

El "moderno" Derecho penal vial y la penalización de la conducción sin permiso

Fernando Miró Llinares

Universidad Miguel Hernández de Elche

Abstract*

La reforma del Código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, en materia de seguridad vial, no sólo se explica en el marco de un modelo legislativo penal expansivo y punitivista, sino que es paradigmática de tales caracteres de la actual política criminal en nuestro país. El presente trabajo analiza los mismos, tratando, primero, de identificar las claves de ese "moderno" Derecho penal vial y, después, de confirmarlas en uno de los preceptos más significativos, el que incorpora de nuevo el delito de conducción sin permiso, una figura delictiva que es aquí desgрана, tanto en los fundamentos sociológicos y criminológicos de su inclusión, como en la discusión sobre la legitimidad de su punición por vía penal, como, finalmente, en el análisis interpretativo del precepto.

The reform of the Penal Code operated on the LO 15/2007, of November the 30th, in road safety matter, is not only explained in the frame of a legislative penal expansive and punitive model, but it is paradigmatic of such features of the current criminal policy in our country. The following paper analyzes those features, trying to identify, at first, the keys of this "modern" road Criminal law and, later, to confirm them in one of the most significant rules, which incorporates again the crime of driving without driving license, a criminal figure that is analyzed here in the sociological and criminological foundations of its incorporation, as well as in the discussion on the legitimacy of its punishment by Criminal law, and, finally, in the interpretive analysis of the article.

Die durch das verfassungsergänzende Gesetz LO 15/2007 vom 30. November bewirkte Reform des Strafgesetzbuches im Bereich der Verkehrssicherheit, drückt sich nicht nur im Rahmen eines expansiven und punitiven Strafgesetzmodells aus, sondern ist beispielhaft für diese Charakteristiken der aktuellen Kriminalpolitik unseres Landes. Diese Arbeit analysiert genannte Merkmale, behandelt zunächst die Bestimmung der Schlüssel des „modernen“ Strafrechtsweges und weiterfolgend die Bekräftigung derselben in einer der bezeichnendsten Verfügungen – die, die erneut den Straftatbestand des Fahrens ohne Führerschein einbindet; eine Straftat, die hier sowohl aus Sicht der soziologischen und kriminologischen Grundlagen ihrer Einbindung entschlüsselt wird, als auch im Hinblick auf die Diskussion über die Legitimität der Verfolgung auf strafrechtlichem Wege, sowie abschließend in der interpretierenden Analyse der Verfügung.

Title: The "modern" road and traffic Safety Criminal law and the penalty of driving without driving license.

Titel: Das "moderne" Verkehrsstrafrecht und die Bestrafung des Fahrens ohne Fahrerlaubnis.

Palabras clave: Moderno Derecho penal, Derecho penal postmoderno, expansión del Derecho penal, administrativización del Derecho penal, populismo punitivo, Moderno Derecho penal vial, Política criminal de la seguridad vial, Conducción sin permiso o licencia.

Keywords: Modern Criminal Law, Out spreading of the Penal Code, Modern Road Safety Act, criminal policy on road safety, Driving without a valid driving license.

Schlüsselwörter: Modernes Strafrecht; Postmodernes Strafrecht; Ausweitung des Strafrechts; Verwaltung des Strafrechts; punitiver Populismus; Modernes Verkehrsstrafrecht; Strafrechtspolitik der Verkehrssicherheit; Fahren ohne Fahrerlaubnis oder Führerschein.

* Aunque este trabajo poco tiene que ver con el comentario al art. 384 CP que forma parte de los comentarios al Código Penal dirigidos por Cobo del Rosal, que realicé conjuntamente con Elena García Moreno, Juez y discípula, quiero agradecerle las ideas que ella tuvo en aquél trabajo, especialmente en el desarrollo interpretativo del tipo, muchas de las cuales he mantenido en este artículo. También quiero agradecer la lectura y comentarios de los criminólogos (nunca mejor dicho) Francisco Bernabéu Ayela y José Eugenio Medina Sarmiento, así como, muy especialmente, el fantástico trabajo de búsqueda de sentencias y de corrección de la becaria en prácticas del Área de Derecho penal de la UMH, Elena Beatriz Fernández Castejón. El resto de agradecimientos son para Esther.

Sumario

1. Reforma penal en materia de seguridad vial: claves del “moderno” Derecho penal del tráfico
 - 1.1. Clave 1: Populismo punitivo y creciente inseguridad vial: bases de un moderno Derecho penal vial de la eficacia preventiva y simbólica
 - 1.2. Clave 2: El viejo y buen Derecho penal mínimo y subsidiario del tráfico ha muerto: ¡viva la intervención máxima en materia penal vial!
 - 1.3. Clave 3: Del solapamiento entre ilícito penal e ilícito administrativo a la desnaturalización de la diferencia entre ambos
 - 1.4. Clave 4: A menor espacio para la interpretación judicial mayor cumplimiento de los fines políticos pretendidos
2. La tipificación del delito de conducción sin permiso, paradigma del moderno Derecho penal vial
 - 2.1. Razones, o explicaciones, de una tipificación (y algunas consideraciones sociológicas y criminológicas sobre la punición de la conducción sin permiso)
 - 2.2. ¿Era imprescindible la incorporación del delito del 384 CP? Referencias extranjeras y otras opciones de sanción de la conducción sin permiso
 - 2.3. Lo paradigmático, por correspondiente a lo “moderno”, del delito de conducción sin permiso
3. Nueva política criminal vial y límites de la intervención penal: sobre la legitimidad del delito de conducción sin permiso
 - 3.1. Crisis del bien jurídico en el moderno Derecho penal y posibles ¿bienes jurídicos? del delito del artículo 384 CP
 - 3.2. Acerca de la legitimidad de la intervención penal por medio del art. 384 CP, y de los “daños colaterales” del “moderno” Derecho penal vial
4. ¿Es posible, y con qué alcance, una interpretación restrictiva del artículo 384 CP?
 - 4.1. Modalidades de conducta del delito del artículo 384 CP y posibilidades de interpretación restrictiva de cada una de ellas
 - a) La conducción sin licencia por pérdida de los puntos
 - b) La conducción tras privación judicial de la licencia
 - c) Conducción sin haber tenido nunca licencia
 - 4.2. Los límites de la interpretación y la posible atipicidad de la conducción totalmente “inocua”

1. Reforma penal en materia de seguridad vial: claves del “moderno” Derecho penal del tráfico

Cuando los penalistas españoles y alemanes describen el fenómeno de la expansión o modernización del derecho penal, o cuando los anglosajones se refieren al populismo punitivo de gran parte de los gobiernos actuales¹, no suelen utilizar como referencia de los mismos el Derecho penal relacionado con el tráfico rodado². Sin embargo, y quizás por la unión en nuestro país de, por una parte, los factores globales que parecen hacernos avanzar a todos en el camino de un nuevo, moderno o postmoderno Derecho penal en el que la satisfacción de las demandas sociales por medio de una mayor utilización del ordenamiento criminal sea el eje del sistema y, por otra, específicos factores sociales y políticos directamente relacionados con la gran siniestralidad que azotaba nuestras carreteras, lo cierto es que si hoy hay un sector del Derecho penal que mejor muestra algunos de los rasgos de “modernidad”³ ese podría ser, a mi parecer, el Derecho penal español de la seguridad vial.

La reforma del Código penal en materia de seguridad vial en la que se enmarca el delito que voy a analizar, fue la única modificación que sobrevivió del malogrado proyecto de LO de modificación del Código penal de 2007⁴, lo cual refleja la relevancia que el gobierno otorgaba al grave problema de la accidentalidad viaria, pero también el carácter mediático que el fenómeno de la seguridad vial había adquirido ya por aquél entonces y que le

¹ Por supuesto no estoy identificando estos dos fenómenos. Más bien uno (la expansión o modernización) podría tener entre sus causas el otro (el populismo punitivo o populismo penal), o quizás sea mejor decir que ambos son dos vertientes del mismo problema correspondientes a las diferentes formas de observar el fenómeno penal: la más centrada en el objeto, en la norma penal, la visión continental a la que le interesa especialmente la capacidad del sistema penal para explicar nuevas realidades; y la más centrada en la causa, en la sociedad que aprueba dicha norma, la visión sociológica anglosajona a la que le ocupa las razones estructurales colectivas que llevan a la implantación de un nuevo modelo de Derecho penal. En todo caso ambas visiones, expansión y populismo punitivo, se unen en la consecuencia de un modelo de Derecho penal máximo. Véase, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, y OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS, *El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)*, 2005, p. 11.

² Es excepción Mir Puig, quien recientemente ha señalado este ámbito como uno de aquellos en los que con más claridad se expresa la expansión del Derecho penal. MIR PUIG, «Presentación», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 13.

³ En la actualidad existe una discusión tácita, de tipo terminológico, sobre si el Derecho penal de nuestros días es “moderno” o “postmoderno”. Mientras que algunos hablan de la modernización del Derecho penal, otros se refieren al Derecho penal de la postmodernidad, y en la mayoría de los casos unos y otros citan características político criminales idénticas o similares. En el presente trabajo he considerado conveniente hablar de moderno Derecho penal de la seguridad vial, (y no de, por ejemplo, Derecho penal postmoderno del tráfico rodado), no por considerar que tal nomenclatura es más correcta en términos de diferenciación de las diferentes “épocas del Derecho penal”, sino, básicamente, por considerar que la misma sirve perfectamente para expresar la existencia de diferencias entre el Derecho penal vial moderno y el clásico Derecho penal de la seguridad del tráfico (el único que ha existido hasta el momento). Véase al respecto de la diferenciación entre el Derecho penal moderno y el postmoderno (sumándose a esta última denominación), con múltiples referencias y bibliografía inglesa y americana, DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *RECPC*, 2009, pp. 1-64 (<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>; última visita: 14 de julio de 2009)..

⁴ Es cierto, sin embargo, que en esta legislatura en la que volvió a ganar el PSOE, se ha presentado el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del CP, que incorpora gran parte de las propuestas que formaban parte de aquél proyecto de ley.

situaba en un predominante lugar en el ranking de los problemas sociales que conformaban su agenda política. Al fin y al cabo, y pese a que el problema de la siniestralidad viaria había sido mucho más grave en épocas anteriores, en pocos años hemos pasado de, lo que Benlloch Petit (2004) denominaba, una “situación de habituación social a la siniestralidad viaria” en la que era muy escasa la demanda social de intervención estatal, a lo que García Albero (2007, p.2) define como una “actitud de decidido combate”, de lucha y de “tolerancia cero” hacia los infractores viales. Y en ese contexto se explica la comunicación política a la sociedad sobre la necesidad de refuerzo de la vía penal para la prevención de la siniestralidad viaria.

En esos términos se presenta la reforma del Código penal operada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 15/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial (BOE nº 288, de 1.12.2007), como la respuesta a la necesidad 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”. Y eso parece explicar y justificar para el legislador, la reincorporación al ámbito de lo penalmente sancionado de la conducción sin permiso y otras novedades como las nuevas formas de tipificación de la conducción bajo los efectos del alcohol o la conducción temeraria⁵, la reforma del delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia⁶, o la mayor severidad penológica que implica la reforma⁷. Modificaciones que, si bien desde un punto de vista cuantitativo podrían hacernos pensar que se trata de una reforma casi tenue, encierran unas claves de cambio cualitativo correspondientes con algunas de las características del “moderno” Derecho penal, que la convierten en el paso definitivo, en el camino sin retorno hacia una nueva forma de intervenir con el Derecho penal en el ámbito de la seguridad vial.

Y digo “sin retorno” porque no parece irracional ni adivinatorio afirmar que el mensaje que está transmitiendo el legislador de la eficacia para la seguridad de la política de “más Derecho penal” tiene grandes posibilidades de calar socialmente mientras se vayan cumpliendo los objetivos de una significativa reducción de la siniestralidad viaria. Desde 2004, cuando comenzó a implantarse la “nueva política vial” los muertos en carretera han descendido todos los años, y de forma muy significativa los últimos dos, pasando de los 3.332 de 2005, a los 2.181 de 2008⁸. La importancia de esta reducción de la accidentalidad se hace más patente si se compara con datos del año 2000 y de 1990 y se analiza el parque de vehículos y el censo de conductores: en 1990 los muertos en carretera fueron casi 6000, con no llega a 15 millones de conductores y poco más de esta cifra de total del parque de

⁵ Véase al respecto HORTAL IBARRA, «El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 in fine y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 121 y ss., y VARGAS CABRERA, «El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP», *EDJ*, 2007, pp. 6-7.

⁶ Al respecto de este delito y de su simbólica modificación en la reforma de 2007, véase MIRÓ LLINARES, «Artículo 383», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 735 y ss., especialmente p. 746 y ss.

⁷ VARGAS CABRERA, *EDJ*, 2007, pp. 185-186.

⁸ Accidentes mortales en carretera año 2008, (cómputo de las víctimas mortales a 24 horas) datos provisionales, OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 4.

vehículos⁹; en 2000 murieron 4.295 con un censo de conductores de casi 19 millones y más de 23 millones de vehículos¹⁰; y en 2008, con más de 23 millones de conductores y más de 31 millones de vehículos murieron 2.181 personas, con una ratio de 70 muertos por millón de vehículos frente a la de 184 de 2000 y la de 378 de 1990. No sólo no puede negarse el éxito, sino que tenemos que felicitarnos por él. Otra cosa, que requeriría un análisis mucho más profundo que el que aquí voy a desarrollar es que sea causa del mismo la reforma del código penal, o que no hubiera podido llegarse a él de otra forma diferente a la llevada a cabo por una reforma penal que asienta definitivamente un modelo de intervención que podría denominarse como el “moderno” Derecho penal vial español y cuyas claves, con el espíritu crítico al que, considero, estoy obligado, voy a analizar a continuación.

1.1. Clave 1: Populismo punitivo y creciente inseguridad vial: bases de un moderno Derecho penal vial de la eficacia preventiva y simbólica

La doctrina penal española y alemana relaciona los paradigmas de expansión y administrativización del Derecho penal con la enorme disminución de la tolerancia hacia la inseguridad en la actual sociedad del riesgo en la que vivimos. Ya dijo Silva Sánchez que la sensación social de inseguridad actual no parece proporcional a la gravedad de los riesgos reales de nuestro mundo¹¹, pero al igual que ocurre con la percepción de las personas, que no puede definirse de forma objetiva, lo mismo sucede con la percepción social: la inseguridad y demanda de intervención no tiene por qué corresponderse con los riesgos reales; puede ser que produzca temor algo que dista mucho de ser peligroso y que, sin embargo, riesgos reales, no causen temor en la sociedad¹². También es posible que un fenómeno con el que se ha convivido durante mucho tiempo aparezca “de repente” como intolerable a los ojos de la misma sociedad que antes lo aceptaba, y que todo un conjunto de conductas que eran socialmente aceptadas pasen a ser ahora reprobadas.

Algo así ha ocurrido con la seguridad vial. Hasta hace muy poco la accidentalidad viaria no era percibida como un problema social grave en comparación con, por ejemplo, el paro, la inseguridad ciudadana o el terrorismo. Tal falta de valoración por la sociedad del “problema vial” conllevaba un escaso interés político por el mismo: las políticas de mejora de la seguridad en el tráfico no daban votos¹³. Y curiosamente, eso era así precisamente en los años en que la accidentalidad era mayor y causaba más víctimas. Pero esto ha cambiado. Según una encuesta de la propia DGT, los accidentes de tráfico son el séptimo

⁹ Los datos de 1990 son: Parque vehículos: 15.696.715; Censo de conductores: 14.347.139; Total de muertos: 5.936; Ratio de muertos por millón de vehículos: 378. OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 4.

¹⁰ Los datos de 2000 son: Parque vehículos: 23.284.215; Censo de conductores: 18.930.263; Total de muertos: 4.295; Ratio de muertos por millón de vehículos: 184. OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 4.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, p. 3 y ss., especialmente pp. 36-37.

¹² NICOLÁS LAZO, «La desembocadura en la sociedad del riesgo. Su marco teórico europeo», en RIVERA BEIRAS, (coord.), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, 2005, p. 241.

¹³ BENLLOCH PETIT, «La eficacia de las sanciones penales y administrativas en la lucha contra la siniestralidad vial», *TSV*, 2005, pp. 5-24.

problema social para los españoles, sólo por debajo del terrorismo, las drogas, la inmigración, la vivienda, la inseguridad ciudadana y el paro¹⁴. Cuando el problema social de la accidentalidad vial no es planteado espontáneamente por el ciudadano sino que es sugerido entre varios se convierte entonces, en el segundo problema social sólo por detrás de la inseguridad ciudadana¹⁵. Quizás ello ponga de manifiesto lo expresado por García Albero: “más que percepción subjetiva de intolerable inseguridad, lo que acontece con el tráfico rodado es la creciente intolerancia hacia los costes humanos y materiales que el tráfico masivo de las sociedades actuales provoca”¹⁶. Pero si a tal sensación social unimos la política y mediáticamente trabajada, estigmatización del infractor vial como enemigo delincuente¹⁷, la presentación pública del Derecho penal proporcionado y garantista como un lastre para la eficacia en la lucha contra la delincuencia¹⁸, y la propensión actual por parte de ciudadanos y poderes públicos, de buscar la solución a la inseguridad en el Derecho penal¹⁹, entonces ya disponemos de los mimbres para, en los tiempos en que vivimos, “justificar” una reforma –de más Derecho - penal.

Al fin y al cabo vivimos en tiempos de populismo punitivo, en el que las decisiones de la política criminal se toman por los gobiernos sobre la base de las demandas que nacen de la experiencia cotidiana de la sociedad²⁰, no siempre esterilizada ésta de la manipulación (bien o mal intencionada en el fin último) de los poderes privados o públicos. Creo, y no soy el único,²¹ que esto es evidente en el caso que nos ocupa: tras una campaña de

¹⁴ OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 34.

¹⁵ OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 35. De los problemas sociales sugeridos a los entrevistados, la inseguridad ciudadana es lo que más preocupa al 26%, seguido por los accidentes de tráfico (19%), la vivienda (18%) y el paro (16%). La integración de los inmigrantes, los accidentes de trabajo y otros problemas no alcanzan el 10%.

¹⁶ Y es que, señala el autor, la sensación de inseguridad es diferente en el caso del tráfico: “la sociedad no acabe de dejarse persuadir por el catastrófico –pero aquí fiel a la realidad- discurso de los poderes públicos. En el fenómeno del tráfico, las “fuentes de peligro” están masiva y democráticamente repartidas; el ciudadano no es sólo *paciente*, sino también y fundamentalmente *agente* directo y principal de riesgo. Por una cuestión de equilibrio psicosocial la intolerancia pareciera proyectarse en riesgos socialmente bien circunscritos: riesgos de “los otros” –productores, industria, criminales, etc.- no sobre los riesgos que uno mismo puede generar cotidianamente”. GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 4.

¹⁷ Véanse los ejemplos aportados por García Albero, de manifestaciones políticas que demuestran tal estigmatización del delincuente vial. GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, pp. 2-3, quien señala que “el discurso se ha ido pertrechando de nueva artillería verbal, funcional a la nueva estrategia: 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”, en una estrategia de conquista del discurso que recuerda mucho la llevada a cabo en materia de violencia de género (terrorismo doméstico)”.

¹⁸ GARCÍA ARÁN, «Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático», en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 110. También podría tomarse en consideración el papel de los medios de comunicación en la creación del discurso de la (in)seguridad en general y de la (in)seguridad vial en particular, que profundamente analiza la autora.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, p. 41 y ss.

²⁰ DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *RECPC*, 2009, p. 44, nota 129.

²¹ Así Larrauri Pijoan en un reciente trabajo señala que lo que caracteriza el populismo punitivo es la alusión creciente a la opinión pública para justificar las reformas penales, y cita expresamente la seguridad vial. LARRAURI PIJOAN, «La economía política del castigo», *RECPC*, 2009, p. 6. (<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-06.pdf>; última visita: 11 de mayo de 2009).

sensibilización social sobre el problema de la violencia vial (ya no accidentalidad viaria)²², la DGT realizó una encuesta a los españoles inquiriéndoles sobre la necesidad de incorporar al Código penal determinados comportamientos delictivos, y la significativa respuesta favorable de un 60% de los encuestados en la mayor parte de las figuras delictivas propuestas fue esgrimida posteriormente como razón para la intervención penal²³. ¿Es esto una reacción a la demanda social o una creación de la misma?

En todo caso, y sin poder profundizar en interesantes disquisiciones sobre el auténtico punitivismo de los españoles²⁴, el carácter constitutivo o reactivo de los gobiernos en relación con la alarma social²⁵, o la finalidad última de esta dinámica comunicativa simbólica²⁶ a la que parecen apuntarse la mayor parte de los gobiernos dando lugar al denominado “populismo punitivo” o “populismo penal”²⁷, es indudable que el legislador ya no rehúye sino que, más bien tiende a buscar la solución a los problemas sociales en la utilización del Derecho penal que, cada vez más, es visto por el Estado como un medio

²² GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, pp. 2-3.

²³ OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 170. Los resultados de esta encuesta se corresponden, por otra parte, con los de otros estudios empíricos más generales sobre la aptitud percibida por los ciudadanos del incremento de la respuesta penal para la solución del problema de la accidentalidad viaria. Así, por ejemplo, en un estudio de, de ALONSO/SAMN MARTÍN et al. *La justicia en el tráfico. Conocimiento y valoración de la población española*, 2005, p. 125, se observa que el 77,1% de los conductores valora de forma eficaz (atribuyendo calificaciones que oscilan entre 5 y 10) el incremento de la responsabilidad penal.

²⁴ En este sentido véase el interesante trabajo de Varona que muestra como las creencias o voluntades punitivas de los españoles no se corresponden, por inferiores, con las expresadas penalmente. VARONA GÓMEZ, «¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España.», *InDret*, 2009.

²⁵ LARRAURI PIJOAN, *RECPC*, 2009, también DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *RECPC*, 2009, pp. 1-64.. Sobre la alarma social y su influencia en la política criminal actual, véase el magnífico trabajo de SÁNCHEZ LÁZARO, «Alarma social y Derecho penal», *InDret*, 2009. Un interesante estudio al respecto de la incidencia de los medios de comunicación y de los propios gobiernos en la creación de demandas de seguridad, de la brillante penalista que perdimos todos, pero más quienes la conocimos, en SOTO NAVARRO, «La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia», *RECPC*, 2005, (<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>; última visita: 13 de mayo de 2009). También en este sentido de análisis de los factores que crean la alarma social, centrado especialmente en los medios de comunicación, véase, FUENTES OSORIO, «Los medios de comunicación y el Derecho penal», *RECPC*, 2005, (<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>; última visita: 13 de mayo de 2009).

²⁶ Señala Pérez Cepeda que es la escuela (penal) de Frankfurt la que ha afirmado que el recurso al Derecho penal no sólo es simbólico sino engañoso, en cuanto que le permite dar la sensación de que atiende a las demandas de seguridad pero, puede hacerlo de forma “barata”, evitando las medidas sociales más costosas (PÉREZ CEPEDA, «De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal», en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, pp.186-187). En efecto así se han manifestado entre otros HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, 1ª ed., 1999, p.90; HASSEMER, «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo», en MUÑOZ CONDE (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pero también Albrecht interpreta que la utilización rápida de la respuesta penal, sirve en muchas ocasiones para desplazar la atención de la génesis social del problema y esquivar la ejecución de las auténticas políticas de intervención estructural que servirían para la solución del problema, ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 471-487.

²⁷ Recuerda Larrauri que el término Populismo Punitivo lo acuña Bottoms refiriéndose “a cuando el uso del Derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a reforzar el consenso moral existente en la sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso”. LARRAURI PIJOAN, «Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión», en BACIGALUPO SAGGESE/CANCIO MELIÁ (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, 2005, p. 284.

idóneo para lograr los dos objetivos que le preocupan, la prevención de determinados comportamientos por medio de la conminación con la sanción más grave de que se dispone, y la comunicación a la sociedad de que se afronta el problema con la mayor fuerza de que dispone el Estado.

Podría decirse pues, que son éstos los auténticos fines del moderno Derecho penal de la seguridad vial. El primero, el de eficacia preventiva, el paradigma preventivo, que se especificaría en este caso en el deseable fin de la reducción del número de muertes y de accidentes de tráfico y para cuya consecución sin embargo, y conforme se ha puesto de manifiesto en otros estudios, es necesario pero no suficiente el Derecho penal²⁸. El segundo, el principio de eficacia simbólica, conforme al cual la inclusión de nuevos delitos y la agravación de más penas siempre cumplirá, por lo menos, el objetivo simbólico de tranquilizar la demanda social de seguridad haciéndole ver que se afronta el problema social que se pretende solucionar²⁹. En el marco de la consecución de estos fines cuadra la tipificación de la conducción por encima de determinadas velocidades o una concreta tasa de alcohol en sangre, cuya finalidad esencial es la comunicación de la peligrosidad de la velocidad y el alcohol en la conducción³⁰, así como, luego se verá, la penalización de la conducción sin permiso. Al fin y al cabo, la interacción de la voluntad de consecución de estos fines con el contexto de una sociedad insegura y de legisladores populistas, en el que una respuesta rápida y contundente del Estado le sirve a éste para calmar alarmas sociales construidas y aparecer así, como responsabilizado y dispuesto a hacer “todo lo que sea necesario”, deja sin espacio la consecución de otros objetivos, aquéllos de la exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de intervención mínima, que constituían, hace algún tiempo ya, cuando el modelo penal de la idea de seguridad no

²⁸ BENLLOCH PETIT, TSV, 2005, pp. 5-24.

²⁹ Así, entre muchos, GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 87. Este mecanismo comunicativo entre poder político y ciudadanía, lo explica en el siguiente párrafo de DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *RECPC*, 2009, pp. 55-56, “en resumen, los responsables de las políticas penales, utilizan la estrategia del discurso populista como plataforma desde la que movilizar a la opinión pública (o quizás, mejor, a sectores de población con conciencia de frustración y abandono), a través de unos mensajes cuyo contenido tienden, primero, a desplegar en el imaginario colectivo la *fantasía* de los riesgos que la amenazan, identificando la fuente de esos riesgos; segundo, a proporcionarles conciencia de un potente elemento de cohesión, que no es otro que el de su condición de actual o potencial víctima de la delincuencia, frente al enemigo común; tercero, a destacar la desatención que la neutralización de estas amenazas ha merecido en tiempos pasados; y cuarto, a prometer los recursos y las reformas legales que sean necesarias, para garantizar su seguridad; finalmente, se ponen en marcha las reformas penales correspondientes y se establecen los mecanismos legales que hacen visibles de forma evidentes las sanciones, con lo cual se constata el cumplimiento de las promesas, y, además, se permite que los miembros honrados (víctimas reales o potenciales) de la sociedad se impliquen en el diseño y en la ejecución de las decisiones legislativas, lo cual da sentido y consistencia a esa movilización; todo lo cual termina por garantizar la adhesión al poder reinante porque demuestra ser un poder sensible a las demandas, ansiedades e inseguridades del público”.

³⁰ Así, con acierto en el análisis, GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 11, para quien la lesividad concreta del comportamiento pierde importancia: el exceso de velocidad es la causa de muchos accidentes y es preciso configurar una infracción que “comunique” socialmente el aludido reproche. La conducta no se emancipa así del derecho administrativo por asumir perfiles propios desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo; sino sólo porque artificialmente encarna un reproche ético-social que toma prestado del fenómeno global de la conducción a velocidad excesiva. Esto no es privativo del tráfico rodado, se trata más bien de un fenómeno propio del Derecho penal de la seguridad.

había devorado definitivamente el modelo del garantismo penal³¹, las tradicionales formas de contrapeso de la prevención como única finalidad del Derecho penal³².

1.2. Clave 2: El viejo y buen Derecho penal mínimo y subsidiario del tráfico ha muerto: ¡viva la intervención máxima en materia penal vial!

Se han tratado de explicar en el capítulo anterior los condicionantes sociológicos y políticos fundamentales de la reforma del Código penal de 2007. La esencial consecuencia de los mismos en el ámbito que nos interesa sería este paradigma, muchas veces y de variadas formas descrito por gran parte de la doctrina penal en toda Europa, que podría resumirse en la tendencia, exponencialmente creciente en los últimos años, de ampliación del ámbito de lo sancionado por vía penal y de la incorporación al mismo de conductas que anteriormente únicamente constituían infracciones administrativas, y que forma parte del fenómeno general que se ha venido a llamar expansión³³, modernización³⁴ del Derecho

³¹ Así, respecto al afianzamiento de este modelo “basado en el triunfo de la idea de seguridad como legitimadora del endurecimiento penal y el retroceso de las garantías”, GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 85. Añade la autora que el modelo garantista siempre ha sido un modelo débil, más teórico que real, y sometido al acoso de las continuas exigencias de rigor penal.

³² Lo que Silva incardinaba en el fin global de la “reducción de la violencia estatal”. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 241 y ss.

³³ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, pp. 32–42, si bien el propio autor reconoce el “origen” en la denominada escuela de Frankfurt, y especialmente en la obra de Hassemer.

³⁴ El término “modernización” lo ha utilizado Hassemer para comparar críticamente, el Derecho penal actual con el Derecho penal liberal (HASSEMER, «Crisis y características del moderno Derecho penal», *AP*, 1993, p. 635 y ss.). Sin embargo, también se ha utilizado el término modernización para justificar tal tendencia político-criminal como medio para incluir en el ámbito de la persecución criminal a las clases sociales poderosas en sus actividades de lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos como el medio ambiente o el orden económico. Así lo hace GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, 2003, que se suma a quienes, como Schünemann, consideran esta evolución una tendencia lógica del Derecho penal para la mejor tutela de los intereses sociales en la sociedad actual (SCHÜNEMANN, Bernd, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana» (traducido por CANCIO MELIÁ), *ADPCCPP*, 1996, p. 198 y ss., y EL MISMO, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?», en DEL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 49 y ss.). Junto a las referencias a la expansión y a la modernización del Derecho penal ha habido otras muchas, como la de la “contrailustración” de Albrecht que sirve para poner el acento en la erosión de los principios del Derecho penal de la Ilustración, que caracteriza a la Política criminal actual (ALBRECHT, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 476). También la referencia del Derecho penal de la seguridad ciudadana, acuñado por Díez Ripollés, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC*, 2004, para defender la necesidad de superar el modelo penal garantista, o las que engloban algunos de estos fenómenos en una más global referencia al Derecho penal “postmoderno”. Un excelente, con múltiples notas y referencias, análisis de unas y otras tesis es el que realiza FEIJÓO SÁNCHEZ, «Sobre la “administrativización” del Derecho penal en la “sociedad de riesgo”: un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI.» en VVAA, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, 2006, p. 141 y p. 154, nota 45, donde señala que frente a la tesis crítica con el moderno Derecho penal del riesgo, la mayoría de la doctrina aboga por una posición intermedia que denuncia fenómenos ilegítimos de expansión pero no acepta las generalistas críticas de la escuela de Frankfurt (si es que lo es, véase p. 140, nota 11) respecto al Derecho penal de hoy. Se suma a esta posición Feijóo, pero, a

penal o Derecho penal de la sociedad del riesgo³⁵. El paso de un Derecho reactivo contra hechos lesivos individualmente delimitados, a un Derecho totalmente preventivo y de gestión de riesgos generales³⁶, es innegable en el ámbito de la seguridad vial, y la reforma del Código Penal de 2007 supone, de algún modo, la confirmación de que “no hay vuelta atrás” en el camino.

En efecto, y aunque desde las primeras manifestaciones normativas en materia vial, y en comparación con la regulación de otro tipo de conductas, se ha utilizado el Derecho penal de forma anticipatoria, al tratarse de la regulación de un ámbito de riesgo evidente para los bienes jurídicos vida y salud de las personas, un estudio histórico sobre estos delitos nos muestra la tendencia de ampliación del ámbito de punición y el aumento del protagonismo de la vía penal en materia vial. Así, el Código penal de 1928 ya contenía infracciones en materia de tráfico como la conducción sin permiso (art. 574), la Ley del Automóvil de 9 de mayo de 1950 incorporó por primera vez la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas³⁷, y normas posteriores como la Ley de 24 de diciembre de 1962 de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y las posteriores que volvieron a situar en el Código penal las infracciones antes ubicadas en leyes especiales, fueron incorporando nuevos delitos basados en la idea de la anticipación en la protección de la vida y la salud de las personas³⁸. Algunos de los primeros delitos de peligro concreto y abstracto en la historia penal española surgieron por tanto, en el ámbito de la seguridad vial, cuya regulación penal fue, desde pronto, objeto de discusión por la doctrina penal³⁹.

mi parecer con acierto, define la administrativización del Derecho penal como patología que desnaturaliza las características esenciales del Derecho penal, FEIJÓO SÁNCHEZ, en VV.AA., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, p. 155.

³⁵ Sobre las principales características de éste, siguiendo a FEIJÓO SÁNCHEZ, en VV.AA., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, p. 144, “modelo ideal de política criminal que sería conceptualmente opuesto al modelo político criminal del estado liberal”, véase en particular la obra colectiva *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, la emblemática, aunque más moderna, obra de PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, así como la obra de PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, 2007, especialmente p. 346 y ss.

³⁶ Así lo caracteriza SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., 2001, p. 123. En el mismo sentido véase, FEIJÓO SÁNCHEZ, en VV.AA., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, 2006, p. 139 y ss.

³⁷ DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, «Artículo 379», en COBO DEL ROSAL, (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 561. Recuerda la autora que en aquella regulación se exigía que el sujeto estuviera en un estado de incapacidad para conducir con seguridad; y que fue la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 1962 la que vino ya a exigir la conducción “bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas”. Sobre los antecedentes históricos de este delito y la evolución de su regulación, véase VARGAS CABRERA, *EDJ*, 2007, p. 128 y ss.

³⁸ Concretamente la LO 8/1983, de 25 de julio, de Reforma urgente y parcial del Código penal, y de nuevo mediante la LO 3/1989, de 21 de junio, de Actualización del Código penal por la que se aumentan sensiblemente las penas, y la LO 17/1994, de 23 de diciembre, sobre modificación de diversos artículos del Código penal y aumento el ámbito típico de algunos delitos. (DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación: delitos de violencia vial*, 2006, pp. 171-182).

³⁹ Véase sobre la discusión clásica, con numerosas notas y referencias, sobre si el Derecho penal era lugar adecuado o no para regular infracciones viarias, MORILLAS CUEVA/SUÁREZ LÓPEZ, «Artículo 380 CP», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 643 y ss. Parece que la posición minoritaria de quienes, como CEREZO MIR, «Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico», en EL MISMO, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, p. 285 y ss., defendían no sólo los delitos contra la seguridad vial, en aquél momento regulados, sino su ampliación a otros

Un importante punto de inflexión en esa tendencia expansiva en materia de seguridad vial acontece con el CP de 1995 que junto al catálogo de delitos de peligro concreto y abstracto existentes, incorpora un delito, el de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia, cuyo objetivo directo no es la prevención mediante la punición de comportamientos peligrosos para la vida y salud de las personas en el ámbito del tráfico rodado, sino el aseguramiento de la eficacia del control policial para la prevención de la conducción influenciada, mediante la punición con mayor pena que la propia conducta de conducir bajo los efectos del alcohol o drogas, de la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia legalmente establecidas⁴⁰. Sin entrar en debates sobre si este delito protege el principio de autoridad, la seguridad en el tráfico, ambos o ninguno de estos bienes jurídicos, lo que no puede negarse es que su tipificación supone la punición con pena de prisión de un comportamiento inocuo para la vida y la salud de las personas pero cuya realización impedía la efectividad de un instrumento policial esencial para la eficacia de la política pública en materia vial⁴¹. Con él por tanto, el Derecho penal ya no es el último reducto que persigue los comportamientos más peligrosos para los bienes jurídicos más importantes, sino que en él cabe ya la persecución de muchas otras conductas, sean o no peligrosas, si con su punición parece lograrse el efecto preventivo de que se trate. Porque, y esto es importante, el legislador sigue buscando la prevención, pero de forma diferente: ya no se trata de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de las mismas, sino de prevenir la no realización de conductas peligrosas mediante la punición de todo aquello que, más o menos directamente, pueda perjudicar la puesta en práctica de las medidas policiales y judiciales establecidas por el gobierno para lograr el fin preventivo último de que se trate. Se trata, como ha caracterizado Díez Ripollés (2005, p. 247) del último paso de la tendencia expansiva: de los delitos de peligro concreto a los de peligro abstracto, y de estos a los delitos “de obstaculización de funciones de control”.

Esta tendencia llega a su máxima expresión en materia de tráfico rodado con la reforma que estamos analizando. En primer lugar al profundizar en la tipificación como delitos de comportamientos absolutamente inocuos, inofensivos para la vida o la salud de las personas, como la conducción sin permiso y la negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia, y en segundo lugar al tipificar como delitos de peligro comportamientos caracterizados por la mera infracción de estándares de riesgo⁴². Y aunque estemos

comportamientos como la conducción a velocidades excesivas, ha sido finalmente la que más se ha acercado a la política legislativa penal en materia vial.

⁴⁰ MIRÓ LLINARES, «Negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia. Posiciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales», *RJCV*, 2003, p. 85 y ss.

⁴¹ MIRÓ LLINARES, *RJCV*, 2003, p. 85 y ss.

⁴² Sobre lo primero volveremos después, pero es evidente que el delito de conducción sin permiso también responde, como el delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia, al aseguramiento de la efectividad de la política vial, en este caso al cierre del sistema del carné por puntos, más que a la punición de una conducta peligrosa. Respecto a lo segundo, la reforma supone la criminalización de determinados comportamientos a los que se atribuye ex ante una peligrosidad estadística, tal y como ocurre con la conducción con una tasa de alcohol o superando una determinada velocidad, pero frente a las formas tradicionales de tipificación se utiliza una fórmula tal que se elimina la necesidad de la prueba de un contenido material de peligrosidad que seguía siendo necesario hasta el momento. HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 121 y ss.

hablando de, tan sólo dos figuras delictivas, y aunque las mismas no sean precisamente excepción en el marco comparado⁴³, ellas, sumadas a todas las que anteriormente ya habían emprendido el camino, sitúan al Derecho penal español de la seguridad vial en la forma más depurada de un nuevo ordenamiento penal en el que apenas rigen ya los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de intervención mínima y que se configura por tanto, como uno más de los instrumentos intimidatorios de que dispone el Estado frente a cualquier comportamiento no deseado en dicho ámbito y ponga o no en peligro alguno de los bienes dignos de protección. De un derecho penal mínimo a un “Derecho penal máximo”, de una posición de subsidiariedad a un protagonismo de la vía penal al incorporarse nuevos delitos antes de agotar otras opciones de intervención jurídica y social que no supongan la imposición de la sanción más grave para los ciudadanos⁴⁴, y algunos dirán, de un Derecho penal de protección de bienes jurídicos a un Derecho penal de protección de normas⁴⁵. También se afirma que la ineficacia del sistema administrativo justifica la intervención penal en este ámbito, pero como acertadamente ha señalado Queralt (2008, p. 64) “el carácter de ultima ratio del derecho penal no supone recurrir a él cuando los demás instrumentos y sistemas de control social son impotentes sino cuando las demás medidas de dicho control social, correctamente desplegadas, se demuestren insuficientes”.

1.3. Clave 3: Del solapamiento entre ilícito penal e ilícito administrativo a la desnaturalización de la diferencia entre ambos

La tendencia expansiva del Derecho penal en un terreno como el de la seguridad vial donde no sólo no es la materia de regulación única, sino que es más bien secundaria con respecto al Derecho administrativo, está modificando la relación entre ambos sectores del ordenamiento. De ser instrumentos que ocupaban cada uno un espacio diferente han pasado a compartir el mismo, la ordenación vial. Y si bien el ámbito de ilicitud administrativa sigue siendo mucho más amplio en comparación con las conductas viarias punibles, lo cierto es que la reforma del Código Penal de 2007 profundiza en la tendencia de solapamiento entre dos ramas que, a priori, tenían distinta naturaleza. Ello puede tener, a mi parecer, dos consecuencias fundamentales: la primera e inmediata, la desnaturalización de la distinción, la imposibilidad de diferenciación entre injusto penal e

⁴³ Respecto a la regulación comparada de la conducción sin permiso véase el punto 2.2, y en cuanto al nuevo delito de conducción por encima de determinadas velocidades o tasas de alcohol, véase GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 21, quien recuerda la tendencia a la estandarización de los límites a partir de los cuales la disminución de la aptitud para conducir ostenta siempre relevancia penal en muchos países de Europa.

⁴⁴ Así, también en sentido crítico con la reforma, HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 151 y ss., quien hace una interesante “lista” de todas las medidas y políticas que debieran implantarse anteriormente a la tipificación del delito de conducción a velocidades excesivas, sólo tras las cuales la constatación de que la velocidad sigue constituyendo uno de los principales factores de incidencia en la siniestralidad vial justificaría la intervención penal. Es tan evidente que pide mucho al legislador Hortal Ibarra, como que hay que seguir exigiendo la mayor cercanía a tal forma de racionalidad legislativa para la sanción por vía penal de un comportamiento como éste.

⁴⁵ GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 24.

injusto administrativo; la segunda, mediata, la pérdida de fuerza del Derecho penal y de su sanción, la pena de prisión, como sistema de motivación social cuando su uso se generalice en exceso.

El problema no es, pues, que un mismo comportamiento pueda ser sancionado por vía penal y a la vez, por vía administrativa, como que, con ello se está reconociendo que no existe una diferenciación material entre lo que merece un reproche penal y lo que merece un reproche administrativo. La frontera, que antiguamente era definida por el riesgo o lesión del comportamiento vial para la vida o salud de una persona, se fue desdibujando desde que se comenzaron a incluir como delito conductas que no exigían la prueba de una cercanía del riesgo para la salud de alguna persona. Ahora, con la punición de comportamientos como, por citar algunos ejemplos incorporados con la reforma del Código penal de 2007, la conducción por encima de determinadas velocidades, con una determinada tasa de alcohol en sangre, o la conducción sin permiso, ya no puede afirmarse que la conducta viaria que infringe el orden regulatorio estatal sin suponer un peligro para la vida o la salud de las personas constituirá tan sólo una infracción administrativa, y que cuando se traspase la “frontera del riesgo” se incurrirá en responsabilidad penal. Y es que el legislador utiliza, para la tipificación en vía administrativa o penal de un comportamiento de “violencia vial”, otros criterios diferentes a los de la peligrosidad de la conducta para los bienes jurídicos individuales, que se corresponden con los que he señalado más arriba como fines del Derecho penal de la seguridad vial: la eficacia preventiva que conlleve una u otra sanción y la eficacia simbólica o demanda de intervención social por medio del Derecho penal. Desde una perspectiva preventiva puede resultar necesario sancionar una conducta que, no siendo peligrosa para la seguridad vial, su realización ponga en riesgo la eficacia del sistema, como ocurre con la punición más gravosa de la negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia respecto a la eficacia de los sistemas policiales de control de la conducción influenciada. Y desde una perspectiva social-comunicativa, los comportamientos más desvalorados por la sociedad no tienen por qué ser los más peligrosos para la vida o la salud de las personas, de modo que cuando una conducta vial sea “socialmente insoportable” se tenderá a su inclusión como ilícito penal.

Es evidente que la decisión de qué comportamientos merecerán una sanción penal y cuáles merecerán una sanción administrativa sólo puede estar, en un Estado social y democrático de Derecho, en manos del legislador. Pero éste no debiera olvidar que la privación de libertad que supone la pena de prisión es una sanción de tal gravedad que debe imponerse sólo cuando la utilización de otras medidas no sea eficaz y el fin preventivo sea especialmente relevante. Al fin y al cabo la esencia de la distinción entre estas dos ramas es precisamente su existencia, esto es, el que una de ellas es más grave que la otra y por ello, debe utilizarse únicamente allí donde la otra no surta efecto. No se trata por tanto, de que sólo aquello que afecte de una determinada forma a unos determinados bienes jurídicos pueda sancionarse por vía penal y todo lo demás deba quedar para la vía administrativa, sino de que exista la posibilidad de diferenciar entre ambas y de que no dependa de una mera decisión política arbitraria del gobierno de turno, sino de la gravedad del

comportamiento de que se trate, el que el mismo merezca o no su sanción con pena privativa de libertad⁴⁶.

Es cierto que la diferenciación entre la infracción administrativa y el delito sobre la base de una hipotética lesión o riesgo a algún bien jurídico, y sobre ello volveré más adelante, tampoco servía para delimitar efectivamente ambos órdenes desde que se consideraba la “seguridad en el tráfico” como bien jurídico. Pero la exigencia de riesgo ex ante en el comportamiento para su consideración delictiva parecía marcar un límite que ahora, con la conversión en dogma de la idea de que la tipificación penal de un comportamiento supone la inmediata disminución de la realización del mismo, ya no existe. Con los nuevos criterios de la eficacia preventiva y simbólica el aumento del protagonismo de la vía penal frente a la administrativa seguirá produciéndose y la sensación de arbitrariedad en la decisión al respecto de la selección de los mismos, también. Comportamientos como la negativa a informar sobre la identidad del conductor del vehículo con el que se realizó una determinada infracción⁴⁷, o la tenencia de dispositivos para la detección de radares móviles o de otros para la simulación de las matrículas de automóviles o ciclomotores, similares en naturaleza a la negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia, podrían ser los siguientes en ser incorporados a la vía penal cuando su utilización se generalice y la infracción administrativa parezca insuficiente para su prevención.

1.4. Clave 4: A menor espacio para la interpretación judicial mayor cumplimiento de los fines políticos pretendidos

La reforma del Código Penal de 2007 en materia de seguridad vial transmite la idea de que el legislador no confía demasiado en los jueces⁴⁸. No sólo se trata de que, al contrario que en otros países, se fijen límites muy pequeños para la determinación judicial de la pena y con múltiples reglas preestablecidas que impiden al juzgador una mayor libertad para determinar la responsabilidad penal, sino incluso de que el que dicta las leyes está tratando de limitar al máximo la esfera de interpretación judicial. El caso más evidente es el del nuevo delito de conducción a velocidades excesivas o por encima de unas determinadas tasas de alcohol. Hasta el momento tales comportamientos podían constituir un delito de conducción temeraria, siempre, eso sí, y por las propias exigencias materiales del Derecho penal que estaban reflejadas en el tipo, que se probara la peligrosidad del comportamiento, bien peligrosidad real demostrada a posteriori en el caso de la conducción temeraria, o bien una peligrosidad abstracta comprobada por la idoneidad ex ante del comportamiento para

⁴⁶ En sentido similar, respecto al delito de conducción superando los índices de velocidad establecidos, HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 151, quien señala que no sólo con tal tipificación se convierte en meramente cuantitativa la diferenciación con el correspondiente ilícito administrativo sino que, además, “carece del mínimo contenido de lesividad imprescindible para justificar la imposición de una consecuencia jurídica limitadora de derechos fundamentales como es la pena de prisión”.

⁴⁷ De hecho dice García Albero que la tipificación de este comportamiento formaría parte de la agenda política oculta para hacer efectivo el nuevo delito de conducción por encima de las tasas. GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 15.

⁴⁸ Así también GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 11, quien dice que era éste uno de los principales objetivos de la reforma.

causar un daño en el caso de la conducción influenciada. Ello llevaba a los jueces a valorar si había existido tal peligrosidad y por tanto, a absolver de tales delitos cuando no pudiera demostrarse el peligro o la capacidad de peligro del comportamiento⁴⁹. En 2003 el legislador ya trató de evitar esa labor interpretativa del juez incluyendo un párrafo en la conducción temeraria por el cual se entendía existente temeridad manifiesta y concreto peligro cuando se condujera con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad⁵⁰. Pero mucho más allá, en esa tendencia de interpretar por el juez, ha ido el legislador con la reforma al establecer ya como delito la conducción por encima de una determinada velocidad o una determinada tasa de alcohol⁵¹. Como ha señalado García Albero (2007, p.10), aquí no se trata ya de la realización de una conducta peligrosa, sino que el legislador presume que tal conducta “resulta intrínsecamente intolerable y resuelva penarla con independencia de que, atendidas las circunstancias de la conducción, tráfico, estado de la carretera, ocupantes del vehículo, etc. [etc.] pueda haberse excluido realmente el peligro para terceros”. De ese modo, no será necesario que el juez compruebe la conducción influenciada o el riesgo potencial o real para alguien, sino simplemente que se compruebe el dato objetivo y que se aplique la pena. La verdad es que casi no hace falta ni juez, sólo para la garantía probatoria, pero apenas es necesaria su valoración o interpretación⁵². La tasa, así se convierte en el nuevo desvalor a constatar: no la peligrosidad de su conducción, sino la tasa, pues la misma ya denota peligrosidad para el legislador.

Independientemente de que esa falta de confianza se deba a la falta de homogeneidad en los criterios judiciales que llevaba a un auténtico caos interpretativo en algunos delitos⁵³, a lo discutible de algunas doctrinas judiciales relacionadas con la delincuencia vial⁵⁴ o al simple hecho de que los jueces no transitaban a menudo el camino interpretativo que hubiera querido el legislador⁵⁵, la solución para el legislador, ha consistido en reformar la ley para tratar de evitar que el Juez interprete, obligarlo a que aplique lo que ya no merece

⁴⁹ Véase, entre otras, la STS, 1.4.2002 (Ar. RJ\2002\6758; MP: José Jiménez Villarejo).

⁵⁰ Véase al respecto de tal presunción, en sentido crítico, HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 147 y ss. Como recuerda GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, pp. 13-14, también se intentó variar la tendencia interpretativa jurisprudencial de la exigencia del peligro concreto por medio del FGE (Consulta 1/2006 de la Fiscalía General del Estado), con su doctrina de considerar los excesos “desproporcionados” de velocidad como conducta temeraria y “por regla general”, concretamente peligrosa para la vida o integridad de terceros, por la cual bastaría la constatación de la presencia de otros vehículos o de acompañantes en el vehículo infractor para que hubiese peligro concreto.

⁵¹ Crítico con tal forma de tipificación, VARGAS CABRERA, *EDJ*, 2007, pp. 188 y ss.

⁵² Esto sería concordante con la voluntad del legislador, según GARCÍA ALBERO, *RECPC*, p. 15, de sustituir a los jueces por radares.

⁵³ Así ocurría, y sigue ocurriendo, con el delito de negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia, en el que ni siquiera la intervención del Tribunal Supremo evitó la diversidad de criterios aplicados en una u otra Audiencia Provincial. Al respecto, véase, MIRÓ LLINARES, *RJCV*, 2003, p. 85 y ss.

⁵⁴ Especialmente en la tendencia a la punición como falta de las imprudencias en el tráfico rodado. Véase, GONZÁLEZ CUSSAC, «La Reforma Penal de los delitos contra la seguridad vial (proyecto CP 2006) (Comunicación)», *EDJ*, 2007, p. 284. Al respecto de esta discutible propensión judicial a la minimización de la relevancia penal de las lesiones y muertes causadas en el tráfico y del intento del legislador de solucionarlo tipificando cualquier imprudencia como delito, demostrando de nuevo, una total falta de confianza judicial, véase GARCÍA ALBERO, *RECPC*, p. 26 y ss.

⁵⁵ Especialmente significativo fue la “famosa” absolución, por falta de pruebas, al conductor de Burgos que era “cazado” a 260 kms por hora.

ninguna valoración, pues ha sido definido claramente por el legislador. Con esto sin embargo, se profundiza en la desnaturalización entre el ilícito penal y el ilícito administrativo: ya no se tiene que valorar la peligrosidad del comportamiento, sino que bastará con constatar un dato por medio de un procedimiento empírico, al igual que se tiene que demostrar que alguien se saltó un semáforo en rojo o no mantuvo la distancia de seguridad. Y debilitar la posibilidad de valoración judicial, especialmente cuando está relacionada con el merecimiento de imposición de una pena privativa de libertad, es alejarse de lo que pretende la separación de poderes de un Estado social y democrático de derecho. No se trata de que el juez actúe discrecionalmente, pero tampoco de que lo haga el legislador utilizando en sus políticas todos los instrumentos impositivos, incluso los más graves, y apartando al juzgador de elementos esenciales de control. Además, y como bien ha advertido Hortal Ibarra, la introducción de presunciones iuris et de iure como la incorporada por la reforma de 2007 en materia de seguridad vial “podría resultar contraria al principio de presunción de inocencia al traer consigo, de facto, una inversión de la carga de la prueba en contra de reo”⁵⁶.

Estas son, a mi parecer, las principales claves de una reforma que, si bien no puede decirse que inauguren una nueva forma de intervención penal en materia vial, sí es de tal entidad cualitativa que permite confirmar ya definitivamente la existencia de un moderno Derecho penal, también para la seguridad vial. De él, por otra parte, es paradigma el delito de conducción sin permiso a cuyo análisis me voy a dedicar a continuación.

2. La tipificación del delito de conducción sin permiso, paradigma del moderno Derecho penal vial

2.1. Razones, o explicaciones, de una tipificación (y algunas consideraciones sociológicas y criminológicas sobre la punición de la conducción sin permiso)

No es la primera vez que un delito de estas características forma parte de los delitos del Código Penal español. Son variados los antecedentes de la punición de la conducción sin licencia o permiso para hacerlo⁵⁷. Es significativo sin embargo, que la última vez que el

⁵⁶ HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p.155. Añade Hortal otro posible “riesgo” de tal forma de tipificación de la temeridad: que al establecer unos determinados límites kilométricos o de alcohol, los jueces y tribunales no aprecien la concurrencia de delito cuando no se superen los mismos, y cita ejemplos de resoluciones en los que ya se adopta tal doctrina. Tiene razón Hortal Ibarra al señalar que tal forma de interpretar el tipo no es aceptable, pues el mismo no realiza una interpretación auténtica (o única) del concepto temeridad manifiesta, sino que especifica una forma de la misma. HORTAL IBARRA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal*, 2008, p. 154 y ss., especialmente nota 77.

⁵⁷ El legislador español ya había sancionado como delito la conducta de conducir un vehículo a motor sin la correspondiente habilitación administrativa. Así lo hacía por primera vez el Código penal de 1928 que castigaba con la pena de prisión de dos meses y un día a un año y multa de 1.000 a 3.000 pesetas a quien “condujere vehículos o aparatos de locomoción para cuya conducción se necesite aptitud determinada, sin certificación que acredite ésta”. Tras su desaparición como delito en los Códigos penales de 1932 y 1944,

delito formaba parte del Código penal su despenalización se justificó argumentando que el mismo no constituía más que una infracción administrativa convertida en delito⁵⁸. El legislador de ahora no parece pensar igual y ha tomado la decisión de reincorporar a nuestro Código penal tanto la conducción tras la pérdida de licencia o permiso por decisión judicial o administrativa, como la conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción, y sancionando tales conductas 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. De las tres conductas, pues, sólo una de ellas ya se castigaba por vía penal en el Código penal anterior por medio del delito de quebrantamiento de condena y, de las dos restantes, sólo una de ellas, la de conducción tras la pérdida de los puntos asignados legalmente, formaba parte de la propuesta inicial de la DGT y del Proyecto de Ley de Reforma del Código Penal. En efecto, durante el proceso de aprobación del Proyecto⁵⁹ se adicionó al precepto la conducción sin haber obtenido nunca licencia, desde la argumentación, luego considerada de “lógica aplastante” por algún autor, de que “no podía pretenderse que fuera considerado de mejor condición en el reproche penal quien infrinja la conducción obviando cualquier intento por regularizar su situación administrativa de obtener la pertinente autorización para circular por la vía pública tras haber superado las pruebas pertinentes, que quien ha cumplido con este requisito previo para poder circular, pero se le ha retirado el permiso por la vía judicial o administrativa y sigue circulando”⁶⁰.

volvió a ser considerado como tal en las leyes especiales que regulaban la circulación vial aprobadas en 1950. La Ley del Automóvil de 1950 en su artículo 3 tipificaba como delito la conducción sin permiso, castigando al que condujere un vehículo a motor sin estar legalmente habilitado para ello con pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 10.000 pesetas, (PRIETO GONZÁLEZ, «El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la “seguridad vial”», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 257). También en 1962, la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962, que en el artículo 6 castigaba con multa de 5000 a 15000 pesetas al que condujera sin haber obtenido el correspondiente permiso, (PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 257). Después, el delito vuelve al Código penal con la aprobación de la Ley de 8 de abril de 1967 de reforma del Código penal, que introdujo dentro de los delitos contra la seguridad en el tráfico el art. 340 bis. c) que disponía que “será castigado con pena de multa de 5.000 a 50.000 pesetas, el que condujere por vía pública un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso”. Sin embargo, y pese a que los estudios de la época certifican que fue este uno de los delitos más aplicados por los tribunales españoles, el mismo fue derogado por los motivos señalados. Ver en este sentido VILLANUEVA/SANTANA, «Resumen de la jurisprudencia sobre el delito de conducir sin permiso», en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 1966, p. 8. El último antecedente en Derecho español del delito que estudiamos podría ser la falta del artículo 636 Código penal de 1995 que castigaba a “los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllos” con una pena de multa de uno a dos meses. Véase sobre todo ello, MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, «Artículo 384», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 815 y ss.

⁵⁸ La despenalización se llevó a cabo por la reforma del Código penal ejecutada por medio de la LO 8/1983, de 25 de junio en cuya Exposición de Motivos se afirmaba que dicha supresión respondía a un “sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta más que un ilícito administrativo”.

⁵⁹ Concretamente durante la celebración de la Comisión parlamentaria de justicia del 27 de septiembre de 2007, en la que se presentó una enmienda por CiU para su aprobación por la Comisión, en virtud de la cual se adicionaba la referencia a la punición de la persona que condujera un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca licencia.

⁶⁰ MAGRO SERVET, «La criminalización de la conducción sin permiso de conducir o retirado», *DLL*, 2008, p. 3.

La recuperación del delito de conducción sin permiso se presentó por el legislador como la respuesta necesaria a una conducta de violencia vial cuya ausencia en el Código penal era socialmente criticada. En el propio preámbulo de la reforma del Código penal en materia de seguridad vial se señalaba como principal objetivo de la misma el “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”⁶¹. Y tal “rigor” exigía, para el legislador, paliar una “criticada ausencia”, según sus palabras, como era la del comportamiento de “conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo”⁶².

Pero junto a tal argumentación de respuesta a la alarma social, reforzada además por la aparición de un famoso caso específico de conducción sin permiso de gran calado social⁶³, es evidente que la razón fundamental de la incorporación de esta figura delictiva al catálogo de las que tutelan la seguridad vial, tuvo mucho que ver con la “protección” de un concreto plan de política administrativa vial⁶⁴ como fue el de la aprobación en nuestro país del sistema del carné por puntos. Así lo manifestó, poco antes de la presentación de la reforma del Código Penal, el propio director de la DGT, quien decía del conductor multi-infractor que perdiera todos los puntos y debía volverse a examinar tras seis meses sin conducir que “si a pesar de haber quedado sin permiso, continúa conduciendo y no pasa nada, tendremos un problema y el sistema perderá eficacia”⁶⁵. Con la inclusión de este delito, pues, se pretende cerrar el nuevo modelo viario administrativo mediante la imposición de una pena privativa de libertad, de mayor intimidación que todas las sanciones administrativas, a quien habiendo ya “pasado por ellas” niega la propia vigencia de la infracción. Pues, ¿qué valor tiene aplicar una sanción administrativa al que, habiendo ya infringido la normativa administrativa de forma tan grave que ha sido privado de permiso de conducir, sigue conduciendo aun sin disponer de permiso?

Junto a la tutela del propio sistema administrativo vial del carné por puntos, no expresamente reconocido en la reforma, el legislador sí ha tratado de justificar este delito mediante dos argumentaciones: primero la de que esta conducta es violencia vial, lo cual, junto con la tipificación de la conducción sin haber obtenido nunca el permiso argumentada por la no demostración de pericia para la conducción, supone implícitamente

⁶¹ Preámbulo de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la LO 15/1995, de 23 de noviembre, del Código penal en materia de seguridad vial.

⁶² Se añade en el preámbulo que “cierto 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 un solo precepto sancionador”.

⁶³ Me refiero al denominado “caso Farruquito” y a la polémica que suscitó el mismo, que se resolvió con la SAP Sevilla, Penal Sec. 7ª, 14.9.2006 (Ar. ARP\2006\514; MP: Antonio Gil Merino).

⁶⁴ Así VARGAS CABRERA, *EDJ*, 2007, p. 187, si bien relacionando también la reforma con la protección de la seguridad vial.

⁶⁵ Las declaraciones del Director se hicieron públicas en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los diputados y fueron recogidas expresamente por la propia DGT en su revista oficial: DGT, «Cuándo serán delito», *TSV*, 2006, p. 14. Eso sí, y según las propias manifestaciones de Pere Navarro, no se trataba de sancionar a quien “no haya obtenido el permiso que, sin embargo, debería tener consideración de agravante”

la tesis de la peligrosidad para la vida y la salud de las personas que encierra el comportamiento típico; y segundo la de que era ésta una conducta que generaba alarma social y que exigía por ello, la intervención del Derecho penal. Voy a analizar las bases sociológicas y criminológicas de estas posibles argumentaciones empezando por la última de ellas, antes de entrar en la valoración sobre la necesidad y legitimidad del precepto.

Pues bien, ya se dijo que la tolerancia social hacia la siniestralidad viaria ha decrecido significativamente a la par que va aumentando la demanda de utilización de sanciones penales como forma de frenar la misma. En este sentido es significativa la encuesta que impulsó la DGT poco antes de que se aprobara la reforma del Código penal que estamos analizando, y en la que pidió su opinión a los ciudadanos sobre la tipificación como delitos de comportamientos como el de superar los 190 km/h en autopistas y autovías, superar los 160 km/h en carreteras convencionales, superar los 90 km/h en zonas urbanas, conducir sin haber obtenido el permiso o licencia de conducción, o superar en más del doble los límites de alcohol permitidos. Tan sólo esta última superó, con un 69%, a la conducción sin permiso, con un 63%, en porcentaje de demanda de tipificación penal por los ciudadanos⁶⁶. Esta demanda social de penalización de la conducción sin permiso parece corresponderse con la opinión general de los ciudadanos sobre la alta peligrosidad que la misma supone para la seguridad vial. La conducción sin permiso es una de las conductas más valoradas por los ciudadanos como peligrosas para la seguridad vial. Concretamente es la cuarta, con una consideración de peligrosidad de 9,54 sobre 10, sólo superada por otras conductas, que sin embargo no están, de momento, tipificadas por vía penal, como son las de llevar niños en la parte trasera (9,58), saltarse un semáforo en rojo (9,57) o conducir la moto sin casco (9,56), y por encima de otros comportamientos como conducir después de haber tomado tres o más bebidas alcohólicas (9,38) o conducir a más velocidad de la permitida (8,92)⁶⁷.

Los datos manejados muestran por tanto, la existencia de una solicitud de penalización de un comportamiento socialmente desaprobado. También certifican que la desaprobación social de los comportamientos no se corresponde con la peligrosidad efectiva de los mismos. Es indudable que un Derecho que se corresponda en lo esencial con los valores y convicciones sociales básicas tendrá mayores posibilidades de éxito que el que no lo tenga, pero también lo es que el Derecho no puede construirse únicamente como reflejo de una opinión pública influenciada en muchas ocasiones por la falta de información para todos los ciudadanos, los intereses de los medios de comunicación y por otros factores⁶⁸ que, si bien no anulan la relevancia de las convicciones sociales mayoritarias en un sistema democrático, si disminuyen la posibilidad de identificar fácilmente las mismas.

Junto a la protección del sistema administrativo y la respuesta a la demanda social de intervención penal, otra posible justificación para la tipificación de este delito, sería la de

⁶⁶ OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, pp. 170-171.

⁶⁷ Véase el gráfico en OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 73.

⁶⁸ En este sentido es clarificador el análisis de SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos de la sociedad moderna*, 2003, p. 83 y ss.

que conducir sin permiso es más peligroso para la seguridad vial que hacerlo con la autorización administrativa correspondiente. Al igual que ocurre con otros comportamientos como la conducción por encima de una concreta velocidad o conducción influenciada, se trataría de la tipificación de un delito de peligro abstracto, al estar comprobada estadísticamente la peligrosidad de, en este caso, la conducción sin licencia. Así lo entiende un sector de la doctrina⁶⁹ y eso explicaría la decisión a última hora de incorporar, junto a la conducción tras haber perdido la licencia por decisión judicial o administrativa, la conducción sin haber obtenido nunca permiso para hacerlo, la cual no supone ningún quebrantamiento de condena o resolución administrativa.

Sin embargo, los datos estadísticos no permiten demostrar, a mi parecer, que conducir sin permiso sea más peligroso para la seguridad vial y cause más accidentes. Según datos oficiales estadísticos de 2006, los conductores sin permiso de conducir o con el mismo retirado, implicados en accidentes con víctimas, representan un 3,4% de los 172.004 accidentes contabilizados aquel año⁷⁰. Ese dato sin embargo, no nos aporta información sobre la peligrosidad de estos conductores en comparación con quienes circulan con permiso si no tenemos la cifra del total de personas que circulan sin autorización administrativa en nuestro país. Y esa información, lógicamente, no existe oficialmente, y parece difícil obtenerla de forma indirecta. Por lo menos no puede obtenerse ni tomando en cuenta el dato de privaciones del Derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores acordadas por la autoridad judicial o gubernativa⁷¹, dado que faltarían quienes nunca han obtenido el permiso; ni tampoco, como ha intentado Magro Servet, comparando el número de personas con licencia de conducción con el parque de automóviles⁷², pues ello daría una cifra de 4 millones de personas conduciendo sin permiso que dejaría de lado todos los vehículos abandonados, vehículos para el alquiler, automóviles de empresa o segundos y terceros automóviles, que también conforman el parque de vehículos.

⁶⁹ Así, MAGRO SERVET, *DLL*, 2008, p. 3, para quien “era lógico que fuera incluida, al menos, con el mismo reproche penal la conducta de quien no tenía ni tan siquiera el permiso de conducir ante la mayor temeridad que supone ponerse al frente de un vehículo de motor o ciclomotor sin haber demostrado las nociones indispensables de aptitud que los que al menos la obtienen pero son sancionados con su retirada provisional o definitiva, suspensión o privación judicial o administrativa”.

⁷⁰ <http://www.20minutos.es/noticia/304000/conductores/sin/carne/>. Conforme a la información de la propia DGT hubo en 2006 5.867 casos de conductores sin permiso que suponen un 3,4% de los 172.004 implicados en accidentes con víctimas. Tráfico no diferencia entre cuantos conductores no han accedido nunca al carné de conducir, cuantos de ellos lo tienen retirado por vía administrativa o judicial y aún así conducen, y cuales corresponden a inmigrantes que no han canjeado su carné de origen con el español.

⁷¹ En 2006 el total de titulares que fueron objeto de privación, suspensión, revocación o pérdida de vigencia del permiso de conducción fue de 173.271, de los cuales 32.737 lo fueron por decisión judicial. DGT, *Anuncio accidentes año 2006*, p. 47.

⁷² Dice el autor que “era evidente que tenía que criminalizarse la conducción sin permiso como se desprende de la importante diferencia existente entre el parque de vehículos y el número de licencias concedidas y en uso”. MAGRO SERVET, *DLL*, 2008, p. 3. Debe interpretarse como un cálculo aproximativo. Si aplicáramos estrictamente un cálculo estricto de este tipo, consistente en restar a los 28.531.325 del total de vehículos del parque automovilístico, los 24.143.483 conductores con licencia, el resultado sería más de 4 millones de personas conduciendo en España sin permiso, un 10% de la población, y habría entonces, que concluir que el conductor sin permiso es un conductor muchísimo más prudente y que causa menos accidentes que el conductor con permiso, teniendo en cuenta que su índice de accidentalidad es tan sólo de un 3,4% frente al 96,6% del que sí tiene licencia y comparando los cuatro millones de conductores sin licencia con los 24 que la tienen.

Lo que sí puede hacerse es tratar de relacionar la conducción sin permiso con los factores especialmente relacionados con la accidentalidad viaria. Se suelen señalar como causas más frecuentes de los accidentes de tráfico, la conducción bajo los efectos del alcohol, las distracciones y la conducción a gran velocidad, ambas tres, conductas cuya peligrosidad y ejecución no dependen en ningún caso de algún supuesto conocimiento técnico⁷³ sino de otros múltiples elementos directamente relacionados con cada individuo en particular. El conductor sin permiso puede tener menos conocimientos viales específicos probados, pero el conocimiento del riesgo de distraerse, conducir bajo los efectos de alcohol o drogas, o conducir a excesiva velocidad, difícilmente puede definirse como un conocimiento especial que tenga en mayor medida el conductor con permiso que el conductor sin él.

No hay por tanto, datos estadísticos ni estudios criminológicos que demuestren que la conducción sin permiso es, per se, peligrosa para la salud y la vida de las personas que circulan en las vías públicas, y no puede ser tal peligrosidad no probada, un argumento para la tipificación como delictiva de tal comportamiento.

En lo que sí suele coincidir la doctrina criminológica es en el carácter “antisocial” del conductor vial⁷⁴, especialmente del conductor sin permiso y, en concreto, de aquel sujeto que conduce una vez ya le han retirado transitoria o definitivamente el permiso de conducir⁷⁵. Son varias las investigaciones criminológicas que han demostrado una especial relación entre la realización de delitos de tráfico y la comisión de otro tipo de delitos⁷⁶, pero esto iría mucho más allá en el caso de la conducción sin permiso. Citando estudios de mediados de los 60, se cifró en un 34,8% el porcentaje de condenados por conducir sin permiso con antecedentes penales. Esto no parece que haya cambiado con el tiempo. Un reciente estudio empírico de Broughton⁷⁷, muestra la relación entre el número de delitos “primarios” cometidos entre 1999 y 2003, y el estado de los permisos de conducción en

⁷³ La causa más importante de los accidentes de tráfico para los entrevistados es el exceso de velocidad en la conducción, que es mencionado en un 59% de los casos. En 2º lugar se sitúa la ingestión de alcohol, mencionado en un 47% de los casos. Resulta significativo que los entrevistados, que se mostraban más indulgentes con la velocidad excesiva como delito, consideren que ésta es precisamente la principal causa de los accidentes de tráfico. Por detrás de estas dos principales razones se posicionan las imprudencias con un 7%, las distracciones con un 4%, y la conducción temeraria y el cansancio con un 2%, OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL, *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, 2006, p. 207.

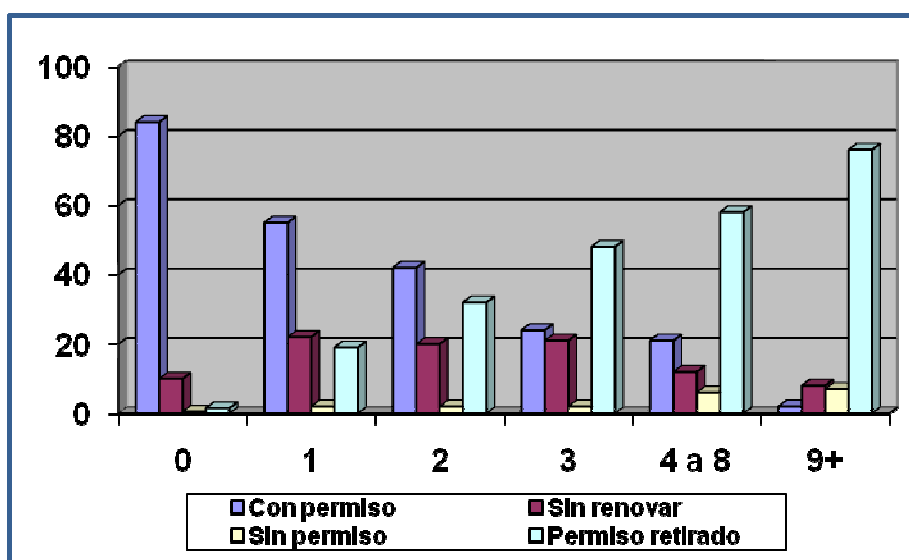
⁷⁴ Véase en este sentido el completo análisis, con múltiples referencias de estudios empíricos y teóricos antiguos y recientes, efectuado en ALONSO/ESTEBAN/CALATAYUD/PASTOR/ALAMAR/MEDINA, *La conducta social en el tráfico. Fundamentos para la intervención*, 2007, p. 127, donde se señala que “el comportamiento adaptativo en el tráfico está relacionado con la adaptación social general y que el comportamiento desadaptativo guarda relación con un deficiente ajuste social”.

⁷⁵ Middendorff distinguía tres tipos criminológicos de conductor sin permiso, el joven que aún no ha obtenido nunca un permiso de conducir y no espera a obtenerlo legalmente, el infractor de edad que no lo ha obtenido por algún tipo de razón, por ejemplo los inmigrantes, y el sujeto que conduce a pesar de habersele retirado o prohibido la conducción. MIDDENDORFF, *Estudios de psicología criminal: Estudios sobre la delincuencia en el tráfico*, 1981, pp. 86-87. De estos últimos dice Middendorff que son “los casos de mayor trascendencia criminológica”, citando investigaciones que demostraban la estrecha relación entre éstos y la comisión de otros delitos viales y la delincuencia común.

⁷⁶ Véase la referencia clásica de KAISER, *Estudios de psicología criminal, Volumen XIX, Delincuencia de tráfico y su prevención general*, Madrid, 1979, pp. 366 y ss., pero también los estudios anglosajones sobre la relación entre infracciones de tráfico y otras formas de comportamiento delictivo, en ALONSO/ESTEBAN/CALATAYUD/PASTOR/ALAMAR/MEDINA, *La conducta social en el tráfico. Fundamentos para la intervención*, 2007, p. 127.

⁷⁷ BROUGHTON, «The correlation between motoring and other types of offence», AAP, 2006.

hombres y mujeres: tal como aumenta el número de delitos “clásicos”, así aumenta –de forma más que evidente- la proporción de conductores a los que se ha retirado el permiso, y la proporción de los que tienen el permiso en perfectas condiciones baja casi en la misma proporción, pero a la inversa⁷⁸. El gráfico es clarificador al respecto y demostraría no sólo la relación entre delincuencia común y conducción sin permiso, sino que es el conductor con el permiso retirado, y no el conductor que nunca ha obtenido permiso, el que se sitúa realmente en el plano de la “antisocialidad”⁷⁹.



Por último, un reciente estudio criminológico, pionero en nuestro país, llevado a cabo por Bernabéu Ayela y Medina Sarmiento, parece confirmar la muy significativa relación entre la conducción sin permiso y la delincuencia en general. Por medio de una investigación empírica llevada a cabo sobre implicados en atestados por delitos de conducción sin permiso desde noviembre de 2007 hasta agosto de 2008⁸⁰, el citado estudio constata que “el 55% de los conductores que habían cometido el delito de conducción sin permiso, poseían antecedentes penales”⁸¹, lo cual, según los propios autores del estudio⁸², muestra que gran

⁷⁸ Aproximadamente a las tres cuartas partes de los conductores que han cometido al menos 9 delitos “clásicos” se les había retirado el permiso entre 1999 y 2003, mientras sólo una novena parte no lo había obtenido al final de 2003. Por el contrario, sólo al 1,5 % de los conductores que no habían cometido delitos “clásicos” le habían retirado el permiso, y el 0,8 % no lo tenían.

⁷⁹ Los números de 0 a 9+ de las abscisas son el número de delitos clásicos (no de tráfico) cometidos entre 1999 y 2003. El gráfico ha sido adaptado de los datos de Broughton por BERNABÉU AYELA/MEDINA SARMIENTO, *Ponencia: relación entre delincuencia vial y delincuencia común, una visión a partir de la Criminología*, presentada en VII Jornadas de Estudio “El accidente de tráfico urbano y su entorno”, Elche, noviembre de 2008.

⁸⁰ BERNABÉU AYELA/MEDINA SARMIENTO, *Ponencia: relación entre delincuencia vial y delincuencia común, una visión a partir de la Criminología*, presentada en VII Jornadas de Estudio “El accidente de tráfico urbano y su entorno”, Elche, noviembre de 2008. El citado estudio, aún en prensa para su futura publicación en forma de artículo de investigación, utilizó como población objeto de estudio, los implicados en atestados por delitos de conducción sin permiso, cruzándose dicha información con los datos de estos conductores remitidos al Cuerpo Nacional de Policía, para obtener detalles de su historial delictivo.

⁸¹ Los datos obtenidos en el estudio muestran que “el mayor porcentaje de antecedentes de delinquentes de tráfico, estaba relacionado con delitos contra la propiedad (39%), seguidos por los delitos contra las personas (24%) y delitos contra la autoridad (20%); así como que, y en cuanto al número de delitos cometidos, un 36% únicamente había cometido uno, el 20% dos y el 44% restante, poseía tres o más delitos como antecedentes penales”.

parte de los conductores sin permiso, son personas que se sitúan en el margen de la antisocialidad. Es evidente, por otra parte, que de tales datos, lo que no se puede extraer, es ninguna conclusión definitiva respecto a que la conducción de quien no tiene permiso sea más peligrosa que la de quien lo tiene⁸³.

La conclusión de este análisis sobre las razones y explicaciones que hay detrás de la tipificación de este comportamiento podría ser por tanto, que la misma no tiene que ver tanto con una finalidad preventiva de conductas peligrosas para la seguridad vial sino más bien con la fuerza simbólica del Derecho penal y la significativa intolerancia social hacia esta conducta, así como con la implantación de una nueva política vial cuya eficacia pareciera exigir la utilización final del ordenamiento sancionador más gravoso de los que dispone el Estado.

2.2. ¿Era imprescindible la incorporación del delito del 384 CP? Referencias extranjeras y otras opciones de sanción de la conducción sin permiso

Se ha visto como la tipificación del delito de conducción sin permiso ha sido llevada a cabo por el legislador como refuerzo fundamental del sistema de regulación administrativa de la circulación del carné por puntos. Esta decisión parece corresponderse con las adoptadas por otros ordenamientos penales vecinos⁸⁴, que no sólo incluyen en vía administrativa tal conducta prohibida sino que, especialmente aquéllos que tienen implantado el modelo del carné por puntos, la incorporan como figura penal. Así ocurre en Francia, uno de los países con una política vial penal en la que mayor protagonismo se otorga al Derecho penal⁸⁵ y uno de los que más parecen haber influenciado la política legislativa en materia de seguridad vial en nuestro país, donde la conducción de un vehículo sin ser titular del permiso correspondiente a la categoría del mismo se castiga como delito en el artículo

⁸² BERNABÉU AYELA/MEDINA SARMIENTO, *Ponencia: relación entre delincuencia vial y delincuencia común, una visión a partir de la Criminología*, presentada en VII Jornadas de Estudio "El accidente de tráfico urbano y su entorno", Elche, noviembre de 2008.

⁸³ Frente a esto dicen ALONSO/ESTEBAN/CALATAYUD/PASTOR/ALAMAR/MEDINA, *La conducta social en el tráfico. Fundamentos para la intervención*, 2007 p. 129, que "el desafío a la autoridad y la falta de respeto hacia las normas que regulan la convivencia y la vida colectiva son claros síntomas de una deficiente socialización y de una inadecuada percepción del riesgo, que multiplica la probabilidad de accidente provocado por una infracción". Aunque esto fuera cierto, tal argumentación no puede servir para probar una mayor peligrosidad del conductor sin permiso, pues también está demostrado que quien circula sin licencia, lo suele hacer a determinadas horas para evitar las aglomeraciones, los accidentes y los controles policiales, BERNABÉU AYELA/MEDINA SARMIENTO, *Ponencia: relación entre delincuencia vial y delincuencia común, una visión a partir de la Criminología*, presentada en VII Jornadas de Estudio "El accidente de tráfico urbano y su entorno", Elche, noviembre de 2008, de lo que podría determinarse que está más pendiente de los riesgos propios y ajenos que los demás.

⁸⁴ Véanse los trabajos de PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, pp. 251-281, en el que se estudió de forma completa; y el estudio específico de Derecho comparado realizado por CARDENAL MONTRAVETA, «La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, pp. 19-62.

⁸⁵ BENLLOCH PETIT, *TSV*, 2005, pp. 5-24.

L221-2 del *Code de la route* con la pena de un año de prisión y 15.000 € de multa y con la posibilidad de imponer otras penas y medidas complementarias⁸⁶. Además el sistema francés establece como agravante que puede elevar la pena del homicidio imprudente hasta los 10 años, y la de las lesiones imprudentes hasta los 7, que quien cometa los hechos, lo haga sin gozar de la licencia de conducción oportuna⁸⁷.

Prácticamente idéntico modelo se sigue en otros países como Inglaterra, donde la *Road Safety Act 2006* establece una regulación y punición específica (más agravada) para los homicidios imprudentes cuando hayan sido causados por un conductor que carece de permiso, se le haya privado del derecho a conducir, o conduzca sin contar con el correspondiente seguro⁸⁸, y donde además, el comportamiento de conducir en vía pública careciendo de la licencia necesaria para ello es constitutivo de delito⁸⁹, si bien sancionado con multa y no con pena privativa de libertad⁹⁰.

Hay otros países de nuestro entorno en los que la conducción sin permiso conlleva una respuesta penal⁹¹. Así ocurre en Alemania donde además, las penas a aplicar son la de prisión de hasta un año o la pena de multa. El delito, incluido en el § 21 de la ley de tráfico rodado sanciona a “el que condujere un vehículo a motor careciendo del permiso necesario o estando privado del derecho a conducir vehículos a motor”⁹². Sorprendentemente, el

⁸⁶ Véanse las señaladas por PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 259.

⁸⁷ CARDENAL MONTRAVETA, en el prólogo que realiza al libro MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 10. Concretamente se refiere el autor al art. 221-6-1 CP (reproducido en el art. L 232-1 CR); dispone: “Cuando la torpeza, imprudencia, descuido, negligencia o incumplimiento de una obligación de seguridad o prudencia impuesta legal o reglamentariamente, previstos en el art. 221-6, se cometan por el conductor de un vehículo terrestre a motor, el homicidio involuntario está castigado con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa. [...] Las penas se elevarán a siete años de prisión y 100.000 euros de multa cuando: 4º El conductor no fuera titular del permiso de conducir exigido por la ley o el reglamento, o su permiso hubiera sido anulado, invalidado, suspendido o retenido”.

⁸⁸ Concretamente, conforme al análisis de CARDENAL MONTRAVETA, la especificidad es que en tales casos los hechos podrán juzgarse en la *Crown Court*, o bien de forma sumaria en la *Magistrates' Court*, llegando las penas en el primer caso a la prisión de hasta 2 años y/o multa de cuantía ilimitada, y en el segundo caso a la pena de una multa máxima del nivel 5 (5.000 libras) y/o 12 meses de prisión (en Inglaterra y Gales) o 6 meses de prisión (en Escocia).

⁸⁹ Concretamente se regula tal delito en la sección 87 de la *Road Traffic Offenders Act* de 1988. Véase PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 260.

⁹⁰ Multa impuesta conforme a una escala que se actualiza cada año y que llegaba al máximo de 1000 libras esterlinas en 2005. Véase el estudio de PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 260.

⁹¹ Véase el estudio sobre la legislación portuguesa de PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 263 y ss., y la referencia a otros países.

⁹² Véase, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 262.

citado precepto añade la posibilidad de sancionar con una pena prisión de hasta seis meses o multa de hasta 180 días la comisión imprudente de tal delito⁹³.

En otra dirección se mueve Italia, que no sólo no acude a la prisión para sancionar estos comportamientos sino que los deja al margen de la vía penal. Así ocurrió con la aprobación del Decreto Legislativo nº 507, de 30 de diciembre de 1.999, que despenalizó numerosas modalidades concretas de conducción temeraria para convertirlas en infracciones administrativas⁹⁴, entre las cuales está la de circular sin permiso, conducta que resultará por tanto, una mera infracción administrativa del art. 180 del *Código de la strada*.

En términos de coherencia y eficacia de las políticas públicas, y tomando en consideración la decisión de adoptar el sistema de conducción por puntos, a priori parece “acertada” la inclusión de este delito entre los que protegen la seguridad vial o cuanto menos, coherente con la implantación de tal sistema administrativo. Al fin y al cabo, si se mantuviera como infracción administrativa muy grave, y no como delito, tal comportamiento, la sanción a aplicar de suspensión del permiso de uno a tres meses más la multa difícilmente tendría un efecto disuasorio, especialmente en los casos de insolvencia⁹⁵, por lo que la lógica del legislador dice que lo único que puede hacerse en ese caso es sancionar tal comportamiento como delito y con pena de prisión, cuanto menos para cumplir no sólo con una función preventiva del Derecho penal sino también con una, fundamental en la actualidad, función simbólica.

Pero dado que, como ya se ha anticipado, tal incorporación supone la negación de algunos de los principios que se venían aceptando como básicos del sistema penal, tales como el de intervención mínima, y dado que se está sancionando con una posible pena privativa de libertad un comportamiento que, hasta el cambio de política vial, no era castigado más que con una multa, es obligatorio plantearnos si no existía ninguna otra posibilidad de fortalecer penalmente la implantación del sistema del carné por puntos diferente a la penalización de los comportamientos tipificados en el art. 384 CP.

⁹³ Véase, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 262.

⁹⁴ Como recuerda CARDENAL MONTRAVETA, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 53 y ss., se trata de infracciones “castigadas con cuantiosas multas (que en algunos casos llegan a los 6.774 euros) y la suspensión del permiso de conducir (que en algunos casos puede alcanzar una duración de hasta 24 meses); cfr., p. ej., arts. 142.9, 143.4 y 12, 148, 168.8 y 9, 176.19 y 20, 179.2, 2 bis y 3 CS.

⁹⁵ Así se muestra muy contundente MAGRO SERVET, DLL, 2008, p. 3, al señalar que “resulta absurdo sancionar con pérdida de puntos una infracción cometida por quien no tiene permiso de conducir y si la sanción económica se hace inviable ante las situaciones de insolvencia generalizada de los infractores es evidente que debe operar el Derecho penal para resolver estas situaciones graves de incumplimiento y que hasta la fecha estaban quedando sin una respuesta eficaz del Estado”. En sentido similar sobre el escaso efecto disuasorio de la multa en supuestos de insolvencia, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 254.

Y a mi parecer, aunque se aceptara como imprescindible para la reducción de la accidentalidad viaria la puesta en marcha del sistema del carné por puntos, no creo que de ahí pueda derivarse la exigencia, para el éxito de tal modelo, de la punición por vía penal de la conducción sin permiso. Voy a tratar de argumentar al respecto y de ofrecer alguna alternativa a la tipificación de un precepto que, ya avanzo, considero contrario al papel que el Derecho penal debe desempeñar en el Estado social y democrático de derecho.

En primer lugar el “cierre del sistema” del carné por puntos como razón de la tipificación del art. 384 CP no explica la punición de la conducción sin haber obtenido nunca el permiso. Como se ha visto anteriormente, en el Proyecto de Ley tal conducta no se incluía en el delito, y el propio director de la DGT manifestó anteriormente a la presentación de este proyecto las razones de tal ausencia: no se pretendía en ningún caso castigar esa conducta penalmente que, eso sí, debería constituir una agravante de los delitos relacionados con el tráfico rodado cometidos por quien condujera sin licencia⁹⁶. El cambio de idea, relacionado probablemente con la negociación parlamentaria y la necesidad del partido político que proponía el texto de conseguir una mayoría, no deja lugar a dudas de que la sanción penal de la conducción sin permiso no se debió a la necesidad de reforzar el nuevo modelo del carné por puntos, sino a la consideración de que si se castigaba a quien lo había tenido pero lo perdió, ¿Cómo no al que nunca lo tuvo?! Lo cierto es que la conducción sin licencia podría sancionarse por vía penal siempre que se relacionara con la realización de alguna conducta ex ante peligrosa. Así, y a modo de propuesta de lege ferenda, la tipificación de un delito de peligro abstracto que sancionara con la misma pena que el artículo 384 a quien realizase cualquier infracción grave o muy grave de la normativa de seguridad vial, conduciendo sin haber obtenido nunca licencia o habiéndola perdido por resolución judicial o administrativa en el caso de pérdida de puntos, tendría una fuerza intimidatoria muy similar a la actual punición de la conducción sin permiso, cuadraría perfectamente con el modelo del carné por puntos, pero se acercaría mucho más a las exigencias básicas del sistema penal al relacionar la conducción sin permiso con una infracción que pueda demostrar cierta impericia o peligrosidad en el comportamiento.

Otra opción interesante sería la del modelo inglés: la agravante para los homicidios imprudentes causados por un conductor sin licencia o sin seguro, y la sanción por vía penal, pero con multa, de la conducción sin permiso. Tal conducta sería delictiva, pero su tipificación no conllevaría, a mi parecer, los problemas de legitimidad que tiene la imposición, a una conducta de mera infracción de un mandato de ordenación social, de la pena privativa de libertad⁹⁷.

⁹⁶ DGT, TSV, 2006, p. 14

⁹⁷ También podría plantearse como opción para reforzar el sistema del carné por puntos la tipificación en vía penal, del delito de conducción sin permiso, si el mismo exigiera para la tipicidad la reiteración (su realización en más de una ocasión), tratando de asemejar esta infracción a un delito de desobediencia. Aunque sería discutible la pena a imponer en este caso, sería una acción mejor que la actualmente vigente. Al exigir que haya una reiteración estaríamos incorporando un elemento importante para la asimilación de esta infracción a la naturaleza de la desobediencia: que se tratase de un mandato específicamente dirigido al sujeto, y no de un mandato general de no hacer algo a quien no cumpla una determinada condición. Esto último, que es lo que se hace en el actual art. 384 CP, como ya señalé en otro sitio, cuadraría más con

Y en todo caso, a mi parecer, debería desaparecer la pena privativa de libertad como opción para el juez e imponerse únicamente la multa o la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que podrían relacionarse con múltiples labores relacionadas con las víctimas de la siniestralidad vial.

Nuestro legislador, sin embargo, se ha sumado al sistema francés también en la regulación penal de la seguridad vial. Es el momento de analizar la legitimidad de tal intervención.

2.3. Lo paradigmático, por correspondiente a lo “moderno”, del delito de conducción sin permiso

Con lo visto hasta el momento puede decirse que la tipificación del delito de conducción sin permiso se encuadra de tal forma en la nueva política penal vial que resulta incluso paradigmática de la misma. De hecho, las que he apuntado más arriba como claves del moderno Derecho penal vial concuerdan con el sentido y consecuencias de la tipificación de este delito.

Así, y en primer lugar, la tipificación de este delito no se explicaría si no fuera en el contexto social actual de inseguridad también frente a la accidentalidad vial y de respuestas punitivas populistas por parte del Estado. La accidentalidad viaria de cuando se despenalizó este delito era incluso superior, pero ni la sociedad tiene la misma actitud frente a la misma, ni el legislador tiene tantos miramientos a la hora de utilizar el Derecho penal. Frente a “convivir con el riesgo”⁹⁸ o “admitir la inseguridad”⁹⁹, combatimos el primero pensando, como dice Mir Puig (2008, p. 14) que podemos controlarlo y que el Derecho penal podrá darnos la tan ansiada seguridad. En este contexto y en el marco de consecución de los fines de este “moderno” Derecho penal, se explica la incorporación a lo punible de la conducción habiendo perdido los puntos y sin haber obtenido el permiso: la primera porque resulta la forma más sencilla (y potente a la vez, aunque no la única) de reforzar la implantación del carné por puntos y de seguir transmitiendo a la sociedad lo intolerable de la delincuencia vial mediante la utilización del instrumento que más “seguridad comunica”; la segunda porque socialmente no se entendería la punición de la conducción tras ser privado de permiso y la no punición de la conducción sin haberlo tenido nunca, y entre explicarlo y regularlo, resulta hoy mejor lo último para así, seguir

el delito de intrusismo profesional. MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 833.

⁹⁸ ‘En sus trece’, Hassemer, para quien la dogmática tiene que trabajar para convencer de que “un Derecho penal orientado hacia la seguridad, no puede garantizar seguridad de un modo confiable, que la seguridad tiene límites empíricos y normativos también en el Derecho penal, y que, por lo tanto, tenemos que aceptar convivir con el riesgo”. HASSEMER, «Seguridad por intermedio del Derecho penal», en MUÑOZ CONDE (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, p. 63.

⁹⁹ CURBERT, *La globalización de la (in)seguridad*, 2006, p. 90 y ss., para quien “admitir la inseguridad es, justamente, la mejor seguridad posible”.

contribuyendo a crear un clima de “conciencia” social sobre la peligrosidad de determinados comportamientos.

En segundo lugar, que duda cabe que la penalización de la conducción sin permiso casa poco con la concepción garantista y mínima del Derecho penal, con la idea del Derecho penal mínimo, y lo hace más con la idea de un Derecho penal máximo. No se trata, como después se verá, de que se identifica el bien jurídico con la norma, pues en realidad, tal cosa podría decirse también de los demás delitos; sino de que se flexibiliza en exceso la valoración sobre la necesidad de la intervención y por tanto, se debilita hasta la negación, el carácter subsidiario del orden penal. Desde el momento en que la sanción penal al conductor sin permiso aparece a los ojos del legislador como parte “necesaria” para el logro de un objetivo político vial como la reducción de la accidentalidad, se deja de pensar en otros instrumentos jurídicos o formas de tipificación penal menos gravosas, pero también comunicativamente menos poderosas. El problema no es por tanto, que el legislador quiera responder ante una demanda social y para prevenir un problema social, sino que lo haga sin medida, sin limitación alguna, no reduciéndose sino ampliándose cada vez más la violencia estatal.

En tercer lugar, la penalización de la conducción sin permiso es paradigmática de la confusión Derecho penal-Derecho administrativo. El Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, tras la modificación operada por la Ley 17/2005 del “carné por puntos”, considera infracción grave el “conducir un vehículo siendo titular de una autorización de conducción que carece de validez por no haber cumplido los requisitos administrativos exigidos reglamentariamente”¹⁰⁰ e infracción muy grave la “conducción de un vehículo sin ser titular de la autorización administrativa correspondiente”¹⁰¹. Dos comportamientos que se incluyen en el ámbito típico del artículo 384 CP de 1995 y que son infracción grave o muy grave en vía administrativa¹⁰². Es cierto, como después se verá en el análisis típico, que seguirá habiendo supuestos de conducción sin licencia o permiso que no darán lugar a infracción penal, pero lo relevante de esta tendencia a la administrativización no es realmente que exista o no un ámbito diferenciado de ilicitud penal y administrativa, como que el mismo sea racional o no; que la imposición de una pena privativa de libertad no

¹⁰⁰ Artículo 65.4.n) Ley 17/2005, de 19 de junio, por la que se introduce la regulación del nuevo “carné por puntos”.

¹⁰¹ Art. 65.5.j), Ley 17/2005, de 19 de junio, por la que se introduce la regulación del nuevo “carné por puntos”.

¹⁰² Como señala DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación: delitos de violencia vial*, 2006, p. 490, la primera de estas conductas comprendería aquellos supuestos en los que, habiéndose obtenido inicialmente la autorización para conducir, ésta ha caducado sin ser objeto de renovación, bien por no haber sido solicitada, bien por, pese a haberse solicitado la renovación, ésta no se ha concedido por no haber cumplido los requisitos establecidos. También parece encajar en esta infracción aquellos supuestos en los que la autorización haya perdido vigencia por pérdida total de puntos, pues de otro modo, esta conducta no tendría cabida en las infracciones administrativas. La segunda de estas infracciones hace referencia a aquellos casos en los que no se ha llegado a obtener la autorización administrativa para conducir. Nos encontramos por tanto, con dos conductas de distinta gravedad en vía administrativa, pudiendo castigarse la primera como infracción grave, con una sanción de multa de 91 a 300 € y suspensión del permiso o licencia de conducción de 1 a 3 meses, y la segunda como infracción muy grave, con una sanción de multa de 301 a 1500 € y suspensión del permiso o licencia de conducción de 1 a 3 meses (art. 67.1 y 2).

dependa únicamente de una decisión política, sino de la respuesta (política) a una necesidad preventiva real no subsanable por medio de la interdicción administrativa.

Por último, no puede negarse que este delito concuerda con la idea de tipificar sin dejar apenas “espacio para la interpretación judicial”. No se ha tipificado el mismo incluyendo algún tipo de exigencia de peligrosidad o de falta de pericia en el conductor sin permiso que permita, cuanto menos a priori, interpretar el mismo para eliminar del ámbito penal comportamientos de infracción administrativa pero inocuos para la seguridad vial, sino que se ha redactado para que la realización de cualquiera de las tres modalidades típicas suponga la inmediata imposición de la pena.

3. Nueva política criminal vial y límites de la intervención penal: sobre la legitimidad del delito de conducción sin permiso

3.1. Crisis del bien jurídico en el moderno Derecho penal y posibles ¿bienes jurídicos? del delito del artículo 384 CP

Hasta hace poco la afirmación de que un determinado delito protegía un concreto bien jurídico no sólo era la habitual en la dogmática, sino que la misma parecía suficiente para la confirmación de la legitimidad de la intervención penal realizada por medio de ese precepto. Hoy no sólo ha perdido efectividad la idea del bien jurídico, sino que la misma como principio definitorio de la legitimidad penal empieza a ser claramente discutida por un sector doctrinal que ya no ve como misión del Derecho penal la de proteger bienes jurídicos, sino la de confirmar normas “como modelo de orientación para los contactos sociales”. Al fin y al cabo la identificación Jakobsiana del bien jurídico con la norma¹⁰³, pese al consiguiente riesgo de la eliminación del Derecho penal «del último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo» (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1991, p. 7)¹⁰⁴, parece casar mucho más con gran parte de las incriminaciones surgidas en el marco del Derecho penal de nuestro tiempo, que la vieja idea del bien jurídico con sustrato material y unido a la persona individual. Y lo mismo ocurre con su vocación de límite de la intervención

¹⁰³ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido de la 2ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 1997, p. 45 y p. 14, donde señala que “[m]isión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”, y la misión del Derecho penal no es la de proteger bienes jurídicos, sino la de confirmar normas. En el mismo sentido, más recientemente, JAKOBS, «Was schützt das Strafrecht?: Rechtsgüter oder Normgeltung», en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag*, Tokio 2003, pp. 18 y ss. En posiciones también funcionalistas, pero más moderadas, en el sentido de búsqueda de fundamento material al Derecho penal, otros autores como Feijóo Sánchez aceptan la premisa de que el Derecho penal protege bienes jurídicos, pero advierten que no es ése su sentido material, puesto que su función primordial es mantener la confianza y el respeto a las normas esenciales de convivencia y así, se protegen los bienes jurídicos como elementos básicos del orden social. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, 1ª ed., 1997, p. 80.

¹⁰⁴ Tampoco puede olvidarse el riesgo que conlleva el funcionalismo y que podría estribar en que la destrucción del bien jurídico suponga la eliminación en el delito de cualquier exigencia de legitimación fuera de la propia formal referida a la construcción normativa y por tanto, la eliminación de cualquier posibilidad de juicio crítico, no de carácter técnico-formal, sobre lo sancionado o lo no sancionado.

penal. Si el bien jurídico tenía que convertirse en un instrumento para eliminar del Derecho penal aquello que no tiene una relevancia lesiva material, ya podemos decir que está fracasando claramente en su objetivo¹⁰⁵. La vaguedad y amplitud conceptual del bien jurídico¹⁰⁶, de modo que éste parece expandirse o contraerse por parte del intérprete doctrinal y del aplicador jurisprudencial para servir a los objetivos últimos, tomados sobre la base de otros criterios más o menos intuitivos y más o menos relacionados con cuestiones dogmáticas o de Política criminal, de incriminación o no del comportamiento del que se trate, en conjunción con otros fenómenos político criminales de expansión del Derecho penal ya analizados, han llevado a que aquello que antes podía servir para limitar la intervención penal sea, ahora, el principal instrumento para justificar su ampliación¹⁰⁷.

Estos “males” que afectan al principio de “exclusiva protección de bienes jurídicos” y, por ende, a la esencial cuestión de la legitimidad de la decisión sobre el contenido concreto del Derecho penal, se observan claramente en relación con el delito que analizamos, la conducción sin permiso. Se afirma que el mismo protege como bien jurídico la seguridad vial o el principio de autoridad, pero ello parece servir únicamente para evitar cualquier tipo de argumentación sobre la racionalidad de la intervención penal, para, en definitiva, explicar sin justificar la imposición de una pena de prisión a quien incumple este mandato administrativo.

En efecto, y empezando por la más usual afirmación, se ha dicho que el delito de conducción sin permiso tutela la seguridad vial¹⁰⁸. Sin embargo, y por mucho que se afirme que “la ausencia del control administrativo previo, donde se verifican un conjunto de conocimientos, competencias, facultades y condiciones psíquicas y físicas, representa un riesgo potencial para la seguridad vial”¹⁰⁹, lo cierto es que la conducción sin haber pasado por tal control no puede reputarse, por sí misma y como se ha demostrado con el apoyo de estudios empíricos anteriormente, un hecho peligroso. Es evidente que esa “seguridad vial” o fin de reducción de la siniestralidad viaria, es el objetivo final de cualquier tipificación penal en este ámbito y que en este caso, y por medio del delito, lo que se consigue es el fortalecimiento de un nuevo modelo administrativo vial que a su vez, está pensado para motivar a los ciudadanos a la conducción segura y reducir así, la mortandad en carretera. Pero si eso es suficiente para legitimar la intervención penal, entonces tendríamos que reconocer que cualquier decisión política lo es, sirva o no al fin político

¹⁰⁵ Así, Hassemer, respecto a la inversión de la función del bien jurídico, de limitación de la intervención a motivación para la misma. (HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en PHILIPPS/SOLLEN (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, 1989, pp. 86-87).

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, 2004, p. 16 y ss.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Reflexiones sobre las bases de la Política criminal», en CEREZO MIR/SUÁREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, p. 211. Recuerda Silva Sánchez que a este nuevo Derecho penal se refiere HASSEMER con el significativo término de “Derecho penal curativo”.

¹⁰⁸ Así lo afirmaba, en la antigua regulación de este precepto, CASABÓ RUIZ, «El delito de conducción sin habilitación lega», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, 1975, p. 33 y ss; y así lo hacen ahora, respecto al nuevo 384 CP, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 255; y GONZÁLEZ CUSSAC, «La Reforma Penal de los delitos contra la seguridad vial (proyecto CP 2006) (Comunicación)», *EDJ*, 2007, p. 306.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, *EDJ*, 2007, p. 306.

pretendido, sea o no la única forma posible de conseguirlo, y afecte o no de forma grave a los derechos de los demás.

También se ha pretendido superar el “escollo” de la legitimidad con la argumentación de que el delito de conducción sin permiso no es más que la tipificación específica de una desobediencia, aceptada como infracción penal legítima en el Estado de derecho¹¹⁰. Tampoco creo que citar aquí el principio de autoridad como bien jurídico protegido por este delito sea, sin embargo, suficiente para defender la legitimidad de un delito que no puede equipararse en cuanto a injusto a la conducta de desobediencia a la autoridad, si no es que la finalidad sea ampliar tanto el ámbito de la misma que quepan en ella cualquier infracción de una norma de la administración¹¹¹. Y lo mismo ocurre con los fallidos intentos de equiparación de lo sancionado en este delito con otras infracciones penales como el quebrantamiento de condena o el delito de intrusismo profesional¹¹². También podríamos proponer otro bien jurídico: la eficacia del sistema administrativo de control de las condiciones básicas para la conducción vial. Pero hay que reconocer que eso no sería más que una especificidad del principio de autoridad que seguiría sin tener auténtico contenido material

Otra posibilidad argumentativa, en la línea funcionalista, sería la de afirmar que no hay que buscar la fundamentación en el bien sino en el comportamiento a castigar. Así, dice Jakobs que el Derecho penal no puede asegurar la indemnidad de los bienes en sociedad, pero sí tratar de que las personas no atenten contra ellos¹¹³, y de ahí podría afirmarse, con Feijoo, que por tanto, la intervención punitiva del Estado no persigue proteger bienes

¹¹⁰ BERISTAIN IPIÑA, «El delito de peligro por conducción temeraria», *RDC*, 1970, p. 21 y ss. Advertir, no obstante, que este autor utiliza los términos delito de peligro abstracto, peligro presunto y de desobediencia para referirse a la misma realidad (PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, pp. 265-266). Así mismo, encontramos jurisprudencia que ha considerado que nos encontramos ante un delito formal penándolo de manera objetiva por presumirse la existencia de voluntariedad maliciosa, (SSTS de 14 de febrero de 1966, 5 de febrero de 1966, 15 de octubre de 1965, 5 de julio de 1965, 22 de febrero de 1965, 16 de enero de 1965, 24 de junio de 1964, 24 de noviembre de 1962, 27 de septiembre de 1961, 27 de diciembre de 1960, 14 de marzo de 1959, 4 de octubre de 1958 y 5 de mayo de 1958) y STS, 30.10.1981 (Ar. RJ\1981\3929; MP: Manuel García Miguel).

¹¹¹ Aunque no puede negarse que conducir sin gozar de la autorización administrativa correspondiente es una infracción administrativa, ni tal conducta se parece en nada a un quebrantamiento de condena, ni el injusto, como se ha dicho, es de la misma entidad que el jurisprudencialmente exigido para la desobediencia. Quien conduce sin haber obtenido el permiso para hacerlo, infringe una norma administrativa, pero no desobedece a la autoridad, no niega la ejecución de un mandato específicamente dirigido a él.

¹¹² Véase MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 833. Es cierto que quien conduce sin permiso se mantiene a sí mismo fuera del sistema administrativo regulador de la actividad que realiza, pero también lo hace el que abre un bar sin pedir licencia administrativa, el submarinista que no ha logrado el permiso o el patrón de embarcación de una determinada eslora. La diferencia que se podría argumentar para explicar por qué es más grave la primera de estas conductas, es la especial peligrosidad de la actividad de la conducción pero, como se ha dicho, debería entonces exigir el tipo una peligrosidad en el comportamiento o, cuanto menos, la realización de una infracción administrativa previa que, de algún modo, demostrara que no se está castigando el hecho simplemente por la infracción de una norma administrativa sino por la peligrosidad que tal infracción puede conllevar.

¹¹³ JAKOBS, *FS-Saito*, 2003, pp. 19 y ss.

jurídicos sino estabilizar reglas generales y esenciales de conducta¹¹⁴. En el caso que nos ocupa el delito serviría para estabilizar la defraudación de la expectativa normativa que supone la conducción con permiso. Creo, sin embargo, que el hecho de que el Estado establezca una regla de conducta por medio de una pena, quizás uno de los mejores análisis sobre el funcionamiento formal del sistema penal, no puede, sin más, otorgarle completa legitimidad a dicha utilización del Derecho penal¹¹⁵. De igual modo, tampoco es suficiente el que la intervención penal se haga para “confirmar la identidad de la sociedad”, si por identidad de la sociedad no se entiende más que las normas que la conforman¹¹⁶. Y es que resulta imprescindible no confundir la explicación de la función del Derecho con la búsqueda de un criterio material que nos diga cuándo el Derecho penal es legítimo¹¹⁷. Como dice Piña ROCHEFORT: “[a]firmar que la función del sistema jurídico-penal es la estabilización de *ciertas* expectativas sociales es demasiado vago como para hacer depender de ello la legitimación del sistema. Es preciso determinar qué expectativas sociales son las que han de protegerse” (PIÑA ROCHEFORT, 2005, p. 258) y eso, añadido yo, es lo que tradicionalmente se ha tratado de hacer con la referencia al bien jurídico.

Recientemente ha señalado Bacigalupo Zapater, que en realidad da igual que el objeto de protección sean bienes o normas: “[l]a auténtica cuestión política del [D]erecho penal es *qué* bienes o *qué* normas es legítimo proteger”¹¹⁸. En realidad, diría yo, y esto vale para el que estudiamos, lo importante no es si un delito tiene o no bien jurídico protegido, como si hay razones que permiten justificar la limitación de la libertad que supone la imposición de una pena¹¹⁹, las cuales sólo pueden ser, a mi parecer, la necesidad de tutela real (principio de necesidad) frente al injusto de que se trate, la inexistencia de otros medios aptos para la prevención del mismo (principio de intervención mínima), y la relación entre lo causado y

¹¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, 1ª ed., 1997, p. 80.

¹¹⁵ Tampoco lo pretende Jakobs, para quien, como se sabe, la legitimidad es una cuestión puramente política y no jurídico-penal. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1ª ed., 1996, p. 40 y ss. Acerca de la neutralidad valorativa del funcionalismo de Jakobs, con notas y referencias, véase, MIRÓ LLINARES, «Persona o enemigo: vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro “Derecho penal del enemigo” de Ghünter Jakobs y Manuel Cancio Meliá», *RFCCSSJJUMH*, 2006, pp. 133-163; y FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, 1ª ed., 1997, p. 80.

¹¹⁶ Al fin y al cabo, como recuerda Peñaranda Ramos, Jakobs sitúa la legitimidad fuera del plano interno del Derecho penal, y la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización se trata de una tarea puramente política y no jurídico penal (PEÑARANDA RAMOS, «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Teoría de sistemas y derecho pena: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 242). Esto lo recuerda el autor español para defender a Jakobs de quienes le critican que legitima cualquier tipo de intervención, pero con ello no logra defender al autor alemán frente a quienes le criticamos que, al no legitimar nada, acepta el todo. Véase al respecto, MIRÓ LLINARES, *RFCCSSJJUMH*, 2006, pp. 133-163.

¹¹⁷ Crítico en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, quien recuerda la característica del funcionalismo sociológico de situar como referente central de decisión a la sociedad en detrimento del individuo, por lo que los principios garantísticos se relacionarán con las necesidades de estabilización, perdiendo su carácter de límites externos a la lógica preventiva (ALCÁCER GUIRAO, «Prevención y garantías: conflicto y síntesis», *DOXA*, 2002, p. 163).

¹¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre el Derecho penal y su racionalidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 339.

¹¹⁹ Esto estaría en la línea de la “concepción procedimental del bien jurídico” brillantemente desarrollada por Vives Antón, en la que el bien no es un algo, un objeto ideal, sino una compilación de razones que permiten justificar inmediatamente el delito y la pena: “[...] el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad” (VIVES ANTÓN, «Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido», *RJCV*, 2005, p. 26).

lo valorado normativamente (principio de proporcionalidad), todo lo cual suele resumirse en el dogma, quizás por repetido no concretado y especificado, de que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos¹²⁰.

Hoy, pues, ante la tipificación de un determinado delito, no puede satisfacernos la mera afirmación de que el mismo responde a la protección de un determinado bien jurídico, realizada sin tener conocimientos suficientes acerca de cómo y cuándo tal tipificación será eficaz¹²¹, sino que es necesaria la constatación de que la coacción que supone la imposición de una pena está justificada por la necesidad de intervención por la dañosidad social del comportamiento y por la inexistencia de otro medio menos gravoso para la consecución del fin preventivo. Para ello, como ha afirmado Soto Navarro, habrá que tomar como referentes axiológicos, en un Estado democrático de derecho, las convicciones sociales mayoritarias¹²², pero no identificando las mismas, como ella también admite, con la opinión pública mayoritaria, sino exigiendo siempre el desarrollo de un procedimiento de valoración de las auténticas necesidades reales de protección y la comparación de las mismas con los posibles instrumentos eficaces para lograr la misma. De este modo convertiríamos el “viejo” principio del bien jurídico protegido, en un mandato al legislador para que la decisión de la intervención penal se realice sobre la base de completos análisis político-criminales, primero, y criminológicos, sociológicos, psicológicos y económicos, después, que relacionen los valores dignos de protección con la constatación de que la tutela no puede realizarse por otros medios, y de que puede resultar efectiva y lo menos lesiva posible para la dignidad de las personas¹²³.

¹²⁰ Que prefiramos seguir utilizando la referencia al bien jurídico o pensemos que dicho término ya no sirve para determinar la legitimidad interna del Derecho penal y que es mejor sustituirlo por un “principio de necesidad penal”, o incluso que es posible construir la legitimidad del Derecho penal desde una perspectiva sistémico-constructivista como hacen las interesantes propuestas de FEIJÓO SÁNCHEZ, «Normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 435 y ss., y de PIÑA ROCHEFORT, «Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, p. 257 y ss., no es tan relevante como la exigencia al Derecho penal de una legitimidad material junto a la formal, y la misma deviene de los fines del Derecho penal en una determinada configuración social y política, y que ello, en un Estado social y democrático de derecho, puede reconducirse a las ideas citadas de necesidad, intervención mínima y proporcionalidad así como de dignidad humana como criterio fundamental de orientación de la intervención penal.

¹²¹ Lo cual es, señala Prittwitz, el verdadero problema de política criminal y sobre todo criminológico, el que se fijen las condiciones de utilización del Derecho penal sin el conocimiento real de la eficacia. PRITTWITZ, «Sociedad del riesgo y Derecho penal», en ARROYO ZAPATERO/NEUMANN/NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, 2003, p. 277.

¹²² SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos de la sociedad moderna*, 2003, p. 81.

¹²³ Así lo exigía ya Fiandaca, que, aceptando la escasa capacidad limitadora de la intervención del bien jurídico, acudía al principio de subsidiariedad para estos fines, y de allí derivaba la exigencia al legislador de acudir a la criminología social para adquirir datos empíricos que le informen sobre la dañosidad social de un comportamiento y las necesidades de intervención penal (FIANDACA, «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale», *RIDPP*, 1982, p. 74). Limitado a la Criminología, y dirigido a la Dogmática más que al legislador, podríamos recordar lo que señalaba BOTKE respecto a que “la [D]ogmática del Derecho penal podría recabar de la criminología, como ciencia empírica e interdisciplinar, información sobre cuáles puedan ser los efectos secundarios útiles para los fines de la pena” (BOTKE, «La actual discusión sobre las finalidades de la pena» (traducido por Guillem BENLLOCH

3.2. Acerca de la legitimidad de la intervención penal por medio del art. 384 CP, y de los “daños colaterales” del “moderno” Derecho penal vial

Hoy en día existe una fuerte convicción social sobre la gran dañosidad de las conductas viales más peligrosas y sobre la necesaria utilización del Derecho penal para reforzar el papel ordenador de la seguridad vial del Derecho administrativo sancionando las mismas. Aceptar esto no conlleva, sin embargo, legitimar cualquier forma de intervención del ordenamiento criminal en la seguridad vial. La privación de libertad que supone la pena de prisión nos obliga a exigir la demostración de una necesidad real y no meramente aparente, de la concreta regulación penal de que se trate para la evitación de la dañosidad social, así como la inexistencia de ningún medio más gravoso para la eficaz prevención de la misma.

Con estas exigencias no creo que pueda reputarse legítima la forma de tipificación de la penalización de la conducción sin carné realizada en el artículo 384 CP. Y no porque conforme a las convicciones sociales, esenciales en la selección de lo punible, no pueda considerarse dañoso tal comportamiento, sino porque ellas también deben regir sobre la necesidad y proporcionalidad de tal forma de intervención. Y por mucho que desde algunos sectores se haya dicho que no había otra forma de sancionar este comportamiento¹²⁴, no creo que ello sea realmente así¹²⁵. Como se ha visto, existen otras formas de tipificación del comportamiento que podrían ser prácticamente igual de eficaces desde una perspectiva preventiva que esta y que, a su vez, mantendrían intacto el sistema penal como garante último de los intereses sociales por parte del Estado. La tipificación del delito como de peligro abstracto que exija la conducción sin permiso por parte de quien realice una infracción vial grave, o como una desobediencia reiterada, realizada junto con la imposición de una sanción penal no privativa de libertad para la mera conducción sin permiso, sería una forma de incorporación de tales conductas al Código penal y, de ese modo, de refuerzo del modelo administrativo del carné por puntos, mucho más respetuosa con los principios de necesidad e intervención mínima (o proporcionalidad). Porque el legislador, cuando se trata de utilizar la pena privativa de libertad, debería exigirse un poco más que el cumplimiento de legítimos fines preventivos, debería exigirse haber agotado todas las opciones menos gravosas pero igual de efectivas para lograr el fin propuesto y debería garantizar que sólo se privará de la libertad a los ciudadanos ante aquellos comportamientos que más gravemente afecten a las normas de convivencia social.

PETIT), en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 53).

¹²⁴ Así, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 281, para quien “no existe otra forma de reaccionar frente al infractor que decide no obtener un permiso de conducción que arrojar sobre él todo el peso del Derecho penal”.

¹²⁵ En el mismo sentido MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 815 y ss.

Es evidente que el legislador ha optado por la vía más fácil, y apostado por aquello que, desde una perspectiva comunicativa, más beneficios le puede reportar: la tipificación absoluta de la conducción sin permiso por vía penal y con pena privativa de libertad. Pero de ese modo ha vuelto a olvidar, como tantas otras veces, otra cuestión que no se suele situar en la balanza de pros y contras de una reforma, un daño colateral que debiera formar parte de la valoración: la pérdida de sentido y por tanto, de valor, del Derecho penal que se acaba produciendo por una utilización excesiva y desproporcionada del mismo. La fuerza motivadora y generadora de una convicción social sobre lo permitido y lo prohibido que puede desempeñar el Derecho penal, se irá perdiendo cuando el mismo aparezca a los ojos de todos como el fruto de una decisión política y no como la necesaria respuesta ante aquello que niega de forma especialmente grave el sistema de convivencia social. Si la tendencia a usar el Derecho penal más, antes y frente a todo, continúa, el mismo acabará por confundirse con el resto de instrumentos de ordenación del estado y por tanto, por no desempeñar los especiales efectos motivadores y configuradores de la imposición de una pena privativa de libertad. A esto contribuye la penalización de la conducción sin permiso de una forma que no era la única ni la menos gravosa posible.

No se trata de ser apocalípticos; tampoco de ser conformistas. Castigar por vía penal la conducción sin permiso no va a acabar con el sistema penal y puede ayudar a la política criminal vial que, difícilmente puede ya ponerse en duda, está resultando tan exitosa. Pero hay que exigir al legislador algo más que la utilización del instrumento punitivo más grave para reforzar una determinada política pública. Hay que demandarle que mejore la técnica de tipificación de los delitos de peligro abstracto¹²⁶ y que no acuda inmediatamente a meros delitos obstáculo o de peligro “inventado”. Y hay que exigirle, especialmente cuando utilice la pena privativa de libertad, que aquello que persiga sea un comportamiento especialmente insoportable para la sociedad, y que no haya otra forma de lograr el propósito pretendido sin privar de los derechos fundamentales a los ciudadanos.

En la actualidad asistimos a un debate sobre la actitud que debe adoptar la dogmática penal ante el camino, aparentemente sin retorno, hacia un nuevo y moderno Derecho penal¹²⁷ que sólo es, a mi parecer, la punta del iceberg de las inmensas dudas que tiene la dogmática sobre qué hacer con un Derecho penal que ya no parece corresponderse con lo que era. El cansancio de ver cómo los modelos de regulación penal propuestos por los teóricos son, no rechazados, sino prácticamente caminados en sentido contrario por el legislador, parece haber hecho mella en quienes nos debatimos ahora en, o bien permanecer quietos y seguir gritándole a este que se equivoca de camino, o bien tratar de acompañarle un tramo para reconducirle a la mínima posible¹²⁸. Aunque no sea el lugar

¹²⁶ PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, 2007, especialmente p. 263.

¹²⁷ DEL ROSAL BLASCO, «¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?», *RECPC*, 2009, pp. 1-64.

¹²⁸ Aunque Díez RIPOLLÉS, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», en BACIGALUPO SAGGESE/CANCIO MELIÁ (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, p. 248 y ss., considera que son esencialmente cuatro las posturas doctrinales básicas ante la evolución del Derecho penal actual, creo que con el paso del tiempo sería posible, aunque no voy a encargarme yo ahora de ello, reducir todas estas posiciones a aquéllas en las que predomina la resistencia y aquéllas otras en las que predomina la resignación.

para tratar esta cuestión, creo que el problema es comunicativo, pues legislador y dogmática no hablan el mismo lenguaje y la solución podría pasar por acercarnos al suyo mediante una dogmática que tenga más en cuenta la criminología y otras ciencias y técnicas que permitan evaluar efectivamente la eficacia de las políticas públicas penales y comunicarse con el legislador en esos términos. Algo así, modestamente, es lo que he pretendido hacer aquí: demostrar que el legislador podría haber situado en el ámbito penal el mensaje que quería, reforzar el sistema del carné por puntos, pero de una forma tal que no suponga la enésima patada a la idea de un Derecho penal de fuerza máxima frente a lo mínimo posible.

Se decía y aún se dice, que “el Derecho penal no debe perseguir la máxima eficacia o prevención posible, sino el mínimo de prevención imprescindible”¹²⁹. Conforme a ello, a mi parecer, el delito de conducción sin permiso, al igual que ocurrió con el delito de conducción sin seguro, debería quedar fuera del Derecho penal o, si se demuestra la eficacia del modelo vial del carné por puntos en nuestro país, dentro de él, pero por medio de una regulación que limitara la gravedad de su punición o que restringiera su aplicación a supuestos de demostrada peligrosidad o reincidencia. Mientras no sea así, habrá que tratar de interpretar el artículo 384 CP lo más restrictivamente posible.

4. ¿Es posible, y con qué alcance, una interpretación restrictiva¹³⁰ del artículo 384 CP?

4.1. Modalidades de conducta del delito del artículo 384 CP y posibilidades de interpretación restrictiva de cada una de ellas¹³¹

Como se ha visto, el artículo 384 del Código Penal sanciona tres conductas, la conducción sin licencia por haber perdido los puntos, la conducción tras haber sido privado de licencia por resolución judicial y la conducción sin haber obtenido nunca permiso. Voy a analizarlas por separado tratando de encontrar en cada una de ellas los elementos para una interpretación que restrinja al máximo su ámbito de aplicación.

¹²⁹ Así, en el debate actual, y desde posiciones aparentemente diferentes, GÓMEZ MARTÍN, «Libertad, seguridad y sociedad del riesgo», en CORCOY BIDASOLO (coord.), GÓMEZ MARTÍN (coord.), MIR PUIG (coord.), *La política criminal en Europa*, 2004, pp. 59-90, y PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, 2007, especialmente p. 359.

¹³⁰ Se suele entender como interpretación restrictiva a aquella que restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos de hecho que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él. GUASTINI, «Estudios sobre la interpretación jurídica», DL, 2004, p. 39. En realidad todas las interpretaciones que voy a defender caben dentro de la “literalidad” de la Ley, por lo que en términos clásicos quizás sería más correcto afirmar que definiendo una interpretación adecuada, tal y como se entendía esta como aquella que adapta el significado de una disposición al significado de otras disposiciones de rango superior. GUASTINI, DL, 2004, p. 47. Creo, sin embargo, que con la denominación de interpretación restrictiva se refleja mejor, en este caso, el propósito de restringir al máximo la aplicación de este precepto.

¹³¹ Un completo análisis de las conductas lo podemos encontrar en MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 836 y ss.

a) La conducción sin licencia por pérdida de los puntos

De las tres conductas que forman parte del artículo 384 CP, ésta es la única que es totalmente nueva en el catálogo histórico de comportamientos punibles en España. Al fin y al cabo, la punición de la conducta consistente en conducir una vez que se han perdido todos los puntos asignados legalmente y por tanto, el permiso ha perdido vigencia, supone la tipificación del incumplimiento de una obligación de carácter administrativo que tiene su origen directo en la nueva regulación del carné por puntos introducida por la Ley 17/2005, de 19 de junio¹³². Precisamente por ello, por el escaso tiempo que lleva en vigor el sistema del carné por puntos, son aún muy pocas las resoluciones referidas al artículo 384 CP en las que es ésta la conducta típica posiblemente realizada¹³³.

Hay que empezar por señalar que la tipificación de esta conducta no supone la “protección” de la eficacia de todas las resoluciones administrativas que, por unos u otros motivos, supongan la rescisión de la licencia de conducción, sino únicamente de aquellas que traen causa de la nueva regulación del carné por puntos¹³⁴. Conforme a esta normativa, para que la pérdida de vigencia del carné sea efectiva, será necesario que se haya notificado al interesado, en la forma prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el plazo de 15 días, el acuerdo en el que la Administración, una vez constatada la pérdida total de los puntos asignados, declara la pérdida de vigencia de su permiso o licencia de conducción (art. 63 de la Ley de Tráfico). De este modo, sólo a partir de tal notificación de la pérdida de vigencia del permiso, y no cuando únicamente se hayan perdido todos los puntos, la conducción será delictiva conforme a este precepto. En este sentido es significativa la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2. de Pamplona, nº 21/2009 de 3 febrero, que absuelve al conductor que conducía habiendo perdido todos los puntos asignados a su autorización administrativa para conducir, pero sin que constara prueba de que él hubiera recibido la resolución de pérdida de vigencia de su permiso¹³⁵.

¹³² En este sentido, la comparecencia del SR. DIRECTOR GENERAL DE TRÁFICO en el Congreso de los Diputados, 22 de febrero de 2006, *Diario de sesiones, Comisiones*, nº 489, 2006, p. 3.

¹³³ Así, por ejemplo, SAP Tarragona, Penal Sec. 2ª, 6.11.2008 (Ar. JUR\2009\80330; MP: Macarena Mira Picó); Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pamplona 3.2.2009 (Ar. JUR\2009\68698; MP: María del Carmen González-Echegaray de Yarto).

¹³⁴ Así, González Cussac afirma 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”” (GONZÁLEZ CUSSAC, *EDJ*, 2007, p. 306).

¹³⁵ La conclusión a la que llega la sentencia es totalmente correcta, pero no la argumentación utilizada para ello. Así, la sentencia se centra en la falta de dolo específico “que en este supuesto sería el conocimiento de su situación administrativa definitiva, respecto a la pérdida de vigencia de su permiso por la pérdida de todos los puntos asignados”, cuando, como se ha dicho para que la pérdida de vigencia del carné sea efectiva, será necesaria, conforme a la propia regulación administrativa, la notificación al interesado de la misma.

Por otra parte, tampoco puede entenderse dentro del ámbito de aplicación de este tipo penal la circulación con el carné caducado¹³⁶, dado que el artículo 384 únicamente hace referencia a los casos en que la pérdida de vigencia del permiso tiene lugar por pérdida total de los puntos, por tanto no será de aplicación ni a los supuestos de falta de renovación del carné ni a aquéllos en los que la pérdida de vigencia del permiso tenga lugar por otros motivos (pérdida de conocimiento, habilidades o aptitudes psicofísicas requeridas para su obtención, conforme al art. 63 Ley de Tráfico). Tampoco es aplicable este tipo penal en los supuestos de retirada o suspensión administrativa del permiso, pues el tenor literal del mismo se refiere exclusivamente a la pérdida del permiso por pérdida total de puntos a diferencia de la redacción contenida en el Proyecto¹³⁷. Por último, no entran dentro del ámbito de aplicación de este precepto, aquellos casos en que la autorización administrativa haya sido suspendida cautelarmente en el curso del procedimiento de declaración de pérdida de vigencia a que se refiere el art. 64 de la Ley de Tráfico, puesto que, como se ha dicho, para que sea aplicable este tipo penal el sujeto ha de conducir una vez haya sido declarada y notificada la pérdida de vigencia del permiso.

Todos estos supuestos, por tanto, podrán ser objeto de sanción administrativa pero no podrán ser sancionados por vía penal¹³⁸. En sentido contrario se ha manifestado Prieto González, para quien en los casos de conducción habiendo sido privado administrativamente del permiso la conducta podría incardinarse en el delito de desobediencia al provenir la orden de una autoridad y una vez cumplidos los restantes presupuestos exigidos por la jurisprudencia¹³⁹. A mi parecer se trata de una interpretación extensiva que no sólo ampliaría el ámbito de punición de la conducción sin licencia administrativa hasta solaparlo absolutamente con la infracción administrativa, sino que se trata de una interpretación incompatible con el principio de legalidad y con la prohibición de la analogía in malam partem en Derecho penal, dado que la decisión del legislador de tipificar expresamente no sólo la conducción sin permiso como quebrantamiento judicial sino también como quebrantamiento administrativo¹⁴⁰, si bien limitado a un supuesto concreto como es la pérdida administrativa de los puntos, únicamente nos puede llevar a

¹³⁶ En el mismo sentido, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 274.

¹³⁷ En el mismo sentido, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 277.

¹³⁸ En el mismo sentido, PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 277.

¹³⁹ PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 277.

¹⁴⁰ Han criticado la equiparación en la protección de las resoluciones administrativas con la de las resoluciones judiciales penales, DE VICENTE MARTÍNEZ, *EDJ*, 2007, p. 356; ROBLEDO VILLAR, «Los delitos contra la seguridad vial: innovaciones introducidas por LO 15/2007, de 30 de noviembre por la que se modifica el Código penal en materia de seguridad vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre)», *DLL*, 2008, p. 17, en la que afirma que “en todo caso supone ofrecer idéntica respuesta penal a supuestos de hecho que partían de naturaleza objetiva diferente, como el ilícito administrativo, el delito de desobediencia o el quebrantamiento de condena. Resulta objetable dicha asimilación, al tiempo que esta situación podrá dar lugar a concursos aparentes de normas.”

entender que todos los demás supuestos de “quebrantamiento” de una orden administrativa seguirán sancionándose por esa vía y no por la penal.

b) La conducción tras privación judicial de la licencia

Lo primero que hay que destacar es que es necesaria la existencia de una resolución judicial que justifique la privación del permiso, por lo que no será de aplicación este tipo en los supuestos de retirada del permiso efectuada por la policía judicial. Así se deriva de la exigencia de que el sujeto “realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial”¹⁴¹. En realidad, pues, y dado que la privación judicial del permiso tendrá lugar mediante la imposición de una pena de privación de la licencia de conducción, nos encontramos ante la tipificación expresa de un quebrantamiento de condena que podría sancionarse por el art. 468.1 CP)¹⁴², con las consiguientes críticas que de ello se han derivado y con la consiguiente discusión, fútil a mi parecer, sobre si lo protegido es “el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, concretado en la última fase del ejercicio de la función jurisdiccional, esto es, la eficacia de la resolución jurisdiccional, evitando que quede sin ejecutar lo que se ha dispuesto en ella”¹⁴³, o la seguridad vial y que explicaría su integración sistemática en el Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal”¹⁴⁴.

Lo primero que plantea dudas en la interpretación de este precepto es la cuestión de la resolución del concurso de leyes existente entre el delito de quebrantamiento y el delito que estudiamos. A mi parecer, y como ya he señalado en otro lugar, tal concurso deberá ser resuelto conforme al principio de especialidad a favor del art. 384, pues no cabe duda de que la conducta típica de este precepto es una modalidad específica de la más general de quebrantamiento¹⁴⁵. ¿Por qué entonces la diferencia de pena? Simplemente porque el

¹⁴¹ Véase, MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 839.

¹⁴² El tipo señala que “los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos”. En este sentido es significativa la SAP Toledo, Penal Sec. 2ª, 18.10.1997 (ARP\1997\246; MP: Juan Manuel de la Cruz Mora), en la que se establece que “recurrer el condenado por atipicidad de la conducta, estimando que el segundo párrafo del antiguo art. 334, al haber desaparecido del nuevo art. 468, ha despenalizado el quebrantamiento de la condena de privación del permiso de conducir, exégesis con la que no podemos estar de acuerdo por cuanto el contenido del Capítulo VIII Título XX sigue siendo el mismo que el de los antiguos arts. 334, 335 y 336, figurando como bien jurídico protegido el interés del Estado en la efectividad de las resoluciones judiciales, consistiendo la conducta en el incumplimiento de la condena en términos tales que la hagan ineficaz, e inoperante resulta la privación del permiso de conducir impuesta como pena... cuando se sigue conduciendo a sabiendas de la prohibición, violando el interés protegido a que se ha hecho referencia”.

¹⁴³ DE VICENTE MARTÍNEZ, *Derecho penal de la circulación: delitos de violencia vial*, 2006, pp. 530-531. También SSTs de 26 de marzo de 1984 y 15 de febrero de 1999, entre otras.

¹⁴⁴ Esta es la opinión del Consejo General del Poder Judicial. Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, *EDJ*, 2007, p. 357.

¹⁴⁵ Véase MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 841, respecto a la posibilidad de aplicar también, y con idénticas consecuencias, el principio de alternatividad.

legislador ha decidido que tal quebrantamiento, en el ámbito de la seguridad vial, es peor que el realizado en cualesquiera otras condiciones. El principio de proporcionalidad cede, de nuevo, ante la ¿necesidad? de aplicar una pena privativa de libertad más gravosa a los casos de conducción teniendo privado el permiso por decisión judicial.

En cuanto a la interpretación del precepto es evidente que en este caso no tiene sentido una restricción de la aplicación del precepto más allá de lo tradicionalmente establecido por la jurisprudencia para el delito de quebrantamiento de condena. La conducción por parte de aquél que haya sido condenado a la pena de privación del permiso de conducción, dará lugar a la inmediata realización del delito, y así parecen estar entendiéndolo nuestros tribunales en las escasas resoluciones al respecto¹⁴⁶. Sin embargo hay “un par” de supuestos problemáticos que, en la línea de lo anteriormente señalado, y sin contradecirse con el contenido típico del quebrantamiento de condena, pueden interpretarse en el sentido de quedar fuera del ámbito penal.

Así, y en primer lugar, estarían los casos de conducción teniendo privado el permiso de conducir en el extranjero. Es evidente que en estos casos las autoridades españolas podrían negarse a la expedición del permiso o licencia en España o al reconocimiento de la validez de dicho permiso, pero también lo es que difícilmente casos similares serían sancionados como quebrantamientos de condena, pues ni la privación lo ha sido por jueces de nuestro país ni se tenía un permiso o licencia español, por lo que podría interpretarse en sentido de atipicidad. Otra cosa distinta es si quien conduce con licencia de un Estado miembro de la Unión Europea, lo hace tras haber sido privado de la misma por un tribunal español. En este caso no hay duda de que se realizaría el delito del artículo 384 CP.

En segundo lugar, también plantea dificultades interpretativas la conducción sin permiso en relación con el nuevo art. 47 Código penal, introducido por esta LO 15/2007. Conforme al mismo, si la pena impuesta lo es por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción¹⁴⁷. De este modo, si un sujeto conduce tras haber perdido la licencia al haber sido condenado a más de dos años de privación del derecho a conducir vehículos, pero una vez ya ha cumplido la condena, ¿realizaría o no el tipo del art. 384 CP? Aunque habría opciones interpretativas para punir este comportamiento¹⁴⁸, la voluntad de limitar al máximo posible el ámbito de

¹⁴⁶ Así, en las siguientes resoluciones, se condena por conducir sin permiso tras perderlo por resolución judicial: (SAP Pontevedra, Penal Sec. 5ª, 16.9.2008 (Ar. JUR\2009\81840; MP: Victoria Eugenia Fariña Conde); SAP Las Palmas, Penal Sec. 1ª, 29.8.2008 (Ar. JUR\2009\29525; MP: Ricardo Moyano García); SAP Madrid, Penal Sec. 1ª, 9.10.2008 (Ar. JUR\2009\26939; MP: Luis Carlos Pelluz Robles) y SAP Girona, Penal Sec. 3ª, 6.11.2008 (Ar. JUR\2009\76330; MP: Manuel María Jaén Vallejo)).

¹⁴⁷ Nos encontramos ante un supuesto problemático pues, si el sujeto condujera una vez cumplida la pena señalada en la resolución judicial privándole del permiso de conducir por tiempo superior a dos años y, por tanto, careciendo de vigencia su permiso (si no hubiera realizado las pruebas correspondientes), al haber cumplido ya la pena no parece aplicable este tipo penal, no siendo tampoco posible aplicar la conducta de conducir sin haber obtenido nunca el permiso, pues no se darían tampoco los elementos típicos. Véase, MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 842.

¹⁴⁸ Concretamente la consideración de que la pérdida del permiso sería una pena accesoria cuyo incumplimiento daría lugar a la aplicación del tipo penal. Véase, MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 843.

ilicitud penal de la conducción sin permiso, me lleva a entender que tal conductor, al haber cumplido ya la pena, no realiza una conducción tras haber sido privado del permiso “por resolución judicial”, por lo que la misma no entraría en el ámbito de ilicitud de esta conducta ni, a mi parecer, en el de la conducta de conducir sin haber obtenido nunca el permiso.

c) Conducción sin haber tenido nunca licencia

Como vimos el primer propósito del legislador al regular la conducción sin permiso era reforzar el modelo administrativo del carné por puntos, y no el de sancionar a quien “no haya obtenido el permiso”¹⁴⁹. Ha apuntado García Albero que “se comenta que la razón oculta de tal omisión estaba en el elevadísimo número de conductores que circulan sin permiso, lo que podría determinar un “colapso” en los Juzgados”¹⁵⁰. Lo cierto es que tal preocupación podría verse confirmada por el hecho de que, una vez se incorporó definitivamente tal conducta al catálogo típico del 384 y entró el mismo en vigor, la mayoría de las sentencias condenatorias por este delito lo hacen en relación con conductas de conducción sin haber obtenido nunca licencia o permiso para hacerlo¹⁵¹.

Por otra parte, tampoco puede dudarse de que es ésta la conducta más controvertida del tipo. Mientras que en los otros casos hay un quebrantamiento de condena judicial o de infracción administrativa, aquí no hay previamente ningún tipo de infracción. Y, como ya se vio, tampoco puede decirse que estemos ante un delito de peligro abstracto, al no poderse considerar la conducción de quien lo hace sin una determinada autorización administrativa más peligrosa, *per se*, que la de quien lo hace con ella.

Todo esto no hace más que confirmar la necesidad de interpretar restrictivamente el ámbito punitivo de esta conducta. El primer resquicio para hacerlo se produce por la

¹⁴⁹ Así, según las propias manifestaciones de Pere Navarro, DGT, TSV, 2006, p. 14.

¹⁵⁰ GARCÍA ALBERO, *RECPC*, 2007, p. 10.

¹⁵¹ Así parece confirmarlo la inmensa desproporción entre las, como he anteriormente citado, escasas resoluciones judiciales que aplican el nuevo art. 384 CP en relación con la conducción tras privación judicial o administrativa del permiso, y las numerosas resoluciones en las que se condena por la conducción sin haber obtenido nunca el permiso: (SAP Córdoba, Penal Sec. 2ª, 5.11.2008 (Ar. JUR\2009\62940; MP: José Antonio Carnerero Parra); SAP Valencia, Penal Sec. 1ª, 16.7.2008 (Ar. JUR\2008\307761; MP: Jesús María Huerta Garicano); SAP León, Penal Sec. 3ª, 1.9.2008 (Ar. JUR\2008\352751; MP: Luis Adolfo Mallo Mallo); SAP Santa Cruz de Tenerife, Penal Sec. 2ª, 28.1.2009 (Ar. JUR\2009\156563; MP: Francisco Javier Mulero Flores); SAP Tarragona, Penal Sec. 2ª, 18.12.2008 (Ar. JUR\2009\143784; MP: José Pedro Vázquez Rodríguez); SAP Madrid, Penal Sec. 3ª, 5.11.2008 (Ar. JUR\2009\76747; MP: Ana María Pérez Marugán); SAP Córdoba, Penal Sec. 3ª, 8.7.2008 (Ar. JUR\2009\67675; MP: Francisco de Paula Sánchez Zamorano); SAP Girona, Penal Sec. 3ª, 30.10.2008 (Ar. JUR\2009\77854; MP: José Antonio Soria Casao); SAP Cantabria, Penal Sec. 1ª, 15.10.2008 (Ar. JUR\2009\92694; MP: María Rivas Díaz de Antoñana); SAP Asturias, Penal Sec. 2ª, 4.12.2008 (Ar. JUR\2009\89301; MP: Antonio Lanzos Robles); SAP Badajoz, Penal Sec. 3ª, 3.12.2008 (Ar. JUR\2009\89363; MP: Juana Calderón Martín); SAP Santa Cruz de Tenerife, Penal Sec. 2ª, 14.11.2008 (Ar. JUR\2009\118933; MP: Joaquín Luis Astor Landete); SAP Madrid, Penal Sec. 1ª, 13.11.2008 (Ar. JUR\2009\74959; MP: Mª Cruz Álvaro López); Auto AP León, Penal Sec. 2ª, 7.10.2008 (Ar. JUR\2009\93313; MP: Manuel Ángel Peñín del Palacio); SAP Girona, Penal Sec. Sec. 3ª, 6.10.2008 (Ar. JUR\2009\38645; MP: José Antonio Soria Casao).

ausencia de una referencia a que el permiso sea el correspondiente para la conducción del vehículo. De esta forma, en caso de que el sujeto que conduzca tenga permiso o licencia de conducción, aunque sea de categoría distinta a la necesaria para conducir el vehículo de que se trate, podría interpretarse que, al no hacer referencia el tipo al permiso “correspondiente”, no entraría dentro del ámbito de aplicación del mismo¹⁵². Es cierto, sin embargo, y así lo han puesto de manifiesto ya algunas resoluciones judiciales, que una interpretación así nos llevaría al “absurdo” de considerar atípica la conducta del que poseyendo sólo permiso para conducir coches (turismos) se pone al volante de un autobús¹⁵³, por lo que los tribunales que se han encontrado ante casos de conducción con licencia diferente a la exigida para el vehículo conducido, han procedido a la condena por este delito¹⁵⁴, bajo la argumentación de que “una cosa es el permiso de conducir vehículos a motor, que sí habilita para conducir ciclomotores, y la licencia de conducir ciclomotores, que sólo habilita para llevar estos; por lo que la interpretación literal del artículo 384 no puede ser otra que el permiso va vinculado a vehículo de motor y la licencia de conducción a ciclomotor”.¹⁵⁵ Es innegable, como se señala en ese mismo auto, que “los conocimientos exigidos para conducir un vehículo a motor son mucho mayores y extensos que para conducir un ciclomotor, que de otro lado no precisa examen práctico alguno, o prueba de control de aptitudes y comportamientos en circuito cerrado y en vías abiertas al tráfico general.”, pero lo cierto es que con esa interpretación no se solucionarían los casos del conductor de un autobús con permiso de automóvil. Hay que tratar de huir de formalismos gramaticales y buscar un sentido material relacionado con la intervención mínima en un precepto tan formal como este. Por eso precisamente defendí en otra obra que el criterio delimitador debería ser “que la obtención de la licencia requiera de habilidades superiores o distintas a las que permitieron la obtención del permiso del que se dispone”¹⁵⁶. Este podría ser el criterio interpretativo básico y supondría admitir la posible

¹⁵² En este sentido PRIETO GONZÁLEZ, en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (dirs.), CARDENAL MONTRAVETA, (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*, 2008, p. 276.

¹⁵³ SAP Córdoba, Penal Sec. 3ª, 8.7.2008 (Ar. JUR\2009\67675). En el mismo sentido se expresa el Auto AP Granada, Penal Sec. 1ª, 23.9.2008 (Ar. JUR\2009\53968; MP: Pedro Ramos Almenara) que estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado Instrucción por el cual se decretaba el sobreseimiento del procedimiento por considerar que no era constitutivo de ilícito penal, al entender que “la ley distingue lo que es conducir vehículo a motor o ciclomotor, porque en un caso se requiere permiso de conducción y en otro licencia, por tanto no existe duda alguna, que la conjunción disyuntiva “o” viene referida a una cosa u otra, puesto que las autorizaciones para conducir un tipo u otro de vehículos son distintos, y por tanto el poseer una licencia de conducción o haberla poseído no es equiparable al permiso de conducción”.

¹⁵⁴ Junto a las dos resoluciones citadas, también SAP Córdoba, Penal Sec. 2ª, 19.11.2008 (Ar. JUR\2009\60822; MP: Antonio Puebla Povedano), y Auto AP Granada, Penal Sec. 1ª, 10.7.2008 (Ar. JUR\2009\15939; MP: Pedro Ramos Almenara), auto que apela el auto del Juzgado de Instrucción por el que se decretaba el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, la AP estima el recurso del Ministerio Fiscal declarando que prosigan las actuaciones. En ambos casos el sujeto conducía un automóvil careciendo de permiso para hacerlo, aunque habilitado para conducir ciclomotores.

¹⁵⁵ Auto AP Granada, Penal Sec. 1ª, 10.7.2008 (Ar. JUR\2009\15939). En el mismo sentido la SAP Córdoba, Penal Sec. 3ª, 8.7.2008 (Ar. JUR\2009\67675), que señala que “no solo el espíritu, sino la propia literalidad de la norma no dejan margen interpretativo alguno”, pues la doble disyuntiva “o” (licencia o permiso de conducción) “fija con total precisión la igualmente doble determinación de tipos penales: por un lado, conducir vehículos de motor, entre los que se incluyen a las motocicletas, sin el debido permiso, y, por otro, conducir ciclomotores sin la preceptiva licencia”.

¹⁵⁶ MIRÓ LLINARES/GARCÍA MORENO, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 846.

tipicidad en los casos de conducción con licencia diferente, siempre que las capacidades que certifiquen también lo fueran en lo esencial (que lo serán en prácticamente todos los casos). Pero si queremos que el tipo se aplique lo más restrictivamente posible, tal criterio debería completarse con la posibilidad de que la prueba de que el conductor estaba capacitado para la conducción con el vehículo de que se tratase, unida a la tenencia de una licencia de conducción, eliminase la pena y supusiese la sanción únicamente por vía administrativa. Al fin y al cabo una interpretación tal tendría el mismo apoyo gramatical que aquélla otra de que por licencia se refiere a ciclomotor y por permiso se refiere a automóvil, y al fin y al cabo, se trata de dar un contenido lógico a un precepto sin olvidar que el mismo nunca debiera haber pasado del ámbito administrativo. En todo caso una mejor redacción del precepto que exigiera cierta constatación de la falta de pericia del conductor que lo hace sin permiso, habría evitado estos problemas.

Otro problema interpretativo relacionado con esta conducta en concreto es el de la consideración que merece la conducción de quien lo hace careciendo de permiso en España pero con permiso en otro país. Ya hay alguna sentencia que se ha manifestado al respecto, y no siempre en el mismo sentido. Así la primera opción interpretativa, sostenida en resolución de la Audiencia Provincial de Málaga¹⁵⁷, sería la de considerar que la conducción con permiso extranjero del residente en España no es válida por lo que “equivale a conducir sin haber obtenido permiso o licencia para ello, siendo dicha conducta constitutiva del delito contra la seguridad vial tipificado en el párrafo segundo del artículo 384 del Código Penal”. La segunda, parece que, de momento, mayoritaria, al haber sido sostenida en resoluciones de la Audiencia Provincial de Huelva¹⁵⁸, Audiencia Provincial de Barcelona¹⁵⁹, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife¹⁶⁰, y Audiencia provincial de Ourense¹⁶¹, sostiene la atipicidad de la conducción sin licencia válida en

¹⁵⁷ SAP Málaga, Penal Sec. 7ª, 5.12.2008 (Ar. JUR 2009\116858; MP: Juan Rafael Benítez Yébenes). Es cierto, sin embargo, y frente a los demás casos que dan lugar a sentencias absolutorias, que el acusado de este caso no tenía el permiso de conducir marroquí antes de obtener la residencia en España sino que obtuvo el permiso marroquí con fecha posterior a la adquisición de aquélla. Aunque ello cambie la situación administrativa para la regularización del permiso, no creemos que cambie el que tenía una licencia que le capacitaba para conducir, aunque no le habilitara para hacerlo en nuestro país.

¹⁵⁸ SAP Huelva, Penal Sec. 2ª, 30.10.2008 (Ar. JUR\2009\92069; MP: Andrés Bodega de Val).

¹⁵⁹ SAP Barcelona, Civil Sec. 4ª, 16.10.2008 (Ar. JUR\2009\36585; MP: Vicente Conca Pérez).

¹⁶⁰ Auto AP Santa Cruz de Tenerife, Penal Sec. 2ª, 28.11.2008 (Ar. JUR 2009\117648; MP: Jaime Requena Juliani) y también Auto AP Santa Cruz de Tenerife, Penal Sec. 2ª, 17.10.2008 (Ar. JUR\2009\51494; MP: Jaime Requena Juliani).

¹⁶¹ SAP Ourense, Penal Sec. 2ª, 17.10.2008 (Ar. JUR\2009\134774; MP: Ana María del Carmen Blanco Arce). Señala la resolución que tal comportamiento “se plantea con frecuencia en España como consecuencia del fenómeno de la inmigración de personas y trabajadores extranjeros que se hallan en nuestro país, que los mismos conducen con permisos que no han sido homologados o presentados al canje en la administración correspondiente, que han perdido su vigencia por el paso del tiempo y no haber sido renovados en el Estado de expedición o porque no son canjeables en España por no concurrir en ellos los requisitos exigidos por la legislación española a tal efecto. Estima esta Sala que en estos supuestos, sin perjuicio de la sanción administrativa que proceda según los casos, tal conducción amparada en esos permisos en definitiva inválidos en España, no motiva la comisión del tipo penal recogido en el art. 384 párrafo 2º del CP, porque esas personas disponen de un permiso de conducir expedido legalmente por las autoridades de otra nación y por tanto no pueden resultar incluidos en los conductores que nunca han obtenido permiso o licencia de conducción, dado que efectivamente sí los han obtenido pero no son válidos en España, posición que se sustenta en la propia redacción del citado precepto que no distingue entre permisos obtenidos en España o en el extranjero y que tengan o no validez en el momento de la conducción. Ni se conjuga, con estas concretas conductas, el verbo núcleo del tipo ni se atenta contra el

España pero con licencia de otro país y pendiente de un mero requisito administrativo de convalidación en nuestro país, bien por considerar que “esas personas disponen de un permiso de conducir expedido legalmente por las autoridades de otra nación y por tanto no pueden resultar incluidos en los conductores que nunca han obtenido permiso o licencia de conducción, dado que efectivamente sí los han obtenido pero no son válidos en España, posición que se sustenta en la propia redacción del citado precepto que no distingue entre permisos obtenidos en España o en el extranjero y que tengan o no validez en el momento de la conducción”¹⁶², o bien por entender que “una cosa es carecer de permiso de conducir y otra disponer de él (es decir, haber superado las prueba de aptitud necesarias) pero encontrarse pendiente de algún trámite administrativo.”¹⁶³, limitando así la aplicabilidad del precepto a aquellos “casos de absoluta falta de todo permiso como medio de control preventivo de la Administración sobre las facultades y pericia de quien maneja el vehículo”¹⁶⁴. Lógicamente creo que esta es la interpretación correcta ante este tipo de supuestos de hecho.

Por supuesto estamos ante un delito doloso de forma que, como ya se hacía por la jurisprudencia bajo la vigencia del antiguo delito de conducir sin permiso, procederá la absolución del sujeto en los supuestos de error sobre la obtención del permiso o sobre el hecho de la conducción.

4.2. Los límites de la interpretación y la posible atipicidad de la conducción totalmente “inocua”

Una última cuestión a plantear es el de hasta dónde podría llevarse la interpretación de un precepto penal cuya aplicación conforme a los parámetros de una interpretación “normal” conlleva su ilegitimidad. Se ha concluido en el capítulo anterior que el legislador no ha actuado, al tipificar este precepto, con respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad (concretamente dentro de él el de intervención mínima), y se ha solicitado la derogación del precepto y la despenalización de este comportamiento o su penalización de forma diferente. Pero ¿mientras el mismo está formalmente en vigor, debe seguir aplicándose aunque sancione algo que no debería estarlo por vía penal? La cuestión que estoy planteando es, pues, si se puede forzar la interpretación de un precepto, que podría ser sólo formalmente válido, para lograr su inaplicación.

Así, una opción posible para neutralizar en vía judicial un precepto que no debería haber sido incorporado al Código penal, sería la de considerar que la única interpretación que otorgara legitimidad material al precepto del art. 384 CP sería aquella que entendiera que al hacerse referencia a la conducción sin haber obtenido “nunca” permiso o licencia, se está

bien jurídico protegido por el precepto penal examinado”.

¹⁶² Argumentación sostenida por la SAP Ourense, Penal Sec. 2ª, 17.10.2008 (Ar. JUR\2009\134774).

¹⁶³ SAP Barcelona, Civil Sec. 4ª, 16.10.2008 (Ar. JUR\2009\36585). En sentido muy similar, alegando que los conductores ya habían superado unas pruebas de capacitación equivalentes -al menos legalmente- a las españolas, las dos sentencias citadas de la AP de Santa Cruz de Tenerife.

¹⁶⁴ SAP Huelva, Penal Sec.2ª, 30.10.2008 (Ar. JUR\2009\92069).

exigiendo la demostración de cierta impericia en el conductor que demostrara una peligrosidad ex ante del comportamiento de conducir sin tener las aptitudes exigidas para la conducción vial. Se trataría de, por medio de una interpretación “teleológica”, que atendiera no a los fines del legislador sino a los fines o el sentido de la ley, convertir el delito formal ante el cual estamos en un delito de peligro abstracto que dejaría impunes, por tanto, todos aquellos casos de conducción sin permiso en los que el control policial hubiera sido aleatorio, casual y no relacionado con algún incidente vial ocasionado por aquél sujeto que conducía sin licencia. Así, la hija que conduce el coche sin licencia un sábado por la tarde por un polígono industrial prácticamente abandonado al lado de su padre, y que no causa ningún accidente, podría ser absuelta del delito; así como el sujeto que ha sido privado de todos los puntos pero que es “cazado” en un control policial aleatorio; y se podría compatibilizar la vigencia del precepto con algunos de los principios básicos del Derecho penal.

No creo que una forma de proceder tal fuera una argumentación jurídica razonable. Ante la decisión del legislador de tipificar este precepto la única opción judicial existente es la de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, que es el procedimiento establecido en nuestra constitución por el cual los jueces pueden controlar las decisiones legislativas del parlamento, cuando se considere que el mismo vulnera el principio de proporcionalidad, o de aplicar el mismo siguiendo los estrictos márgenes de su dictado. En caso contrario se estaría afectando claramente a la regla de la división de poderes esencial en el Estado democrático de derecho.

Por mucho que en la actualidad, y no sólo desde la hermenéutica filosófica sino, también, desde muy diversas teorías del derecho superadoras del excesivo formalismo de algunos modelos de positivismo jurídico, se reconozca, más cerca del noble sueño de Hart que de su pesadilla, el carácter creativo y no meramente descriptivo de la interpretación jurídica¹⁶⁵, tampoco hoy se niega que tal creación opera sobre el dato normativo preexistente constituido por la ley y por su texto que marca el límite extremo de admisibilidad de las variantes de significado posibles dentro de la práctica del derecho¹⁶⁶. Ni desde posiciones hermenéuticas contextualistas¹⁶⁷ o convencionalistas¹⁶⁸ y, mucho menos, basándonos en

¹⁶⁵ VIOLA/ZACCARIA, «La libertad del intérprete. Creación y vínculo en la praxis jurídica», en ZACCARIA/MESSUTI, *Razón jurídica e interpretación*, 2004, p. 134, véase también, VIOLA/ZACCARIA, ZACCARIA/MESSUTI, *Razón jurídica e interpretación*, 2004, p. 127. Atienza lo expresa gráficamente al señalar que “se trata más bien de una creación peculiar, un desarrollo guiado –aunque no predeterminado en todos sus aspectos– por ciertos criterios (algo intermedio entre crear y aplicar) y que, en cierto modo, tiene algo de descriptivo y de prescriptivo”. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, 2006, p. 53.

¹⁶⁶ ZACCARIA, «Límites y libertad de la interpretación», *PD*, 2002, pp.217-255. Dice el autor que el tenor literal de una disposición jurídica es “el modelo que luego debe ser rellenado a partir del contexto de una situación concreta de comprensión para convertirse en regla apta para disciplinar el caso concreto”.

¹⁶⁷ Sobre la interpretación constructiva de Dworkin, véase MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, 2001, p. 55 y ss. Atienza define tal posición sobre la interpretación diciendo que consiste en “mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva”. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, p. 270.

¹⁶⁸ El caso del propio Zaccaria, conforme al cual los vínculos de la interpretación derivan únicamente de las convenciones y las reglas de uso generales en las que haya concordancia entre los componentes de la comunidad lingüística considerada. ZACCARIA, «Límites y libertad de la interpretación», *PD*, 2002. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, 2006, p. 241.

criterios intencionalistas que atiendan a una presunta “voluntad del legislador”¹⁶⁹, podemos superar el obstáculo, para una interpretación tal como la anteriormente planteada, de la ausencia en el tipo penal de cualquier referencia a la peligrosidad o la falta de pericia del sujeto. Tal exigencia, o cualquier otra que supusiera la no aplicación del tipo fuera de las que, con una idea de aplicación restrictiva, he aquí defendido, sería más bien una tipificación que una interpretación judicial y por tanto, no es defendible. De otra forma además, seguiríamos cayendo en el círculo vicioso que al principio de este trabajo se apuntaba como una de las claves de la nueva política vial, pues se reforzaría la idea de la falta de confianza del legislador en un juzgador que se arrogaría competencias que no tiene.

Esta misma idea está presente en una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona cuando señala que “reducir la intervención del derecho penal, como última «ratio», al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.”¹⁷⁰. Nada más añadiré.

Bibliografía

Peter-Alexis ALBRECHT (2000), “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.)/ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (ed. española), *La insostenible situación del Derecho penal*.

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2002), “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *DOXA*, 25/2002, pp. 139-175.

Francisco ALONSO/Jaime SANMARTÍN *et al.* (2005), *La justicia en el tráfico. Conocimiento y valoración de la población española*, Madrid.

Francisco ALONSO/Cristina ESTEBAN *et al.* (2007), *La conducta social en el tráfico. Fundamentos para la intervención*.

Manuel ATIENZA (2003), *El sentido del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona.

- (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (2005), “Sobre el Derecho penal y su racionalidad”, en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinador), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, pp. 319-340.

¹⁶⁹ MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, 2001, p. 201 y ss.

¹⁷⁰ SAP Girona, Penal Sec. 3ª, 30.10.2008 (Ar. JUR\2009\77854).

Guillermo BENLLOCH PETIT (2005), "La eficacia de las sanciones penales y administrativas en la lucha contra la siniestralidad vial", *Tráfico y seguridad vial*, nº 73, pp. 5-24.

Antonio BERISTAIN IPIÑA (1970), "El delito de peligro por conducción temeraria", *Revista de Derecho de la Circulación*.

Francisco BERNABÉU AYELA y José Eugenio MEDINA SARMIENTO (2008), *Ponencia: relación entre delincuencia vial y delincuencia común, una visión a partir de la Criminología*, presentada en VII Jornadas de Estudio "El accidente de tráfico urbano y su entorno", Elche, noviembre de 2008.

Jeremy BROUGHTON (2006), "The correlation between motoring and other types of offence", *Accident analysis and prevention*, vol. 39, nº 2, pp. 274-283.

José Ramón CASABÓ RUIZ (1975), "El delito de conducción sin habilitación legal", en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*.

Sergi CARDENAL MONTRAVETA (2008), "La protección penal de la seguridad vial en el derecho comparado", en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

José CEREZO MIR (1982), "Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico", en EL MISMO, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid.

Jaume CURBERT (2006), *La globalización de la (in)seguridad*, Madrid.

Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ (2006), *Derecho penal de la circulación: delitos de violencia vial*, Bosch, Barcelona.

- (2007), "La reforma penal en curso en materia de siniestralidad vial (comunicación)", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 114, pp. 325-358.

Bernardo DEL ROSAL BLASCO, "¿Hacia el Derecho penal de la Postmodernidad?", manuscrito, en prensa.

DGT (2006), "Cuándo serán delito", *Tráfico y Seguridad Vial*, marzo-abril, pp. 12 y ss.

- (2006), *Anuario accidentes año 2006*.

José Luis Díez RIPOLLÉS (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06-03/2004 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

- (2005), "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en Silvina BACIGALUPO SAGGESE y Manuel CANCIO MELIÁ (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*.

Eva M^a DOMÍNGUEZ IZQUIERDO (2008), "Artículo 379", en Manuel COBO DEL ROSAL, (Director), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, Tomo XI, CESEJ, Madrid, 2008, pp. 559 y ss.

Bernardo José FEIJÓO SÁNCHEZ (1997), *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, COLEX.

- (2005), "Normativización del derecho penal: ¿hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de comunicación?", en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinador), *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, p. 435 y ss.

- (2006), "Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad de riesgo": un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI", en VVAA, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, COLEX, pp. 137-176.

Gonzalo D. FERNÁNDEZ (2004), *Bien jurídico y sistema del delito: un ensayo de fundamentación dogmática*, Bdef, Montevideo/Buenos Aires.

Giovanni FIANDACA (1982), «Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*.

Juan L. FUENTES OSORIO (2005), "Los medios de comunicación y el Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7/2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>)

Ramón Miguel GARCÍA ALBERO (2007), "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", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 9(2)/2007 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

Luis GRACIA MARTÍN (2003), *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Mercedes GARCÍA ARÁN (2008), "Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático", en Francisco José MUÑOZ CONDE (Coordinador), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 85-114.

Víctor GÓMEZ MARTÍN (2004), "Libertad, seguridad y sociedad del riesgo", en Mirentxu CORCOY BIDASOLO, Víctor GÓMEZ MARTÍN y Santiago MIR PUIG (Coordinadores), *La política criminal en Europa*, Atelier, pp. 59-90.

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (2007), "La Reforma Penal de los delitos contra la seguridad vial (proyecto CP 2006) (Comunicación)", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 114, pág. 275 y ss.

Winfried HASSEMER (1989), "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", en PHILIPPS /SOLLEN (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg.

- (1993), "Crisis y características del moderno Derecho penal", *Actualidad Penal* 43/1993, pp. 635 y ss.

- (1999), *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2004), "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en Francisco José MUÑOZ CONDE (Coordinador), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 21-118.

- (2008), "Seguridad por intermedio del Derecho penal", en Francisco José MUÑOZ CONDE (Coordinador), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología, estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 25 y ss.

Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE (1991), *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: (el objeto protegido por la norma penal)*, Promociones y Publicaciones universitarias.

Juan Carlos HORTAL IBARRA (2008), "El delito de conducción temeraria (arts. 379.1 y 2 *in fine* y 380): algunas reflexiones al hilo de las últimas reformas", en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 121-156.

Günther JAKOBS (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid.

- (1997), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido de la 2ª edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), Marcial Pons, Madrid.

- (2003), «Was schützt das Strafrecht?: Rechtsgüter oder Normgeltung», en *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Seiji Saito zum 70. Geburtstag*, Tokio.

Günther KAISER (1979), *Estudios de psicología criminal: Delincuencia de tráfico y su prevención general*, Vol. XIX, Madrid.

Elena LARRAURI PIJOAN (2005), "Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión", en Silvina BACIGALUPO SAGGESE y Manuel CANCIO MELIÁ (Coordinadores), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, pp. 283-304.

- (2009), "La economía política del castigo", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-06/2009 (<http://criminet.ugr.es/recpc>).

Vicente MAGRO SERVET (2008), «La criminalización de la conducción sin permiso de conducir o retirado», *Diario La Ley*, nº 6941.

Andrei MARMOR (2001), *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.

Wolf MIDDENDORFF (1981), *Estudios de psicología criminal: Estudios sobre la delincuencia en el tráfico*, Vol. XII, Madrid.

Santiago MIR PUIG (2008), “Presentación”, en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernando MIRÓ LLINARES (2003), “Negativa al sometimiento de la prueba de alcoholemia. Posiciones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales”, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Octubre 2003, pp. 85 y ss.

- (2006), “Persona o enemigo: vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro “Derecho penal del enemigo” de Ghünter Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, Vol. 1, núm. 1, julio, pp. 133-163.

- (2008), “Artículo 383”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, Tomo XI, CESEJ, Madrid, pp. 735 y ss.

Fernando MIRÓ LLINARES/Elena GARCÍA MORENO (2008), «Artículo 384», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, Tomo XI, CESEJ, Madrid, pp. 815 y ss.

Lorenzo MORILLAS CUEVA y José María SUÁREZ LÓPEZ (2008), «Artículo 380 CP», en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, Tomo XI, CESEJ, Madrid, pp. 637 y ss.

Gemma NICOLÁS LAZO (2005), “La desembocadura en la sociedad del riesgo. Su marco teórico europeo”, en Iñaki RIVERA BEIRAS (Coordinador), *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, pp. 226 y ss.

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS (2005), *El populismo punitivo: análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)*, *Quaderns de Barcelona Ciutadania i Drets*, Ajuntament de Barcelona, Barcelona.

OBSERVATORIO NACIONAL DE SEGURIDAD VIAL (2006), *Opiniones sobre seguridad vial de los ciudadanos españoles*, DGT.

Enrique PEÑARANDA RAMOS (2005), “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, en Carlos

GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinador), *Teoría de sistemas y derecho pena: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, pp. 223-256.

Ana Isabel PÉREZ CEPEDA (2007), *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Iustel.

- (2008), "De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del Derecho penal", en Francisco José MUÑOZ CONDE (Coordinador), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 163-200.

Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, "Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal: ¿es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?", en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coordinador), *Teoría de sistemas y derecho pena: fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, pp. 257 y ss.

Helena María PRIETO GONZÁLEZ, "El delito de conducción sin permiso en la reforma de los delitos contra la "seguridad vial"", en Santiago MIR PUIG y Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), Sergi CARDENAL MONTRAVETA (Coordinador), *Seguridad vial y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 251-282.

Cornelius PRITTWITZ (1993), *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Vittorio Klostermann, Frankfurt.

- (2003), "Sociedad del riesgo y Derecho penal", en Luis Alberto ARROYO ZAPATERO/Ulfried NEUMANN/Adán NIETO MARTÍN (Coordinadores), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha.

Antonio ROBLEDO VILLAR (2008), "Los delitos contra la seguridad vial: innovaciones introducidas por LO 15/2007, de 30 de noviembre por la que se modifica el Código penal en materia de seguridad vial (BOE núm. 288, de 1 de diciembre)", *Diario La Ley*, nº 6877.

Bernd SCHÜNEMANN (1996), "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana" (traducido por CANCIO MELIÁ), *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1/1996, pp. 187-218.

- (2002), "Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?", en DEL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J. M. Bosch, Barcelona.

- (1999), "Reflexiones sobre las bases de la Política criminal", en José CEREZO MIR/Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES/Antonio BERISTAIN IPIÑA/Carlos María ROMEO CASANOBA (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, Comares, pp. 209 y ss.

- (2001), *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

Susana SOTO NAVARRO (2003), *La protección penal de los bienes colectivos de la sociedad moderna*, Comares.

- (2005), "La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7/2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-09.pdf>).

Bartolomé VARGAS CABRERA (2007), "El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 CP", *Estudios de Derecho Judicial*, 114/2007, pp. 6-7.

Daniel VARONA GÓMEZ (2009), "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España.", *InDret* nº 1, (www.indret.com)

VILLANUEVA y SANTANA (1966), "Resumen de la jurisprudencia sobre el delito de conducir sin permiso", en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, nº 714.

Francesco VIOLA/Giuseppe ZACCARIA (2004), "La libertad del intérprete. Creación y vínculo en la praxis jurídica", en Giuseppe ZACCARIA/Ana MESSUTI, *Razón jurídica e interpretación*, Civitas, Madrid.

Tomás Salvador VIVES ANTÓN (2005), «Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico protegido», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, nº 16, pp. 7-27.

Bottke WILFRIED (1997), "La actual discusión sobre las finalidades de la pena" (traducido por Guillem BENLLOCH PETIT), en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J.M Bosch Editor, pp. 41-72.

Giuseppe ZACCARIA (2002) "Límites y libertad de la interpretación", *Persona y Derecho* 47/2002, pp. 217-255.

Tabla de jurisprudencia citada

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 30.10.1981	RJ\1981\3929	Manuel García Miguel
SAP Toledo, 2ª, 18.10.1997	ARP\1997\246;	Juan Manuel de la Cruz Mora
STS, 1.4.2002	RJ\2002\6758	José Jiménez Villarejo
SAP Sevilla, 7ª, 14.9.2006	ARP\2006\514	Antonio Gil Merino
SAP Córdoba, 3ª, 8.7.2008	JUR\2009\67675	Francisco de Paula Sánchez Zamorano
Auto AP Granada, 1ª, 10.7.2008	JUR\2009\15939;	Pedro Ramos Almenara
SAP Valencia, 1ª, 16.7.2008	JUR\2008\307761	Jesús María Huerta Garicano
SAP Las Palmas, 1ª, 29.8.2008	JUR\2009\29525	Ricardo Moyano García
SAP León, 3ª, 1.9.2008	JUR\2008\352751	Luis Adolfo Mallo Mallo

SAP Pontevedra, 5ª, 16.9.2008	JUR\2009\81840	Victoria Eugenia Fariña Conde
Auto AP Granada, 1ª, 23.9.2008	JUR\2009\53968	Pedro Ramos Almenara
SAP Girona, 3ª, 6.10.2008	JUR\2009\38645	José Antonio Soria Casao
Auto AP León, 2ª, 7.10.2008	JUR\2009\93313	Manuel Ángel Peñín del Palacio
Auto AP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 17.10.2008	JUR\2009\51494	Jaime Requena Juliani
SAP Madrid, 1ª, 9.10.2008	JUR\2009\26939	Luis Carlos Pelluz Robles
SAP Cantabria, 1ª, 15.10.2008	JUR\2009\92694	María Rivas Díaz de Antoñana
SAP Barcelona, 4ª, 16.10.2008	JUR\2009\36585	Vicente Conca Pérez
SAP Ourense, 2ª, 17.10.2008	JUR\2009\134774	Ana María del Carmen Blanco Arce
SAP Girona, 3ª, 30.10.2008	JUR\2009\77854	José Antonio Soria Casao
SAP Huelva, 2ª, 30.10.2008	JUR\2009\92069	Andrés Bodega de Val
SAP Córdoba, 2ª, 5.11.2008	JUR\2009\62940	José Antonio Carnerero Parra
SAP Madrid, 3ª, 5.11.2008	JUR\2009\76747	Ana María Pérez Marugán
SAP Girona, 3ª, 6.11.2008	JUR\2009\76330	Manuel María Jaén Vallejo
SAP Tarragona, 2ª, 6.11.2008	JUR\2009\80330	Macarena Mira Picó
SAP Madrid, 1ª, 13.11.2008	JUR\2009\74959	Mª Cruz Álvaro López
SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 14.11.2008	JUR\2009\118933	Joaquín Luis Astor Landete
SAP Córdoba, 2ª, 19.11.2008	JUR\2009\60822	Antonio Puebla Povedano
Auto AP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 28.11.2008	JUR\2009\117648	Jaime Requena Juliani
SAP Badajoz, 3ª, 3.12.2008	JUR\2009\89363	Juana Calderón Martín
SAP Málaga, 7ª, 5.12.2008	JUR\2009\116858	Juan Rafael Benítez Yébenes
SAP Asturias, 2ª, 18.12.2008	JUR\2009\89301	Antonio Lanzos Robles
SAP Tarragona, 2ª, 18.12.2008	JUR\2009\143784	José Pedro Vázquez Rodríguez
SAP Santa Cruz de Tenerife, 2ª, 28.1.2009	JUR\2009\156563	Francisco Javier Mulero Flores
Sentencia Juzgado Penal nº2 de Pamplona 3.2.2009	JUR\2009\68698	María del Carmen González-Echegaray de Yarto