

EL DELITO DE PELIGRO POR CONDUCCION TEMERARIA (*)

NOTAS AL ARTICULO 340 BIS *a* (n.º 2)

SUMARIO

1. *Importancia práctica y teórica.*
2. *Problemas sistemáticos.*
3. *Tres elementos típicos.*
 - A) Elemento objetivo.
Vehículos de motor.
Temeridad.
 - B) Elemento subjetivo.
 - C) Elementos normativos.
Concepto dogmático del peligro.
Clases de peligro.
Doctrina jurisprudencial.
Modificaciones en el texto de 1967.
Contenido del peligro concreto.
4. *Culpabilidad.*
 - Dolo de peligro.
Doctrina.
Legislación.
5. *Concurso de delitos.*
6. *Penalidad. Innovaciones.*
7. *Conclusiones.*

(*) En el tercer ejercicio, en la llamada «lección magistral», del concurso-oposición a Profesor Agregado, durante el curso 1968-1969, desarrollé el tema correspondiente, siguiendo las líneas expuestas a lo largo de estas páginas que publicó la *Revista de Derecho de la Circulación*, año VII, núm. 6 (noviembre-diciembre, 1970), págs. 527-567; y también, en Santiago de Chile, la *Revista de Ciencias Penales*, t. XXIX, núm. 2 (mayo-agosto, 1970), págs. 115-156.

1. Importancia práctica y teórica

En la sociedad moderna no basta el Derecho penal de ayer. Se necesita abrir nuevos caminos, aunque sean difíciles. Pocos temas tan nuevos, tan importantes y tan confusos en el Derecho penal actual como el tema del delito de peligro concreto por conducción temeraria tipificado en el número 2 del artículo 340 bis, *a*, según el cual «será castigado con las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años: ... 2.º, el que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes.

La pena de la privación del permiso de conducción se impondrá con carácter definitivo cuando el culpable hubiere sido condenado dos veces a privación temporal del mismo, por delito previsto en este artículo, en el párrafo 1.º del 565, o por ambos.

Cuando de los actos sancionados en este artículo (o en el siguiente) resultare además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada».

El artículo 340 bis, *a*, entra en el Código penal el 8 de abril de 1967. Sus antecedentes directos más remotos, en la legislación penal, aparecen en la ley de 9 de mayo de 1950, y en la ley de 24 de diciembre de 1962. Los precedentes del Código de 1928 son indirectos. Su novedad en España resulta, pues, evidente. Fuera de España, la Convención europea para la represión de las infracciones de tráfico en su lista básica de delitos (del año 1964) no incluye todavía la figura típica objeto de estas páginas (1). Gran Bretaña es la primera nación que incrimina la conducción temeraria de un vehículo por razón del peligro producido, sin necesidad de que resulte lesión o daño; la Road Traffic Act 1930, en su sección 11, tipifica la «careless driving dangerous driving»; posteriormente, las siguientes

(1) European Convention on the Punishment of road traffic offences. European Treaty Series, núm. 52, anejo I. Common schedule of road traffic offences (1964).

Road Traffic Act 1960 (sección 2), 1967 (sección 2) mantienen y modernizan esta figura. De modo semejante se castiga en Estados Unidos la «reckless driving» que produce un peligro: «Any person who drives any vehicle in willfull or wanton disregard for the safety of persons or property is guilty of reckless driving», como indica E. C. FISHER (2). Pero todavía son pocos los Códigos penales que, como el alemán, § 315 c, y el español, incriminan esta conducta.

Con más frecuencia, esta conducta se puede o debe considerar incluida en alguna de las figuras generales de delitos de peligro general contra las personas o más concretamente contra la seguridad de los medios de transporte o comunicaciones públicas; así, en los Códigos penales de Alemania Oriental, capítulo 7, sección III (Código penal de 12 de enero de 1968); Brasil, artículo 262; Bulgaria, artículos 334 y sigs. (Código penal de 16 de noviembre de 1968); Grecia, artículo 290; Hungría, artículo 192; Italia, artículo 432; Uruguay, artículo 216; República Árabe Unida, artículo 167; Suecia, capítulo 3, sección 9, capítulo 13; Suiza, artículo 237; Venezuela, artículos 357 y sigs.; Yugoslavia, artículo 268; Model Penal Code, sección 211.2. La exposición comparativa de Janko TAHOVIC acerca de las legislaciones, en la «Revue Intern. Droit pénal», 1969, núms. 1-2, págs. 271 y sigs., en la parte que aquí interesa resulta incompleta, inexacta y anticuada.

La importancia práctica de este delito no necesita amplio comentario. Basta ojear las estadísticas oficiales y los datos privados de las compañías de seguros para comprobar que la mayoría de los accidentes de tráfico provienen de una conducción conscientemente peligrosa. El libro de WILLER, *Criminal on the Road*, reflexionando sobre las modernas investigaciones criminológicas y sobre 653 casos concretos, encuentra un denominador común en los delincuentes de tráfico: su tendencia a ponerse, y poner a los demás, en peligro. En sentido parecido se expresan, entre otros, BOCKELMANN, PINATEL, RENZO CANESTRARI, KAISER, MEYER y JACOBI (3). Téngase presente que el porcentaje de delincuentes comunes entre los delincuentes de tráfico es mayor de lo que hasta ahora indicaban los criminólogos, según concluye MIDDENDORFF, en su estudio *Untersuchungen zur Persönlichkeit des Verkerhrstäters* (4).

(2) E. C. FISHER, *Vehicle Traffic Law* (London, 1965), pág. 323.

(3) T. C. WILLER, *Criminal on the Road* (London 1964, Tavistock), pág. 24 y siguiente. GÜNTHER KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention* (Tübingen, 1970, Mohr), págs. 220 y sigs. (con aportaciones criminológicas de notable valor).

(4) MIDDENDORFF, *Kriminologie u. Täterpersönlichkeit. Untersuchungen zur Persönlichkeit des Verkerhrstäters* (Freiburg/Br., 1969, Bund gegen Alkohol im Strassenverkehr), págs. 18 y sigs.; Idem, *Niemand sagte "nein" und fünf Menschen starben*, en *Kriminalistik* (junio, 1970), págs. 302 y sigs., esp. 305. Idem, *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. de RODRÍGUEZ DEVESA (Madrid, 1970, Espasa-Calpe), págs. 131 y sig.

Respecto a la importancia teórica, indica acertadamente DELITALA (5) que aquí existe abundante problemática y gran incertidumbre; esta figura delictiva incide en varios problemas centrales (6) del Derecho penal, y obliga a repensar algunos sillares de la dogmática tradicional y de sus relaciones con otras ciencias. El artículo 340 bis, *a*, cambia en gran parte la técnica básica en los delitos de tráfico. Según el Derecho penal tradicional, en las infracciones de tráfico la existencia y la cuantía de la pena depende del resultado lesivo externo; de modo que dos comportamientos igualmente reprochables y peligrosos reciben sanciones muy distintas si la casualidad, tan frecuente en la carretera, hace que sus resultados sean homicidio en un caso, y leves lesiones en otro. La nueva figura delictiva pretende y logra disminuir la importancia de la casualidad, y también pretende, según algunos, adelantar la fuerza preventiva de la incriminación; para ello coloca en la base del sistema el peligro, no la lesión externa. JESCHECK y otros autores, atisbando el futuro de la doctrina penal, califican los delitos de peligro concreto como uno de los puntos claves y más necesarios de estudio para la dogmática penal de mañana (7).

Algunos consideran el número 2 del artículo 340 bis, *a*, poco importante, porque les parece pequeña su pena: multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años, o con carácter definitivo. Ciertamente esta pena no puede compararse con la reclusión mayor, pero, a veces, resulta una pena muy seria, sobre todo para los conductores de profesión. Téngase presente que la privación del carnet no admite ni remisión condicional, ni libertad condicional, ni sustitución alguna.

(5) DELITALA, *Rapport general en el X Congreso Internacional de Derecho penal*, en *Rev. Intern. Droit Pénal* (1969, núm. 1-2), págs. 285 y sigs.

(6) Baste, como ejemplo, la referencia a la problemática diferenciación entre Derecho penal y Derecho administrativo, al concepto de omisión, al concepto de antijuridicidad como desvalor de la acción o desvalor del resultado. Cfr. KRÜMPPELMANN, *Die Bagatelldelikte* (Berlín, 1966, Duncker Humblot), págs. 66 y sigs. y 172 y sigs. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal* (Madrid, 1966, Tecnos), págs. 153 y sig., 169 y sigs. y 430 y sig. LACKNER, *Der Alternativentwurf und die praktische Strafrechtspflege*, en *Juristenzeitung* (1967), página 516. D. SEIDEL, *Risiko in Produktion u. Forschung als gesellschaftliches u. strafrechtliches Problem* (Berlín, 1968, Staatsverlag). BAUMANN, *Die angemessene strafrechtliche Ahndung von Verkehrsdelikten nach geltendem und künftigem Recht*, en *Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform* (Beilfeld, 1969), págs. 187 y sigs. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil* (Berlín, 1969, Duncker u. Humblot), págs. 35 y sigs., 163 y sigs., 382 y sigs. Idem, *Intervención en el coloquio sobre el problema de los delitos de imprudencia*, en *Rev. Sc. Crim.* (1962), páginas 273 y sig. E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht, Allg. Teil* (Tübingen, 1970, Mohr), páginas 169 y sigs., 196 y sigs. y 206 y sigs., con selecta bibliografía. PERKINS, *On Criminal Law*, 2.^a ed. (Mineola, New York, 1959, The Foundation Press), páginas 784 y sigs. KAISER, *Vehrkehrsdelinquenz...*, págs. 10 y sigs., 77 y sigs.

(7) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil* (Berlín, 1969, Duncker u. Humblot), pág. 148. Sobre su importancia en la calificación de los secuestros de aeronaves, cfr. J. W. F. SUNDBERG, *La piraterie aérienne*, en *Rev. Int. Droit Pénal* (1970, núms. 1 et 2), pág. 172.

A pesar de tanta importancia, escasea —especialmente en España— la bibliografía sobre el tema; la modernidad de la figura explica en parte esta deficiencia. Todavía hoy sigue siendo fundamental lo escrito sobre los delitos de peligro, en Alemania, por STÜBEL y BINDING (8); posteriormente varios autores tratan en trabajos monográficos los principales problemas de este tema, así DREHER, GEERDS, LACKNER y SCHRÖDER (9). Para entender las consideraciones tradicionales (de STÜBEL, BINDING y sus contemporáneos) acerca del peligro, hay que tener presentes sus peculiaridades histórico-sistemáticas (especialmente respecto al «Polizeistrafrecht», y a los «Politischen Verbrechen»), acerca de las cuales han investigado recientemente MOOS y MATTES (10). En Inglaterra y Estados Unidos pueden verse referencias interesantes en WILKINSON, ELLIOT y STREET, SMITH y HOGAN (11), National Committee on Uniform Traffic Laws and Ordinances, ANDERSON, BASSIOUNI, BINA VINCE y FISHER (12). En Italia, Francia, Austria y Grecia se ha estudiado poco el problema (13). En el campo del

(8) STÜBEL, *Über gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen, Zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen zur gesetzlichen Bestimmung über die Bestrafung der ersteren*, en *Neues Archiv des Kriminalrechts*, t. VIII (1826), págs. 236-323. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 2.^a ed. (1890), sec. 3, cap. 4, t. IV (1919), págs. 374 y sigs.

(9) DREHER, *Gemeingefährliche Handlungen*, en *Niederschriften*, t. VIII (1959), páginas 417 y sigs. GEERDS, *Konkurrenzprobleme der neun Strafvorschriften zum Schutze des Verkehrs...*, en *Blutalcohol*, III (1965-1966), págs. 124-140. HARTUNG, *Gemeingefahr!*, en *NJW* (1960), págs. 1417 y sigs. LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht* (Berlín, 1967, Gruyter). SCHRÖDER, *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*, en *Juristenzeitung* (1967), págs. 522 y sigs.

(10) R. MOOS, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert* (Bonn, 1968, Röhrscheid), págs. 176 y sig., 180 y sig. y 253 y sigs. H. MATTES, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten* (de próxima aparición), especialmente el cap. II, 1, *Die Lehre vom Polizeistrafrecht*.

(11) WILKINSON, *Road Traffic Offences*, 5.^a ed. (London, 1965, Oyez), páginas 128 y sigs. ELLIOT y STREET, *Road Accidents* (London, 1968, Penguin), páginas 21 y sigs. SMITH y HOGAN, *Criminal Law*, 2.^a ed. (London, 1969, Butterworths), págs. 332 y sigs.

(12) National Committee on Uniform Traffic Laws and Ordinances, *Uniform Vehicles Code: Rules of the Road with Statutory Annotations* (Charlottesville, Virginia, 1968, The Michie Co.). ANDERSON, *Wharton's Criminal Law and Procedure*, vol. III (Rochester, New York, 1957, Lawyers Cooperative), págs. 179 y siguientes, § 1.002. M. CHERIF BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes* (Springfield, Illinois, 1969, Charles C. Thomas), págs. 9 y sig. y 211 y sigs. E. S. BINA VINCE, *Crimes of Danger*, en *Wayne Law Review* (1969, núm. 2), páginas 683 y sigs. E. C. FISHER, *Vehicle Traffic Law* (Evanston, Illinois, 1961, Northwestern University), págs. 323 y sigs.

(13) En Italia hay estudios muy importantes sobre los delitos de peligro en general: CARRARA, *Programma...*, vol. I, §§ 96, 97 y 1.051. Idem, *Danno potenziale* (1881). Rocco, *L'oggetto del reato*, en *Opere Giuridiche*, vol. I (Roma, 1932, Foro italiano), págs. 151 y sigs. y 285 y sigs. VANNINI, *Reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto*, en *Riv. Dir. e Proc. Penale* (1918), págs. 343-347, más importante que esta breve nota a propósito del delito de incendio, es su artículo sobre *La dottrina del dolo ed i reati di pericolo*, en *Riv. Dir. Proc. Penale* (1917), págs. 385 y sigs., especialmente págs. 398 y sigs., cfr. también su *Manuale* (1954), págs. 149 y sigs. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato* (Bérgamo, 1930).

Derecho Internacional Comparado puede citarse —y parcialmente recomendarse—, la obra de SIMSON Y GEERDS (14). Recientemente ofrecen consideraciones importantes algunas comunicaciones al X Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Roma, septiembre-octubre de 1969), especialmente las de CÓRDOBA RODA, SCHRÖDER, VERSELE, PINTER Y VISKY y NOVOA MONREAL (15). De los españoles merecen citarse especialmente, como se verá a lo largo de estas páginas, los estudios de JIMÉNEZ DE ASÚA, QUINTANO, RODRÍGUEZ DEVESA, DEL ROSAL, CONDEPUMPIDO y RUIZ VADILLO.

Leyendo éstas y otras publicaciones se comprende que en la exposición de este delito merecen estudiarse detenidamente, después de las cuestiones sistemáticas, los elementos típicos —la conducción, la temeridad manifiesta y el peligro (su concepto dogmático y sus clases)—; a continuación merece un detenido examen la culpabilidad, concretamente el dolo de peligro, y el concurso; por fin, a la luz de la nueva legislación y de la actual doctrina jurisprudencial, conviene destacar las innovaciones en el terreno de la penalidad. A modo de apéndice se formularán algunas conclusiones elementales.

Idem, *L'azione e l'evento nel reato* (Milano, 1928, Ist. Edit. Scientifico). Idem, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5.^a ed. (1963), págs. 165 y sigs. *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica* (Padova, 1940, Cedam), páginas 4 y sigs. Idem, *Principi di Diritto penale*, vol. I. nuova ed. (Napoli, 1965, Jovene), págs. 282 y sigs. CECHI, *Teoria dell'evento nel reato* (Milano, 1937). BETTIOL, *Diritto penale*, 7.^a ed. (Padova, 1969), págs. 274 y sigs. Pero en Italia se ha estudiado poco la figura concreta de delito de peligro por conducción temeraria. En Francia no lo tratan ni VOUIN, *Droit pénal spécial*, 2.^a ed., t. 1 (París, 1968, Dalloz), ni L. LAMBERT, *Traité de D. pénal spécial* (París, 1968, Ed. Police), otros autores hacen algunas referencias; cfr. KEYNES, *Le résultat pénal*, en *Rev. Scienc. Crim.* (1968), págs. 781 y sigs. MERLE-VITU, *Traité de D. criminel* (1967), págs. 337 y sigs. A. CHAVANNE, *Rapport*, en *Rev. Int. Droit pénal* (1969, número 1-2), págs. 125 y sigs. STEFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 4.^a ed. (París, 1969, Dalloz), págs. 168 y sigs. ROKOFYLLOS, *Le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence* (París, 1967, Libr. gén. D. Jurispr.), página 119, con bibliografía; de especial interés las observaciones de PINATEL, *La Criminologie devant la criminalité routière d'imprudence*, en *RSC* (1969), páginas 699 y sigs. En Austria destaca el estudio de W. LOTHEISSEN, *Die Problematik der strafrechtlichen Repression bei Verkehrsunfällen*, en *Zeits. für Verkehrsrecht* (junio, 1970), págs. 1 y sigs. (febrero, 1970), págs. 30 y sig. En Grecia, el libro de Ana BENKIS, *E poinike eyzene ek ton kyklozoriakon para vaseon* (Atenas, Tesalónica, 1965), especialmente págs. 50 y sigs.

(14) SIMSON y GEERDS, *Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit*, en *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht* (München, 1969, Bec), págs. 204 y sigs. Respecto a la problemática de la parte general, en Derecho penal internacional, cfr. JACQUEMIN, *Les infractions de mise en danger en droit pénal international*, en *Revue Droit Pen. Crim.* (junio-julio, 1968-1969), págs. 937 y sigs. Idem, en "Recueil de Droit pénal", núm. 170 (abril-septiembre, 1969), págs. 196 y sigs.

(15) Cfr. *Revue Internationale de Droit Pénal* (1969, núms. 1-2). VISKI ha publicado, ampliada, la parte de su colaboración con PINTER, bajo el título *Rechtswidrigkeit bei Gefährdungsdelikten*, en *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae*, t. X (3-4) (1968), págs. 275-299.

2. Problemas sistemáticos

Los problemas sistemáticos deben estudiarse inicialmente, entre otras razones, porque el sistema que adopte el legislador respecto a esta figura delictiva —como delito contra las personas o contra la propiedad, o como delito contra la colectividad— puede influir para la solución de algunas interrogaciones posteriores; por ejemplo, en cuanto a la autonomía o subordinación de este delito, en cuanto a la delimitación del bien jurídico, y en cuanto al concurso.

La Ley de 8 de abril de 1967 incorpora al Código penal, con algunas modificaciones, las figuras delictivas antes contenidas en la Ley especial sobre uso y circulación de vehículos de motor, de 24 de diciembre de 1962; pero no las coloca en un capítulo del Código penal, sino intercaladas con otras figuras similares en diversos capítulos. Concretamente, el delito tipificado en el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 1962, se encuentra ahora, algo retocado, en el libro 2.º, título 5.º, capítulo 2.º —«De los delitos de riesgo general»—, sección 1.ª: «Delitos contra la seguridad del tráfico».

El sistema adoptado por el legislador no satisface a muchos penalistas (16). Unos prefieren el sistema anterior de especialidad, y critican al legislador por no argumentar la inclusión de estas figuras dentro del libro II del Código penal, en los términos que debiera de orden político-criminal y técnico-dogmático (17); otros prefieren el sistema del Proyecto de 1966, que incluía este delito en el título XII («Delitos contra la libertad y seguridad»), en un nuevo capítulo 8.º, con la rúbrica «Delitos contra la seguridad del tráfico»). RODRÍGUEZ DEVESA (18) expone tres razones en pro de esta sistemática:

- 1.ª La amplitud del concepto de seguridad,
- 2.ª este delito empareja mal con la profanación de cadáveres,
- 3.ª si el peligro llamado general puede constituir el motivo del legislador, técnicamente carece de trascendencia, puesto que los tipos han de configurarse como delitos de lesión o de peligro concreto.

Otros autores y otras legislaciones (por ejemplo, el proyecto de PECCO, el Código brasileño, varios Códigos nuevos de las repúblicas del Este europeo) colocan este delito dentro de un título dedicado a todos y a sólo los delitos de peligro.

(16) ABELLA y RUIZ VADILLO, *El nuevo proceso penal. La reforma de la Ley del automóvil del Código penal y la de la Ley de Enjuiciamiento criminal* (Madrid, 1967), pág. 52.

(17) Juan DEL ROSAL, *Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación* (Ley de 8 de abril de 1967), en *Anuario de Derecho Penal* (1968), págs. 5 y sigs. Idem, en *Revista de Ciencias Penales* (Chile, 1968), páginas 3 y sigs. Idem, en *RDPC* (Bruselas, 1967-1968), págs. 917-953.

(18) José M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), pág. 881.

La coordinación de estas divergencias, al menos de varias de ellas, puede lograrse si se aclaran y admiten algunos conceptos básicos, por ejemplo, si se admite como peligro general, a la luz de lo expuesto por FINGER, HARTUNG, GEERDS y WELZEL, el peligro que se refiere al público sin determinar personas singulares, el que se opone a peligro particular (no el que se contrapone a peligro concreto), si se admite que el peligro concreto puede ser peligro concreto general o peligro concreto particular, si se admite que esta figura del número 2 del artículo 340 bis, *a*, es una infracción contra la colectividad, más que una infracción contra las personas o la propiedad, si se admite que los delitos de peligro ofrecen una unidad, pero no la más apropiada —según los criterios sistemáticos del Código penal español— para decidir la colocación sistemática de esta figura en el conjunto del texto legal.

Teniendo en cuenta estas indicaciones respecto a los problemas sistemáticos, deben admitirse como ciertas y básicas, al menos, tres afirmaciones:

1.^a La rúbrica concreta, según la idea de concreción de ENGISCH, HENKEL y otros, de este capítulo debe ser «Delitos de riesgo general», y no «Delitos de riesgo en general», aunque aparece así en el «Boletín Oficial del Estado» de 11 de abril de 1967. Si se trata de una errata, debe corregirse oficialmente. Teniendo en cuenta la formulación del título que habla de «delitos de riesgo general» y teniendo en cuenta algunas sentencias del Tribunal Supremo que consideran estos delitos como de peligro general (por ejemplo, sentencia de 29 de noviembre de 1960, Aranz. 3.683), y teniendo en cuenta lo que se dice en estas páginas, debe considerarse errónea la fórmula del «Boletín Oficial del Estado» y de algunas ediciones del Código penal.

2.^a El delito de peligro por conducción temeraria del número 2 del artículo 340 bis, *a*, debe estudiarse entre los delitos contra la colectividad.

3.^a El delito de peligro concreto por conducción temeraria debe colocarse bajo rúbrica distinta que la imprudencia punible y que el delito doloso de resultado lesivo, entre otras razones, porque su estructura difiere de estos delitos, como detallaremos en seguida.

Además, el capítulo que recoja esta figura debe incluirse en un título que congregue los «Delitos contra la seguridad colectiva».

3. Tres elementos típicos

El tipo legal descrito en el número segundo del artículo 340 bis, *a*, —«El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus

bienes»— consta, en nuestra opinión, de tres elementos: un elemento objetivo, un elemento subjetivo y un elemento normativo.

A) ELEMENTO OBJETIVO

Como elemento objetivo se considera el conducir un vehículo de motor con temeridad. La jurisprudencia y la doctrina discrepan grandemente al comentar este elemento fundamental del tipo.

No está todavía suficientemente aclarado el significado y el contenido del verbo *condujere*, en el artículo 340 bis, *a*. Omito ahora las discusiones a este respecto: puede discutirse, por ejemplo, si en este artículo se incluye la acción del conductor que estaciona su automóvil en una fuerte pendiente sin adoptar aquellas elementales precauciones que exige la prudencia, y el vehículo se desliza peligrosamente hacia una plaza donde juegan unos niños, a los que por circunstancias de verdadera excepción no atropella (19); puede discutirse también si en este artículo de incluye la acción del compañero del chófer que le ayuda en ciertas maniobras difíciles con algunas indicaciones respecto a los movimientos que puede y debe realizar, o colaborando en su realización. Insinúo nada más la problemática acerca de qué debe entenderse por vehículo de motor.

Vehículos de motor

El Código de la circulación no contiene una definición de vehículo de motor, aunque el Convenio de Ginebra, de 19 de septiembre de 1949 (al que se adhirió España el 13 de febrero de 1958, y que surtió efectos a partir del 13 de mayo de 1959), en su artículo 4.º, párrafo 6.º, define la expresión «vehículo automotor». El Código de la circulación, en su artículo 4.º, apartado A, entiende por vehículo, en general, todo artefacto o aparato capaz de circular por las vías públicas. En el apartado G, del mismo artículo 4.º, define el automóvil: todo vehículo dotado de medios de propulsión mecánica propios e independientes del exterior que circula sin carriles. Se excluyen de esta designación los ciclomotores.

Según algunos (20), automóvil equivale a vehículo de motor. El Código

(19) Problema acertadamente propuesto y resuelto por RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Rev. D. Circ.* (1965), pág. 251.

(20) ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Estudios penales*, homenaje al P. PEREDA (Bilbao, 1965), pág. 782. CUELLO CALÓN, *Ley penal del automóvil* (Barcelona, 1950). ABELLA, *Ley del automóvil* (Madrid, 1963). PERA VERDAGUER, *Ley del automóvil* (Barcelona, 1963). RUIZ VADILLO, *La graduación judicial de la pena en la nueva Ley del automóvil*, en *V Curso Interna. D. Circ.* (1963), págs. 529 y sigs. RUIZ VADILLO y ABELLA, *El nuevo proceso penal. La reforma de la Ley del automóvil, del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal* (Madrid, 1967). Estos autores hablan en sus publicaciones de la "Ley del automóvil" refiriéndose a la Ley de uso y circulación de los vehículos de motor.

penal, en su artículo 279 bis, da pie a esta opinión, al hablar de vehículo automóvil en lugar de vehículo de motor; pero en el artículo 506 —circunstancia tercera— distingue claramente el automóvil y el vehículo.

En sentido legal, vehículos de motor son también, como indica RODRÍGUEZ DEVESA, los aviones mientras circulan por tierra, si las pistas del aeropuerto son vías públicas (21). Ciertamente no son vehículos de motor los tranvías, ni los autobuses ferroviarios. Problemática es la situación de los trolebuses y de los ciclomotores. En el V Curso Internacional de Derecho de la Circulación, celebrado en Madrid el año 1963, varios especialistas (22) trataron estos problemas detenidamente; sus estudios tienen todavía hoy gran valor, pero no total, pues el legislador ha introducido notables modificaciones en este punto: cfr. Decreto de 20 de mayo de 1965 —Aranz. 995—, decreto de 26 de diciembre de 1968 —Aranz. 71—. A partir del decreto de 1968 —art. 262, IV, del Código de la circulación—, el conductor de un trolebús debe poseer carnet de conducir. He aquí una razón más para considerar los trolebuses dentro del artículo 360 bis, *a*, aunque el Código de la circulación y el Convenio de Ginebra no los incluyen en sus definiciones de vehículo de motor y vehículo automotor. En sentido comprensivo se han manifestado ya hace años algunas sentencias del Tribunal Supremo (sentencia de 29 de noviembre de 1960, Aranz. 3.683).

A pesar de la tesis contraria de algunos, como QUINTANO (23), considero oportuno que el Código penal no restrinja el significado de vehículos de motor a sólo los automóviles. Considero también oportuno corregir en este sentido la formulación del artículo 279 bis. Conviene que el Código penal mantenga la expresión genérica y omnicomprendensiva de vehículo de motor, como lo hace, por ejemplo, la actual ley inglesa del tráfico (24). Si el legislador modifica esta expresión debe hacerlo para ampliar su campo de aplicación; deberá usar, por ejemplo, la expresión genérica de «vehículo» —a imitación del Código penal alemán— o de «vehículo que

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed. (1966), página 1098. En sentido contrario, LOSTAU FERRÁN, *La culpa penal en la navegación aérea* (Madrid, 1953), pág. 26. QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. IV, pág. 498. Si se hubiera tenido en cuenta la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA hubiera cambiado mucho el planteamiento y la solución del secuestro frustrado de un avión en el aeropuerto de Zaragoza (enero, 1970). La orden de obstaculizar su despegue hubiera sido antijurídica.

(22) F. ALAMILLO, *El ciclomotor, o bicicleta con motor, en la legislación española*, en *V Curso Internacional de Derecho de Circulación* (1963), págs. 319 y sigs. C. CAMARGO, *El ciclomotor desde el punto de vista jurídico-penal*, ibídem, páginas 149 y sigs. DÍAZ PALOS, *Licencia de conducir y delito de conducción penal*, ibídem, págs. 371 y sigs.

(23) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, tomo IV (Madrid, 1967, *Rev. de Derecho Privado*), págs. 494 y sigs.

(24) The Road Traffic Act, 1969, The Road Traffic Act, 1962, The Road Safety Act, 1967, The Transport Act, 1968, se refieren a Motor Vehicles. Cfr. WILKINSON, *Road Traffic Offences* (London, 1965), 1, Supplement (London, 1967, Oyez), 3: "Mechanically propelled vehicle."

exija permiso de conducción. Conviene tener presentes en este problema el Reglamento del Seguro Obligatorio y el Convenio de Ginebra (25 y 25 bis).

Temeridad

Más interés y dificultad ofrece la interpretación de la fórmula «con temeridad», tal y como aparece en este artículo 340 bis, *a*.

Hasta 1962 la legislación, la jurisprudencia y la doctrina empleaban la palabra temeridad como equivalente a imprudencia o culpa, que es también uno de los significados admitidos por el diccionario de la Real Academia. Además, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han considerado, generalmente, los delitos de tráfico como delitos culposos. Siguiendo esta corriente tradicional, muchos autores y la jurisprudencia entienden la expresión «con temeridad» (en el art. 2.º, párrafo 1.º de la Ley de 1962, y en el artículo 340 bis, *a*, del Código penal), como elemento subjetivo equivalente a imprudencia o culpa.

De acuerdo con la tradición, los comentaristas de la Ley de 1962 aplicaron a la palabra temeridad (del párrafo 1.º del art. 2.º de aquella Ley) la doctrina jurisprudencial correspondiente a la imprudencia. Así, entre otros, Ricardo ABELLA (26) y PERA VERDAGUER. Este afirma: «Insistimos en reflejar los criterios jurisprudenciales sobre este tema, puesto que forzoso será seguir acudiendo a ellos llegada la hora de determinar, en la aplicación de la nueva ley, si en cada caso concreto medió o no la temeridad (manifiesta) a que de modo expreso se alude en este artículo segundo».

«En definitiva, no será otra cosa que la tradicional imprudencia temeraria, bien que para quedar comprendido el hecho dentro de las prescripciones del párrafo primero de este artículo 2.º, no se requiera la producción de resultado lesivo o dañoso alguno» (27).

Aunque con menos insistencia, expresan la misma opinión otros autores, como RUIZ VADILLO, SILVA MELERO, CONDE-PUMPIDO y QUINTANO (28). QUINTANO nunca delimitó con claridad el significado de esta

(25) Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor* (estudio de los supuestos del Código penal que castigan las infracciones relacionadas con el uso de vehículos automóviles), en *Rev. Gen. Leg. Jur.* (julio-agosto, 1968), págs. 56 y sig.

(25 bis) Estando en prensa este artículo, ha escrito sobre el tema SUÁREZ MONTES, *Robo y hurto de uso de vehículo de motor*, en *RGLJ* (julio-agosto, 1970).

(26) Ricardo ABELLA, *La Ley del automóvil*, 2.ª ed. (Madrid, 1963), página 27.

(27) PERA VERDAGUER, *La Ley del automóvil* (Barcelona, 1963, Bosch), páginas 36 y sigs. y 39 y sig.

(28) RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Rev. D. Cir.* (1965), páginas 252 y sigs. Valentín SILVA MELERO, *La culpabilidad en las infracciones de*

«temeridad». A veces, en este punto adolece de falta de lógica: en el V Curso Internacional de Derecho de la Circulación afirma: «en efecto... es la imprudencia máxima, la imprudencia con temeridad suma» (29). Pero en la página siguiente echa de menos en la Ley de 1962 el «mínimo escrúpulo metodológico de separar lo doloso de lo culposo». CONDE-PUMPIDO, tratando de esta Ley, interpreta la temeridad como imprudencia, por razones jurídicas y ontológicas (30). Posteriormente considera la misma palabra, en el artículo 340 bis, *a*, con significado más amplio.

El Tribunal Supremo, manteniendo su postura conservadora, interpreta la fórmula «con temeridad», lo mismo en la Ley de 1962 que en el artículo 340 bis, *a*, como equivalente a imprudencia, en el sentido tradicional de imprudencia temeraria. Esta interpretación aparece en innumerables sentencias. Basta ahora citar un par de ejemplos. La sentencia de 14 de diciembre de 1967 (Aranz. 5.347) afirma textualmente que «es una infracción de condición culposa». La sentencia de 29 de enero de 1969 (Aranz. 364) dice entre otras cosas: «no constan suficientes datos o elementos que permitan afirmar que el inculpado procedió en la ocasión de autos con temeridad manifiesta, esto es, incidiendo en la más grave de las formas culposas delictuales previstas en la aplicable Ley de uso y circulación de 1962, artículo 2.º». Las sentencias de 15 de marzo de 1969 (Aranz. 1.633) y de 31 de enero de 1969 (Aranz. 399) repiten semejantes consideraciones, y la última subraya «que proclamada reiteradamente la dificultad de precisar los límites diferenciales entre la culpa grave y la leve generadoras en este caso, respectivamente, de los delitos de conducción temeraria y culposa con infracción de reglamento, según nomenclatura utilizada en los artículos 2.º y 3.º de la Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor de 1962».

En resumen, la mayoría de los autores y la totalidad de las sentencias del Tribunal Supremo, menos raras excepciones, entienden que el legislador al exigir la temeridad, lo mismo en la Ley de 1962 que en el artículo 340 bis, *a*, se refiere a un elemento subjetivo que mide el grado o la forma de culpabilidad, pero no se refiere a un elemento objetivo del tipo injusto.

Frente a esta opinión unánime se manifestó RODRÍGUEZ DEVESA, ya en 1963, en el V Curso Internacional de Derecho de la Circulación (Madrid), y en el I Curso sobre problemas de tráfico (Bilbao).

Posteriormente algún que otro autor, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO,

tráfico, en *V Curso Internacional de Derecho de la Circulación* (Madrid, 1963), páginas 183 y sigs.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal común y especial de la circulación*, en *V Curso Internacional de Derecho de la Circulación* (Madrid, 1963), página 76.

(30) CONDE-PUMPIDO, *Alcance del concepto de "temeridad manifiesta" en la nueva Ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962*, en *Primer Curso sobre problemas de tráfico* (Bilbao, 1963), págs. 53 y siguientes y 68.

se adhiere a la interpretación objetiva (31). Pero, en general, la doctrina y la jurisprudencia continúan considerando la temeridad como elemento subjetivo determinante de una forma de la culpabilidad.

A pesar de reconocer la autoridad de la teoría mayoritaria, opino —con RODRÍGUEZ DEVESA— que la temeridad aquí no se refiere a la imprudencia temeraria del autor, sino a la manera objetiva de la conducción. Con otras palabras, la temeridad no califica la forma de culpabilidad, sino que describe la acción típica, o sea un elemento objetivo de la antijuricidad, un elemento objetivo del tipo. Hace referencia a la acción, no a la reprochabilidad. El modo de conducir ha de ser objetivamente peligroso para terceros. El núcleo de la acción está constituido por la conducción temeraria (32). El poner en peligro la vida, la integridad o la propiedad ajenas son elementos que podríamos llamar periféricos o circunstanciales del tipo.

En este punto surge una consideración *de lege ferenda*. La exégesis científica del texto legal muestra que la esencia objetiva de este tipo sigue la orientación del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 1962; rompe, así, frontalmente con la tradición en cuanto al fondo dogmático. En cambio no rompe con la tradición en cuanto a su formulación externa. Aquí, al pretender manifestar contenidos nuevos en formas tradicionales, brota una fuente de malentendidos. Es acertada la estructuración radicalmente nueva del número 2.º del artículo 340 bis, *a*; y es, también, acertado considerar la manera de conducir como elemento objetivo. Pero es poco acertada su formulación verbal; un elemento tan innovador y objetivo no se puede expresar con terminología tan tradicional y subjetiva como la de temeridad. No se puede verter vino nuevo en odres viejos. La formulación verbal del nuevo tipo, lógicamente, debe romper también con la tradición, y debe decir, por ejemplo (teniendo en cuenta la Ley de 1950), «el que condujere un vehículo de motor de modo arriesgado», o «... de modo manifiestamente arriesgado».

B) ELEMENTO SUBJETIVO

La fórmula actual del Código penal habla de temeridad *manifiesta*. La interpretación jurídica debe determinar si esta palabra «manifiesta» pertenece a lo objetivo o a lo subjetivo del tipo, si se refiere a la conducción en sí (realmente arriesgada, aunque no caiga en la cuenta de ello el conductor), o al ánimo del conductor (conocedor de su temeridad).

Para quien la interpreta objetivamente, «manifiesta» significa que la

(31) CONDE-PUMPIDO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por Ley 3/1967, de 8 de abril*, en *Rev. de Derecho de la Circulación* (1967), pág. 235.

(32) RODRÍGUEZ DEVESA, *Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor, y la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Primer Curso sobre problemas de tráfico* (Bilbao, 1963), págs. 13 y sig.

manera de conducir alcanza un grado de temeridad, de falta de dominio, patente a terceros, prescindiendo de si el autor cae o no en la cuenta. Esta interpretación admite, por tanto, la comisión dolosa y la culposa del número 2.º del artículo bis, a.

En cambio, para quien la interpreta subjetivamente, «manifiesta» significa que el conductor conoce y reconoce que lleva el vehículo con temeridad; por eso, si él no cae en la cuenta, si él cree que lo lleva prudentemente, entonces falta un elemento subjetivo del tipo y, por tanto, la acción, la manera de conducir, aunque en realidad y para terceros sea temeraria, no es típica, ni antijurídica. Lógicamente, en la interpretación subjetiva, el artículo incrimina únicamente las acciones conscientes, las dolosas.

La jurisprudencia y la doctrina dan muy poca luz sobre este punto; directamente casi ni lo tratan; indirectamente se muestran indecisas o contradictorias.

RUIZ VADILLO y RODRÍGUEZ DEVESA (33), comentando el artículo 2.º de la Ley de 1962, entienden la palabra manifiesta en sentido de patente para terceros, no oculta, perceptible para cualquier persona. De modo semejante, el hoy catedrático de Madrid, entiende el mismo adjetivo en la expresión «peligro manifiesto», en el artículo 489 bis, como calificativo del peligro «perceptible por signos exteriores», «recognoscible para la generalidad de los hombres, sin necesidad de conocimientos especiales» (34).

Al comentar este artículo 489 bis, NAVARRETE indica que el sustantivo calificado por el adjetivo —«manifiesta»— «ha de ser de tal naturaleza que pueda ser reconocido fácilmente por la generalidad de los hombres, sin que sea necesario estar en posesión de conocimientos técnicos especiales» (35).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no adopta una teoría clara, ni mantiene una postura unánime. En algunas ocasiones, por ejemplo en la sentencia de 13 de febrero de 1969 (Aranz. 957), parece considerar la expresión «manifiesta» objetivamente, pues para probar que el procesado conducía con temeridad manifiesta, describe la acción externa y los resultados tan graves causados: «conviene destacar, dice, que antes de ser enganchada la víctima por el coche, rozó éste el muro que limitaba la calzada, que luego hizo un viraje a la izquierda hasta salir de la carretera, luego otro a la derecha, hasta chocar contra un edificio, y otro después al lado contrario para quedar empotrado a más de 53 metros; y habida cuenta lo expuesto, y lo demás que el Tribunal relata, se ha de afirmar

(33) RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Rev. Der. Circ.* (1965), página 256. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª ed. (Madrid, 1966), pág. 1104.

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, *Ibidem*, pág. 103; también en 3.ª ed., pág. 108.

(35) JOSÉ M. NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en *Rev. de la Fac. de Derecho de Madrid* (1959), págs. 419 y sigs. y 426.

que el recurrente conducía con manifiesta temeridad, y que ese irreflexivo conducir determinó...».

Otras sentencias, en cambio, parecen preferir —aunque no muy claramente— la interpretación subjetiva. Por ejemplo, la del 24 de febrero de 1969 (Aranz. 1.099) exige que el autor eluda conscientemente el deber objetivo de cuidado, pues «el delito de temeridad manifiesta —dice textualmente—, requiere para manifestarse, que en la conducción de un vehículo de motor el agente efectúe una conducta ausente de las indispensables cautelas, por empleo de ímpetu o atrevimiento desconsiderado con los que se eluda *consciente* (36) y gravemente el prudente ejercicio de deberes objetivos de cuidado impuestos, o las normas reguladoras de la circulación, produciendo un apreciable riesgo concreto». De modo semejante, la sentencia de 14 de diciembre de 1967 (Aranz. 5.347) exige «una temeridad notoria, intensa y conocida, en conducta que requiere al menos y por ello conciencia del riesgo... previsión del riesgo» (37); y también la sentencia de 7 de noviembre de 1967 (Aranz. 4.202) al afirmar que se trata de un «delito de peligro..., ataque peligroso y voluntario».

Para salir de esta duda interpretativa se pueden considerar tres argumentos en pro de la teoría subjetiva: un argumento negativo, otro de derecho comparado, y un tercero de política criminal. La primera razón considera que la interpretación objetiva amplía demasiado el contenido de esta figura, entrando en terreno que pertenece al Derecho Administrativo; aun el conductor más cuidadoso comete con frecuencia imprudencias objetivas que ponen en peligro la seguridad de la circulación; incriminar esas acciones equivaldría a paralizar o prohibir la circulación de vehículos de motor. No puede ser ése el sentido de la ley. En cambio, la interpretación subjetiva limita debidamente el campo de aplicación a aquellos casos en los que el conductor actúa dolosamente. La incriminación de estas acciones no paraliza el tráfico rodado; y, por otra parte, es útil y necesario incriminar tales casos, pues escasean menos de lo que parece. Por ejemplo, los hechos probados de la sentencia de 14 de diciembre de 1967 (Aranz. 5.347): el conductor de un automóvil circula por la plaza España, de Madrid, y desobedece la orden de parada del agente de la circulación, y para huir acelera de tal forma la velocidad que pone en peligro a los otros vehículos y al guardia; éste, para evitar ser atropellado, tiene que dar un salto. Otros ejemplos: el chófer conduce un autobús a velocidad excesiva, los viajeros atemorizados le avisan: «vaya más despacio»; él responde: «tenemos prisa, vamos con retraso, aquí no hay policía»; y

(36) Subrayamos nosotros. En la transcripción de esta y de otras sentencias omitimos algunas palabras que se refieren exclusivamente a la Ley de 1962.

(37) Esta sentencia, como bastantes otras que tratan de este delito, formula en sus Considerandos afirmaciones muy difícilmente conciliables entre sí; frente a lo ahora transcrito, en otro de sus Considerandos afirma textualmente, como antes se ha indicado, que esta figura «es una infracción de conducción culposa».

sigue conduciendo a la misma velocidad, poniendo en peligro a algunos peatones y a algunos vehículos.

Varias legislaciones exigen esta conciencia subjetiva. Así, por ejemplo, en Italia y Alemania. El actual § 315, c, del StGB exige conducir *rücksichtslos*, o sea —según SCHÖNKE-SCHRÖDER y otros (38)— con desprecio consciente del cuidado debido en el tráfico respecto a terceros. Resulta fecunda en este punto una confrontación con los artículos 564, 566 y 573, núm. 2, del Código penal español de 1928.

Por fin, en pro de la interpretación subjetiva pueden aducirse fuertes argumentos de política criminal. Según modernas investigaciones, de las que se hace amplio eco BOCKELMANN en sus «Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge» (39), debe pertenecer a la antijuridicidad de esta figura el talante subjetivo del conductor, porque la mayor parte de los delitos y de los accidentes en carretera provienen de chóferes que conducen conscientes de peligro, chóferes que piensan: «Yo soy buen conductor, para mí no cuentan las disposiciones legales necesarias para los conductores normales o mediocres. Yo incumplo con frecuencia esas leyes y no pasa nada, o a lo más que el coche ajeno tiene que dar un frenazo o hacer un viraje, pero sin consecuencias lesivas.» Este convencimiento y este modo de conducir perturba grandemente la seguridad del tráfico y causa numerosos accidentes. Por eso merece el reproche del legislador penal. Según la interpretación subjetiva, la *mens legis* del 340 bis, a, piensa en este comportamiento consciente.

En resumen, en las circunstancias actuales, hasta que la conciencia cívica de los conductores mejore y hasta que la práctica judicial haga más uso de estos delitos de peligro, conviene dar a la palabra «manifiesta» una interpretación objetiva, amplia, comprendiendo al que condujere un vehículo con temeridad patente a terceros, prescindiendo de si lo hace conscientemente o con mera imprudencia. Cuando los conductores hayan cobrado más conciencia de sus deberes, entonces es aconsejable limitar esta figura a sólo conducciones conscientemente arriesgadas, interpretando la palabra manifiesta en sentido subjetivo. Entonces, *de lege ferenda*, la formulación de este artículo deberá referirse directamente a la conciencia del agente, diciendo, por ejemplo: «El que condujere un vehículo de modo conscientemente arriesgado y pusiera en concreto peligro...»

(38) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.^a ed. (München, 1970, Beck), pág. 1591. REINHARD v. HIPPEL, *Vorsatzprobleme des Strassenverkehrsfährdung*, en *ZgStW*, 75 (1963), págs. 453 y sig.

(39) BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, en *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (Hamburg, 1967, H. Seidewinkel), págs. 63 y sigs., *passim*. Idem, «Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht». *ibidem*, págs. 223 y sigs.

C) ELEMENTOS NORMATIVOS

El poner en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes constituye el tercer elemento típico, el elemento normativo. Es el resultado de la conducta anterior, pero un resultado especial, *sui generis*.

Hasta ahora la dogmática de los delitos de tráfico giraba alrededor del resultado lesivo externo. Por eso se discutía, y discute, tan apasionadamente la naturaleza jurídica de ese daño producido, de esa modificación lesiva del mundo exterior: unos lo consideran condición objetiva de punibilidad, otros realización del tipo nuclear, otros..., pero todos suponen que se produce ese daño externo, esa modificación lesiva del mundo objetivo.

Esta nueva figura del artículo 340 bis, *a*, prescinde del resultado en ese sentido de lesión o daño; considera como resultado simplemente el peligro de que se produzca esa lesión, la mera posibilidad del daño, ese «no ha pasado nada» que suele decirse. Un concepto, por tanto, vago y difícil de precisar.

Para esclarecer este campo conviene analizar el concepto dogmático de peligro, sus clases y su contenido.

Concepto dogmático del peligro

Las principales concepciones jurídico-penales del peligro pueden agruparse, prescindiendo de detalles, en tres teorías fundamentales: la teoría subjetiva, la objetiva y la objetivo-subjetiva.

La teoría subjetiva concibe el peligro como producto de la imaginación humana. En realidad, afirman VON BURI, FINGER y sus seguidores (40), si *a posteriori* no resulta lesión, no hay ni hubo peligro *ex parte ante*. El peligro, el supuesto peligro, fue un hijo de nuestra ignorancia, *figlio della nostra ignoranza*, según formulación de PETROCELLI (41). Fue una prognosis equivocada por el deficiente conocimiento de las circunstancias convergentes en la acción. Según estos autores, el peligro es una mera impresión subjetiva de temor, una nada real, una situación que provoca el temor en el hombre, «lediglich ein Subjektives, nicht Objektives», como

(40) VON BURI, *Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf dem Versuch*, en *Gerichtssaal*, vol. XL (1888), págs. 503-540. Idem, *Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890*, en *Gerichtssaal*, volumen XLIV (1891), págs. 321-356. FINGER, *Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht* (Praga, 1889). Idem, *Das Gefährdungsdelikt im Entwurf eines österreichischen Strafgesetzbuchs*, en *Mitteil. der intern. Krim. Vereinigung*, XXI (1914), págs. 327-344. Idem —en sentido mucho más objetivo—, *Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht*, en *Festgabe f. Frank*, vol. I (1930), páginas 230-250.

(41) PETROCELLI, *La pericolosità...*, pág. 2 (aquí, esta frase tiene un sentido diverso).

escribe JANKA (42). En realidad, dicen, sólo puede suceder una de dos: o el peligro aboca en la lesión (entonces falta lo específico del peligro, su autonomía), o el peligro se supera sin daño alguno (y entonces tampoco hay realmente peligro). En las leyes fisiconaturales todo lo que tiene que suceder, sucede; nunca hay peligro, sin lesión. Una inteligencia que conociese la totalidad de las circunstancias, reconocería que no hay acciones meramente peligrosas, sino sólo acciones lesivas o acciones no lesivas.

La teoría objetiva considera el peligro como una realidad. En el mundo real, afirman sus defensores, independientemente de la imaginación humana, existe *ex parte ante* una posibilidad o probabilidad de que se produzca el resultado dañoso. La evitación del daño *a posteriori* no prueba la inexistencia de aquella verificabilidad; prueba únicamente su no verificación. Entre estas dos palabras media una diferencia muy considerable. Como indica Rocco, en *L'oggetto del reato*: «Una cosa es verificabilidad o efectividad o realizabilidad de un fenómeno, y otra la causalidad; aquélla es la causalidad en potencia, *a parte rei*, objetivamente, independientemente del entendimiento humano; ésta es la causalidad en acto... La posibilidad, como la probabilidad, tiene una existencia objetiva, es un *ens reale*, un hecho... no un mero *ens imaginationis*» (43). Esta teoría nace en Alemania, con VON STÜBEL, BINDING y VON KRIES (44), y encuentra amplio eco en Italia, con CARNELUTTI, DELITALA, FLORIAN, JANITI DI GUAYANGA, MAGGIORE, MASSARI, RANIERI y ROCCO, y en otras naciones (45).

Por fin, según la teoría objetivo-subjetiva, el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la probabilidad cognitiva de la producción de un determinado acontecimiento dañoso. Se trata, por tanto, de un juicio fundamentado en la general experiencia, en el conocimiento objetivo de las leyes que regulan los acontecimientos, que expresa el temor fundado e inmediato de la lesión de un bien jurídico. Por eso, es incorrecto

(42) JANKA, *Das Österreichische Strafrecht*, 3.^a ed. (Wien 1984, Tempsky), página 55. Cfr. también T. PÖHL, *Die Gefahr im Strafrecht*, en *Österreichische Juristenzeitung* (2 de diciembre de 1969), págs. 620 y sigs.

(43) ROCCO, *L'oggetto del reato...*, págs. 301 y sigs.

(44) C. C. STÜBEL, *Über gefährliche Handlungen, als für sich bestehende Verbrechen; Zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlägen...*, en *Neues Archiv des Kriminalrechts*, t. VIII (1826), págs. 236 y siguientes. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I (1890), págs. 364 y siguientes, t. IV (1919), págs. 374 y sigs. VON KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, en *ZgStW*, IX (1889), págs. 528-537.

(45) RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice penale vigente*, en *Scritti e discorsi varii*, vol. I (Milano, 1968, Giuffrè), págs. 259 y sigs. En Hungría, VISKI, *Rechtswidrigkeit bei Gefährdungsdelikten*, en *Acta Jurídica Academiae Scientiarum Hungaricae*, t. X (3-4) (1968), págs. 275 y sigs. En España, CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor*, en *R. G. L. J.* (julio-agosto, 1968), págs. 39 y sig.

sostener que el peligro sólo puede ser algo puramente subjetivo (46). Esta teoría de MEZGER la siguen, con algunas matizaciones, en Italia, PETROCELLI y ANTOLISEI (47), y en España, RODRÍGUEZ MUÑOZ y los principales penalistas actuales.

Los autores españoles no se detienen expresamente a dilucidar este tema. En líneas generales aceptan la orientación mezgeriana que, en cierto sentido, la podemos considerar de raigambre española, pues años antes PACHECO, tratando del delito frustrado, había expuesto una doctrina que coincide fundamentalmente con la teoría objetivo-subjetiva del peligro: el acaso —dice PACHECO (48)— impide el mal externo que debía seguirse de los hechos, pero no impide el mal en la esfera moralsocial, no impide la natural alarma que resulta de los tales hechos.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, en sus notas al Lehrbuch de MEZGER, indica el significado del peligro, con una breve pero inteligente diferenciación entre peligro y puesta en peligro: «aquí (en el Código penal español) la palabra peligro significa la producción de un peligro, pero especialmente la ejecución de una acción que lleva en sí esta propiedad» (49).

De los penalistas españoles actuales merecen citarse las opiniones de CÓRDOBA RODA, NAVARRETE, RODRÍGUEZ DEVESA y DEL ROSAL. CÓRDOBA RODA (50), en su contribución al X Congreso de la AIDP, entiende por peligro la situación en la cual la lesión de un bien resulta posible, en grado más o menos elevado. NAVARRETE (51) analiza el peligro en el artículo 489 bis, y ve en él, por una parte, una situación concreta de hecho y actual, y por otra parte la referencia a un resultado futuro que constituye la lesión de un bien jurídico. De aquí deduce que el concepto de peligro tiene dos aspectos: uno objetivo en cuanto se trata de un juicio

(46) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, 3.^a ed., I (1955), págs. 252 y sig.

(47) PETROCELLI, *Principi di Diritto penale*, vol. I, nueva ed. (Napoli, 1955, Jovene), págs. 282 y sig. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte general*, 5.^a ed. (Milano, 1963, Giuffrè), págs. 165 y sigs.

(48) PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 4.^a ed., t. I (Madrid, 1881), pág. 96. Idem, *El Código penal comentado y concordado*, t. III, 5.^a ed. (Madrid, 1885), pág. 399. PACHECO, al comentar el delito de incendio (art. 496 del Código de 1848), habla acertadamente de los males y de la alarma causados por el reo. Menos atinadamente discurre por estos temas Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ. Es inexacta su afirmación de que “para la religión y la moral el culpable de un homicidio violento o de un envenenamiento no consumado a pesar suyo, y por causas independientes de su voluntad, no es menos culpable que el autor de estos mismos delitos cuando han llegado a consumarse”. Cfr. VIZMANOS y ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, t. I (Madrid, 1848), pág. 27. La consumación de un delito implica generalmente más reproche ético que la mera iniciación.

(49) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Mezger*, 3.^a ed., t. I (1955), página 251.

(50) CÓRDOBA RODA, en *Rev. Int. D. P.* (1969, núm. 1-2), pág. 357.

(51) NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en *Rev. Fac. Derecho Univ.* (Madrid, 1959), página 426.

cognitivo, de un pronóstico, sobre la base de un conocimiento experimental de las leyes del suceder, y un elemento subjetivo constituido por el cálculo sobre la producción del resultado lesivo, para el bien jurídico en cuestión.

RODRÍGUEZ DEVESA, en su Parte general, y en la tercera edición de su Parte especial, entiende por peligro la probabilidad de que se produzca un resultado perjudicial (52). DEL ROSAL se refiere al peligro como menoscabo a la seguridad del orden jurídico..., como daño mediato o indirecto (53).

Brevemente, a la luz de lo expuesto, o lo insinuado, se puede definir el peligro como la alteración desfavorable de las probabilidades del riesgo jurídicamente permitido, como la lesión potencial de un bien jurídico mediante la perturbación actual de la seguridad por la probabilidad de un daño (54).

Para completar este concepto conviene —según sugiere Rocco (55)— distinguir el peligro del miedo, y también distinguir los delitos de peligro de los delitos de lesión-peligro, y los delitos de peligro-lesión o de desobediencia-lesión, como, por ejemplo, el tipificado en el artículo 427 del Código penal. El estado fáctico que implica la probabilidad de un daño difiere del miedo, que es su efecto normal, pero no necesario. Se puede tener miedo sin estar en peligro, y estar en peligro sin tener miedo. Como indica NAVARRETE, «la existencia del peligro ha de ser objetivamente determinada, sin que la mera creencia de su existencia o inexistencia pueda tener repercusiones en el campo de la antijuricidad» (56).

También importa marcar la línea divisoria entre los delitos de peligro y los delitos de lesión-peligro. Los primeros carecen de resultado lesivo externo, únicamente producen un peligro. En cambio, los segundos producen una lesión en el mundo externo que, además, amenaza con causar otras lesiones más graves. Abundan estos delitos en el Código penal. Así, por ejemplo, en el artículo 548 («los que incendiaren edificio, alquería... sabiendo que dentro se hallaban una o más personas»), el legislador incrimina los daños materiales ciertamente causados y, además, incrimina el peligro de causar lesiones o muerte a las personas que están dentro. Otro

(52) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general* (Madrid, 1970), página 347. Idem, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed. (Madrid, 1969), páginas 334 y sigs. y 883 y sigs.

(53) Juan DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español. Parte general*, I (Madrid, 1968), págs. 58 y 531.

(54) En sentido parecido, CONDE-PUMPIDO, *El peligro como elemento rector de los delitos de tráfico*, en *V Curso Int. de Derecho de la Circulación* (Madrid, 1963), págs. 51 y sigs. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal* (Madrid, 1966, Tecnos), págs. 164 y sigs. RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Rev. de Der. Cir.* (1965), págs. 256 y sigs.

(55) Rocco, *L'oggetto del reato* (1932), pág. 307.

(56) NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro*, en *Rev. Fac. Derecho*, de Madrid (1959), págs. 419 y sigs.

ejemplo, el tipo de lesiones peligrosas para la vida, o de lesiones que hacían probable un resultado mucho mayor que el causado, cuando el agente acepta ese peligro (57).

Conviene subrayar la naturaleza mixta de los delitos de lesión-peligro para comprender las diferencias —por algunos desconocidas y olvidadas (58)— entre los delitos de peligro y tentativa, entre los delitos de peligro y los delitos de resultado anticipado, o actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos, como en los arts. 314, 315, 509. La naturaleza jurídica de la tentativa difiere esencialmente de la naturaleza jurídica de los delitos de peligro. El autor en la tentativa, tanto en la genérica (del libro primero, art. 3.º, párrafo 3.º), como en la específica (del libro segundo, vg. art. 142, párrafo 2.º), pretende la violación del bien jurídico protegido, busca el daño del mundo exterior, aunque no lo logre, aunque sea imposible (art. 52, párrafo 2.º); por el contrario, en los delitos de peligro, el autor no pretende esa lesión, pero está a punto de lograrla, de producirla, aunque no la acepte.

Clases de peligro

Ahora, visto ya el concepto de peligro, digamos algo acerca de sus clases. Con respecto al artículo 340 bis, *a*, interesa poco distinguir entre delitos de peligro instantáneo o continuo, por acción o por omisión. Más interesa la división en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto (59), en delitos de peligro particular y delitos de peligro general o común.

En los delitos de peligro concreto el tipo legal menciona de manera expresa el peligro. Así, el número segundo del artículo 340 bis, *a*, dice: «... y pusiera en concreto peligro la vida de las personas...». Por tanto, el Juez debe constatar, con criterios jurídicos, la presencia de este peligro, la probabilidad de este daño respecto a un objeto determinado, protegido por la ley; no basta que la acción sea peligrosa en general, ha de ser peligrosa en el caso concreto. Por ejemplo, no hay peligro concreto cuando alguien prepara para una persona determinada un alimento que es nocivo para la generalidad de los hombres, pero inocuo para esa persona (60).

(57) La ausencia de este tipo en la legislación penal española ha sido advertida por ANTÓN ONECA en sus *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Estudios penales* (Bilbao, 1965), pág. 780.

(58) Albert CHAVANNE, *Rapport*, en *Rev. Int. Droit pénal* (1969, núms. 1-2), páginas 125 y sigs. STEFANI-LEVASSEUR, *Droit pénal général* 4.^a ed. (París, 1969, Dalloz), págs. 168 y sigs. REINHARD v. HIPPEL, *Vorsatzprobleme des Strassenverkehrsgefährdung*, en *ZgStW*, 75 (1963), págs. 447 y sigs.

(59) LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht* (Berlín, 1967, Gruyter). SCHRÖDER, *Abstraktkonkrete Gefährdungsdelikte?*, en *Juristenzeitung* (1967), págs. 522 y sigs. Anteriormente en España, ROSAL, *Derecho penal*, lecciones, 2.^a ed. (1954), págs. 364 y sigs.

(60) H. SCHRÖDER, *Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte?*, en *JZ* (1967), páginas 522 y sigs.

En cambio, sí hay peligro concreto cuando el conductor del coche número UNO adelanta al coche número DOS, y vuelve a meterse en la franja de la derecha inmediatamente, excesivamente pronto, por lo que el coche número DOS tiene que hacer una maniobra estratégica de desviación, o tiene que frenar bruscamente para evitar el choque. Otro ejemplo: en la autopista, el conductor X avanza a cien kilómetros por hora, se acerca al coche que le precede dejando entre los dos una distancia de sólo cuatro metros, y así recorre cinco kilómetros, hasta que el coche delantero le cede el paso. Prescindo ahora de si esta acción se puede incriminar como delito de amenazas (61).

En los delitos de peligro abstracto el texto legal no menciona de modo expreso el peligro; lo presupone con una presunción *iuris et de iure*. Por tanto, como indica VANNINI (62), el Juez no tiene necesidad de constatar su presencia en cada caso particular; basta que la acción sea peligrosa según los criterios y los datos generales.

Con otras palabras, existe peligro abstracto cuando el autor se comporta de tal manera que podría —según criterios generales, abstractos— producir un peligro concreto, pero no lo produce por causas ajenas a su comportamiento. Por ejemplo, el automovilista X, en una curva, rebasa la franja derecha de la carretera y se introduce en la izquierda; no viene ningún vehículo en dirección contraria, y por eso no surge el peligro concreto. Otro ejemplo: conducir un vehículo de motor, en una calle desierta, bajo tal influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes que el conductor no domine el vehículo.

Los delitos de peligro abstracto presentan numerosos y difíciles problemas, por ejemplo, en cuanto a su definición, su posible naturaleza de delitos de mera desobediencia o delitos de peligro general o delitos de peligro presunto, su relación con la tentativa imposible (63). MAURACH alguna vez confunde su posible absorción o concurso con los de peligro concreto (64). No nos detenemos con estos problemas, pues el número 2 del artículo 340 bis, *a*, no contiene un delito de peligro abstracto, sino un delito de peligro concreto, semejante al § 315, *c*, del Código penal alemán, en su redacción de la Ley de 26 de noviembre de 1964,

(61) BUSSE, *Nötigung im Strassenverkehr* (Berlín, 1968, Luchterhand).

(62) VANNINI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, nuova ediz. (Firenze, 1954, Carlo Oya), págs. 138 y sigs.

(63) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal* (Madrid, 1966, Tecnos), págs. 169 y sig. y 430. J. CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa* (Valladolid, 1964), págs. 33 y sig.

(64) MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allg. Teil*, 3.^a ed. (Karlsruhe, 1965), páginas 160, 183 y sig. y 201 y sig. Además, los delitos de peligro concreto no deben calificarse como delitos formales —si se mantiene la nomenclatura tradicional—, pues el peligro es un resultado. Cfr. la nota de CÓRDOBA RODA a la traducción de la parte general de MAURACH, t. I, págs. 276 y sig., y cfr. la sentencia del Tribunal Supremo de 16-XII-1957.

aunque en España se ha afirmado que este párrafo formula figuras de peligro presunto (65).

Los delitos de peligro general o común son, como indican WELZEL, GEERDS y FINGER (66), los que se refieren al público como conjunto de individuos, u objetos, indeterminados; por tanto, el peligro general puede referirse a sólo una persona, o cosa, pero indeterminada, como parte de la colectividad. En cambio, el peligro particular se refiere a una persona o cosa determinada, concreta; si, por ejemplo, se pone en peligro sucesivamente a cuatro personas, habrá cuatro delitos; pero en caso de peligro abstracto, habrá un solo delito (continuado) (67).

El peligro general puede ser abstracto o concreto.

Doctrina jurisprudencial

El Tribunal Supremo reconoce que puede aplicarse, o debe poder aplicarse, a esta figura del artículo 340 bis, a, la jurisprudencia relativa al párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 1962, y también *mutatis mutandis* (cfr. sentencia de 14 de diciembre de 1967), la relativa al artículo 2.º de la Ley de 1950, pues la estructura de estos artículos coincide en sus puntos fundamentales. Así lo declaran varias sentencias; por ejemplo, las de 14 de marzo de 1969 (Aranz. 1.493), 31 de enero de 1969 (Aranz. 399), 29 de enero de 1969 (Aranz. 364).

A pesar de que han pasado ya bastantes años desde que entró en vigor la Ley de 1950, el Tribunal Supremo aplica y explica poco el concepto de peligro (delito de peligro) y sus clases. La escasez de sentencia sobre estos delitos se debe, en gran parte, a que los casos de delitos de peligro perseguidos y enjuiciados son escasos. Pero también, y sobre todo, se debe a la orientación teórica de nuestro más alto Tribunal: la mayor parte de las sentencias que versan o debían versar sobre estos temas, prescinden totalmente, o casi totalmente, del peligro como elemento normativo del tipo, para tratar únicamente del daño lesivo producido, y del grado de imprudencia. Ya en 1955, la sentencia de 15 de junio (68) habla del peligro, pero lo considera como «elemento básico de la imprudencia temeraria». La misma orientación aparece en las sentencias más recientes; así, la de 21 de febrero de 1969 (Aranz. 1.081) afirma que, «supone la máxima gravedad de la culpa por el gravísimo riesgo que implica el con-

(65) Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor*, en *R. G. L. J.* (julio-diciembre, 1968), página 40. Tanto el § 315 como los siguientes 315 a, b, c, exigen que se produzca la situación de peligro concreto.

(66) WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed. (1969), págs. 452 y sig. GEERDS, *Konkurrenzprobleme...*, en *Blutalkohol*, III (1965-1966), págs. 133 y siguiente. FINGER, *Begriff der Gefahr...* (Praga, 1889), págs. 243 y sigs.

(67) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Delito continuado*, en *N. E. J.*, t. VI, pág. 460.

(68) *Jurisprudencia criminal*, ed. oficial (mayo-agosto, 1955), t. XXVI, páginas 506 y sigs.

ducir cuando se advierten los primeros síntomas de cansancio y sueño, sin esperar a que un reparador descansa devuelva plenamente las necesarias facultades». La sentencia de 17 de marzo de 1969 (Aranz. 1.635) afirma que «sustentado el concepto de culpabilidad en el uso y conducción de vehículos de motor sobre lo peligroso de las conductas, la diferencia entre lo temerario y la falta de cuidado leve podrá situarse en la gravedad del peligro arrostrado y...». Según la sentencia de 17 de abril de 1969 (Aranz. 2.256) «no solamente se incurre en la más grave de las culpas... cuando el sujeto crea tan grave situación de peligro...».

Excepcionalmente, algunas pocas sentencias, por ejemplo, las de 26 de mayo de 1955, 8 de marzo de 1956, 16 de diciembre de 1957, 16 de abril de 1963, 7 de noviembre de 1967 y (parcialmente) 14 de diciembre de 1967, hablan de delito de peligro, y lo definen en contraposición al delito de resultado lesivo. En la sentencia de 16 de diciembre de 1957 puede leerse (69): Tiene «vida y consistencia procesal no sólo la imprudencia con consecuencias lesivas, sino también la sin resultado, caracterizada por el hecho de marchar el procesado con el autobús excesivamente de prisa... por una plaza, sin tener en cuenta la circulación existente». La sentencia de 26 de mayo de 1955 trata del procesado Diego V. R., que condujo a velocidad excesiva un vehículo de motor y causó la muerte a un peatón. El Tribunal *a quo* aplicó el artículo 565. Los recurrentes interponen recurso por inaplicación del artículo 2.º de la Ley de 1950. El Tribunal Supremo desestima este motivo del recurso, pero admite la existencia de los delitos de peligro, afirmando «que no debe confundirse el delito de peligro establecido para prevenir, en el que se sanciona el peligro que implica la conducta del agente con el delito de lesión, o sea cuando ya no es que se sigue un proceder apto para causar un mal, sino que se ha llegado a ocasionar...» (70).

Atinadamente, según esta sentencia de 1955, en los delitos de peligro «se sigue un proceder apto para causar un mal»; la sanción versa sobre «el peligro que implica la conducta del agente» (consideración atinada del peligro como elemento normativo típico); y su fin es prevenir que se produzca un resultado lesivo o dañoso.

En resumen, el Tribunal Supremo entiende por peligro la amenaza, la probabilidad de un perjuicio, y generalmente tiene en cuenta el peligro para medir la gravedad de la culpa; excepcionalmente, en sentencias aisladas, lo considera como elemento normativo del tipo.

Merecen crítica negativa las innumerables sentencias que consideran el peligro como baremo de la imprudencia, y también las sentencias que subrayan principalmente la faceta preventiva; el delito del número segundo del 340 bis, *a*, no pretende principal o directamente, aunque sí secundariamente, prevenir o evitar el resultado lesivo, sino evitar el peli-

(69) *Jurisprudencia criminal*, ed. oficial, t. XXXIII (septiembre-diciembre, 1957), pág. 900.

(70) *Jurisprudencia criminal*, ed. oficial (1955), pág. 281.

gro en sí, por lo que implica de lesión actual contra la seguridad del tráfico, porque ese peligro en sí resulta insoportable a la comunidad. El bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico, según lo indica la rúbrica del Código penal. Este argumento sobre las palabras de la rúbrica tiene cierta fuerza, pero sólo cierta fuerza, pues en general, como indica ANTÓN (71), al desentrañar el sentido íntimo de la Ley, es preciso manejar con moderación el elemento y argumento sistemático.

Merecen, en cambio, comentario elogioso las escasas sentencias que consideran el peligro como elemento normativo del tipo, subrayando el peligro que implica la conducta del agente, y distinguiendo el peligro abstracto del peligro concreto.

En este punto —en la distinción de peligro abstracto y concreto, como en la distinción de peligro particular y general (sentencia de 29 de noviembre de 1960)— el Tribunal Supremo maneja criterios propios sumamente acertados, aunque los especialistas teóricos no suelen reconocerlos. Puede citarse a este respecto la sentencia de 16 de abril de 1963 (Aranz. 1.695): El procesado Angel F. C., en la madrugada del día 7 de julio de 1960, conducía una motocicleta, llevando montados a dos pasajeros, circulando por la calle Villadomat, de Barcelona, haciendo eses y yendo de un lado a otro de la calzada, con el evidente peligro para el público y demás usuarios de la vía pública. El procesado fue condenado por el tribunal *a quo*; pero absuelto por el Supremo, porque según éste, la Ley «contiene un tipo delictivo de peligro concreto, para cuya realización no basta que la conducción de un vehículo de motor se efectúe de manera que, en general, o en abstracto, puede ser peligrosa para el público y para los demás usuarios de una vía urbana, sino que es menester que, en el caso concreto, el público haya corrido un peligro real, dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo, circunstancias no consignadas en la relación de hechos probados, cuya ausencia deja sin base el fallo condenatorio, por lo que debe ser acogido el primer motivo».

Más detalladamente, aunque con estilo poco logrado, la sentencia de 14 de diciembre de 1967 (Aranz. 5.347) describe el delito de peligro concreto sin resultado lesivo. El Tribunal Supremo considera delictivo «el hecho de conducir un automóvil por una plaza tan poblada y dificultosa para la circulación como es la de España, de esta capital, desobedeciendo la orden de parada del agente de la circulación para sancionar al conductor por infracción reglamentaria, y, sin embargo, acelerar de tal forma la velocidad, al querer esquivar la sanción, dándose a la fuga, que hizo en su descompuesto caminar, peligrar a los ocupantes de otros vehículos y al guardia, que para no ser atropellado irremisiblemente hubo de saltar fuera de la trayectoria del coche». El Tribunal Supremo encuentra en esta acción todos los rasgos típicos de la figura que comentamos. Subraya, respecto

(71) Cfr. José ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, 1949), página 98.

al peligro concreto, que el guardia estuvo al borde de un resultado lesivo del que se salvó «por la protección del azar» y por su «actuación difícil y emergente», que le libró de un «accidente grave para la vida o integridad», y no sólo al guardia, sino también, aunque secundariamente, a «los demás conductores que pasaron por un concreto e inminente peligro de condición concreta y no abstracta».

Son pocas, pero suficientes, las sentencias en las que el Tribunal Supremo marca con bastante claridad la línea fronteriza entre el peligro abstracto y el concreto.

Modificaciones en el texto de 1967

Además de estas dos clases de peligro, existe —según algunos— otra clase aparte: el peligro inminente. El texto del Código penal actual difiere en este punto de la Ley de 1962: ya no exige que el peligro sea inminente. Quienes admiten la existencia de una clase especial de peligro en razón de la inminencia, critican esta supresión en el texto legal. Otros, en cambio, alaban esta supresión, pues el peligro concreto no puede ser ni pretérito ni futuro, según lo indican ANTOLISEI, PETROCELLI, PINTER y VISKI (72).

El texto del Código penal ha omitido también otro detalle que exigía la Ley de 1962: que la conducción ponga en peligro (la vida... y) la seguridad de la circulación. Esta modificación suscita opiniones diversas, dignas de estudio. Según RODRÍGUEZ DEVESA (73) constituía un giro estilístico sin más alcance o trascendencia, pues siempre que haya un concreto peligro para la vida, la integridad o los bienes habría que considerar cumplimentado el segundo requisito de que el peligro lo es también para la seguridad de la circulación. RUIZ VADILLO consideraba que esta expresión es una reiteración innecesaria de un elemento común a toda la ley, que al proteger «la seguridad del tráfico» sanciona determinadas conductas sólo en la medida en que el tráfico o la circulación se ven afectadas por ellas (74).

La supresión de este inciso merece alabarse si el legislador pretende proteger la vida y la propiedad, sin considerar el tráfico en sí como algo autónomo.

Pero la supresión merece citarse, si, como me parece más acertado,

(72) PINTER y VISKI, en su *Rapport al X Congreso Int. de Derecho penal*, en *Rev. Int. D. P.* (1969), núms. 1-2), págs. 176 y sig. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica* (Padova, 1940, Cedam), págs. 19 y sig., con indicaciones bibliográficas de otros autores; sin embargo, PETROCELLI admite, en algunos casos, la conveniencia de subrayar la faceta de proximidad. En sentido parecido, y alabando la supresión de este requisito de inmediatez, porque amplía el campo de aplicación, CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor*, en *R. G. L. J.* (julio-agosto, 1968), pág. 38.

(73) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed. (Madrid, 1966), pág. 1104.

(74) RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria...*, pág. 258.

el bien jurídico principal y primeramente protegido (*de lege ferenda*, al menos) es la seguridad del tráfico en cuanto tal, en cuanto bien de la comunidad social. La estructura y el contenido de la «seguridad del tráfico» está todavía en período de formación, pero ya se pueden pregonar algunas líneas fronterizas. Se protege el funcionamiento del tráfico, no en cuanto funcionamiento, competencia de otras ramas jurídicas, v. gr. la administrativa, ni en cuanto seguridad de las personas y cosas, sino en cuanto seguridad de la personas y cosas que toman parte en el tráfico; siempre y sólo en relación directa, constitutiva, con el tráfico. La conducción temeraria, por ejemplo, haciendo eses a través de una calle desierta no pone en peligro la seguridad del tráfico (aunque pone en peligro los bienes que están en esa calle, que son de esa calle), pues no hay personas ni bienes del tráfico, que circulen por esa calle, ya que se supone que no hay circulación.

Varios penalistas alemanes y suizos defienden la teoría de que esta clase de delitos protegen un bien jurídico propio y peculiar: la seguridad del tráfico en cuanto tal. Se apoyan en los textos legales de sus respectivas naciones, mucho más explícitos en este punto que el Código penal español —cfr. el artículo 237 del Código penal suizo—. Uno de los argumentos de SCHÖNKE-SCHRÖDER (75) puede tener vigencia también en el Derecho español: el hecho de que la fórmula «sus bienes» no incluye el vehículo en que viaja el autor, aunque pertenezca a un tercero, indica que el bien jurídico directamente protegido no es la propiedad, sino la seguridad del tráfico. El artículo 556 contiene un supuesto distinto; basta que se ponga en peligro la propiedad ajena.

La respuesta a este problema depende, en gran parte, de la interpretación que se haga del texto legal «pusiera en concreto peligro la vida de las personas, su integridad o sus bienes», depende del contenido del peligro que se tipifica.

Contenido del peligro concreto

No necesita mucha aclaración el primer punto: la vida de las personas. Pone en peligro concreto la vida de las personas aquella conducción temeraria que amenaza con causar la muerte de alguna o de algunas personas, distintas del agente. Basta poner en peligro la vida de una persona, aunque el Código hable en plural. Si puede ser autor de este delito una persona distinta del conductor (por ejemplo, el dueño del coche que obliga a su mecánico a llevarle con velocidad excesiva), en tal supuesto, a veces, bastará —será típica también la conducción— que ponga en peligro la vida del conductor, prescindiendo de que éste actúe injustificada o justificadamente, v. gr., por un estado de necesidad grave.

El peligro contra la integridad de las personas debe entenderse en re-

(75) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.^a ed. (München, 1970, Beck), pág. 1530.

lación con el capítulo 4.º (de las lesiones), del título 8.º (delitos contra las personas). Será típica la conducción manifiestamente temeraria que haga probable alguna de las lesiones tipificadas como delito en los artículos 418 y siguientes.

Resulta difícil afirmar que constituye peligro típico la probabilidad de causar alguna de las lesiones incriminadas como falta, en los artículos 582, 583, núm. 1.º, o los malos tratos de obra del artículo 585, número 1.º, pues el criterio del Código penal para diferenciar las diversas clases de lesiones aparece aquí, como en tantas otras ocasiones, totalmente inadecuado (76). Esta consideración extensiva es la más acomodada al texto, ya que el Código penal no establece límite alguno. Sería oportuno que lo hiciese, algo así como en los artículos 493 y 494, respecto a las amenazas.

En cuanto al contenido del peligro respecto a los bienes, surgen tres cuestiones:

- 1.ª ¿Este artículo incluye sólo el peligro a los bienes privados, o también a los bienes públicos?
- 2.ª ¿Incluye sólo el peligro a los bienes en el tráfico y del tráfico?
- 3.ª ¿Qué grado de peligro incrimina este artículo?

El Código penal habla de *sus* bienes. Este adjetivo *sus* parece hacer referencia a los bienes de las personas físicas y no a los bienes de las personas jurídicas (Estado, Municipio, etc.), pues sólo de las personas físicas se puede decir que está en peligro su vida o su integridad (de éstas habla el texto inmediatamente antes). Sin embargo, tal interpretación gramatical debe rechazarse, pues conduce al absurdo (sobre todo si este artículo pretende proteger la propiedad en general), pues deja sin cubrir el peligro a las propiedades de tantas y tantas personas jurídicas. Una interpretación teleológica faculta el entendimiento de la palabra «personas» en dos sentidos parcialmente diversos: 1.º, cuando se trata de la vida o la integridad, en sentido de personas físicas; 2.º, cuando se trata de bienes, en sentido de personas físicas y jurídicas. A la luz de estas consideraciones resulta tipificado el peligro a los bienes privados y a los bienes públicos.

De lege ferenda convendría emplear una fórmula parecida a la del Código penal español de 1928, que, en su artículo 32, decía: «También incurrirá en responsabilidad criminal el que, a sabiendas, realizare un acto que ponga en riesgo la vida, la salud o la propiedad ajena...»; o una fórmula parecida a la del Código penal alemán actual, en su § 315, c, introducido por ley de 26 de noviembre de 1964, que habla de cosas ajenas (77).

(76) BERISTÁIN, *Observaciones a la legislación penal de las lesiones* (en prensa).

(77) La traducción literal del texto alemán es: parágrafo 315, c

1) Quien en el tráfico por carretera

Respecto a si el artículo 340 bis, *a*, cubre el peligro a todos los bienes, o sólo a los bienes en el tráfico y del tráfico, excluyendo los bienes ajenos a la circulación, la doctrina y la jurisprudencia (nacional y extranjera) no tratan directamente el problema, pero indirectamente apoyan una interpretación restrictiva del texto legal. El texto legal no distingue expresamente entre estas dos clases de bienes, pero el concepto de peligro concreto, y la interpretación sistemático-teleológica del Código penal excluyen el peligro a los bienes que están permanentemente en las vías públicas o en sus inmediaciones. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo se refiere a la puesta en peligro de los edificios contiguos a la carretera, o de los árboles, o de las columnas de la iluminación. Recuérdense especialmente las sentencias del 16 de abril de 1963 y 14 de diciembre de 1967. En sentido parecido pueden aducirse muchas sentencias del BHG, y los comentarios de SCHÖNKE-SCHRÖDER y otros autores (78). En cambio, sí cubre esta figura el peligro, por ejemplo, a un vehículo parado o aparcado en la carretera o en la acera, según la jurisprudencia alemana (79). El problema presenta perspectivas más claras si se presupone como bien jurídico primera y principalmente protegido la seguridad del tráfico.

Y en cuanto a la tercera cuestión —¿Qué grado de peligro incrimina este artículo?—, según lo indicado al tratar del peligro a la integridad de las personas, puede afirmarse que el peligro a los bienes ha de ser

-
1. conduce un vehículo a pesar de que,
 - a) a causa de haber ingerido bebidas alcohólicas u otras sustancias estupefacientes, o
 - b) a causa de defectos anímico-intelectuales (geistiger) o corporales, no está capacitado para conducir con seguridad el vehículo, o
 2. antirreglamentariamente y muy inconsideradamente (grob verkehrswidrig = con infracción grave de las reglas de tráfico, und rücksichtslos = con desprecio consciente del cuidado debido en el tráfico, respecto a terceros),
 - a) no guarda la preferencia (de paso),
 - b) adelanta incorrectamente, o conduce incorrectamente durante el adelantamiento,
 - c) conduce incorrectamente en el paso de peatones,
 -
 - g) no señala a suficiente distancia los vehículos parados o estacionados, a pesar de que sea necesario para la seguridad del tráfico, y por ello pone en peligro el cuerpo o la vida de otras personas, o cosas ajenas de notable valor, será castigado con la pena de prisión.
 - 2) En los casos del párrafo 1.º, número 1.º es punible la tentativa.
 - 3) Quien en los casos del párrafo 1
 1. produce el peligro imprudentemente, o
 2. actúa imprudentemente y produce el peligro imprudentemente, será castigado con prisión hasta un máximo de dos años, o con multa.

(78) Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.ª ed. (München, 1970, Beck), págs. 1570 y sigs.

(79) Audiencia territorial de Hamm, sentencia de 10 de diciembre de 1959. Cfr. *Neue Jurist. Wochenschr.* (1960), pág. 880. En sentido contrario se manifiesta la Cámara de Tráfico, en *Verkehrsrechtssammlung*, XII, pág. 259. Según la jurisprudencia alemana, tampoco es cosa de notable valor un cadáver.

tal que si llegara a realizarse constituiría un daño tipificado como delito o falta en los capítulos 8 y 9 del título 13 (delitos contra la propiedad), artículos 547 y sigs., y en los respectivos artículos —597 y sigs.— del libro 3.º. El Código penal alemán, § 315, c, exige que las cosas ajenas sean de notable valor. Al no hacer nuestro Código esta limitación, tampoco la puede hacer el Juez.

El papel del Juez en estos delitos tiene un cometido personal. El Juez debe apreciar si los tres elementos hasta ahora analizados: la conducción temeraria (elemento objetivo), la autoconciencia o potencia de esa conducción (elemento subjetivo) y el peligro concreto (elemento normativo), concurren entrelazados por un nexo de causalidad. El Juez deberá apreciar este nexo con criterio jurídico, empírico-valorativo, peculiar de los delitos de peligro concreto. A este respecto sólo podemos afirmar aquí —pues hemos de pasar a problemas más peculiares e importantes— que el baremo será unas veces la probabilidad, en cambio otras (las menos) bastará la posibilidad; un baremo muy distinto regulará el nexo en una carrera de automóviles, en un viaje urgente del coche de bomberos, en un paseo por el centro de la ciudad. No parece aceptable la opinión de algunos autores, como SCHRÖDER, PETROCELLI y otros (80), que proponen para todos los casos el mismo baremo.

Tampoco estudiamos ahora los rasgos peculiares de las causas de justificación propias de este delito: consentimiento, estado de necesidad, ejercicio legítimo de un oficio, cumplimiento de un deber, oficio o cargo, riesgo permitido... Estas circunstancias ofrecen aquí características especiales porque, entre otras razones, estos delitos presentan rasgos particulares respecto a la antijuridicidad, ya que la frontera divisoria entre el peligro permitido y el prohibido resulta menos precisa que entre la lesión permitida y la prohibida (81). Las causas de justificación más frecuentes son el cumplimiento de un deber y el estado de necesidad. Este obra muchas veces, al menos, como causa de exculpabilidad. Y, con esto, pasamos al capítulo de la culpabilidad.

(80) SCHRÖDER, *Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, en *ZgStW* (1969), páginas 12 y sig. PETROCELLI, *Principi di Diritto penale*, vol. I, nuova ediz. (Napoli, 1955, Jovene), págs. 281 y sigs. Idem, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica* (Padova, 1940, Cedam), págs. 6 y sigs. Anteriormente, en su colaboración al homenaje a Eduardo MASSARI, bajo el título "La funzione della pena", había afirmado que bastaba una notevole, una rilevante possibilità; Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, *Rapport*, en *Rev. Int. D. P.* (1969, números 1-2), pág. 203. PINTER y VISKI, *Rapport*, en *Rev. Int. D. P.* (1969, números 1-2), págs. 152 y sigs. Cfr. BERISTÁIN, *El resultado y los delitos de peligro*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid* (1969). La sentencia de 7 de noviembre de 1967 habla de "no sólo probable peligro común", la sentencia de 14 de diciembre de 1969 habla de "posibilidad".

(81) Cfr. Max Ernst MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts* (Heidelberg, 1915, Carl Winters), págs. 128 y sig.

4. Culpabilidad

Los problemas de la culpabilidad adquieren en este delito importancia y dificultad extraordinarias. Aquí impera, como afirma QUINTANO, «constante confusionismo». Ya se ha indicado antes, al tratar de la «temeridad» como elemento objetivo, la dualidad de opiniones respecto a si este artículo tipifica un delito culposo o un delito doloso.

La mayoría de los autores y casi todas las sentencias respectivas del Tribunal Supremo —basten como ejemplo las sentencias de 29 de enero de 1969 y 31 de enero de 1969— sostienen que el número 2.º del artículo 340 bis, *a*, o sus antecedentes en las Leyes de 1950 y 1962, describen figuras culposas. Así opinan, entre otros, ANTÓN ONECA, CARRETERO, CONDE-PUMPIDO, CUELLO CALÓN, PERA VERDAGUER, QUINTANO, RUIZ VADILLO y SILVA MELERO (82). QUINTANO considera a veces este delito como doloso, pero con más frecuencia lo considera culposo. Además de las citas antes indicadas, en su obra póstuma, en el tomo IV de su Tratado, al comentar la nueva legislación introducida en el Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, sigue sin ver claro el problema; así lo reconoce al afirmar: «es dudoso que tenga igual carácter de culposo el delito de conducción temeraria sin resultado, del número 2.º del artículo 340 bis, *a*. El cual me parece ostentar más bien naturaleza dolosa, aunque ello parezca una paradoja» (83).

(82) José ANTÓN ONECA, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en *Estudios penales* (Bilbao, 1945, Universidad de Deusto), pág. 783. El eminente penalista de la Universidad madrileña tratando, de paso, de la Ley de 24 de diciembre de 1962, considera que esta Ley valora como delito las lesiones *culposas* (subrayamos nosotros, y creemos que estas lesiones son, en sí, culposas, pero la figura global es dolosa, con dolo de peligro; el resultado lesivo o dañoso culposo es una causa de agravación de la pena del delito básico de peligro). CUELLO CALÓN, *Ley penal del automóvil* (1950), págs. 23, 41. En su libro de texto ni indica ni comenta este problema. A. CARRETERO PÉREZ, *Nueva ley de uso y circulación de vehículos de motor* (Valencia, 1963), págs. 16 y sig. CONDE-PUMPIDO, *Alcance del concepto de "temeridad manifiesta" en la nueva ley de uso y circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962*, en *Primer Curso sobre problemas de tráfico* (Bilbao, 1963), págs. 53 y sigs. y 68. Idem, *Los delitos de resultado en la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en *Rev. Der. Circ.* (1964), páginas 759 y sigs. Posteriormente sostiene distinta opinión, por creer que al independizarse el tipo de las formas de resultado que gravitaban sobre la figura del artículo 2.º de la ley de 1962, y al convertirse en un mero delito de peligro, deja de sufrir el influjo de la técnica de los delitos de resultado culposo. Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3/1967, de 8 de abril*, en *Rev. Der. Circulación* (mayo-junio, 1967), pág. 236. PERA VERDAGUER, *La Ley del automóvil* (Barcelona, 1963, Bosch), págs. 40 y sigs. RUIZ VADILLO, *El delito de conducción temeraria...*, en *Rev. D. C.* (1965), págs. 250 y sigs. Idem, *El turismo ante algunos problemas jurídicos que plantean el uso y la circulación de vehículos de motor*, en *Rev. D. C.* (1968), págs. 11 y sig. SILVA MELERO, *La culpabilidad de la infracción de tráfico*, en *V Curso de D. de la Circulación*, págs. 183 y sigs.

(83) QUINTANO, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. IV (Madrid, 1967, Rev. Der. Privado), pág. 489.

En resumen, la jurisprudencia y la doctrina española, casi sin excepción, consideran el delito de peligro concreto por conducción temeraria como delito únicamente culposo.

Según RODRÍGUEZ DEVESA, en cambio (84), la conducta ha de ser dolosa, el que conduce de esta forma ha de ser consciente de que está conduciendo con manifiesta temeridad, y que con su conducta pone en peligro (concreto) la vida o la integridad corporal de alguna persona determinada o puede causar daños. La dificultad, para aplicar el artículo 565 (en su defecto el 586, 3.º, o el 600) estriba en que, con arreglo a la opinión dominante en la literatura y en la jurisprudencia, es preciso que se haya causado un mal; y, sin embargo, la puesta en peligro no es causación de un mal en el sentido de la Ley (85).

En mi opinión, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 1962, y también, lógicamente, el número 2.º del artículo 340 bis, *a*, describen delitos de naturaleza principalmente (y *de lege ferenda*, exclusivamente) dolosa, a pesar de aparecer con formulación tradicionalmente propia de los delitos culposos.

En este lugar surgen algunas dudas respecto a la clase de dolo peculiar de estos delitos: el dolo de peligro.

Dolo de peligro

Doctrina. Conviene aclarar la noción y la naturaleza jurídica del dolo de peligro, pues su olvido es una de las principales razones por las que penalistas y jueces se mueven en este terreno con tanta confusión, y se resisten a calificar este delito como delito doloso, con las fatales consecuencias que ello implica, v. gr., al calificar como culposo un delito grave doloso de peligro, que ha producido además, por imprudencia, un resultado lesivo.

BINDING y STOOS iniciaron esta teoría (86). Según interpretación muy autorizada (87), STOOS considera el dolo de peligro como una figura *sui generis* que, más que del dolo, participa de la culpa. Reconozco los sólidos argumentos —objetivos y subjetivos— de esta opinión, pero me inclino a apartarme de ella apoyándome en algunas afirmaciones de STOOS cuando reconoce el dolo de peligro como verdadero dolo con conciencia y voluntad: Es «*ist vorsätzliche Gefährdung... mit Wissen und Wollen, also vorsätzlich*» (88). BELING, según JIMÉNEZ DE ASÚA (89), expuso y

(84) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.ª ed. (Madrid, 1969), pág. 887.

(85) A. BERISTÁIN, *El resultado y los delitos de peligro*, en *Rev. de la Fac. de Derecho de la Universidad de Madrid* (1969).

(86) BINDING, *Die Normen*, t. II, 2.ª ed., págs. 377 y sig., t. IV, págs. 401 y siguientes. STOOS, *Dolus eventualis und Gefährdung*, en *ZgStW*, t. XV (1895), páginas 199 y sigs. K. O. RABL, *Der Gefährdungsvorsatz*, en *Strafrechtliche Abhand.*, Heft 312 (1933).

(87) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, 2.ª ed., pág. 558.

(88) STOOS, *Dolus eventualis und Gefährdung*, en *ZgStW*, t. XV (1890), página 201.

admitió el dolo de peligro porque lo creía oportuno para comprender los casos en que el agente, consciente del peligro, espera, sin embargo, que no se realice el resultado.

Esta forma de dolo encuentra fuerte oposición entre penalistas teóricos y legisladores. MEZGER dio el golpe de gracia a este concepto cuando en una nota de su Tratado (90), sin prestarle gran importancia, escribió: «finalmente es también erróneo el pensamiento de un especial dolo de peligro: cuando en vez de la lesión, el sujeto quiere la simple puesta en peligro del objeto, el contenido del dolo reviste una especial índole, pero no se trata de una propia especie del dolo... en el Derecho vigente sólo existe al lado del *dolus directus*, una ulterior forma del dolo, a saber: el *dolus eventualis*». En sentido parecido habían escrito anteriormente VON HIPPEL, ALLFELD y otros (91).

Hoy la mayoría de los penalistas alemanes ni hablan del dolo de peligro: así, MAURACH ni lo cita en su libro, y JESCHECK lo menciona brevísimamente (92). Excepcionalmente, BOCKELMANN formula la necesidad de admitir este dolo en los delitos de peligro de tráfico (93).

JIMÉNEZ DE ASÚA ofrece muy amplia información sobre el tema en el tomo V de su Tratado (94). No se limita a exponer las doctrinas ajenas; expone también la suya propia: rechaza la existencia de esta clase o subespecie de dolo. Textualmente afirma: ese supuesto dolo de peligro será unas veces dolo eventual y otras culpa consciente, según que el apasionado escopetero (se refiere al ejemplo clásico de Stooss) dispare su arma ratificando la muerte del que bate la caza, en un inhumano afán de que la pieza no escape; o que se diga «hay un ojeador en peligro, pero yo soy muy experto en el tiro y es imposible que mate a ese hombre». Así, pues, serán casos de *dolus eventualis* o de culpa con representación, pero no dolo de peligro, cuya figura no existe como entidad autónoma, como clase común a infracciones de variada índole (95).

(89) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 2.^a ed. (Buenos Aires, 1963, Losada), págs. 558 y sig. El texto de BELING en que se apoya ASÚA debe de pertenecer a la 5.^a ed. de *Grundzüge*, pág. 50. Esta edición falta en el Max-Planck Institut für ausländ. und internation. Strafrecht, de Freiburg i. Br., donde escribo estas páginas, por eso me limito a transcribir las consideraciones del maestro JIMÉNEZ DE ASÚA.

(90) MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, t. II (Madrid, 1957. Rev. D. Privado), pág. 167.

(91) R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II (Berlín, 1930, Springer), páginas 326 y sigs, con abundante información bibliográfica.

(92) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil* (Berlín, 1969, Duncker u. Humblot), pág. 193.

(93) BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, en *Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge* (Hamburg, 1967, H. Seidewinkel), págs. 63 y sigs. y 77 y sigs. Idem, *Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht*, en *Verkehrsstrafrechtliche*, págs. 237 y sigs.

(94) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 2.^a ed. (Buenos Aires, 1963, Losada), págs. 557 y sigs.

(95) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. V, 2.^a ed., pág. 564.

En favor del dolo de peligro se muestran algunos autores, especialmente italianos. Por ejemplo, Arturo Rocco, en *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, afirma «los delitos de peligro o de amenaza son delitos dolosos. El dolo que existe en los delitos de peligro se llama dolo de peligro (Gefährdungsvorsatz). Consiste en la consciente voluntad de poner en peligro un bien o un interés humano. Se distingue del dolo del daño, que se encuentra en delitos de daño o de lesión, precisamente porque en éste lo que se quiere es un daño, en aquél, en cambio, tan sólo un peligro» (96). En la página siguiente, en nota, indica que su concepto de dolo de peligro no coincide del todo con el de Stooss, y añade que quien admita la teoría de la representación no puede admitir el dolo de peligro. JIMÉNEZ DE ASÚA califica de correcta la tesis de Rocco al considerar el dolo de peligro no como una subespecie común, sino como el dolo propio de los delitos de peligro (97).

En Italia también lo admiten, entre otros, VANNINI, ANTOLISEI y, en cierto sentido, MANZINI. Según VANNINI existe dolo de peligro cuando el agente «actúa con la consciencia de realizar aquella situación de peligro que está prohibida por la norma penal, si bien espera evitar la realización del daño», y años después, en su *Manuale* (98) entiende por dolo de peligro la voluntad de actuar u omitir con la consciencia de exponer únicamente a peligro la integridad de un bien penalmente protegido («volontà di agire od omettere con la coscienza di soltanto esporre a pericolo la integrità di un bene penalmente protetto»). Comentando la opinión del penalista italiano, añade ASÚA (99): «es obvio que VANNINI había confundido el supuesto dolo de peligro con la culpa consciente». ANTOLISEI admite el dolo de peligro cuando el sujeto ha querido solamente amenazar, no destruir o disminuir, el bien jurídico (100). MANZINI (101) define contradictoriamente el dolo de peligro; por una parte lo define acertadamente como «la consciente voluntad de poner en peligro un bien-interés ajeno, pero sin querer también el daño amenazado por ese peligro». Por otra parte añade que «según la noción de dolo de peligro el agente o el omitente no sólo prevé el resultado de peligro (lo que no bastaría para el dolo, pudiéndose, en cambio, tratar de culpa agravada por la previsión), sino que realiza una actividad que contiene, al menos como alternativa (a diferencia de la culpa), la voluntad de producir el resultado

(96) A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, en *Opere giuridiche*, vol. I (Roma, 1932, Foro italiano), págs. 330 y sig.

(97) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, 2.^a ed., pág. 561.

(98) O. VANNINI, *La dottrina del dolo ed i reati di pericolo*, en *Riv. Dir. Proc. Pen.* (1917), pág. 401. Idem, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, nuova ediz. (Firenze, 1954, Carlo Cya), pág. 111.

(99) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, 2.^a ed., pág. 559.

(100) ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 5.^a ed. (Milano, 1963, Giuffrè), págs. 267 y sig.

(101) MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. I, nueva ed. (Torino, 1948), pág. 674.

mismo». ASÚA, al considerar esta opinión de MANZINI, añade con razón (102): «adviértase que MANZINI ha entrado en el dolo eventual». PECORARO-ALBANI rechaza el dolo de peligro en un amplio capítulo de su libro sobre el dolo (103).

En España, la mayoría de los penalistas no hablan del dolo de peligro, o lo hacen muy brevemente. Ofrecen consideraciones importantes al respecto ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ DEVESA, DEL ROSAL, LUZÓN DOMINGO y RUIZ VADILLO (104). ANTÓN tiene el mérito de plantear el problema desde un punto de vista distinto al de la generalidad de los tratadistas. En general, los autores que afirman o niegan el dolo de peligro plantean poco acertadamente el problema: Discuten si junto al dolo directo y al dolo eventual existe otro dolo, como tercera forma de culpabilidad, *als dritte Schuldform*; o se preguntan si el dolo de peligro es un dolo específico más; o consideran, en el plano de la postura psicológica, el talante interno del autor, en vez de considerar la dirección o terminación del ataque al bien jurídico.

Dentro del dolo conviene distinguir dos clasificaciones: la primera comprende el dolo directo y el dolo eventual; la segunda comprende, dentro de cada uno de estos dolos, otras dos subclases: el dolo de lesión y el dolo de peligro. O sea, que tanto el dolo directo como el eventual pueden terminar en cualquiera de estas dos subclases. Hay un dolo directo de lesión y un dolo directo de peligro; un dolo eventual de lesión y un dolo eventual de peligro. Algo parecido debe decirse respecto a la imprudencia. También aquí hay dos grupos de clasificaciones. El grupo superior consta de imprudencia consciente e inconsciente. El grupo inferior refiere cada una de estas clases a la lesión o al peligro.

Entendido así el dolo de peligro —como una subespecie del dolo directo y del eventual, como un dolo paralelo, pero contrapuesto al dolo (directo y eventual) de resultado—, difícilmente puede negarse su existencia. A este respecto escribe ANTÓN: «También se ha hablado de un dolo de peligro, que habría de oponerse al de daño... En efecto, si la mayor parte de las figuras delictivas son de daño, en cuanto implican la lesión de un bien jurídico, hay algunas de mero peligro; pero fácil es advertir que la distinción radica en el ataque al bien jurídico y no en el

(102) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, 2.^a ed., pág. 559.

(103) PECORARO-ALBANI, *Il dolo* (Nápoli, 1955, Jovene), págs. 482-521, con selecta bibliografía italiana y alemana.

(104) RUIZ VADILLO, *La graduación judicial de la pena en la nueva Ley del automóvil*, en *V Curso Internacional de Derecho de la Circulación* (Madrid, 1963), pág. 531, admite que los artículos 2.^o y 3.^o de la Ley de 1962 contengan supuestos de dolo de peligro, pero incluibles, a efectos penales, en la culpabilidad culposa, es decir, cuando un sujeto tiene conciencia de que su conducta es peligrosa, y, a pesar de ello, conduce, hay dolo de peligro, pero no manifestación dolosa de culpabilidad. A. SERRANO GÓMEZ, en *Policía española* (abril, 1969), afirma que el dolo de peligro es de escaso valor práctico.

elemento psicológico, que es el mismo, ya verse la voluntad sobre la lesión, ya sobre el peligro del bien jurídico» (105).

BOCKELMANN, en sus estudios «Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr», «Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht» (106), insiste en la necesidad de tener en cuenta el «Gefährdungsvorsatz», al momento de calificar los delitos de peligro concreto por conducción arriesgada: también conduce dolosamente, escribe, quien conduce con temeridad manifiesta y pone en peligro la seguridad del tráfico.

Algunos objetan contra el dolo de peligro en el tráfico, que nadie en la carretera pone conscientemente y libremente en peligro a otras personas, pues en el mismo momento actuaría con dolo de peligro contra sí mismo. Esta objeción carece de valor: el noventa por ciento de los causantes de accidentes en la carretera conducen conociendo y queriendo el peligro, pero esperando superarlo. Además, esta objeción confunde el dolo de peligro con el dolo de lesión; muchos conductores desean el peligro, pero no desean la lesión. La agresividad, como factor de la personalidad criminal, en los momentos del peligro consciente adquiere facetas diversas en los delincuentes comunes y en los llamados —según PINATEL (107)— pseudo-delincuentes o delincuentes de tráfico.

Admitiendo sólo el dolo de lesión quedan sin solucionar, o con solución injusta, muchos problemas del Derecho penal de tráfico, concretamente muchos problemas del artículo 340 bis, *a*. Como el autor ni conoce ni quiere el resultado lesivo, como no actúa con dolo de lesión, su acción nunca se califica de dolosa. Al calificarla de culposa se viola la realidad fáctica (pues el autor conoce y quiere su acción y su resultado: el peligro prohibido), y se viola el precepto legal, que estructura este delito como doloso. Produce funestas consecuencias esta desconsideración de la naturaleza de las cosas, y de la ley.

Basta lo indicado para comprender la conveniencia doctrinal del dolo de peligro; veamos ahora si encuentra apoyo suficiente en los dos textos legales.

Legislación. JIMÉNEZ DE ASÚA escribe (108): «No hay legislaciones vigentes que admitan la categoría de dolo de peligro como fórmula general aplicable a todas las infracciones (lo que no es obstáculo para que el dolo propio de los delitos de peligro sea esa intención de arriesgar los bienes

(105) ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general* (Madrid, 1949), pág. 203.

(106) BOCKELMANN, *Der Schuldgehalt des menschlichen Versagens im Strassenverkehr*, en *Verkehrsstrafrechtliche*, págs. 63 y sigs. Idem, *Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht*, ibídem, págs. 223 y sigs.

(107) PINATEL, *Criminologie*, 2.^a ed. (París, 1970, Dalloz), págs. 380 y sig. y 612 y sigs., en BOUZAT, PINATEL, *Traité de Droit pénal et Criminologie*. PINATEL, *La Criminologie devant la criminalité...*, en *RSC* (1969), pág. 705.

(108) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. V, 2.^a ed., pág. 562.

protegidos por el Derecho)». Entenderían mal este párrafo quienes concluyesen que ninguna legislación admite el dolo de peligro; esto es inexacto. El insigne tratadista español niega que las legislaciones vigentes acojan el dolo de peligro como una subespecie dolosa común, pero no niega que lo acojan como el dolo propio de los delitos de peligro.

Algunas legislaciones admiten el dolo de peligro explícitamente, y la mayoría lo admiten implícitamente. Entre las legislaciones que formulan expresamente un dolo aplicable a las varias infracciones de peligro destacan el Código penal suizo, el uruguayo, el húngaro, el brasileño y, aunque con cierta oscuridad, el griego. El primero, en su artículo 129, dice: «Puesta en peligro de la vida ajena. Quien conscientemente y sin escrúpulo hubiera puesto a otro en peligro de muerte inminente, será castigado con reclusión, por tres años como máximo, o con prisión por un mes como mínimo.» Cfr., además, los artículos 221-239. El Código penal uruguayo de 1934, actualmente vigente, en su artículo 20 dice: «Régimen del dolo y de la culpa en los delitos de peligro. Cuando la ley manda o prohíbe ciertos actos en defensa de un determinado bien jurídico, el dolo o la culpa se aprecian con relación a los actos mandados o prohibidos, y no con relación al bien jurídico que se pretende salvaguardar» (109). De modo semejante se expresa el actual Código penal húngaro, en su artículo 258. La Exposición de Motivos del Código penal brasileño, al tratar de los delitos de peligro contra la vida y la salud, afirma que su elemento subjetivo es «la voluntad consciente referida exclusivamente a la producción del peligro, pues en caso contrario no habría para qué distinguir entre estos delitos y la tentativa del delito de daño». El artículo 290 del Código penal griego dice: «Quien dolosamente perturba la seguridad del tráfico será castigado con prisión, si del hecho puede surgir un peligro para las personas, y con presidio si por ello se causa la muerte de una persona. Si se comete por imprudencia se castiga con prisión.» El Código penal español de 1928 definía en su artículo 32 el dolo de peligro. Nuestros Códigos posteriores no conservan este artículo en la parte general; pero en la parte especial configuran los delitos de peligro, poco más o menos, como el Código de 1928, y admiten implícitamente la existencia del dolo de peligro.

El número dos del artículo 340 bis, *a*, configura una infracción dolosa —al menos también dolosa— con dolo de peligro. Nuestro más alto Tribunal desconoce, en la práctica, esta forma de dolo. El Tribunal Supremo

(109) En sus notas explicativas, el autor del Proyecto, IRURETAGOYENA, indica que esta disposición “tiene por objeto definir el elemento subjetivo de los delitos de peligro, impidiendo que el dolo o la culpa en su caso, en vez de apreciarse con relación a los actos previstos por el legislador, como fuente del daño, se estimen en relación al daño mismo, lo que el legislador trata de evitar”. Cfr. Fernando BAYARDO BENGUA, *Derecho penal uruguayo*, t. II (Montevideo, 1963, Centro de Estudiantes de Derecho), págs. 91 y sigs. Cfr. *Código penal*, concordado y anotado por el profesor Juan B. CARBALLA, 2.^a ed. (Montevideo, 1968, Ministerio de Cultura), págs. 74 y 242 (trata del peligro abstracto).

en general, como afirma LUZÓN DOMINGO (110), «no ha aportado en toda su plenitud el estudio de estas matizaciones del dolo, lo que le hace incurrir en ocasiones en vacilaciones, en imprecisiones de concepto de máxima trascendencia a la hora de decidir la calificación y castigo de algunas conductas, como en sentencia de 6 de julio de 1955».

Ante infracciones de este artículo, el Tribunal Supremo (si prescindimos de un par de sentencias de las que ya hemos hablado) sólo maneja dos formas de culpabilidad: el dolo eventual (de resultado lesivo), o la culpa. Lógicamente, el Tribunal Supremo aboca a conclusiones opuestas a la letra y al espíritu de la Ley. Pueden citarse en este punto las sentencias de 14 de diciembre de 1967 y 17 de abril de 1969. La primera dice: «al acelerar la velocidad lo hizo sin intención de hacer daño al Agente..., tal aseveración excluye el dolo eventual, pero no la culpa... consciente». En la sentencia de 17 de abril de 1969 puede leerse: «Tal conducta raya más que en imprudencia temeraria en la figura del grado mayor del dolo eventual, puesto que el (procesado) al crear tan grave situación de peligro obraba, sin duda, con absoluta indiferencia para los resultados...»

En resumen, el número 2.º del artículo 340 bis, *a*, describe un delito de peligro por conducción temeraria que, según unos, abarca solamente la forma culposa; según otros, abarca también la dolosa (con dolo o culpa respecto al peligro, no respecto al resultado), y según otros (que interpretan la palabra «manifiesta» subjetivamente, por razones de política criminal), abarca sólo la forma dolosa, como algunas legislaciones extranjeras, v. gr., la alemana. La legislación de otras naciones —v. gr., Brasil, Suiza, Uruguay, Yugoslavia— admite también el delito culposo de peligro.

Esta figura incrimina el resultado objetivo de peligro, sin caer en el objetivismo (111), respetando el principio *nullum crimen sine culpa*. Exactamente dicho, incrimina la conducta culpable que produce un resultado objetivo de peligro. Pero su formulación es técnicamente defectuosa, y da pie a interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales desacertadas.

Omito el comentario respecto a las formas imperfectas de ejecución —tentativa y frustración— y respecto a los diversos grados de autoría y complicidad, pues los exegetas de la nueva legislación se manifiestan en este punto con relativa uniformidad. En cambio, respecto al concurso, que todos reconocen representa aquí los problemas de más envergadura, la legislación española y la comparada, la jurisprudencia y la doctrina manifiestan posturas dispares, dignas de estudio.

(110) LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, t. I (Barcelona, 1964, Ed. Hispano Europea), pág. 101. Idem, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, II (Barcelona, 1960), págs. 41 y sigs.

(111) A. BERISTÁIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, en *Rev. Gen. Leg. Jur.* (diciembre, 1962).

5. Concurso de delitos

El párrafo 3.º del artículo 340 bis, *a*, dice: «Cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo (112) prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada.» Este párrafo resuelve, en teoría, «la debatida cuestión del concurso de delitos, en el sentido de que en estos casos sólo se sanciona la infracción más gravemente penada», como lo reconoce la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en su Circular de 25 de abril de 1967. Pero en la práctica todavía queda lo principal del problema por resolver.

Respecto al contenido de este párrafo, y sus antecedentes en las Leyes de 1962 y de 1950, el Tribunal Supremo considera que regula un concurso de leyes. La sentencia de 23 de noviembre de 1961 (Aranz. 3.866) afirma que existe relación de consunción «los delitos de resultado absorben a los de mero riesgo»; la sentencia de 31 de enero de 1969 habla del juego de concurso de normas; en el mismo sentido otras muchas sentencias. En sentido contrario se expresan algunas sentencias de hace veinte años: 14 de marzo de 1959, 16 de diciembre de 1957, 8 de marzo de 1956, 1 de marzo de 1956.

La mayoría de los comentadores de este artículo, y de sus antecedentes en las Leyes de 1950, 1962, siguen la línea hoy general en la jurisprudencia. QUINTANO, en su Derecho penal de la culpa (113), considera necesario aplicar el concurso de leyes, de modo que el peligro quede absorbido por el resultado; pero en el mismo libro, en otro capítulo, escribe «que la cuestión es más fácil de dilucidar en teoría que en la práctica, donde es posible la coexistencia concursal del delito de riesgo y del resultado por imprudencia». En semejante sentido se expresa LORCA GARCÍA (114).

FERNÁNDEZ ALBOR escribe «la *ratio legis* es evitar el resultado, evitar que aquella conducta de peligro desemboque en 'un resultado' real de lesión de un bien jurídico. Una vez que no se ha podido evitar, el delito de peligro queda absorbido por el artículo 565» (115). Según LUZÓN DOMINGO, cuando el sujeto realiza una acción arriesgada, con dolo de peligro, sin consentir en manera alguna en el evento lesivo, pero éste se ori-

(112) Sería preferible que el Código emplease aquí la palabra peligro (en vez de riesgo), pues como afirma NAVARRETE (*La omisión del deber de socorro, exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*, en *Rev. F. D.*, Madrid, 1959, págs. 419 y sigs.) riesgo en el Código penal significa el peligro del peligro.

(113) QUINTANO, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)* (Barcelona, 1958, Boch), pág. 317.

(114) QUINTANO, *Derecho penal de la culpa*, pág. 562. J. LORCA GARCÍA, *Examen de los preceptos incorporados al Código penal por la Ley de 8 de abril de 1967, referentes al uso y circulación de vehículos de motor*, en *Rev. de D. Cir.* (1967), páginas 462 y sigs.

(115) A. FERNÁNDEZ ALBOR, *El peligro y la velocidad excesiva en el Derecho de la Circulación*, en *V Curso Int. D. Circ.* (Madrid, 1963), pág. 413.

gina a causa de la situación de peligro que voluntariamente había causado... en ese caso la conducta del sujeto encajará a la vez en el delito doloso de peligro y en la imprudencia punible... y entonces la solución la dará el artículo 68. CONDE-PUMPIDO considera esta conclusión un poco precipitada, porque exige que el peligro y el daño resulten del mismo hecho (116).

RODRÍGUEZ DEVESA opina que el Código penal establece aquí un concurso de leyes en relación de consunción: la pena más grave consume a la menos grave. Al catedrático de Madrid le parece (117) que lo natural sería que si las conductas en cuestión se castigan porque son peligrosas, la producción del resultado excluyera la aplicación de aquellos tipos contruidos para adelantar las barreras de la protección penal; el resultado en el mundo exterior (muerte, lesión, daño) es inconciliable con el peligro, y lo absorbe.

En sentido muy parecido, pero no idéntico, plantean el problema BINDING, en su «Handbuch des Strafrechts» (118), y anteriormente OLSHAUSEN y HÄLSCHNER. BINDING analiza despacio el problema, y concluye que casos como el que ahora tratamos deben regularse por las reglas de concurso ideal de delitos; concretamente pone como ejemplo, cuando alguien por velocidad excesiva atropella y mata a un hombre, «etwa durch allzu rasches Fahren ein Mensch getötet wird». Esta doctrina de BINDING encuentra buena acogida en la mayoría de los autores alemanes posteriores, de las más variadas tendencias, desde MEZGER, VON HIPPEL, JAGUSCH, SCHÖNKE-SCHRÖDER, hasta WELZEL (119). Con especial detención trata el tema GEERDS, en su monografía «Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht», y en su artículo «Konkurrenzprobleme...» (120). Los autores germanos consideran el supuesto aquí debatido como un solo hecho violador de dos preceptos legales no incompatibles entre sí, violador de dos bienes jurídicos distintos (la seguridad de tráfico, por una parte, y la vida y la propiedad, por otra); consideran dos conductas heterogéneas unidas por vínculos no necesarios, ya que el resultado lesivo puede producirse sin precedente delito de conducción temeraria; por ejemplo, cuando el

(116) LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad*, t. II, pág. 418. CONDE-PUMPIDO, *Modificaciones, en el aspecto penal, de la Ley de uso y circulación*, en R. G. L. J. (julio-agosto, 1968), págs. 48 y sigs.

(117) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3.^a ed., página 884.

(118) BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, t. I (Leipzig, 1885, Duncker u. Humblot), págs. 358 y sig.

(119) JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, t. I, § 73, núm. 2, C., 2.^a ed. (Berlín 1957, Gruyter), págs. 601 y sigs. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 15.^a ed., Vorbemerkungen, § 73, núm. 75, e, d, § 229, núm. 14. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed. (1969), págs. 231, 235, 463. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 3.^a ed. (1965), págs. 639 y sigs.

(120) F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht* (Hamburg, 1961, Hansisches Gildenverlag J. Heitmann), págs. 211 y sigs. Idem, *Konkurrenzprobleme...*, en *Blutalkohol*, III (1965-1966), págs. 124 y sigs.

resultado se produzca en el tráfico, pero la acción del conductor no cumple los requisitos típicos del delito de peligro, v. gr., porque conduce prudentemente o con simple imprudencia. Por tanto, la ley que incrimina el delito de lesión o daño no siempre cubre el delito de peligro; al no abarcarlo no lo consume. También pueden darse delitos dolosos o culposos de lesión o daño no precedidos de peligro tipificado. Además, ese resultado lesivo de tal objeto particular no agota el peligro general del «público», de dimensión y gravedad mayor.

La legislación y la jurisprudencia alemanas siguen fielmente en este punto las orientaciones de sus teóricos: concretamente en los párrafos 37, 32 *m*, 73 y 315 *c* del actual StGB, así como en las decisiones jurisprudenciales correspondientes (121), algunas ya en los años 1926, 1937, 1956, y muchas en años más recientes.

El texto del Código penal español permite una interpretación dentro de la teoría alemana, pero permite también otras interpretaciones.

Las serias razones que aducen los penalistas alemanes no impide que *de lege lata* resulte congruente también la opinión de los autores españoles antes citados que consideran el supuesto dentro del concurso de leyes. Entre otras razones, conviene subrayar que el texto del Código penal puede interpretarse reconociendo una absorción de la pena menos grave por la más grave, en relación de consunción; y que los prácticos, generalmente, lo interpretan y aplican así. Un argumento analógico (122) lo ofrece el artículo 91, en su párrafo 3.º, que ordena no imponer privación de libertad subsidiaria, en caso de impago de multa, al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años.

Por otra parte, el Código penal no cierra la puerta a quienes consideramos este supuesto como concurso de delitos, pues el apreciar sólo la infracción más grave cabe dentro de las normas para el concurso ideal, concretamente en el artículo 71. Además, la regulación del párrafo 3.º del artículo 340 bis, *a*, parece calcada casi literalmente de la regulación del Código penal alemán para el concurso ideal de delitos en su párrafo 73 (123).

De lege ferenda el párrafo 3.º debe formularse con más rigor científico, a la luz de las nuevas adquisiciones de la técnica. Para evitar más discrepancias dentro de la legislación penal, conviene tener presente que la Ley de 29 de abril de 1964, al regular la utilización de la energía nuclear,

(121) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. LIX (Berlín, Leipzig, 1926, Gruyter), págs. 107, 112 y sig. *Ibidem*, t. LXX (1937), pág. 402. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, t. VIII (Berlín, Köln, 1956, C. Heymanns), pág. 244.

(122) Argumento analógico, pero no de identidad, pues aquí hay dos delitos, mientras que en el caso del artículo 91 sólo hay un delito.

(123) Debe criticarse esta coincidencia si se ha buscado con el fin de conseguir fines idénticos, pues olvida que, al diferir los supuestos básicos de ambos Códigos, la regulación idéntica de un precepto puede abocar a resultados diversos.

en su capítulo 13, dispone que cuando el delito de peligro concreto nuclear produjere muerte, lesiones o daños se aplicarán, además de las penas correspondientes al delito de peligro, las penas establecidas en el Código para esos delitos de resultado lesivo. Esta ley considera el caso como concurso ideal de delitos, y dispone la acumulación aritmética de sus penas. Saltan a la vista las diferencias con el artículo 340 bis, *a*. Es necesario superar estas diferencias teóricas y legales.

Si las conductas en cuestión se castigan porque son peligrosas, si aquellos tipos se construyen para adelantar las barreras de la protección penal, la producción del resultado debe excluir la aplicación de esos tipos, imponiéndose lógicamente la relación de subsidiaridad tácita, tanto en el artículo 340 bis, *a*, como en la Ley de 1964. Si prevalece la opinión del concurso ideal de delitos, deben regularse todos estos casos o por las normas generales de los artículos 69-71 (124), o por una norma especial, siguiendo el espíritu, no sólo la letra, de la legislación y doctrina alemana.

De todos modos, la solución que se adopte implicará importantes consecuencias respecto a la penalidad.

6. Penalidad. Innovaciones

Con razón indica WÜRTEMBERGER (125) la especial dificultad de la determinación de la pena en este campo carente de orientaciones tradicionales.

La nueva legislación (1950, 1962, 1967) aporta, entre otras innovaciones, una muy acertada respecto a la penalidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo y la doctrina no reconocen todavía debidamente el valor positivo de esta modificación.

Hasta la entrada en vigor de la nueva legislación (año 1967) en nuestro Código penal la privación del permiso de conducción era exclusiva de los delitos culposos (art. 565, § 6.º); al delito doloso de lesión o daño, cometido con vehículo de motor, nunca le correspondía esa pena. Salta a la vista lo anticuado y desacertado de aquella legislación, pues la mayoría de los especialistas teóricos y prácticos desde hace años (126), como hoy (127), consideran la privación del permiso de conducción como la

(124) Es necesario superar la equivocada e infundada doctrina del Tribunal Supremo que considera inaplicables los artículos 69-71 en los casos de delitos culposos tipificados en el artículo 565. El párrafo 3 de este artículo permite a los Tribunales prescindir de las reglas prescritas en el artículo 61, pero deja en pie las normas de los artículos 69-71.

(125) WÜRTEMBERGER, *Zur Phänomenologie der richterlichen Erfahrung*, en *Phänomenologie. Rechtsphilosophie. Jurisprudenz. Festsch. f. G. Husserl* (Frankfurt M., 1969, Klostermann), pág. 185. Idem, *Irrationale Elemente der richterlichen Strafzumessung*, en *Weltanschaul. Hintergründe der Rechtsprechung*, editado por W. BÖHME (1968), págs. 57 y sigs.

(126) MIDDENDORFF, *Die Strafzumessung bei Trunkenheit am Steuer*, en *Zeitschrift f. Verkehr*, V (1951), págs. 328 y sigs.

(127) KAISER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention* (Tübingen, 1970,

sanción más eficaz para la prevención general y especial respecto a los delitos de tráfico.

Muchas veces, hasta la reforma de 1967, la pena señalada por el Código penal al delito doloso podía ser menos grave que la señalada al similar delito culposo, si ambos se cometían con vehículo de motor, pues la agravación de la privación del permiso (señalada al delito culposo y no al doloso) era mayor que la agravación a la pena privativa de libertad o multa del doloso sobre el culposo.

Quizá una razón de esta laguna sea que el legislador y los magistrados, a pesar de lo prescrito en los artículos 27, 28, 30 y 42, consideran la privación del permiso de conducir como medida de seguridad, y por ello imponen esa medida sólo a los que manejan el vehículo imprudentemente. Lo equivocado de esta supuesta razón es evidente: la privación del permiso *de lege lata* y *de lege ferenda* es pena (al menos también pena). La privación del permiso se debe, pues, imponer también a los conductores muy peritos que usan su pericia con fines lesivos, pues resultan especialmente peligrosos.

Quizá otra razón de esta laguna sea la falta de unanimidad entre los teóricos respecto al contenido, la fundamentación y la naturaleza jurídica de esta prescripción —del párrafo 6.º del artículo 565—. Según DEL ROSAL (128), este párrafo se refiere a los delitos de desobediencia en los que la punibilidad no nace de un peligro, sino que la experiencia nos dice que puede producirse un peligro que termina en una auténtica lesión. JIMÉNEZ DE ASÚA (129), en cambio, ve aquí un aumento de pena, una medida accesoria, en delitos culposos, no en delitos de desobediencia ni de peligro.

Aunque sean discutibles las causas de esta laguna, son indiscutibles los lamentables efectos de ella (130).

Mohr), págs. 412 y sig. *The Effectiveness of Punishment and Other Measures of Treatment*, ed. por el Consejo de Europa (Strassburg, 1967). SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil* (Tübingen, 1970, Mohr), págs. 621 y sig. (señala también los aspectos negativos).

(128) J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho penal español. Parte general*, t. II, volumen I (Valladolid, 1948), págs. 581 y sig.

(129) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, 2.ª ed. (1958), páginas 470 y sig.

(130) No resultan convincentes las razones que algunos especialistas ingleses aducen para defender la escasa aplicación en sus leyes de la privación del permiso de conducción. Según Her Majesty's Stationery Office: *Return of Offences Relating to Motor Vehicles in England and Wales During 1967* (pág. 7), de 1.043.115 condenados por delitos de tráfico sólo el 5,5 por 100 (y en 1959, el 5,2 por 100) fueron privados del carnet; la mayoría, el 98,2 por 100 (y en 1959, el 98,0 por 100) fueron sancionados con multa; sólo el 0,45 por 100 (y en 1959, el 0,36 por 100) sufrieron penas privativas de libertad. Cfr. A. SAMUELS, *The Motoring Offender: What Can We Do About Him?*, en *The Crim. Law Rev.* (marzo, 1969), págs. 133 y sigs. B. MACKENNA, *Causing Death by Reckless or Dangerous Driving: a Suggestion*, en *The Crim. L. R.* (febrero, 1970), págs. 67 y siguientes.

El artículo 340 bis, *a*, aminora esta laguna al imponer la pena de privación del permiso de conducir a los delitos dolosos de peligro. Pero todavía quedan sin cubrir algunos delitos de tráfico con dolo de resultado.

El Tribunal Supremo no ha sabido aprovecharse suficientemente de la reforma del 340 bis, *a*. Su párrafo 3.º determina que cuando de los actos sancionados en este artículo o en el siguiente resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada. Una conclusión fluye irrefutable de este párrafo: los Tribunales impondrán la sanción prescrita (multa de 5.000 a 50.000 pesetas y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o con carácter definitivo) u otra sanción más grave; nunca impondrán una sanción menos grave.

Sin embargo, el Tribunal Supremo llega a conclusiones distintas. Argumenta de esta manera: el artículo 340 bis, *a*, describe un delito culposo; a tenor del párrafo 7.º del 565, a este delito corresponde siempre una pena menor que la señalada al mismo delito cometido intencionalmente. Por tanto, cuando al delito doloso le corresponda una pena menor a la del artículo 340 bis, *a*, en todos esos casos, los Tribunales aplicarán una pena inferior a la del delito doloso (que, a su vez, es inferior a esa pena de multa y privación del permiso). Como ejemplo de esta doctrina jurisprudencial basta citar la sentencia de 15 de febrero de 1969 (131).

Posteriormente, en sentencia de 8 de abril de 1969, ante hechos similares, el Tribunal Supremo llega a conclusiones parcialmente distintas, pero, por desgracia, mantiene las mismas premisas dogmáticas (especialmente respecto la calificación de este delito como culposo) a las que aplica una argumentación a mi parecer criticable, pues afirma que:

- 1) la comparación de las dos penas debe hacerse entre las penas tipo, excluyendo la pena de privación del permiso,
- 2) no se puede estimar compensable la multa con la privación del permiso,
- 3) no hay dos clases de imprudencia temeraria y con penalidad distinta por el hecho de que una se haya producido con vehículo y la otra no (132).

La confrontación de éstas y otras sentencias muestra la inseguridad de nuestro más alto Tribunal al determinar la pena de estos delitos, y sobre todo su desconocimiento —o poco uso— de las aportaciones positivas de la nueva legislación.

La doctrina tampoco ha logrado todavía acoger y desarrollar debidamente las innovaciones de la nueva legislación respecto a los problemas

(131) Cfr. Comentario de LUZÓN DOMINGO, en *Rev. Derecho Circulación* (1969), págs. 177 y sig.

(132) Cfr. Comentario de LUZÓN DOMINGO, en *Rev. Derecho Circulación* (1969), pág. 289.

de la penalidad. Los autores, salvo raras excepciones, siguen las orientaciones más o menos confusas del Tribunal Supremo.

Conviene destacar los pasos positivos de la nueva legislación. El artículo 340 bis, *a*, aminora la laguna antes indicada. No la colma totalmente, pues exige algunos elementos típicos que pueden faltar en muchos delitos con resultado doloso. Por ejemplo, no puede imponerse la pena de privación del permiso de conducción al autor que produce el daño o la lesión conduciendo su vehículo prudentemente, o con imprudencia simple.

Para llevar a término la puesta al día de nuestra legislación penal en este campo, conviene introducir un artículo en el Libro 1.º del Código penal (como lo han hecho otras legislaciones, v. gr., la alemana) que imponga la privación del permiso de conducción al autor de cualquier delito cometido con vehículo de motor, y conviene derogar por superfluo el párrafo 6.º del artículo 565. El nuevo artículo podría formularse así:

«Toda infracción cometida con vehículo que exija permiso de conducción llevará aparejada la privación del mismo, en todas y cada una de sus clases (133), por tiempo de un mes y un día a diez años. Esta privación se podrá imponer con carácter definitivo si, con anterioridad, el culpable hubiere sido condenado judicialmente tres veces a la retirada temporal del mismo.

A los poseedores del permiso extranjero se les impondrá la sanción correspondiente según los tratados internacionales.»

Merece alabarse la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, de 4 de agosto de 1970, en lo referente a la privación del permiso de conducción, o la prohibición de obtenerlo, que impone a gran parte de los declarados en estado peligroso: artículo 6.º, números 5.º, 7.º, 9.º, 11.º y 13.º.

Teniendo en cuenta los buenos resultados producidos por la remisión condicional de esta pena en Gran Bretaña a tenor de la Road Traffic Act 1960, Road Traffic Act 1962, Road Safety Act 1967 (134), podía añadirse un segundo párrafo que diga:

«Se concede a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente la remisión condicional que deja en suspenso la ejecución de esta pena. El plazo de esta remisión será de dos a diez años, que

(133) Teniendo en cuenta la reforma introducida por Decreto del 20 de mayo de 1965, en el artículo 261 del Código de la circulación, conviene indicar si la pena se refiere a una clase de carnet o a todas las clases. No es lo mismo un carnet de la clase A-1 que un carnet de la clase D.

(134) G. S. WILKINSON, *Road Traffic Offences*, 5.ª ed. (London, 1965, suplemento, 1967, Oyez), págs. 147 y sig. CROSS A. JONES, *Introduction to Criminal Law*, 6.ª ed. (London, 1968, Butterworths), págs. 259 y sigs. La Criminal Justice Act 1967 (s. 51) introduce la Probation para los delincuentes de tráfico por creer que son reeducables. Cfr. ALAN SAMUEL, *The motoring Offender: What Can We Do About Him?*, en *The Criminal Law Review* (marzo, 1969), págs. 136 y sigs. Cfr. *Halsbury's Status of England*, 2.ª ed., vol. 47 (1967), págs. 450 y sig.

fijarán los Tribunales atendidas la personalidad del autor, las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta.»

Con lo expuesto queda indicado lo más importante respecto al número dos del artículo 340 bis, *a*, y quedan propuestas las oportunas formulaciones *de lege ferenda*.

7. Conclusiones

Teniendo en cuenta, y para superar la oscuridad y confusión que impera en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina respecto a los problemas que suscita el artículo 340 bis, *a*, se pueden compendiar ahora algunas conclusiones breves y claras.

1. El número dos del artículo 340 bis, *a*, tipifica un delito de peligro concreto, general; no un delito de lesión, ni una infracción administrativa.

2. La temeridad de este artículo pertenece al tipo de injusto, como elemento objetivo. No puede aceptarse la opinión mayoritaria de la jurisprudencia y de la doctrina que lo consideran elemento subjetivo de la culpabilidad. No puede aceptarse que este artículo incrimina únicamente la comisión en forma culposa.

3. El peligro, posibilidad o probabilidad de un perjuicio, es un concepto ontológico-normativo que el Juez debe valorar en cada caso concreto, según las circunstancias, en prognosis *a posteriori* (por la naturaleza *objetivo-subjetiva* del peligro), apoyado en criterios de las ciencias naturales y jurídicas.

4. Este delito puede cometerse, teóricamente, en forma dolosa, con dolo de peligro, y en forma culposa. La política criminal y la seguridad jurídica puede exigir, en muchas circunstancias, incriminar sólo la comisión dolosa, dejando las infracciones culposas para el campo administrativo.

5. En caso de que al peligro siga la lesión o el daño (contra las personas o contra los bienes), si constituyen delito o falta debe considerarse concurso ideal de delitos, debe imponerse la pena correspondiente según las normas generales, y siempre, salvo en casos excepcionales, debe imponerse la privación del permiso de conducción.

6. En el libro 1.º del Código penal se ha de introducir un artículo nuevo en el que se preceptúe que todo delito cometido con vehículo que exija permiso de conducción llevará aparejada la privación del mismo, en todas y cada una de sus clases.

