parte de la doctrina, que éste es la seguridad vial como bien jurídico colectivo propio, se trataría entonces de un delito de lesión¹³²⁷, pues la seguridad del tráfico viario se ve afectada directamente, y además, por exigencia expresa del tipo, de manera grave. Si por otra parte, se plantea que se está ante un bien jurídico colectivo impropio o intermedio, se trataría de, igual que en el caso anterior, un delito de lesión respecto de la seguridad vial y de peligro abstracto respecto de los bienes jurídicos individuales subyacentes¹³²⁸.

Pues bien, como aquí no se acepta un carácter extremadamente formal como el primero (seguridad emancipada), ni tampoco la figura de bien jurídico colectivo impropio que se ha dado a la seguridad vial, este delito se trata claramente de uno de peligro abstracto, en la que dada la exigencia de la gravedad del riesgo exigido por el tipo penal, debe ser ésta probada, configurándose en uno de peligro abstracto hipotético¹³²⁹.

¹³²⁶ Sobre ello, vid. segunda parte, capítulo III, pto. 3.

¹³²⁷ En este sentido, vid. GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "*Protección penal de la seguridad vial*", ob.cit., esp., pág. 482. En contra, especificando que este peligro ha de ser concreto contra la seguridad del tráfico, vid. MUÑOZ CONDE Francisco, "*Derecho Penal*", PE., ob.cit., pág. 692.

¹³²⁸ Vid. GONZÁLEZ RUS Juan, "*Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)*", ob.cit., págs. 362-363. En el mismo sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "*Derecho Penal de la Circulación*", ob.cit., págs. 433-434.

¹³²⁹ En este sentido, expresamente, vid. TAMARIT SUMALLA Josep María, "*Delitos contra la seguridad del tráfico*", ob.cit., pág. 1471. Entiendo en sentido semejante a GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ

4.- El tipo subjetivo

Este delito sólo puede darse en la vertiente subjetiva dolosa¹³³⁰ ello, pues así se desprende de la propia estructura del tipo en comento, y además, pues se ha de tener en cuenta que en razón del sistema de *numerus clausus* del artículo 12 del código penal de 1995, no existe la posibilidad de una comisión culposa, ya que esta opción no se encuentra consagrada expresamente en esta figura delictiva¹³³¹.

El dolo, por tanto, debe abarcar todos los extremos objetivos analizados. Así, por tanto, en el número uno de las hipótesis típicas debe contener el conocimiento de la afectación a la seguridad como su gravedad¹³³². Respecto del número dos, se ha de conocer la obligatoriedad personal del mentado restablecimiento. Es bueno aclarar que los supuestos que por defecto caben en este numeral, aquellas del número 1 con ausencia de dolo, son imprudentes en

Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., esp., pág. 482; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 280.

¹³³⁰ En este sentido, por ejemplo, vid. CALDERÓN CERESO Ángel y CHOCLÁN MONTALVO José, "Manual de Derecho penal", PE., ob.cit., pág. 437; CARMONA SALGADO Concepción, "Delitos contra la Seguridad del Tráfico", en Derecho Penal Español, ob.cit., pág. 812; CARPIO BRIZ David, "Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico", ob.cit., pág. 214; CÓRDOBA RODA Juan, GARCÍA ARÁN Mercedes (Dirs.), "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1725; DE VICENTE MARTÍNEZ Rosario, "Derecho Penal de la Circulación", ob.cit., págs. 433-436; GONZÁLEZ RUS Juan, "Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)", ob.cit., pág. 375; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, "Protección penal de la seguridad vial", ob.cit., pág. 506; MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, "Delitos Contra la Seguridad del Tráfico", ob.cit., pág. 735; MONTANER FERNÁNDEZ Raquel, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 281; MUÑOZ CONDE Francisco, "Derecho Penal", PE., ob.cit., pág. 692; ORTS BERENGUER Enrique, "Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 830; QUERALT JIMÉNEZ Joan, "Derecho penal español", PE., ob.cit., pág. 940; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos, JUDEL PRIETO Ángel, PINOL RODRÍGUEZ José, "Manual de Derecho Penal", ob.cit., pág. 477; TAMARIT SUMALLA Josep María, "Delitos contra la seguridad del tráfico", ob.cit., pág. 1472.

¹³³¹ Alega CARPIO por una futura incorporación expresa en el tipo penal de la vertiente subjetiva, de manera de incluir la responsabilidad que pueda caberle a los responsables públicos de la seguridad en las vías. Ello, en todo caso, ya lo ve posible GONZÁLEZ, directamente por la vía del dolo. Respectivamente, vid. CARPIO BRIZ David, "Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico", ob.cit., pág. 246 y, GONZÁLEZ RUS Juan, "Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)", ob.cit., págs. 380-381.

¹³³² En este sentido, se ha decantado también la jurisprudencia: "En primer lugar, la norma exige un dolo específico, que es el de poner en riesgo la circulación: "alterando la seguridad en el tráfico". El sujeto debe actuar con conocimiento de que está afectando a la seguridad de los automóviles, creando un peligro que sus conductores no tienen que prever". SAP de Cádiz, núm. 103/2007 de 28 de marzo. Igualmente, SAP de Ciudad Real, núm 74/1998 de 29 de octubre.

ese contexto, pero han de ser necesariamente dolosas en relación con la obligación de no evitación del peligro grave, originada por el hacer precedente¹³³³.

¹³³³ En este sentido, por ejemplo, vid. GONZÁLEZ RUS Juan, *"Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)"*, ob.cit., págs. 379-380; GUTIÉRREZ María, GARCÍA Victoria, MARTÍN María, SANZ-DÍEZ Marina, *"Protección penal de la seguridad vial"*, ob.cit., esp., págs. 506-507.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Se da comienzo a esta tesis con una pregunta que pone de relieve las dificultades de la Política criminal a la hora de establecer los deslindes que la contienen. Así, del estudio del proceso de formación de la disciplina, se puede advertir cómo ésta se encuentra marcada por una constante suma de funciones que ha ido ampliando los terrenos que se consideran de su dominio. Esta característica viene explicar, en buena medida, como congénita la dificultad en la determinación del contenido funciones y fronteras de la Política criminal.

SEGUNDA: Atendido lo anterior, se concluye que la mejor apoyatura posible para la referida tarea de aproximación, es partir de la distinción entre la Política criminal como actividad del Estado y aquella que se dedica precisamente al estudio de dicha actividad estatal. De esta forma, aquí se entiende la Política criminal desde los puntos de vista referidos, como:

-En su acepción de actividad del Estado entiendo a ésta como aquel sistema de decisiones (poder de definición) que puede establecer un conflicto como delito y que ejerce en exclusiva el Estado. Sobre aquella base nos planteamos la Política criminal como una de las políticas del Estado que escindida en dos planos decide por un lado qué conflictos se criminalizan, y por el otro,

determina el conjunto de medidas para enfrentarse preventivamente a dicho fenómeno.

- Respecto de la Política criminal como manifestación de saber, se debe comenzar señalando que, más allá de su discutible autonomía, su aproximación sí es científica dado el carácter de tal que detentan las ramas que la conforman. De esta manera, dichas disciplinas tienen un acercamiento científico, cada una desde la perspectiva que le permita su plataforma epistemológica, al modo en que el Estado hace frente al fenómeno del delito, de forma tal que tanto el Derecho penal, la Criminología, la Sociología, etc. aporten con el mayor grado de racionalidad posible a esa respuesta estatal, otorgando sustento científico empírico a las medidas que se adopten por las agencias estatales que corresponda. Así, se entiende aquí a la Política criminal como un conjunto interconectado de saberes, ejemplo del saber post moderno, caracterizado por la multidisciplinariedad.

TERCERA: Dicho distingo se hace sin perder de vista que se trata de aspectos distintos, pero en ningún caso distantes, sino vinculados e interactuantes. En razón de ello, se concluye:

- Que la antedicha intrínseca estructura multidisciplinar, es una base que permite situarse en mejor pie para desbaratar posturas tecnócratas que consideren al delito como una mera cuestión penal, reforzando al mismo tiempo una plataforma social desde donde sustentar la intervención estatal en esta área. De forma que, se ha optado por una concepción amplia de Política criminal por ser ésta más coherente con la naturaleza interdisciplinar que aquí se afirma sobre la misma.
- En esta línea, y entendiendo que el fin de la Política criminal como actividad del Estado es la prevención del delito, resulta al menos sensato afirmar que con

dicho objetivo la mejor y más adecuada respuesta no podría venir de una puntualizada y única parcela. De modo que, siendo la Política criminal preventiva de un Estado social y democrático de derecho, como aquí se concluye, la construcción de una figura poliédrica, estos fragmentos que la componen no pueden pretender representarla en su totalidad, sino sólo ofrecerse como una de las múltiples perspectivas para enfrentarse al problema. De esta forma, la multidisciplinariedad de la Política criminal en su acepción de saber, resulta inevitable.

- De esta manera, la vinculación entre ambos aspectos de la Política criminal puede verse de mejor manera, pues, si por una parte está referida a la estrategia que ha de desarrollar el Estado para mantener en límites razonables el problema social del delito, por la otra, esa actividad del Estado, en uno social y democrático de derecho, no puede ni debe ser pura represión automática. De esta forma, requiere de la racionalidad necesaria para enfrentarse al fenómeno delictivo, racionalidad que viene dada, precisamente, por la Política criminal en su carácter de aproximación científica como saber multidisciplinario.

CUARTA: Sobre la base de las conclusiones precedentes, se ha resuelto la postura que aquí se mantiene sobre el papel de la Política criminal en el sistema. Sobre ello, estudiadas las tres más representativas visiones sobre este extremo, se ha optado por la postura que la sitúa desde las bases del sistema, ello, pues se concluye que:

- Desde esta perspectiva, la Política criminal será el punto en el que tanto los datos empíricos provenientes de las ciencias sociales, como los aspectos normativo-dogmáticos se encuentran, lugar de “valoración” que impide que los meros datos procedentes de las ciencias no jurídicas, puedan traspasar sin más al ámbito de lo normativo, sin superar el tamiz de lo axiológico. Así, se

incorporan los criterios político criminales en las bases mismas del sistema, no ya únicamente para el Derecho penal del futuro, ni sólo para vincular la dogmática a la realidad.

- Así entendido, se encuentra en la Política criminal una disciplina valorativa encargada de establecer y aplicar las herramientas idóneas para lograr su fin, esto es, la prevención de la criminalidad, contemporizando lo científico social y lo normativo, de modo de no suprimir una disciplina por otra, sin contraponerlas sino complementarlas y de dicha forma mantenerlas en continua colaboración en pro de un fin común, logrando enfrentarse al problema delictivo dentro de los márgenes de la forma de Estado a la que pertenece, pero asentada sobre bases no meramente “intuitivas” de lo social, sino científicas y contrastables.

- De este modo se concluye, que desde esta postura puede comprenderse que ya no se trata de una Política criminal que tenga en el Derecho penal un “límite”, pues no es concebible una estrategia estatal para enfrentarse al fenómeno delictivo que esté fuera de los límites que implica en sí mismo la forma de Estado que se haya adoptado. Así las cosas, podría sintetizarse diciendo que dentro de la idea de un “sistema penal” el Derecho penal será reflejo de la Política criminal y ésta a su vez manifestación de la forma de Estado. De ello se sigue como esencial, y no sólo como potencial, que la Política criminal no se base sólo en criterios de “eficacia”, sino que han de considerarse de la misma manera las garantías formales y materiales propias del Estado social y democrático de derecho al que sirve.

QUINTA: Se dio comienzo al segundo capítulo con una caracterización de lo que se conoce como sociedad del riesgo. En él se distinguió entre el riesgo como

elemento configurador y objetivo, con el riesgo sentido como realidad. Respecto de ello se establecieron como conclusiones básicas que:

- La importancia de los medios de comunicación en la sociedad de la información adquiere su real dimensión si se les comprende desde un concepto amplio, como un medio de control social, y no sólo se les intenta explicar en cuanto a su importancia desde una base causal-explicativa, forma que aquí se ha tachado de simplista y por lo mismo rechazado.
- Los medios de comunicación así enmarcados no serían meros instrumentos manipulados con intenciones estrictamente conductivistas, sino que cumplen una función reafirmadora del estado actual de cosas. De esta manera, puede advertirse que su forma de poder tiene una cualidad inestimable, más que meros informadores de una realidad dada, en verdad son “configuradores de una realidad determinada”.

SEXTA: Partiendo de las conclusiones precedentes, se llevó a cabo la distinción entre Derecho penal del riesgo y la modernización o expansión del Derecho penal, por estimarse que no se trata sólo de una cuestión de nomenclatura, sino de contenido y naturaleza diversa. De esta forma, se ha concluido que resulta de esencial importancia distinguir, o mejor dicho, excluir de conceptos como “expansión” o “modernización”, los fenómenos marcados sólo por mayor represión. De esta manera y sobre este punto se puede sintetizar distinguiendo que:

- La actual sociedad postindustrializada puede observarse desde dos perspectivas: “sociedad del riesgo” y “sociedad de la información”.
- La razón del desarrollo o modernización del Derecho penal puede advertirse desde la perspectiva de la sociedad del riesgo objetivo.

- Se puede asociar la expansión del mero poder punitivo con la perspectiva de la “sociedad de la información” y encontrar en ella una de sus causas.
- En la realidad concreta, la síntesis de las dos perspectivas señaladas se manifiesta como “sociedad del riesgo sentido”, y de dicha manera se tiende a confundir desarrollo o modernización del Derecho penal con la mera expansión del poder punitivo.

SÉPTIMA: De este modo, sobre este punto se concluye que lo que se ha denominado como Derecho penal del riesgo ha dado cabida a manifestaciones que poco o nada tienen que ver con el motivo de la discusión doctrinal a que da lugar el paradigma de la sociedad del riesgo y se termina, sin que así se pretenda, prestando cobertura científica a dichas manifestaciones, tratando a cuestiones distintas como iguales, sin considerar que nada tiene que ver en este sentido la “expansión expansiva” con la “expansión intensiva”.

OCTAVA: Teniendo presente el distingo anterior, se pasó al estudio de la modernización y expansión del Derecho penal. Respecto de ellas, después de su análisis particular y visión crítica, se concluyó que, sin perjuicio del evidente desarrollo dogmático que aún hace falta, es igualmente innegable la necesidad de una adecuación del Derecho penal a los tiempos que corren y las necesidades sociales de hoy.

NOVENA: Considerando lo que se afirmó respecto de la Política criminal, se concluye además que la modernización del Derecho penal necesita por requisitos de la esencia mantenerse dentro del ámbito del Estado social y de derecho donde se forje la Política criminal que le oriente, pues de no ser así, aquello que se denomine modernización, no será sino la sustitución del mismo.

- De esta forma, no puede reconocerse como modernización del Derecho penal aquello que lo niegue, aquello que ha sido precisamente denominado como “un no-derecho”.
- Por ello se ha rechazado aquí la encrucijada en que se ha puesto al Derecho penal para que decida entre garantías o modernización, pues dicho conjunto de principios y garantías precisamente le integran, le dan contenido y sentido.
- De esta forma, resultan contradictorias en sí mismas posiciones que pongan en necesidad de decidir entre garantías y modernización, como si en ello hubiera una bifurcación inexorable, en lo que en verdad es un único camino, si donde se está es dentro de los límites impuestos por un Estado social y democrático de derecho.

DÉCIMA: La segunda parte de la tesis, referida ya al ámbito de la seguridad vial, comienza con una aproximación a su protección penal. Se parte reconociendo el grave problema social en que se ha convertido la siniestralidad en el tráfico rodado y la gran repercusión mediática que el mismo ha tenido en la comunidad española. De esta forma, se configura un panorama propicio para la irrupción de una Política criminal de corte securitario. Por un lado, altos índices de siniestralidad viaria (riesgo objetivo) y por el otro, un impacto comunicacional que lo amplifica al máximo, propagando el temor en la ciudadanía (riesgo subjetivo). De ello se concluye que:

- Se manifiesta en este ámbito el Derecho penal del riesgo, caracterizado por desarrollarse sobre las bases de un discurso político mega preventivo, que tiene a su servicio una Política criminal abandonada a la suerte del circunstancial estrépito social que puedan causar leyes penales cada vez más drásticas.
- Se transforma al Derecho penal en herramienta principal y casi única de la Política criminal. De este modo, el objetivo preventivo de aquélla se deja en

manos de una mera Política penal, restringiendo la respuesta estatal sólo a esta parcela, transmutando, por tanto, el principio penal de última ratio en prima ratio.

- De lo anterior se deriva el alejamiento de la idea de la prevención como algo complejo, instaurando a la seguridad en términos absolutos como objetivo político, que aunque por todos sabido resulta materialmente irrealizable, sin embargo, político y comunicacionalmente en extremo rentable.

- Sustituida la prevención por la seguridad como objeto de la Política criminal y por consiguiente devaluada ésta en Política penal, se concluye también aquí que no puede considerarse como modernización del Derecho penal la forma en que se ha intervenido en esta área, sino por el contrario, se trata de una expansión intensiva, natural del Derecho penal del riesgo, contaminado en origen de las aporías de la Política penal de corte securitario de la que emana.

UNDÉCIMA: Sin embargo lo anterior, en mi opinión ello no significa que la problemática social de la siniestralidad vial no deba ser objeto de la Política criminal, incluido el instrumento penal. Dicho de otro modo, parafraseando a Gimbernat, se puede decir que el hecho de que el Derecho penal sea en este ámbito imprescindible, no quiere decir, desde luego, que lo sea en su forma actual. De esta forma se concluye que:

- La discusión en torno a la intervención penal o administrativa se encuentra político criminal y dogmáticamente superada.

- Lo anterior no quiere decir que se releve al legislador de su obligación de adecuar su actuación a una Política criminal dentro de los márgenes de la forma de Estado y en base a los principios que le informan.

- De manera que el radio de intervención penal debe reducirse a aquellas conductas que de manera más grave afecten a la convivencia social.

- De este modo se concluye que resulta completamente compatible una postura que participe de la necesidad de la intervención penal con una que abogue por su reducción.

DUODÉCIMA: Así, sobre la base de las conclusiones precedentes, se pasó al estudio del bien jurídico en este grupo de delitos. Se vio como doctrinaria y jurisprudencialmente, si bien existe un extendido consenso en que éste se trata de la seguridad vial, no es menos cierto que éste se basa en gran medida en una cuestión de nomenclatura, y no el fondo del asunto discutido. A fin de ir despejando el terreno de estudio, se comenzó con una conceptualización de la seguridad vial como bien jurídico para luego dedicarme a su naturaleza. Así, se concluyó que:

- Sin embargo resultar difícil encontrar en doctrina y jurisprudencia un concepto de este supuesto bien jurídico, el mismo se ha caracterizado por su formalidad, configurado, esencialmente, por el mantenimiento de las condiciones necesarias para que la circulación de vehículos de motor no entrañe un riesgo para la seguridad de todos los intervinientes en el mismo.

- Ante la extrema formalidad de dicho concepto, la discusión se ha desplazado hacia su naturaleza, en el intento de dotarla, de algún modo, de cierta materialidad de la que a simple vista carece.

DECIMOTERCERA: Así, ante la frondosa complejidad que la cuestión de la naturaleza de este bien jurídico tiene, se optó por clasificar las posiciones en tres corrientes: la primera lo considera un bien jurídico colectivo autónomo, la segunda lo tiene por un bien jurídico intermedio o impropio con referente individual y la tercera que entiende a la seguridad vial, ya no como un bien jurídico en sí mismo, sino que cumple una función delimitadora de la

modalidad de riesgo para los bienes jurídicos individuales vida e integridad física o salud, que serían los verdaderamente protegidos por estos delitos.

DECIMOCUARTA: De este modo, la primera opción es descartada en cuanto manifiesta una formalidad de imposible conjugación en el marco de la forma de Estado que se ha dado España. En ésta, la diferencia entre el ámbito administrativo y el penal se ve confundida de tal forma, que sólo se puede vislumbrar en la intervención penal una intención de reforzamiento del ámbito administrativo en su rol de gestión de la actividad viaria.

DECIMOQUINTA: Respecto de la corriente que entiende en la seguridad vial un bien jurídico colectivo con referente individual, y por ello también denominado como impropio, es la actual tendencia mayoritaria tanto en doctrina como jurisprudencia. Con esta teoría, mediante la invocación de los bienes jurídicos individuales como referente de aquél, se pretende dotar a la seguridad vial de la legitimidad de la que carece la postura anterior, en un vano intento de delimitar la inexistencia. De esta manera, se trataría de un bien jurídico intermedio o instrumental respecto de aquellos subyacentes, que serían finalmente el objeto de protección. Sin embargo, lo sugestiva que pueda resultar esta postura, y el rotundo éxito alcanzado actualmente por la misma, no puede compartirse aquí tan masiva aceptación, en razón de consideraciones de orden dogmático y político criminal:

- Respecto de la primera: no se explica satisfactoriamente la naturaleza colectiva de la seguridad vial, pues, de tener este tal característica, resultaría innecesaria la referencia a los bienes jurídicos individuales. En efecto, de ser la seguridad vial un bien jurídico colectivo, lógica consecuencia de ello sería que el legisldor

optara por los delitos de lesión, y no de peligro, como la realidad se empeña en demostrar.

- La incorporación de los bienes jurídicos individuales como subyacentes, en verdad no solucionan el problema de antijuridicidad material de estos delitos, más que formalmente. Ello es así, pues si se considera que la seguridad vial es el bien jurídico protegido, el resultado de peligro debe relacionarse con éste, de manera que respecto de los bienes jurídicos individuales, se daría un indeseable “peligro de peligro”, sin que éstos cumplan entonces ningún papel a nivel de antijuridicidad.

- En relación con los resultados político criminales, éstos tampoco son satisfactorios, conclusión a la que se arriba considerando que: a pesar del cambio de nomenclatura, el referente individual invocado no deja de ser, como en el caso de la postura anterior, sólo la *ratio legis* de la intervención penal. Así, ésta es elevada a nivel de bien jurídico en base a una lógica puramente circular, ya que se entiende que éstos son bienes jurídicos protegidos, dado que están protegidos. Ello, antes que resultar más garantista, banaliza el concepto de bien jurídico.

- De esta forma, esta postura atiende más bien a explicar la técnica de tipificación utilizada por el legislador, a partir de la búsqueda de un bien jurídico para aquello. Esto, desde luego, fuerza los engranajes de la legitimidad de la intervención penal desde los parámetros del Derecho penal liberal, pues la protección del bien jurídico ha dejado de ser un filtro o contenedor del poder penal del Estado para transformarse en el motivo de la deflagración punitiva.

DECIMOSEXTA: Teniendo en cuenta las conclusiones precedentes, se concluye aquí que la seguridad vial no resulta ser un bien jurídico en sí mismo, sino que cumple una función delimitadora de la modalidad de riesgo para los bienes

jurídicos individuales vida e integridad física o salud, que serían los verdaderamente protegidos por estos delitos. Ello, en razón que:

- permite el análisis de los diversos tipos de este ámbito punitivo, desde bases más consolidadas.
- evita la artificiosa construcción de un bien jurídico colectivo, que como se ha venido señalando, no cumple ningún papel que no sea en la búsqueda de una legitimación político criminal de la que carece.
- motivado en lo anterior, además el bien jurídico como institución penal básica, no pierde su función eminentemente crítica.
- todo lo cual propicia, como ya antes se ha dicho, compatibilizar una postura que a la par de reconocer la necesaria intervención del Derecho penal en este problema social, sea también crítica con la legislación vigente

DECIMOSÉPTIMA: Sobre la base de las conclusiones anteriores, se sostiene la postura con la que se enfrenta el análisis de los delitos en particular. Así, teniendo en cuenta la distribución y orden que da el propio Código penal, se inicia con el estudio del artículo 379. Éste se encuentra conformado por dos delitos diversos, cuyo nexo se encuentra en la conducción peligrosa. El primero por el factor velocidad, y el segundo por el consumo de las sustancias típicas en él mismo indicadas. Así las cosas, respecto del primer delito, conducir excediendo las velocidades reglamentariamente establecidas, se concluye que:

- Desde una perspectiva dogmática, se trata de un delito con una tipificación propia de la tendencia arriba señalada, al tener la naturaleza de ley penal en blanco y de peligro abstracto a la vez.
- Sobre la primera, se sostiene aquí el incumplimiento del mandato constitucional que obliga a que el núcleo de la prohibición se encuentre en la norma de mayor jerarquía. Así, en la disposición penal en comento, sólo se

establecen unos excesos que dependen directamente de la reglamentación no penal. Ello cobra particular relevancia si se tiene en consideración la especial naturaleza formal del tipo penal. Esto, pues la incriminación de la conducta depende de manera sustancial y no sólo incidentalmente de la disposición reglamentaria, de modo que si la conducta colma las exigencias típicas con la mera infracción de las velocidades máximas exigidas, sin consideración de ningún otro criterio delimitador, se subvierte materialmente la naturaleza de las disposiciones, siendo la normativa penal, accesoria de la administrativa.

- Respecto de la naturaleza de delito de peligro abstracto, en este tipo de figuras se presume no un resultado de peligro, sino la peligrosidad de la conducta en sí misma. Ello queda claro, desde que se entiende que, sin ninguna otra consideración, se comete este ilícito penal con la sola transgresión de los baremos de velocidad impuestos por la ley. De forma que, a partir de dichas magnitudes, sesenta (60) u ochenta (80) kilómetros por hora, dependiendo de la condición de urbana o interurbana de la vía.

- Desde un punto de vista político criminal, esta figura penal es fiel reflejo de la tendencia securitaria que aquí se ha venido sosteniendo respecto de la Política criminal de la seguridad vial española, en la que la cuestión estadística es coronada como la razón de mayor peso para justificar la intervención penal.

DECIMOCTAVA: El número dos de este artículo contiene también novedades respecto de la legislación anterior. Así, en la legislación actualmente vigente, esta conducta presenta una estructura diferenciada, pues tiene asociada una sanción administrativa y una penal, que es la que aquí interesa, que a su vez se distingue de acuerdo a los parámetros de las tasas de alcohol establecidos por este mismo precepto. De esta forma, se concluye que:

- Respecto del inciso primero, desde una perspectiva dogmática se trata de un delito de peligro hipotético, que por lo tanto exige se compruebe la potencialidad real del resultado de peligro. Así, ha de probarse la concurrencia de la influencia negativa en la conducción, de las sustancias típicas, por ser dicha influencia un elemento normativo del tipo.

- En relación con el inciso segundo, en éste se elimina la influencia en la conducción como elemento normativo del tipo, sustituyéndola en esta función, los parámetros objetivos que el tipo expresa. De esta manera, el legislador pretendió que esta vertiente del delito resulte meramente formal, adquiriendo en este punto, por tanto, la naturaleza de peligro abstracto puro.

- Sin perjuicio de la intención político criminal referida, se entiende aquí que de todas formas puede darse una interpretación material, aunque difícil, aún posible. Así, teniendo en cuenta que la descripción típica se hace en el inciso primero, la del inciso segundo es sólo una modalidad de dicha conducta. Por tanto, ha de cumplir como mínimo con las exigencias impuestas por la figura base. De esta forma, resulta lógico establecer que el segundo inciso presupone que se han dado los elementos típicos necesarios que configuran el delito y en ello resultaría absurdo que no se encuentre el elemento esencial del mismo, que no es otro que la influencia en la conducción.

- Desde una perspectiva político criminal, esta interpretación logra encuadrar dentro de los márgenes del Estado social y democrático de derecho y de un Derecho penal propio de él.

DECIMONOVENA: El delito de conducción temeraria fue la siguiente figura penal analizada. De la desafortunada última reforma penal sobre estos delitos, sean quizá las relativas a esta figura penal las que tengan una mejor valoración. Desde luego, ha sido saludado con verdadero beneplácito la derogación de la

disposición contenida en el segundo párrafo del antiguo artículo 381. Ahora bien, sobre este delito se ha concluido que:

- Se trata de un delito de peligro concreto para la vida o la integridad física de las personas que, por supuesto, ha de darse en el ámbito del tráfico rodado, por ser éste el marco de la modalidad de riesgo que se ha establecido, según ya se dijo.

- El núcleo de esta figura penal se encuentra en el concepto de temeridad manifiesta. Este es un concepto legalmente indeterminado, pero que tanto doctrina como jurisprudencia se han encargado de rellenar, exigiendo que se trate de una conducción que no se desarrolle con la diligencia más elemental exigible a un conductor medio, debiendo utilizarse como parámetros las normas que regulan la circulación vial. Así, se puede decir que toda conducción temeraria implica infracción de las normas del tráfico, pero no toda conducción que infrinja los reglamentos es temeraria. En síntesis, se trata de una condición necesaria, pero no suficiente.

- Respecto de la calidad de manifiesto, se entiende aquí con la doctrina mayoritaria, que para determinarla se ha de estar a un ciudadano medio. Ello parece lo más acertado, en cuanto a partir de dicho juicio ha de valorarse la peligrosidad real de la acción y ello no puede depender de lo que crea el sujeto activo, sino de un parámetro más objetivo que permita una aplicación de la norma de acuerdo al principio de igualdad, que posibilite una mayor seguridad jurídica, más acorde también, con la exigencia de legalidad penal.

- El número 2 de este artículo contiene una presunción *iuris et de iure*. Sobre ella se ha concluido que: la conducta temeraria que se presume se ve limitada, al mismo ámbito espacial al que se refiere la norma del artículo 379 nº 1 que es a la que se reenvía. Y, segundo, dada la redacción actual, que en esto no modificó a la norma derogada, han de concurrir conjuntamente el exceso de velocidad

reglamentariamente establecido con la superación de las referidas tasas de alcohol.

VIGÉSIMA: El actual artículo 381 castiga la conducción temeraria con manifiesto desprecio por la vida de los demás. En la última reforma sobre estos delitos, se realizaron dos variantes de importancia: se cambió la redacción del texto, eliminando la expresión “consciente”, por la de manifiesta, en consonancia con la descripción del artículo 380 que es, por lo demás, aquél al que se remite y se aumentó además la pena de prisión. Ésta ahora va de dos a cinco años para el supuesto del número 1, manteniéndose las mismas penas para la hipótesis comisiva del numeral segundo. La mayor discusión respecto de este delito se concentra en el aspecto subjetivo de éste. Sobre ello, se concluye que:

- La modificación del concepto “consciente” por el de “manifiesto”, tiene repercusiones de importancia en este extremo. Ello, pues el término manifiesto supone un grado mayor de objetivación que el derogado, ya que, como se explicó cuando se vio este elemento en el delito del artículo anterior, no se atenderá a la perspectiva del sujeto activo (actitud especial de desprecio), sino que deberá valorarse por el juzgador de acuerdo a los criterios del sujeto medio.
- Lo anterior, sumado a que la actual pena para este delito, prácticamente la equipara a la regulación penal del homicidio en grado de tentativa, superando de esta manera las críticas que a esta interpretación se realizaron respecto de la incoherencia político criminal que implicaba el tratamiento más benévolo de la anterior regulación sobre esta cuestión, hacen que se entienda aquí como plausible la interpretación que reconoce en este elemento subjetivo la naturaleza de una tentativa de homicidio con dolo eventual expresamente establecida por la ley.

VIGÉSIMA PRIMERA: El siguiente delito objeto de esta tesis fue el de la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia del artículo 383. Para nadie es desconocido el inherente carácter polémico de este precepto. Ello en razón de las dificultades que tiene éste en encuadrarse dentro de los límites impuestos por la Constitución. Pero, en la misma medida, también se sabe que a nivel de Tribunal Constitucional, fue resuelta la constitucionalidad del mismo. Teniendo en cuenta aquéllo, aquí se optó por, sin perjuicio de explicar el marco de la polémica, analizar las modificaciones que en este artículo llevó a cabo la última reforma que, como se vio, no son menores.

- Así, la reforma, además de modificar la numeración, realizó tres variaciones más a saber: la incorporación de la sanción de privación del derecho de conducir, la eliminación de la referencia expresa al delito de desobediencia grave y, en una palmaria muestra de la deriva político criminal actual, establecer como penalmente relevante la negativa al sometimiento de las pruebas para comprobar sólo las tasas de alcoholemia, eliminando la referencia a los “hechos” que contenía la redacción anterior. De esta forma, sobre este precepto se concluyó que:

- Respecto de la pluriofensividad de este precepto y la supresión de la referencia expresa al delito de desobediencia, para parte de la doctrina que hasta ahora se ha manifestado, e incluso para el propio legislador, según expresa en el preámbulo de la ley de reforma de estos ilícitos, se trataría ahora de un delito independiente de aquel de desobediencia grave. De esta forma, se desbarata la ya de por sí discutible argumentación respecto de la proporcionalidad de este delito, pues si deja de ser una figura pluriofensiva, se quita la apoyatura angular sobre la que basó su constitucionalidad el Tribunal del ramo.

- Por ello, se ha estimado que una interpretación más acorde con la actual jurisprudencia constitucional sobre este delito, sería entender que a pesar de la eliminación de la referencia expresa, esto no quita el carácter pluriofensivo de este precepto, ello se fundaría en: el mantenimiento de una mayor pena para este delito que para el del 379, el mantenimiento de la descripción de la conducta típica del sujeto activo y que la pena asignada al delito sigue siendo la misma que la dispuesta para la desobediencia grave.

- Respecto del distingo administrativo del penal en este delito, resulta ahora mucho más complejo de sostener. Ello, pues la nueva redacción establece como penalmente relevante la negativa al sometimiento de las pruebas para comprobar sólo las tasas de alcoholemia, eliminando la referencia a los “hechos” que contenía la redacción anterior. De esta forma, es prístina la intención legislativa en este punto, idénticamente objetivadora a la del delito de conducción bajo la influencia de las sustancias típicas indicadas, poniendo en consonancia, por tanto, la formalidad de este delito con aquél, sobre todo si se tiene en cuenta la contundente formalidad del inciso segundo de este numeral.

- Ahora bien, dado que aquí se mantuvo una interpretación del referido delito, más acorde con los principios básicos del Estado social y democrático de derecho, ello tendrá también su reflejo aquí. En efecto, aún reconociendo la necesidad de un análisis dogmático más detallado, lo cierto es que si se mantiene la exigencia de la influencia negativa de las sustancias establecidas para la aplicación del artículo 379, ha de sostenerse la misma exigencia para la interpretación del actual 383. Ello, además, se ve reforzado, si se tiene en cuenta la sanción de suspensión del derecho a conducir agregado por la última reforma, puesto que resultaría absurdo suspender el referido derecho a un sujeto que habiéndose negado al sometimiento de las pruebas indicadas, no haya ingerido tales sustancias.

VIGÉSIMA SEGUNDA: El artículo 384 sanciona penalmente la conducción de vehículos de motor o ciclomotor con el permiso sin vigencia, con pérdida total de puntos asignados legalmente, privados del mismo por decisión judicial, o sin haberlo obtenido nunca.

- De esta colección de conductas realizada por el legislador, se desprenden tres acciones típicas que tienen por objeto el reforzamiento de la gestión de la actividad del tráfico viario. Ésto, sea para reprimir la desobediencia de la autoridad, administrativa en el primer supuesto y judicial en el segundo o, en el último caso, para otorgar tutela penal al incumplimiento de la reglamentación que impone la obtención regulada del permiso de conducción, fortaleciendo de esta manera por la vía penal el orden meramente administrativo.

VIGÉSIMA TERCERA: El último de los preceptos analizados en esta tesis es el delito de creación de grave riesgo para la seguridad del tráfico del artículo 385. La última reforma operada en este ámbito de ilícitos penales, no afectó mayormente a este delito, salvo en cuestiones de carácter más bien superficial, como en su ubicación (antiguo 382), en la agregación de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y sutilmente en la redacción de la conducta típica.

- Este artículo establece dos numerales en los que se diferencia una actuación comisiva (nº 1) y una omisiva (nº 2) que además son estrictamente alternativas, a las que une el elemento nuclear de esta figura que es el originar un grave riesgo para la circulación.

- Respecto de las aristas más relevantes de este precepto se ha concluido que, la enumeración de conductas del número es meramente ejemplificadora, toda vez que lo penalmente relevante es que con ellas se origine un riesgo para la circulación, siempre y cuando, claro está, que éste cumpla con la exigencia típica de ser grave, lo que viene a limitar el radio de aplicación del delito.

- En relación con el elemento subjetivo, punto sobre el que existe cierta polémica, se ha concluido aquí que: el dolo debe abarcar todos los extremos objetivos analizados. Así, por tanto, en el número uno de las hipótesis típicas debe contener el conocimiento de la afectación a la seguridad como su gravedad. Respecto del número dos, se ha de conocer la obligatoriedad personal del mentado restablecimiento. Es bueno aclarar, que los supuestos que por defecto caben en este numeral, aquellos del número 1 con ausencia de dolo, son imprudentes en ese contexto, pero han de ser necesariamente dolosos en relación con la obligación de no evitación del peligro grave, originada por el hacer precedente.

BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, María, *“Del Código Penal de la Democracia al Código Penal de la seguridad”*, en AA.VV., Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, EUS, 2004.

Alcácer Guirao, Rafael, *“Embriaguez, temeridad y peligro para la seguridad del tráfico. Consideraciones en torno a la reforma del delito de conducción temeraria”*, La ley Penal, año I, nº 10, noviembre, 2004.

.- *“¿Lesión de Bien Jurídico o lesión de deber?, Apuntes sobre el concepto material del delito”*, Barcelona, Editorial Atelier, 2003.

.- *“Prevención y Garantías: conflicto y síntesis”*, CFD, nº 25, 2002.

Albrecht, Peter-Alexis, *“El Derecho Penal en la Intervención de la Política Populista”*, en AA.VV., La Insostenible Situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Amelung, Knut, *“El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”*, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

.- *“Contribución a la crítica del Sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”*, en AA.VV., El sistema moderno del derecho penal, Bernd Schünemann (Comp.), Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

Antón Oneca, José, *“Derecho Penal”*, PG., 2ª edición anotada y puesta al día por José Hernández y Luís Beneytez, Madrid, Editorial Akal, 1986.

.- *“La Generación Española de la Política Criminal”*, en AA.VV., Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho, LH. al Profesor Luís Jiménez de Asúa, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970.

Aponte, Alejandro, *“Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra”*, en AA.VV., *Derecho Penal del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

- *“Guerra y política: Dinámica cotidiana del derecho penal del enemigo”*, RNFP, nº 69, enero-junio, 2006.

Arboleda Ripio, Fernando, *“La Política Criminal derivada de los Valores de la Constitución”*, en AA.VV., *Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Santa Fe de Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2000.

Arroyo Zapatero, Luís, *“Presentación”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

- *“El Programa Penal de la Constitución”*, en AA.VV., *Sentido y Contenidos del Sistema Penal en la Globalización*, Santa Fe de Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2000.

Bacigalupo Zapater, Enrique, *“Principios Constitucionales de Derecho Penal”*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.

- *“Significación y Perspectiva de la Oposición Derecho Penal-Política Criminal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Baigún, David, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Baratta, Alessandro, *“Seguridad”*, trad. Leticia Quiroz, RDCS, nº 29, Vol. 29, 2001.

- *“La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de ciencias penales”*, RFDUG, nº 2, 1999.

- *“Democracia, Dogmática, y Criminología: cuestiones Epistemológicas y Políticas de las Ciencias Penales Contemporáneas”*, trad. Ana Sabadell, en AA.VV., *Política criminal y Sociología Jurídica*, Augusto Sánchez y Venus Armenta (Coords.), Ciudad de México, UNAM, 1998.

- *“Política Criminal entre la Política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”*, en AA.VV., *Memorias Foro de Política Criminal*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1998.

- *“Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico”*, RJPS, año III, nº 5, agosto, 1994.

- *“Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología Crítica”*, RPE, nº 1, 1991.

- *“Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”*, en AA.VV., *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1982.

- *“Criminología Crítica y Política Penal Alternativa”*, RIDP, nº 1, 1978.

Baratta, Alessandro, Silbernagl, Michael, *“La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal”*, CPC, nº 28, 1986.

Barata, Francesc, *“De Periodismos y Criminologías”*, en AA.VV., *Contornos y Pliegues del Derecho*, LH. a Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, Héctor Silveira, Encarna Bodegón, Amadeu Recasens (Coords.), Barcelona, Editorial Anthropos, 2006.

.- *“Los Mass media y el Pensamiento Criminológico”*, en AA.VV., *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Roberto Bergalli (Coord.), Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2003.

Barberet, Rosemary, *“La Investigación Criminológica y la Política Criminal”*, RDPC, nº 2 (2ª época), 2000.

Barletta-Caldarera, Giacomo, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Beck, Ulrich, *“La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad”*, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001.

Bejerano Guerra, Fernando, *“Los efectos de las reformas penales en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólica”*, Revista Penal, nº 10, noviembre, 2004.

Benlloch, Guillermo, *“La sanción de tráfico: su eficacia en la lucha contra la siniestralidad viaria”*, en AA.VV., *La sanción de tráfico. Aspectos jurídicos y metajurídicos*, Montserrat Nebrera y Josep Olives (Coords.), Barcelona, CRTB, 2004.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, *“Debate”*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

.- *“Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española”*, RPE, nº 1, 1991.

Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecosas, Terradillos Basoco, *“Curso de Derecho Penal”*, PG., Barcelona, Ediciones Experiencia, 2004.

Bergalli, Roberto, *“Garantías, sistema penal y exclusión social. Una obra intelectual frente a la quiebra de los principios”*, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

.- *“¿Garantismo penal?, ¿Cómo, por qué y cuándo?”*, Justicia Penal y Sociedad, año II, nº 2, octubre, 1992.

.- *“Control Social: Sus orígenes conceptuales y usos instrumentales”*, RDPC, nº 2, 1992.

.- *“Observaciones críticas a las reformas penales tradicionales”*, en AA.VV., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.

Beristain Ipiña, Antonio, *“Hoy y mañana de la Política Criminal protectora y promotora de los Valores Humanos. (La paz desde la Victimología)”*, en AA.VV., *Política Criminal comparada, hoy y mañana*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1999.

- *"Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico"*, Madrid, Editorial Reus, 1979.
- *"Especialidad del Derecho penal del tráfico"*, RDC, nº 12, 1964.
- Bernal Martín, Luís**, *"Comentario del artículo 384 del Código penal"*, PAJA, nº 755, año XVIII, 03/07/2008.
- Binder, Alberto**, *"Justicia Penal y Estado de Derecho"*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004.
- *"Política Criminal: De la Formulación a la Praxis"*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1997.
- *"Introducción al Derecho Procesal Penal"*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 1993.
- Bonmatí Ortega, Paz**, *"Ingestión de alcohol, influencia en la conducción y, como consecuencia, riesgo para la seguridad del tráfico"*, La ley Penal, nº 10, 2004.
- Borja Jiménez, Emiliano**, *"Curso de Política Criminal"*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- *"Sobre el Concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin"*, ADPCP, Vol. LVI, 2003.
- *"Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal"*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2002.
- Bricola, Franco**, *"Política Criminal y Derecho penal"*, RIDP, nº 1, 1978.
- Bueno Arús, Francisco**, *"Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia"*, Madrid, Dykinson, 2008.
- *"Los Principios Constitucionales y el Derecho Penal"*, RDPC, nº 1, UNEA, Madrid, 1991.
- *"Algunas consideraciones de la Política Criminal de nuestro tiempo"*, RIDP, nº 1, 1978.
- Bustos Ramírez, Juan**, *"Seguridad ciudadana y seguridad jurídica"*, en AA.VV., "Universitas Vitae", Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.
- *"Principios Garantistas del Derecho Penal y del Proceso Penal"*, RNFP, nº 60, 1999.
- *"Política Criminal y Estado"*, en AA.VV., Estudios Jurídicos, LH. al Profesor José Casabó Ruiz, Vol. I, Universidad de Valencia, 1997.
- *"Proceso Penal y Derechos Fundamentales"*, en AA.VV., CNRR, Editorial Alfabeta, 1994.
- *"Manual de Derecho Penal"*, PG., Barcelona, Editorial PPU, 1994.
- *"Manual de Derecho Penal"*, PE., Barcelona, Editorial Ariel, 1991.
- *"Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente"*, RPE, nº 1, 1991.
- *"Control Social y Sistema Penal"*, Barcelona, Editorial PPU, 1987.

- *"Introducción al Derecho Penal"*, Bogotá, Editorial Temis, 1986.
 - *"Los Bienes Jurídicos Colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)"*, RFDUCM, nº 11, 1986.
 - *"Política Criminal y Dogmática"*, en AA.VV., *El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985.
 - *"La Criminología"*, en Bergalli/Bustos (Dirs.), *El Pensamiento Criminológico I*, Barcelona, Península, 1983.
 - *"Los Medios de Comunicación de Masas"*, en Bergalli/Bustos (Dirs.), *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Península, 1983.
 - *"Las Funciones de la Policía y la Libertad y Seguridad de los Ciudadanos"*, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Bustos.pdf>
 - *"Política Criminal e Injusto"*, RIDP, nº 1, 1978.
 - *"Criminología Crítica y Derecho penal Latinoamericano"*, en AA.VV., *Criminología Crítica (I seminario)*, Medellín, Universidad de Medellín, 1984.
- Bustos Ramírez, Juan, Hormazábal Malaree, Hernán**, *"Nuevo Sistema de Derecho Penal"*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.
- *"Lecciones de Derecho Penal"*, PG., Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Brandariz García, José**, *"Sobre control y lógicas del castigo en el capitalismo postfordista"*, en AA.VV., *la Globalización en crisis, gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, co-edición ULEX, Casa Invisible y Universidade Invisíbel, 2009.
- *"Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito"*, www.caosmosis.acracia.net, http://caosmosis.acracia.net/wpcontent/uploads/2008/09/branda_nuevos-riesgos.doc.
 - *"Política Criminal de la Exclusión"*, Granada, Comares, 2007.
 - *"Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal"*, REGASP, nº 9, 2007.
 - *"Itinerarios de evolución del Sistema Penal como Mecanismo de Control Social en las sociedades Contemporáneas"*, en AA.VV., *Nuevos retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- Cafferata Nores, José**, *"Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal"*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- Calderón Cerezo, Ángel y Choclán Montalvo, José**, *"Manual de Derecho penal"*, PE., Barcelona, Deusto Jurídico, 2005.

- *"Derecho Penal"*, PG., T. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1999.

Calvo González, José, *"Tráfico y expansión punitiva"*, PAJA, nº 706, año XVI, 01/06/2006.

Campione, Roger, *"El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft"*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

Campón Domínguez, José Andrés, *"Derecho Penal de la Circulación: Responsabilidad y sanción penal en la conducción de vehículos a motor"*, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004.

Cancio Meliá, Manuel, *"Seguridad ciudadana y derecho penal del enemigo"*, REGASP, nº 9, 2007.

- *"De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?"*, en AA.VV., *Derecho Penal Del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

- *"¿Derecho Penal del Enemigo?"*, en AA.VV., *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos IX, Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid*, Antonio Cuerda Riezu (Dir.), Madrid, Dykinson, 2006.

- *"Dogmática y Política criminal en una teoría funcional del delito"*, en AA.VV., *El Funcionalismo en derecho penal*, LH. a Günther Jakobs, Eduardo Montealegre (Coord.), Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003.

Cancino Moreno, Antonio, *"Necesidad de la regulación del real principio del derecho penal mínimo"*, en AA.VV., *Dogmática y Ley Penal*, LH. a Enrique Bacigalupo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004.

Cano Campos, Tomás, *"Derecho penal y seguridad vial"*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

Cantarero, Rocío y Zúñiga, Laura, *"¿Tiene futuro la ciencia total del derecho penal en España?"*, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

- *"El Régimen de las sanciones administrativas en la ley de tráfico y seguridad vial"*, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004.

Carbonell Mateu, Juan, *"La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial"*, en AA.VV., *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

- *"La reforma del tratamiento penal de la seguridad vial"*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

.- *“Reflexiones Sobre el Abuso del Derecho Penal y la Banalización de la Legalidad”*, en AA.VV., LH. al Doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001.

.- *“Derecho Penal: concepto y principios constitucionales”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

.- *“Breves Reflexiones sobre la Tutela de los llamados Intereses Difusos”*, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Javier Boix Reig (Dir.), CDJ, 1994.

Cardenal Montraveta, Sergi, *“La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

.- *“Los delitos relacionados con la seguridad del tráfico en el derecho comparado”*, INDRET, http://www.indret.com/pdf/448_es.pdf

Carmona Salgado, Concepción, *“Derecho Penal Español”*, PE., Manuel Cobo Del Rosal (Coord.), Madrid, 2005.

Carpio Briz, David, *“Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Carretero Pérez, Antonio, *“Nueva ley de uso y circulación de vehículos a motor”*, Valencia, 1963.

Cerezo Mir, José, *“Curso de Derecho Penal Español”*, PG., T. I, Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

.- *“Problemas Fundamentales del Derecho Penal”*, Madrid, Editorial Tecnos, 1982.

Christie, Nils, *“El Delito no existe”*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *“Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

.- *“Repercusiones de la jurisprudencia del tribunal supremo en la doctrina penal”*, en AA.VV., Jurisprudencia penal (2005-2007): análisis crítico, Juan Saavedra (Dir.), Madrid, CGPJ, 2007.

.- *“Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del código penal. ¿Tiende el derecho penal hacia un “derecho penal de dos velocidades”?”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Límites Objetivos y Subjetivos a la Intervención Penal en el Control de los Riesgos”,* en AA.VV., *La Política Criminal en Europa*, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dirs.), Barcelona, Atelier Penal, 2004.

.- *“Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”,* en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

.- *“Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-Penales Supraindividuales”,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

Córdoba Roda, Juan, *“Comentarios al código penal”,* T. III, Barcelona, Editorial Ariel, 1978.

.- *“Aspectos Político-criminales de los delitos de tráfico”,* RDP, nº 1-4, 1978.

.- *“Evolución Política y derecho penal en España”,* RIDP, nº 1, 1978.

Córdoba Roda, Juan, García Arán, Mercedes (Dirs.), *“Delitos contra la seguridad del tráfico”,* AA.VV., *Comentarios al Código Penal, PE.*, T. II, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004.

Conde-Pumpido Ferreiro, Candido, *“Modificaciones en el aspecto penal, de la ley de uso y circulación de Vehículos a motor”,* Madrid, Reus, 1968.

Cugat Mauri, Miriam, *“Nuevas Huidas al Derecho Penal y Quiebra de los Principios Garantistas”,* en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004.

Cuerda Riezu, Antonio, *“Los medios de comunicación y el derecho penal”,* en AA.VV., LH. al Doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001.

Cuello Calón, Eugenio, *“La delincuencia Automovilista y su represión”,* Bilbao, Patronato de la Universidad de Deusto, 1955.

Cuello Contreras, Joaquín, *“El Derecho Penal Español”,* PG., Madrid, Editorial Civitas, 1996.

Cuervo Pontón, Luís Enrique, *“Política Criminal”,* Universidad Javeriana, Bogotá, 1988.

Cuesta Pastor, Pablo José, *“Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 3/1999, acerca de la criminalización de la negativa a someterse al test de alcoholemia. Repercusiones en cuanto al principio de seguridad jurídica”,* Revista La Ley, 14 de febrero, 2000.

Cruz Blanca, María, *“Actio libera in causa y embriaguez. Aplicaciones en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol”,* en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

Délmás-Marty, Mirelle, *“Modelos Actuales de Política Criminal”,* trad. Marino Barbero Santos, SGTMJJE, Madrid, 1986.

Demetrio Crespo, Eduardo, *“Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal”*, en AA.VV., *“Universitas Vitae”*, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, EUS, 2007.

- *“El derecho penal del enemigo. Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad”*, en AA.VV., *El derecho penal frente a la inseguridad global*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007.

- *“El derecho penal del enemigo. Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado derecho penal del enemigo y la idea de seguridad”*, en AA.VV., *Derecho Penal Del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

- *“Del Derecho Penal Liberal al Derecho Penal del Enemigo”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004.

- *“El pensamiento Abolicionista”*, en AA.VV., *Reflexiones sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Rosario Diego Díaz-Santos y Eduardo Fabián Caparrós (Coords.), Madrid, Editorial Tecnos, 1995.

De Giorgi, Alessandro, *“Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control”*, trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús, Barcelona, Editorial Virus, 2005.

De Miguel, Armando y De Miguel, Iñaki, *“Sociología de la seguridad vial”*, Opiniones y actitudes, nº 45, Madrid, Centro de investigaciones sociológicas, 2003.

De León Villalba, Francisco Javier, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico”*, en AA.VV., *Comentarios Breves al Código penal*, Arroyo Zapatero, Berdugo Gómez de la Torre, Ferré Olivé, García Rivas, Serrano Piedecabras, Terradillos Basoco (Dirs.), Madrid, Editorial Iustel, 2007.

De Lleras Suárez-Bárcena, Emilio, *“Diálogo Jurídico sobre Derecho penal y seguridad vial”*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad Vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, *“Orden Político y Política Criminal”*, RDPC, nº 5, 1995.

- *“Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político”*, RDP, nº 9, 1980.

De Sola Dueñas, Ángel, *“Política Social y Política Criminal”*, en Bergalli/Bustos (Dirs.), *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Península, 1983.

De Vicente Martínez, Rosario, *“La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial”*, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007.

- *“El delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas y su propuesta de reforma”*, PL., nº 6653, 16 de febrero, 2007.

- *“Derecho Penal de la Circulación”*, Barcelona, Editorial Bosch, 2006.

Del Castillo Codes, Enrique, *“Estudio sobre los delitos de Peligro”*, RDDP, nº 19, 2006.

Del Olmo, Rosa, *“América Latina y su Criminología”*, Ciudad de México, Editorial Siglo XXI, 1981.

Del Rosal, Juan, *“Meditación Crítica sobre la Modificación de los Delitos de la Circulación”*, ADPCP, T. XXI, Fasc. II, 1968.

Díaz-Aranda, Enrique, *“Teoría del Delito”*, México, Straf, 2006.

Díaz Pita, María, Faraldo Cabana, Patricia, *“La utilización Simbólica del Derecho Penal en las Reformas del Código Penal de 1995”*, RDPP, nº 7, 2002.

Díaz y García Conlledo, Miguel, Rodríguez Montañés, Teresa, *“Los delitos de peligro”*, Iustel, 2006. www.iustel.com

Díez Ripollés, José Luís, *“De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate desenfocado”*, en AA.VV., *Derecho Penal y Política Transnacional*, Silvina Bacigalupo y Cancio Melia (Coords.), Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2005.

.- *“La nueva Política Criminal Española”*, en AA.VV., *Las Recientes Reformas Penales: Algunas Cuestiones*, Bilbao, Publicaciones Univ. de Deusto, 2004.

.- *“La Racionalidad de las Leyes Penales”*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

.- *“Política Criminal y Derecho Penal: Estudios”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

.- *“Un modelo dinámico de legislación penal”*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Profesor José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

.- *“El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

.- *“Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”*, Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, Universidad de Alicante, 2001.

.- *“La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista”*, RECPCR, nº 15, diciembre 1998, en <http://cienciaspenales.org/REVISTA%2015/diez15.htm>

Domínguez Izquierdo, Eva, *“La conducción bajo la influencia de drogas tóxicas o de bebidas alcohólicas y la negativa a someterse a las pruebas dirigidas a la comprobación de tales hechos: la vinculación material de los arts. 379 y 380 del código penal”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

Domínguez Figueirido, José y Rodríguez Basanta, Anabel, *“Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

Donna, Edgardo, *“La sociedad de riesgo y los delitos de peligro abstracto”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

Donini, Massimo, *“¿Una Nueva Edad Media Penal? Lo Viejo y lo Nuevo en la Expansión del Derecho Penal”*, en AA.VV., Temas de Derecho Penal Económico III, Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords.), Madrid, Editorial Trotta, 2004.

.- *“La Relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”*, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

Doval Pais, Antonio, *“Estructura de las Conductas típicas con especial referencia a los Fraudes Alimentarios”*, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Javier Boix Reig (Dir.), CDJ, 1994.

Durán Migliardi, Mario, *“Introducción a la Ciencia Jurídico-Penal Contemporánea”*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006.

.- *“El Derecho penal del enemigo. Formulaciones y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la expansión y modernización del Derecho penal”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

Elbert, Carlos Alberto, *“La inseguridad, el derecho y la política criminal del siglo XXI”*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Escriva Gregori, José, *“La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal”*, Barcelona, Bosch, 1976.

Eser, Albin, *“Una Justicia Penal a la Medida del ser Humano en la época de la Europeización y la Globalización”*, en AA.VV., Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Madrid, UNED, 2001.

Esteve Pardo, José, *“Técnica, Riesgo y Derecho”*, Barcelona, Editorial Ariel, 1999.

Etcheberry, Alfredo, *“Reflexiones sobre Política Criminal”*, Revista Electrónica de Política Criminal, Nº 7, http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_2_7.pdf.

Faraldo Cabana, Patricia y Muñagorri Lagua Ignacio, *“El nuevo autoritarismo político-criminal en España”*, en AA.VV., Política Criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona, Anthropos, 2005.

Feijoo Sánchez, Bernardo, *“Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal”*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2007.

.- *“Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo”*, en AA.VV., Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006.

.- *“El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de derecho”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 1, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”*, en AA.VV., LH. al Profesor, Dr. Gonzálo Rodríguez Mourullo, Mercedes Alonso Álamo... (et al., Coords.), Madrid, Thomson Civitas, 2005.

.- *“Sobre el contenido y evolución del Derecho Penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000”*, RJUAM, nº 4, 2001.

.- *“Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999”*, RJEDJB, nº 6, La ley, 1999.

Ferrajoli, Luigi, *“El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal”*, RNFP, nº 69, enero-junio, 2006.

.- *“Pasado y Futuro del Estado de Derecho”*, en AA.VV., Neoconstitucionalismo(s), Miguel Carbonell (Ed.), Madrid, Editorial Trotta, 2003.

.- *“Garantías”*, RJPD, nº 38, Julio, 2000.

.- *“Derechos y Garantías, La ley del más débil”*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

.- *“El Derecho Penal Mínimo”*, RPC, nº 0, 1996.

.- *“El Estado constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”*, en AA.VV., Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción, Perfecto Andrés Ibáñez (Ed. y trad.), Madrid, Editorial Trotta, 1996.

.- *“Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Editorial Trotta, 1995.

.- *“El Derecho Penal Mínimo”*, en AA.VV., Prevención y Teoría de la Pena, trad. Roberto Bergalli, Juan Bustos Ramírez (Dir.), Santiago de Chile, Editorial Cono Sur, 1995.

.- *“El Derecho como Sistema de Garantías”*, RJPS, año III, nº 5, agosto, 1994.

.- *“Justicia Penal y Democracia. El contexto extra procesal”*, RJPD, nº 4, septiembre, 1988.

Fernández, Gonzalo, *“Bien Jurídico y Sistema del Delito”*, Montevideo, Editorial B de F, 2004.

Fernández Bautista, Silvia, *“El delito de negativa a someterse a las pruebas de aloholemia”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código

penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Fernández Carrasquilla, Juan, *“Derecho Penal Liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal”*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Bañiz, 2002.

.- *“Hacia un derecho penal de la liberación”*, en AA.VV., *Criminología Crítica*, I seminario, CCUM, Medellín, 1984.

Fernández García, Antonio, Rodríguez Jiménez, José Luis, *“El Juicio de Nuremberg, 50 años después”*, Madrid, Editorial Arco/libros, 1996.

Fernández Entralgo, Jesús, Portilla Contreras, Guillermo, Barcelona Llop, Javier, *“Seguridad Ciudadana. Materiales de Reflexión Crítica sobre la Ley Corcuera”*, Madrid, Editorial Trotta, 1993.

Frascaroli, María Susana, *“Justicia penal y Medios de comunicación: La influencia de la difusión masiva de los juicios criminales sobre los principios y garantías procesales”*, Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2004.

Fuentes Osorio Juan, *“Formas de Anticipación de la Tutela Penal”*, RECPC, nº 8, 2006, <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-08.pdf>

.- *“Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal”*, RECPC, nº 7, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>

Fuertes López, Francisco, *“Permiso y licencia de conducir por puntos”*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006.

Gallego Soler, José, *“El nuevo delito de conducción bajo los efectos del alcohol y las drogas (art. 379.2 CP)”*, en AA.VV., *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Ganzenmüller C, Escudero F, Frigola J, *“Delitos contra la Seguridad del Tráfico. Los delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor”*, Barcelona, Bosch, 1997.

García Aran, Mercedes, *“Constitución y derecho penal, veinte años después”*, en AA.VV., LH. al Doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001.

.- *“Conducción de Vehículos bajo la Influencia del Alcohol”*, RJC, nº 3, 1987.

García Albero, Ramón, *“La nueva política criminal de la seguridad vial. (Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre y del proyecto de reforma del código penal)”*, RECPC, <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>

García Herrera, Miguel Ángel, *“Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora”*, Jueces para la Democracia, nº 12, enero, 1991.

García-Pablos De Molina, Antonio, *“Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

.- *“Introducción al Derecho Penal”*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

.- *“La prevención del delito: reflexiones en torno a la denominada prevención situacional”*, en AA.VV., *El penalista Liberal*, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

.- *“Tratado de Criminología”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

.- *“Tendencias del Actual Derecho Penal”*, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

.- *“Análisis Criminológico de los diversos modelos y Sistemas de Reacción al Delito”*, en AA.VV., *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*, LH. al Profesor Ángel TORÍO López, Granada, Editorial Comares, 1999.

.- *“Sobre el Principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del Ius Puniendi”*, en AA.VV., *Estudios Penales y Jurídicos*, LH. al Profesor Enrique Casas Barquero, Universidad de Córdoba, 1996.

.- *“Líneas político-criminales del nuevo Código Penal”*, en AA.VV., *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Bilbao, SEUPV, 1996.

García Rivas, Nicolás, *“Los principios del derecho penal constitucional (I): el principio de legalidad”*, IUSTEL, 2006. www.iustel.com

.- *“El Poder Punitivo en el Estado Democrático”*, Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 1996.

Garrido Vicente, Stangeland Per, Redondo Santiago, *“Principios de Criminología”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006.

Gil, Fernando, *“La exclusión social”*, Barcelona, Ariel, 2002.

Gil Hernández, Ángel, *“Aproximación dogmática al bien jurídico seguridad del tráfico en el nuevo código penal”*, RDMF, nº 4, 1997.

Gimbernat Ordeig, Enrique, *“¿Las Exigencias Dogmáticas hasta ahora Vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la Criminalidad, del la medición de la pena y del Sistema de Sanciones?”*, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

.- *“¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?”*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

Gomes, Luiz, *“Globalización y Derecho penal”*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Profesor José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

Gómez Benítez, José Manuel, *“Estudios Penales”*, Madrid, Editorial Colex, 2001.

Gómez Tomillo, Manuel, *“Contribución a la Teoría de los Delitos de Peligro Hipotético-Aptitud Abstracta. Los delitos de Tenencia como paradigma de Peligro Abstracto Puro”*, en AA.VV., *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson, 2005.

.- *“Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho penal”*, RAP, nº 4, 2000.

Gómez Martín, Víctor, *“El derecho penal de autor”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

.- *“Libertad, Seguridad y Sociedad del Riesgo”*, en AA.VV., *La Política Criminal en Europa*, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dirs.), Barcelona, Atelier Penal, 2004.

Gómez Iburguren, Pedro, *“Los delitos de conducción temeraria”*, PAJA, nº 713/2006, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006.

Gómez Pavón, Pilar, *“El Delito de Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas o Estupefacientes”*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998.

González Cussac, José Luís, *“La reforma penal de los delitos contra la seguridad vial”*, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007.

.- *“El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo”*, RP, nº 19, 2007.

.- *“Derecho penal y teoría de la democracia”*, CJ, nº 30, 1995.

.- *“Principio de Ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”*, RPJ, nº 28, 1992.

González Rus, Juan José, *“Seguridad del tráfico y mantenimiento de la red viaria. Responsabilidad penal (art. 382 cp)”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

.- *“El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y la prueba de alcoholemia en la jurisprudencia constitucional”*, RFDUG, nº 15, 1998.

González Tenorio, Ernesto, *“Poder Político y Política Criminal”*, en AA.VV., *Política Criminal y Sociología Jurídica*, Augusto Sánchez y Venus Armenta (Coords.), Ciudad de México, UNAM, 1998.

Gorriz Núñez, Elena, *“Posibilidades y Límites del Derecho Penal de dos velocidades”*, en AA.VV., *Temas de Derecho Penal Económico III, Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords.), Madrid, Editorial Trotta, 2004.

Guisasola Lerma, Cristina, *“Principio de Legalidad y Estructura de los Delitos de Peligro Abstracto. A propósito de la STC 42/199”*, RDDP, nº 7, 2002.

Gutiérrez Romero, Francisco, *“Reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial: unas breves consideraciones”*, PAJA, nº 752/2008, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2008.

Gutiérrez María, García Victoria, Martín María, Sanz-Díez Marina, *“Protección penal de la seguridad vial”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

Göppinger, Hans, *“Criminología”*, trad. Luisa Schwarck e Ignacio Luzárraga, Madrid, Editorial Reus, 1975.

Gracia Martín, Luís, *“Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal”*, Barcelona, Editorial Atelier, 2006.

.- *“El Horizonte del Finalismo y el Derecho Penal del Enemigo”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

.- *“Prolegómenos para la lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la crítica del Discurso de Resistencia”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

.- *“Qué es la Modernización del Derecho Penal”*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Profesor José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

.- *“Consideraciones Críticas sobre el Actualmente denominado Derecho Penal del Enemigo”*, RECPC, nº 7, 2005, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>

Harris, Marvin, *“Vacas, cerdos, guerras y brujas”*, Madrid, Alianza editorial, 2005.

Hassemer, Winfried, *“Seguridad por intermedio del derecho penal”*, en AA.VV., *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*, LH. a la Profesora María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

.- *“Líneas de desarrollo del derecho penal alemán desde la época de posguerra hasta la actualidad”*, en AA.VV., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I*, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

.- *“Bienes Jurídicos en el Derecho Penal”*, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

.- *“Contra el Abolicionismo: acerca del por qué no se debería abolir el derecho penal”*, RP, nº 11, enero, 2003.

.- *“Persona, Mundo y Responsabilidad”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

.- *“Crítica al Derecho Penal de Hoy”*, Universidad Externado, Colombia, 1998.

.- *“Prevención en el derecho penal”*, en AA.VV., *Prevención y Teoría de la Pena*, trad. Roberto Bergalli, Juan Bustos Ramírez (Dir.), Santiago de Chile, Editorial Cono Sur, 1995.

.- *“Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”*, RNFP, nº 1, 1991.

- *"Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos"*, RPE, nº 1, 1991.

- *"Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico"*, trad. Patricia Ziffer, RDP, año 12, nº 46-47, 1989.

- *"Fundamentos del Derecho Penal"*, Barcelona, Editorial Bosch, 1984.

Hassemer, Winfried, Muñoz Conde, Francisco, *"Introducción a la Criminología y al Derecho Penal"*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1989.

Hebberecht, Patrick, *"Sociedad de riesgos y política de seguridad"*, en AA.VV., La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

Hefendehl, Roland, *"El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa"*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

- *"De largo aliento: el concepto de bien jurídico o, qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico"*, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

- *"El bien jurídico como eje material de la norma penal"*, en AA.VV., La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

- *"¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de los Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro abstracto"*, trad. Eduardo Salazar, RECPC, nº 4, 2002, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf

Herrero Herrero, César, *"Criminología, parte general y especial"*, Madrid, Dykinson, 2007.

- *"Política Criminal integradora"*, Madrid, Dykinson, 2007.

- *"La prevención, principal vía realizadora de la Política Criminal"*, en AA.VV., Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, Homenaje a Alfonso Serrano Gómez, Francisco Bueno Aurús, Helmut Kury, Luís Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2006.

Herzog, Félix, *"Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo"*, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, trad. Eduardo Demetrio Crespo, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Nueumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

- *"Algunos Riesgos del Derecho Penal del Riesgo"*, trad. Enrique Anarte Borrallo, Revista Penal, nº 4, julio, 1999.

.- *“Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales”*, RPJ, nº 32, 1993.

Hirsch, Hans-Joachim, *“Sistemática y límite de los delitos de peligro abstracto”*, trad. Edgardo Donna y Dirk Styma, RLD, año V, nº 9-10, 2008.

.- *“Problemas actuales de la legislación penal propia de un Estado de Derecho”*, en AA.VV., trad. José Guzmán Dalbora, El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Hormazábal Malarée, Hernán, *“Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (El objeto protegido por la norma penal)”*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2ª edición, 2006.

.- *“Consecuencias Político Criminales y Dogmáticas del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos”*, en AA.VV., Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, EUS, 2004.

.- *“El Principio de Lesividad y el Delito Ecológico”*, en AA.VV., El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

.- *“Los problemas de legitimación del derecho penal y la perspectiva abolicionista”*, Derecho penal y criminología, RICPCUE, Vol. XVIII, Nº 57-58, septiembre 1995 - abril 1996.

.- *“Delito Ecológico y función Simbólica del Derecho Penal”*, en AA.VV., El Delito Ecológico, Madrid, Editorial Trotta, 1992.

.- *“Política penal en el Estado Democrático”*, en AA.VV., El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985.

Hortal Ibarra, Juan, *“El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Hulsman, Louk, *“Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa”*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

Iglesias Skulj, Agustina, *“Estrategias de pensamiento para la política criminal en la era de la globalización”*, en AA.VV., Problemas actuales de Derecho penal, Gustavo Balmaceda (Coord.), Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007.

Jaén Vallejo, Manuel, *“Los Principios Superiores del Derecho Penal”*, Madrid, Editorial Dykinson, 1999.

.- *“Cuestiones básicas del Derecho Penal”*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

.- *“La Legitimación del Derecho Penal y su Función Social”*, en AA.VV., Estudios Jurídicos, LH. al Profesor José Casabó Ruiz, Vol. 2, Universidad de Valencia, 1997.

Jescheck, Hans, *“La Crisis de la Política Criminal”*, RDP, nº 9, 1980.

Jescheck, Hans, Weigend, Thomas, *“Tratado de Derecho penal parte General”*, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Editorial Comares, 2002.

Jiménez de Asúa, Luís, *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., T. I, Buenos Aires, Editorial Losada, 1977.

Juanatey Dorado, Carmen, *“Sobre el Control de Alcoholemia. Comentario a la Sentencia 161/1997, de 2 de Octubre, del Tribunal Constitucional”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

Juarez, Tavares, *“Bien Jurídico y función en Derecho penal”*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Kaiser, Günther, *“Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos”*, trad. José Belloch, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

.- *“Delincuencia de Tráfico y Prevención General”*, trad. José María Rodríguez Devesa, Madrid, Espasa-Calpe, 1979.

Kargl, Walter, *“Protección de Bienes Jurídicos mediante la protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”*, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Kayser, Marijon, *“Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del Derecho Penal. Competencias Penales en la Cuestión del Aborto”*, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Kindhäuser, Urs, *“Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”*, trad. Nuria Pastor, Indret, nº 1, Barcelona, febrero, 2009.

.- *“Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico”*, en AA.VV., *Hacia un derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, trad. Fernando Molina, Madrid, BOE, 1995.

Kury, Helmut, *“Sobre la Relación entre sanciones y Criminalidad, o: ¿Qué efecto Preventivo tienen las Penas?”*, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

Lamarca Carmen, Alonso Avelina, Gordillo Ignacio, Mestre Esteban, Rodríguez Alicia, *“Derecho penal”*, PE., Madrid, Colex, 2005.

Landrove Díaz, Gerardo, *“Introducción al Derecho penal español”*, Madrid, Editorial Tecnos, 2004.

.- *“El Derecho Penal de la seguridad”*, Diario La Ley, Nº 5868, Año XXIV, 10 de octubre, 2003.

Langle, Emilio, *“La teoría de la Política Criminal”*, Madrid, Editorial Reus, 1927.

Larrauri Pijoan, Elena, *“Populismo punitivo... y como resistirlo”*, RJPD, nº 55, 2006.

.- *“Criminología Crítica: Abolicionismo y Garantismo”*, RECPCR, nº 17, <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2017/larrauri17.htm>

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal, PE.*, Gonzalo Rodríguez Mourullo (Dir.), Madrid, Editorial Civitas, 1997.

Laurenzo Copello, Patricia, Recensión de *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 12, 2003.

.- *“El Enfoque teleológico-funcional en el sistema del delito: breves notas sobre su alcance garantístico”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

.- *“El Resultado en Derecho Penal”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992.

Lavasseur, Georges, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Lazzarato, Maurizio, *“Por una política menor: Acontecimiento y política en las sociedades de control”*, trad. Pablo Rodríguez, Madrid, Traficantes de Sueños, 2006.

Lerma Gallego, Irene, *“Delitos de Tráfico y Prevención General”*, CPC, nº 52, 1994.

López Barja de Quiroga, Jacobo, *“El papel del derecho penal en la segunda modernidad”*, en AA.VV., *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI*, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006.

.- *“El Moderno Derecho penal para una Sociedad de Riesgos”*, RPJ, nº 48, 1997.

López Garrido, Diego, García Arán, Mercedes, *“El Código penal de 1995 y la Voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario”*, Madrid, Closas-Orcoyen, 1996.

López-Rey y Arrojo, Manuel, *“Compendio de Criminología y Política Criminal”*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.

.- *“Criminología”*, Madrid, Aguilar Ediciones, 1978.

Lorenzo Salgado, José, *“Título XIV Delitos contra la Seguridad Colectiva. Cap. IV. De los delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la propuesta de anteproyecto del nuevo código penal, Vol. 2, SGTMJJE, nº 37/40, 1993.

Luzón Peña, Diego-Manuel, *“Posibles reformas de los delitos de circulación”*, en AA.VV., *Derecho penal y Seguridad vial*, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

.- *“Curso de Derecho Penal”*, PG., T. I, Madrid, Editorial Universitas, 2004.

Magaldi Paternostro, María, *“El tipo del art. 380 del código penal: una propuesta interpretativa”*, en AA.VV., Derecho penal y Seguridad vial, Madrid, CGPJ, 2007.

Mantovani, Ferrando, *“El Derecho penal del enemigo, el Derecho penal del amigo, el enemigo del Derecho penal y el amigo del Derecho penal”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

.- *“La proclamación de los Derechos Humanos y la ineffectividad de los Derechos Humanos (¿Ensañamiento contra la vida o la cultura de la vida?)”*, CPC, nº 89, 2006.

Maier, Julio, *“Estado Democrático de derecho, derecho penal y procedimiento penal”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

.- *“La esquizofrenia del Derecho Penal”*, en AA.VV., Contornos y Pliegues del Derecho, LH. a Roberto Bergalli, Iñaki Rivera, Héctor Silveira, Encarna Bodegón, Amadeu Recasens (Coords.), Barcelona, Editorial Anthropos, 2006.

.- *“¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”*, en AA.VV., Nuevas formulaciones en las ciencias penales, LH. a Claus Roxin, Universidad nacional de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2001.

.- *“Balance y Propuesta del Enjuiciamiento Penal del Siglo XX”*, en AA.VV., El Poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1985.

.- *“Política Criminal y Derecho Procesal Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Maqueda Abreu, María, *“La intensificación del control y la hipocresía de las leyes penales”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

.- *“Políticas de Seguridad y Estado de Derecho”*, en AA.VV., Serta in Memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, EUS, 2004.

.- *“Crítica a la reforma penal anunciada”*, Revista jueces para la democracia, nº 47, 2003.

Marco del Pont, Luís, *“La Política Criminal en Argentina”*, en AA.VV., Política Criminal y Sociología Jurídica, Augusto Sánchez y Venus Armenta (Coords.), Ciudad de México, UNAM, 1998.

Maresca, Mariano, *“Antes de Leviatán. Las Formas Políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”*, en AA.VV., Mutaciones de Leviatán legitimación de los nuevos sistemas penales, Guillermo Portilla (Coord.), Madrid, Ediciones Akal, 2005.

Martín Ucles, Francisco, *“Aspectos jurídicos y policiales de la alcoholemia”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos, *“Reflexiones sobre la Expansión del Derecho Penal en Europa con especial Referencia al Ámbito Económico: La Teoría del Big Crunch y la Selección de Bienes Jurídico-Penales”*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo*, LH. al Profesor José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

Martínez Ruiz, Jesús, *“El delito de desobediencia a los agentes de la autoridad en el ámbito de la seguridad vial”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

Martos Núñez, Juan Antonio, *“Principios Penales en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, Madrid, UNEA, 1991.

Mata y Martín, Ricardo, *“Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro”*, Granada, Editorial Comares, 1997.

Matellanes Rodríguez, Nuria, *“Breves Reflexiones sobre la reforma operada en los delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., *Derecho Penal de la Democracia v/s Derecho Penal de la seguridad*, Ignacio Berdugo y Nieves Sanz (Coords.) Granada, Editorial Comares, 2005.

Maurach, Reinhart, *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., trad. y notas de Derecho Español Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

Mazzacuva, Nicola, *“El futuro del derecho penal”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

Medina Ariza, Juanjo, *“Discursos Políticos sobre Seguridad Ciudadana en la Historia reciente de España”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004.

Melossi, Darío, *“Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?”*, *RPE*, nº 1, 1991.

Mena Álvarez, José, *“El delito de conducción temeraria”*, en AA.VV., *Derecho penal y seguridad vial*, Madrid, CGPJ, 2007.

Méndez Baiges, Víctor, *“Sobre Derechos Humanos y Democracia”*, en AA.VV., *En el Límite de los Derechos*, Barcelona, EUB, 1996.

Méndez Rodríguez, Cristina, *“La delimitación jurídico-penal de la vida humana intrauterina y extrauterina. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español”*, en AA.VV., *Las transformaciones del derecho en Iberoamérica*, Ángela Figueruelo y Francisco Gorjón (Eds.), Granada, Comares, 2008.

.- *“Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación”*, Madrid, Universidad Complutense/Ministerio de Justicia, 1993.

.- *“Delitos de Peligro y Bienes Jurídicos Colectivos”*, RNFP, nº 44, 1989.

Mendoza Buergo, Blanca, *“Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”*, en AA.VV., Derecho y Justicia penal en el siglo XXI, LH. al Profesor Antonio González-Cuellar García, Madrid, Colex, 2006.

.- *“Gestión del Riesgo y Política Criminal de Seguridad en la Sociedad del Riesgo”*, en AA.VV., La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

.- *“El Delito Ecológico y sus técnicas de tipificación”*, RAP, nº 13, 2002.

.- *“El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo”*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

.- *“Límites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto”*, Granada, Editorial Comares, 2001.

.- *“Exigencias de la Moderna política criminal y Principios limitadores del Derecho penal”*, ADPCP, T. LII, 1999.

Millitelo, Vincenzo, *“Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea”*, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo”, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

Mir Puig, Santiago, *“Presentación”*, en AA.VV., Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

.- *“Estado, Pena y Delito”*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Constitución, Derecho Penal y Globalización”*, en AA.VV., Nuevas Tendencias en Política Criminal, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Derecho Penal”*, PG., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.

.- *“Introducción a las Bases del Derecho Penal”*, Montevideo, Editorial B de F, 2ª Ed., Reim, 2003.

.- *“El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho”*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994.

Mira Benavent, Javier, *“Función del Derecho Penal y Forma de Estado”*, en AA.VV., Estudios Jurídicos, LH. al Profesor José Casabó Ruiz, Vol. 2, Universidad de Valencia, 1997.

Moccia, Sergio, *“Seguridad y Sistema Penal”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“De la Tutela de bienes a la tutela de Funciones: entre ilusiones post modernas y reflejos iliberales”*, en AA.VV., Política criminal y Nuevo Derecho Penal, LH. a Claus Roxin, Barcelona, 1997.

.- *“Función sistemática de la política Criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente”*, en AA.VV., Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, LH. a Claus Roxin, Barcelona, Editorial Bosch, 1995.

Molina Fernández, Fernando, *“Delitos Contra la Seguridad del Tráfico”*, en AA.VV., Compendio de Derecho penal, PE., Vol. II, Miguel Bajo Fernández (Dir.), Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998.

Molina Gimeno, Francisco, *“Un paso más hacia la administrativización del Derecho penal”*, PAJA, nº 760, 25/06/2009.

.- *“Delitos contra la seguridad vial. Comentarios a la reforma del código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de Noviembre”*, PAJA, nº 753, 05/06/2008.

Morales Prats Fermín, *“Técnicas de Tutela Penal de los Intereses Difusos”*, en AA.VV., Intereses Difusos y Derecho Penal, Javier Boix Reig (Dir.), CDJ, 1994.

Moreno Alcázar, Miguel Ángel, *“Los Delitos de Conducción Temeraria”*, Valencia, Tirant Lo Blach, 2003.

Moreno Hernández, Moisés, *“Límites de la política criminal y del derecho penal”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

.- *“Vinculaciones entre Dogmática Penal y Política Criminal”*, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin, T. I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (Coords.), Ciudad de México, INACIPE, 2003.

Morillas Cueva, Lorenzo, *“Delitos contra la seguridad del tráfico: una preocupada reflexión global”*, en AA.VV., Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales), Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

.- *“Las normas penales: estructura, contenido y funciones”*, 2006. www.iustel.com

.- *“Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”*, RECPC, nº 4, 2002, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf

.- *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, RPJ, nº especial, 1990.

Morillas Cueva, Lorenzo, Suárez López, José, *“El tratamiento penal de la conducción temeraria”*, en AA.VV., Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales), Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

.- *“El Delito de Conducción Temeraria en el Código Penal de 1995”*, CPC, nº 69, 1999.

Morillas Fernández, David, *“La influencia directa del alcohol como elemento integrante del artículo 379 del código penal”*, en AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

- *“La Conducción de Vehículos a motor bajo la Influencia del Alcohol”*, CPC, nº 87, 2005.

Montaner Fernández, Raquel, *“Lecciones de Derecho Penal”*, PE., AA.VV., Jesús María Silva Sánchez (Dir.), Barcelona, Editorial Atelier, 2006.

Monteiro Guedes Valente, Manuel, *“La Política Criminal y la Criminología en nuestros días. Una visión desde Portugal”*, en AA.VV., *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política Criminal, Homenaje a Alfonso Serrano Gómez*, Francisco Bueno Aurús, Helmut Kury, Luís Rodríguez Ramos, Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Madrid, Dykinson, 2006.

Montiel Fernández, Juan Pablo, *“Peripecias Político-criminales de la expansión del Derecho Penal”*, DPCRI, nº 17, 2006.

Muñoz Lorente, José, *“Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”*, RPJ, nº 67, 2002.

Muñoz Conde, Francisco, *“Derecho Penal”*, PE., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- *“La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo”*, REGASP, nº 9, 2007.

- *“La relación entre dogmática jurídico-penal y política criminal en el contexto político alemán tras la segunda guerra mundial. Historia de una relación atormentada”*, en AA.VV., LH. al Profesor, Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Mercedes Alonso Álamo... (et al., Coords.), Madrid, Thomson Civitas, 2005.

- *“Derecho Penal y Control Social”*, Bogotá, Editorial Temis, 2004.

- *“El Nuevo Derecho Penal Autoritario: Consideraciones sobre el llamado Derecho Penal del Enemigo”*, en AA.VV., *La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Ibero América, Homenaje a Claus Roxin, T. I*, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (Coords.), Ciudad de México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

- *“Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- *“Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al “derecho penal del enemigo”*, RECJ, www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp

- *“Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del derecho penal”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

- *“El Derecho penal y la protección de los derechos fundamentales a finales del siglo XX”*, *Derechos y libertades*, RIBC, año 1, nº 2, 1993-1994.

- *“Introducción al Derecho Penal”*, Barcelona, Editorial Bosch, 1975.

Muñoz Conde, Francisco, García Aran, Mercedes, *“Derecho Penal”*, PG., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

Muñoz Cuesta, Francisco, *“Los delitos de conducción a velocidad excesiva y con tasas de alcohol superior a 0,60 mg por litro de aire espirado del art. 379 del Código Penal redactado conforme a la LO 15/2007 (RCL 2007, 2180)”*, Repertorio de Jurisprudencia, nº 30/2007 (Comentario), Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2007.

Muller-Tuckfeld, Jens Christian, *“Ensayo para la Abolición del Derecho Penal del Medio Ambiente”*, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Müssig, Bernd, *“Desmaterialización del Bien jurídico y de la Política Criminal”*, RDPC, nº 9, 2002.

Naucke, Wolfgang, *“La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”*, trad. Pablo Sánchez, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

.- *“Las relaciones entre la Criminología y la Política criminal”*, trad. Enrique Bacigalupo, CPC, nº 5, 1978.

Navarro Cardoso, Fernando, *“El Derecho Penal del Riesgo y la Idea de la Seguridad. Una quiebra del Sistema Sancionador”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004.

Negri, Toni, *“Prefacio”*, *“Tolerancia Cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control”*, trad. Iñaki Rivera y Marta Monclús, Barcelona, Editorial Virus, 2005.

Nair, Sami, *“Geopolíticadelacrisis”*, REEI, nº 18, 2008, <http://www.reei.org/reei%2016/doc/Sami.pdf>

Nestler, Cornelius, *“La protección de Bienes Jurídicos y la punibilidad de la Posesión de Armas de Fuego y de Sustancias Estupefacientes”*, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Niño Alzueta Luis, *“La ideología de la defensa social y la expansión del derecho penal”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, EUS, 2004.

Novoa Monreal, Eduardo, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

.- *“La evolución del Derecho Penal en el presente Siglo”*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977.

Núñez Barbero, Ruperto, *“Derecho Penal y Política Criminal”*, en AA.VV., *Estudios Penales*, LH. al Profesor J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982.

Núñez Paz, Miguel Ángel, *“Dogmática Penal y Política Criminal frente a la Reforma”*, en AA.VV., La reforma Penal a debate, Rosario Diego Díaz-Santos, Eduardo Fabián Caparrós, Carmen Rodríguez (Coords.), Salamanca, AUSEJP, 2004.

Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio, *“Debate”*, en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

.- *“Encuesta”*, en AA.VV., Derecho penal y Seguridad Vial, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2007.

.- *“Repercusiones de la responsabilidad penal por el producto en los principios garantizadores y la dogmática penales”*, en Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal, CDJ, nº VII, 2006.

Olmedo Cardenete, Miguel, *“Aspectos Prácticos de los Delitos contra la Seguridad del Tráfico tipificados en los arts. 379 y 380 del Código Penal”*, RECPC, nº 4, 2002, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-02.html

Ortego Costales, José, *“Bien Jurídico: lesión y peligro”*, en AA.VV., Estudios Penales, LH. al Profesor J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982.

Orts Berenguer, Enrique, *“Conducción con consciente desprecio por la vida de los demás”*, en AA.VV., Derecho penal y seguridad vial, Madrid, CGPJ, 2007.

.- *“La reforma del tratamiento penal de la Seguridad vial”*, en AA.VV., La Reforma del Código Penal tras 10 años de Vigencia, Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006.

.- *“Delitos contra la seguridad colectiva (y III): Delitos contra la seguridad del tráfico”*, Derecho penal, PE., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

Orts Berenguer, Enrique y Alonso Rimo, Alberto, *“El nuevo párrafo segundo del artículo 381 del Código penal: una propuesta de interpretación restrictiva”*, AA.VV., “Universitas Vitae”, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

Orts Berenguer, Enrique y Roig Torres, Margarita, *“El llamado delito de conducción homicida”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. II, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

Ortiz De Urbina Gimeno, Iñigo, *“La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (Es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella)”*, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

.- *“Roxin y la Dogmática político-criminalmente Orientada”*, en AA.VV., La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Ibero América, Homenaje a Claus Roxin, T. I, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (Coords.), Ciudad de México, INACIPE, 2003.

Paredes Castañón, José, *“Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia”*, Política criminal, nº 2, 2006, http://www.politicacriminal.cl/n_02/r_7_2.pdf

.- *“Riesgo y Política Criminal: La selección de Bienes Jurídico-Penalmente Protegibles a través del Concepto de Riesgo Sistémico”*, en AA.VV., La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto, Candido da Agra, José Luis Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

.- *“Responsabilidad Penal y Nuevos Riesgos: El caso de los delitos contra el medio ambiente”*, RAP, nº 10, marzo, 1997.

Paul, Wolf, *“Megacriminalidad ecológica y Derecho ambiental simbólico”*, RPE, nº 1, 1991.

Pérez Álvarez, Fernando, *“Protección Penal del Consumidor. Salud Pública y Alimentación”*, Barcelona, Editorial Praxis, 1991.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, *“El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos, y orden penal”*, en AA.VV., El derecho penal frente a la inseguridad global, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007.

Pérez Del Valle, Carlos, *“Derecho penal del enemigo ¿Escarnio o prevención de peligros”*, en AA.VV., Derecho Penal Del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Sobre los orígenes del derecho penal del enemigo”*, CPC, nº 75, 2001.

.- *“Sociedad de Riesgos y Reforma Penal”*, RPJ, nº 43-44, 1996.

Pérez Luño, Antonio, *“Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución”*, Madrid, Editorial Tecnos, 2005.

Peris Riera, Jaime, *“Delitos de Peligro y Sociedad de Riesgo: Una Constante discusión en la Dogmática Penal de la última Década”*, en AA.VV., Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson, 2005.

Pettoello Mantovani, Luciano, *“Pensamientos sobre la política criminal”*, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Polaino Navarrete, Miguel, *“La Controvertida Legitimación del Derecho Penal en las Sociedades Modernas: ¿Más Derecho Penal?”*, en AA.VV., Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson, 2005.

.- *“Derecho Penal Parte General: Fundamentos Científicos del Derecho Penal”*, T. I, Barcelona, Editorial Bosch, 2004.

.- *“Criminalidad Actual y Derecho Penal”*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1988.

Portilla Contreras, Guillermo, *“El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

- *“La legitimación doctrinal de la dicotomía Schmittiana en el derecho penal y procesal penal del enemigo”*, en AA.VV., *Derecho Penal Del Enemigo*, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

- *“El derecho penal de la seguridad. Una secuela inevitable de la desaparición del Estado social”*, en AA.VV., *Guerra Global permanente*, José Brandariz, Miguel Molina, Jorge Molinero (Coords.), Madrid, Editorial Catarata, 2005.

- *“Los Excesos del Formalismo Jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal”*, en AA.VV., *Mutaciones de Leviatán legitimación de los nuevos sistemas penales*, Guillermo Portilla (Coord.), Madrid, Ediciones Akal, 2005.

- *“El Derecho Penal y Procesal del Enemigo. Las Viejas y Nuevas Políticas de Seguridad frente a los Peligros internos-Externos”*, en AA.VV., *Dogmática y Ley Penal*, LH. a Enrique Bacigalupo, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004.

- *“La configuración del Homo Sacer como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004.

- *“La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”*, en AA.VV., *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- *“La lógica del Sospechoso como nuevo modelo procesal-Policial instaurado en el proyecto de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana”*, *Jueces para la Democracia*, nº 12, enero, 1991.

- *“Principio de Intervención Mínima y Bienes Jurídicos Colectivos”*, *CPC*, nº 39, 1989.

Pozuelo Pérez, Laura, *“De nuevo sobre la denominada expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos”*, en AA.VV., *El Funcionalismo en derecho penal*, LH. a Günther Jakobs, Eduardo Montealegre (Coord.), T. II, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2003.

Prieto Navarro, Evaristo, *“Ciudadanos y Enemigos. Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”*, en AA.VV., *Derecho Penal y Política Transnacional*, Silvina Bacigalupo y Cancio Meliá (Coords.), Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2005.

Prieto González, Helena, *“El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la seguridad vial”*, en AA.VV., *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Prittwitz, Cornelius, *“Sociedad del riesgo y derecho penal”*, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dir.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

- *“Derecho Penal del Enemigo: ¿Análisis Crítico o Programa del Derecho Penal?”*, en AA.VV., La Política Criminal en Europa, Mir Puig y Corcoy Bidasolo (Dir.), Barcelona, Atelier Penal, 2004.

- *“Sociedad del riesgo y derecho penal”*, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, trad. Adán Nieto Martín y Eduardo Demetrio Crespo, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

- *“El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la razón y Límites de los Principios limitadores del Derecho Penal”*, en AA.VV., La Insostenible Situación del Derecho Penal, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Queralt Jiménez, Joan, *“Derecho penal español”*, PE., Barcelona, Atelier, 2008.

- *“El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”*, en AA.VV., Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dir.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Quintano Ripollés, Antonio, *“Tratado de la parte especial del Derecho Penal”*, T. IV, Enrique Gimbernat Ordeig (Coord.), Madrid, 1967.

Quintero Olivares, Gonzalo, *“Algunas limitaciones de la dogmática”*, en AA.VV., Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, T. I, Carlos García Valdés, Antonio Cuerdo Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcacer Guirao, Margarita Valle Mariscal De Gante (Coords.), Madrid, Edisofer, 2008.

- *“Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”*, en AA.VV., La generalización del derecho penal de excepción: tendencias legislativas, Madrid, CGPJ, 2007.

- *“Parte General del Derecho Penal”*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

- (Dir.), *“Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

- *“Adónde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre las Leyes Penales y los Penalistas Españoles”*, Madrid, Thomsom-Civitas, 2004.

- *“La deriva y crisis de las ideas penales en España”*, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- *“Los delitos de riesgo en la Política criminal de nuestro tiempo”*, en AA.VV., Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo, trad. Carmen Gómez Rivero, Luís

Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

.- *“Manual de Derecho Penal”*, PG., Navarra, Editorial Aranzadi, 2000.

.- *“El Criminalista ante la Constitución”*, en AA.VV., 20 años de Ordenamiento Constitucional, Navarra, Editorial Aranzadi, 1999.

Ramos Vázquez, José Antonio, *“Del Otro lado del Espejo: Reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la Sociedad Actual”*, en AA.VV., Nuevos retos del Derecho Penal en la Era de la Globalización, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

Recasens i Brunet, Amadeu, *“La seguridad y sus políticas”*, Barcelona, Atelier, 2007.

Rivera Beiras, Iñaki, *“Elementos para una aproximación epistemológica”*, en AA.VV., Política Criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas, Iñaki Rivera Beiras (Coord.), Barcelona, Anthropos, 2005.

Rodríguez, Emmanuel, *“Gobierno imposible”*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

Rodríguez Devesa, José María *“El Derecho Comparado como Método de Política Criminal”*, ADPCP, T. XXXII, Fasc. I, 1979.

Rodríguez Devesa, José María, Serrano Gómez, Alfonso, *“Derecho Penal Español”*, PG., Madrid, Dykinson, 1994.

Rodríguez Fernández, Ignacio, *“La Conducción bajo la influencia de Bebidas alcohólicas, Drogas Tóxicas, Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas”*, Granada, Editorial Comares, 2006.

Rodríguez León, Luís, *“Seguridad Vial, crónica de una reforma penal”*, Sevilla, IAAP, 2008.

Rodríguez Montañés, Teresa, *“Delitos de Peligro, Dolo e Imprudencia”*, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *“Delito, Pena y Constitución”*, RJUAM, nº 8, 2003.

Rodríguez Ramos, Luís, *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., Código penal sistematizado y concordado..., Luís Rodríguez Ramos (Coord.), Madrid, La Ley, 2007.

.- *“Justicia Penal y Medios de Comunicación”*, en AA.VV., Dogmática y Ley Penal, Madrid-Barcelona, Editorial Marcial Pons, 2004.

.- *“Sobre la autonomía del Derecho de la Circulación”*, RDC, nº 4, 1964.

Romero, Gladys, *“Notas sobre la relación entre Política Criminal y Política Social”*, RIDP, nº 1, 1978.

Romeo Casabona, Carlos María, *“La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente”*, en AA.VV., La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, LH. al Profesor José Cerezo Mir, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

.- *“Aportaciones del Principio de Precaución al Derecho Penal”*, en AA.VV., *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.

.- *“Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución (presentación)”*, en AA.VV., *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Tenerife, CECUL, 1997.

Roxin, Claus, *“¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”*, en AA.VV., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

.- *“La Ciencia del Derecho Penal ante las Tareas del Futuro”*, en AA.VV., *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Milenio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

.- *“Conclusiones finales”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, trad. Carmen Gómez Rivero, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

.- *“La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

.- *“¿Tiene Futuro el Derecho Penal?”*, RPJ, nº 49, 1998.

.- *“Derecho Penal”*, PG., T. 1, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

.- *“Política Criminal y Estructura del Delito”*, Barcelona, PPU, 1992.

.- *“Acerca del Desarrollo reciente de la Política Criminal”*, trad. Díaz y García Conlledo Miguel y Pérez Manzano Mercedes, CPC, nº 48, 1992.

.- *“El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo”*, en AA.VV., *Política criminal y reforma del derecho penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1982.

.- *“Problemas Básicos del Derecho Penal”*, trad. Luzón Peña Diego-Manuel, Madrid, Reus S.A., 1976.

.- *“Política Criminal y Sistema del Derecho Penal”*, trad. Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Editorial Bosch, 1972.

Roxin Claus, Arzt Günther, Tiedemann Klaus, *“Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal”*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *“Pena y estructura social”*, Bogotá, Temis, Reim, 2004.

Ruiz Vadillo, Enrique, *“Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia”*, en *Estudios criminológico-victimológicos de Enrique Ruiz Vadillo in Memoriam*, San Sebastián, CIVC, 1999.

Ruiz Rengifo, Hoover, *“La exigencia de un «método» en el Debate actual de la cuestión de la Responsabilidad penal de las Personas jurídicas ¿tiene un futuro la dogmática penal de las personas jurídicas?”*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

Rusconi, Maximiliano, *“¿Un sistema de enjuiciamiento influido por la Política Criminal?”*, en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Sainz Cantero, José, *“Lecciones de Derecho Penal”*, PG., T. I, Barcelona, Editorial Bosch, 1979.

Sánchez García de Paz, María, *“La Criminalización en el ámbito previo como tendencia Política Criminal Contemporánea”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

.- *“El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal”*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999.

Sánchez Lázaro, Fernando, *“Política criminal y técnica legislativa: prolegómenos a una dogmática de lege ferenda”*, Granada, Editorial Comares, 2007.

Sánchez Moreno, José, *“Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia y otros delitos relacionados con la conducción”*, Barcelona, Editorial Bosch, 2001.

.- *“Conducción bajo la Influencia de Bebidas Alcohólicas”*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998.

San Martín Segura, David, *“El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control”*, en AA.VV., *la Globalización en crisis, gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Málaga, co-edición ULEX, Casa Invisible y Universidade Invisible, 2009.

.- *“Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo”*, en AA.VV., *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, María José Bernuz Beneítez, Ana Isabel Pérez Cepeda(Coords.), Universidad de la Rioja, 2006.

San Román García, José Luís, Díaz López, Vicente, *“Estudio sobre la influencia del consumo de alcohol en la seguridad de la conducción de vehículos automóviles”*, CGC, nº XXXI, 2ª época, 2004.

Santana Vega, Dulce María, *“Las Obligaciones Constitucionales de castigar Penalmente”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

.- *“Funciones del Derecho Penal y Bienes Jurídicos Colectivos”*, RAP, nº 9, febrero/marzo, 2001.

.- *“La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”*, Madrid, Dykinson, 2000.

Sanz Morán, Ángel, *“Algunas consideraciones en torno a la política criminal”*, en AA.VV., *“Universitas Vitae”*, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Fernando Pérez Álvarez (Ed.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2007.

.- Recensión de *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, en Silva Sánchez Jesús, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

Sanz Mulas, Nieves, *“Los delitos contra la seguridad en el tráfico. El inmutable alejamiento del principio de lesividad penal”*, en AA.VV., *Dos décadas de reformas penales*, Nieves Sanz (Coord.), Granada, Editorial Comares, 2008.

.- *“Justicia y Medios de Comunicación: Un Conflicto Permanente”*, en AA.VV., *Derecho Penal de la Democracia v/s Seguridad Pública*, Granada, Editorial Comares, 2005.

.- *“La Validez del Sistema Penal Actual Frente a los Retos de la Nueva Sociedad”*, en AA.VV., *El Sistema Penal frente a los retos de la Nueva Sociedad*, Madrid, Editorial Colex, 2003.

Sastre Ariza, Santiago, *“Derecho y Garantías”*, *Jueces para la Democracia*, nº 38, julio, 2000.

Serrano-Piedecabras, José Ramón, *“Consecuencias de la Crisis del Estado Social”*, en AA.VV., *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, EUS, 2004.

.- *“El Conocimiento Científico del Derecho Penal”*, en AA.VV., LH. al Doctor Marino Barbero Santos, Cuenca, Ediciones de la Univ. de Castilla-La Mancha y EUS, 2001.

.- *“Emergencia y crisis del Estado Social”*, Barcelona, PPU, 1988.

Serrano Gómez, Alfonso, *“Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”*, en AA.VV., *Estudios Penales*, LH. al Profesor J Antón Oneca, Salamanca, EUS, 1982.

.- *“Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro”*, ADPCP, T. XXXIII, Fasc. I, 1980.

Serrano Gómez Alfonso, Serrano Maíllo Alfonso, *“Derecho Penal”*, PE., Madrid, Dykinson, 2008.

Schulz, Lorenz, *“De la aceleración de las condiciones de vida”*, trad. Ramón Ragués, en AA.VV., *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (Ed. Española), Granada, Editorial Comares, 2000.

Schünemann, Bernd, *“El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”*, trad. María Martín Lorenzo y Mirja Feldmann, en AA.VV., *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Roland Hefendehl (Ed.), Madrid, Marcial Pons, 2007.

.- *“Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio”*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.

.- *“La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal”*, ADPCP, T. XLIV, Fasc. III, 1991.

.- *“Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”*, ADPCP, T. XLIV, Fasc. III, 1991.

Schüler-Springorum, Horst, *“Cuestiones Básicas y estrategias de la Política Criminal”*, trad. Alberto Elbert, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989.

Silva Sánchez Jesús, *“Del Derecho abstracto al Derecho “real””*, Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (trad. y estudio preliminar M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), en INDRET, nº 4, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

.- *“Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

.- *“Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”*, reimpresión, Barcelona, Editorial Bosch, 2002.

.- *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”*, Madrid, Editorial Civitas, 2001.

.- *“Política Criminal y Persona”*, Buenos Aires, AD-HOC, 2000.

.- *“Reflexiones sobre las Bases de la Política Criminal”*, en AA.VV., *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos*, LH. al Profesor Ángel Torío López, Granada, Editorial Comares, 1999.

.- *“Política Criminal en la Dogmática: Algunas Cuestiones sobre su Contenido y Límite”*, en AA.VV., *Política criminal y Nuevo Derecho Penal*, LH. a Claus Roxin, Barcelona, 1997.

.- *“Nuevas Tendencias Político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo”*, en AA.VV., *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Tenerife, CECUL, 1997.

.- *“Eficiencia y Derecho Penal”*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XLIX, Fasc. I, 1996.

.- *“Consideraciones sobre el Delito del Art. 340 Bis A) 1º CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)”*, RJDC, nº 1, año XCII, 1993.

.- *“La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”)*, RDC, nº 4, julio/agosto, 1988.

Silva Sánchez, Felip I Saborit, Robles Planas Pastor Muñoz, *“La Ideología de la Seguridad en la Legislación Penal Española Presente y Futura”*, en AA.VV., *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un debate abierto*, Candido da Agra, José Luís Domínguez, Juan Antonio García Amado, Patrick Hebberecht y Amadeu Recasens (Eds.), Barcelona, Atelier, 2003.

Soto Navarro, Susana, *“La Influencia de los Medios en la Percepción Social de la Delincuencia”*, RECPC, <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>

- *“La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos”*, Granada, Editorial Comares, 2003.

Suárez González, Carlos, *“Derecho penal y riesgos tecnológicos”*, en AA.VV., *Crítica y Justificación del Derecho penal en el Cambio de Siglo*, Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín (Coords.), Cuenca, Ed. Univ. Castilla-La Mancha, 2003.

Suárez-Mira Rodríguez Carlos, Judel Prieto Ángel, Pinol Rodríguez José Ramón, *“Manual de Derecho Penal”*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

Sgubbi, Filippo, *“El Delito como Riesgo Social”*, trad. y estudio preliminar Julio E.S. Virgolini, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1998.

Szabó, Denis, *“Criminología y Política en materia criminal”*, México, Siglo veintiuno Editores, 1980.

Tamarit Sumalla, Josep María, *“Política criminal con bases empíricas en España”*, REPC, nº 3, 2007, <http://www.politicacriminal.cl>

- *“Delitos contra la seguridad del tráfico”*, en AA.VV., *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Gonzalo Quintero Olivares (Coord.), Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

- *“Tentativa con dolo eventual”*, ADPCP, T. XLV, Fasc. II, 1992.

Tamarit Sumalla Josep, Luque Reina Eulalia, *“Automóviles, delitos y penas”*, Valencia, Tirant lo Blach, 2007.

Terradillos Basoco, Juan María, *“Globalización, Administrativización, y Expansión del Derecho Penal Económico”*, en AA.VV., *Temas de Derecho Penal Económico III*, Encuentro Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico, Juan María Terradillos Basoco y María Acale Sánchez (Coords.), Madrid, Editorial Trotta, 2004.

- *“Peligro Abstracto y Garantías Penales”*, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

- *“Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal”*, RPE, nº 1, 1991.

- *“Peligrosidad Social y Estado de Derecho”*, Madrid, Akal Editores, 1981.

Tiedemann, Klaus, *“Constitución y Derecho Penal”*, <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Tiedemann3.pdf>

Torío López, Ángel, *“Los Delitos de Peligro Hipotético, contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto”*, ADPCP, XXXIII, 1981.

Toro Alcalde, Juan Carlos, *“Comentarios al Artículo 340 bis a), párrafo 1º, del Código penal”*, RPJ, nº especial, 1990.

Torres Fernández, María, *“Reflexiones sobre algunos efectos administrativos del llamado «carnet por puntos» en las consecuencias penales de los delitos contra la seguridad en el tráfico”*, en

AA.VV., *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial (aspectos penales, civiles y procesales)*, Lorenzo Morillas (Coord.), Madrid, Dykinson, 2007.

Vargas Pinto, Tatiana, *“Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante”*, Navarra, Arnazadi, 2007.

Varona Gómez, Daniel, *“¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España”*, INDRET, Pablo Coderch (Ed.), <http://www.indret.com/pdf/599.pdf>

.- *“El Delito de Negativa a las Pruebas de Alcoholemia tras las sentencias 161/1997 y 234/1997 del Tribunal Constitucional y la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 2.ª) de 09 de Diciembre de 1999”*, Revista La Ley, 17 de enero, 2000.

.- *“El delito de negativa a las pruebas de alcoholemia (art. 380 cp.) tras la sentencia del TS de 9-12-1999”*, RJPD, nº 37, marzo, 2000.

Varona Gema, Bermejo Fernando, Blanco Isidoro, San Juan César, *“Análisis del pluralismo penal: Tendencias mundiales de la justicia criminal”*, Problemas criminológicos en las sociedades complejas, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Carmen Ruidíaz García (Coords.), Universidad Pública de Navarra, 2000.

Vassalli, Giuliano, *“Política Criminal y Derecho Penal”*, RIDP, nº 1, 1978.

Vázquez Rossi, Jorge, *“¿De qué nos Protege el Sistema Penal?”*, RDP, nº 57-58, 1992.

Vidaurre Aréchiga, Manuel, *“Criminología, Política Criminal y Sistema de Justicia Penal”*, en AA.VV., *La Influencia de la Ciencia Penal Alemana en Iberoamérica, Homenaje a Claus Roxin, T. I*, Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca (Coords.), Ciudad de México, INACIPE, 2003.

.- *“Estudios Jurídico-penales”*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 1993.

Villalba Carrasquilla, Francisco, *“El endurecimiento de la penas de los delitos de tráfico como medida de mejora de la siniestralidad”*, en AA.VV., *Seguridad Vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo (Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Vives Antón, Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, González Cussac, *“Derecho Penal Parte especial”*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

Von Liszt, Franz, *“La Idea del Fin en el Derecho Penal”*, Programa de la Universidad de Marburgo 1882, trad. Carlos Pérez del Valle, Granada, Editorial Comares, 1995.

.- *“Tratado de Derecho Penal”*, trad. de la 20ª edición alemana por Luís Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. II, Madrid, Reus, 1914.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *“El Enemigo en el Derecho Penal”*, Buenos Aires, Ediar, 2006.

.- *“La legitimación del control penal de los extraños”*, en AA.VV., Derecho Penal del Enemigo, Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coords.), Vol. 2, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2006.

.- *“Reflexiones sobre el derecho penal ambiental”*, en AA.VV., Estudios sobre justicia penal, LH. al Profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

.- *“Las clases peligrosas: el fracaso de un discurso policial prepositivista”*, en AA.VV., El penalista Liberal, Jorge de Figueiredo, Alfonso Serrano, Sergio Politoff y Eugenio Raúl Zaffaroni (Dirs.), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

.- Discurso de investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Castilla la Mancha, Servicio de Publicaciones, 2004.

.- *“Criminología. Aproximación desde un Margen”*, Bogotá, Editorial TEMIS, 1993.

.- *“La ingeniería institucional criminal (Sobre la necesaria interdisciplinariedad constructiva entre Derecho Penal y Politología)”*, en AA.VV., Perspectivas Criminológicas: en el umbral del tercer milenio, Ana Messuti (Coord.), Montevideo, 1998.

.- *“Abolicionismo y Garantías”*, RJPD, nº 24, noviembre, 1995.

.- *“En Busca de las Penas Perdidas”*, Bogotá, Editorial TEMIS, 1990.

.- *“La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo”*, ADPCP, T. XLII, Fasc. I, 1989.

.- *“El Conocimiento Jurídico Penal y la Doctrina de la Seguridad nacional en el Cono sur”*, en AA.VV., Estudios Penales, Homenaje al Profesor Luís Carlos Pérez, Bogotá, Temis, 1984.

.- *“Política Criminal Latinoamericana. Perspectivas-Disyuntivas”*, Buenos Aires, Hammurabi, 1982.

.- *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., T. I, Buenos Aires, EDIAR, 1980.

Zaffaroni Eugenio, Aliaga Alejandro, Slokar Alejandro, *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2006.

Zaffaroni Eugenio, Aliaga Alejandro, Slokar Alejandro, *“Tratado de Derecho Penal”*, PG., Buenos Aires, Editorial EDIAR, 2002.

Zipf, Heinz, *“Introducción a la Política Criminal”*, trad. Miguel Izquierdo Macías Picabea, Madrid, Edersa, 1979.

Zugaldía Espinar, José, *“Seguridad ciudadana y estado social de derecho (A propósito del código penal de la seguridad y el pensamiento funcionalista)”*, en AA.VV., Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdiel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (Coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

.- *“¿Qué queda en pie en el Derecho Penal del Principio Mínima intervención, Máximas Garantías?”*, CPC, nº 79, 2003.

.- *“Fundamentos de Derecho Penal”*, PG., Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.

Zúñiga Rodríguez, Laura, *“Nociones de Política Criminal”*, Salamanca, CISE, 2006.

.- *“Viejas y Nuevas Tendencias Políticocriminales en las Legislaciones Penales”*, en AA.VV., *Derecho Penal de la Democracia v/s Seguridad Pública*, Granada, Editorial Comares, 2005.

.- *“Política Criminal”*, Madrid, Editorial Colex, 2001.

.- *“Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia una administrativización del Derecho Penal o una Penalización del Derecho Administrativo Sancionador?”*, en AA.VV., LH. a Marino Barbero Santos in Memoriam, Vol. I, Cuenca, EUS, 2001.

.- *“Libertad Personal y Seguridad Ciudadana”*, Barcelona, PPU, 1993.