



Roj: STS 386/2020 - ECLI:ES:TS:2020:386

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2020**

Nº de Recurso: **2799/2018**

Nº de Resolución: **48/2020**

## EXTRACTO

### ANTECEDENTES DE HECHO

La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Cádiz contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Queda probado y así se declara que sobre las 3'10 horas del día 24 de Diciembre de 2.017 el acusado Salvador mayor de edad y sin antecedentes penales, encontrándose con unos amigos en las inmediaciones de la calle Sirenas de esta Capital, a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal la motocicleta Torrot Muvi de la empresa de alquiler "Muving", matrícula ....-CJB , **llegando a sacar el vehículo de su estacionamiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local.**

Salvador **se encontraba en el momento de los hechos bajo los efectos de la previa ingesta de bebidas alcohólicas, presentando claros síntomas de embriaguez, que lo incapacitaban para conducir sin riesgos**, tales como la deambulación inestable y oscilante, el fuerte aliento a alcohol, hablar inadecuado con repetición de frases o ideas, ojos brillantes y pupilas dilatadas; y; tras ser requerido se sometió de forma voluntaria a la prueba de alcoholemia que **arrojó un resultado positivo de 0'74 y 0'76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones practicadas.**"

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**SEGUNDO.-** 1. Alega el recurrente que **la sentencia de instancia entiende, a pesar de que el acusado en ningún momento inició la conducción del vehículo de motor, que es posible condenar por el delito del art. 379.2 en grado de tentativa, atendiendo a la intención del acusado y a los actos desarrollados, que superarían el umbral de los preparatorios impunes.**

**Argumento del que discrepa, ya que no cabe apreciar la tentativa en este delito de peligro abstracto** por considerar que la figura punitiva del art. 379.2 protege un interés supraindividual. Al no consumarse el delito de peligro abstracto que protege el interés supraindividual, no puede afirmarse que la conducta individualmente considerada sea peligrosa para un interés concreto personal, por lo que aquella quedaría fuera de los límites del Derecho Penal, interesando la libre absolución del acusado.



En la actualidad, sin ser una cuestión pacífica, se viene defendiendo que la fundamentación de la punición de la tentativa debe ser derivada de un criterio mixto. De una parte, se afirma que la tentativa es punible porque quién inicia la ejecución del delito exhibe una voluntad contraria a la norma, pero la punibilidad de esta manifestación de voluntad requiere además que "por su causa pueda ser minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y, con él, la paz jurídica" (teoría de la impresión); y, de otra, se afirma que el fundamento de la punición debe residenciarse también en que la acción del autor ponga de manifiesto una infracción de la norma, si bien debe tratarse de una norma verdaderamente existente (teoría de la desobediencia a la norma). Es decir, lo decisivo es "si el autor obró o no, según un juicio racional, es decir, expresando desde su perspectiva, un proceder que racionalmente hubiera podido vulnerar la norma".

Pues bien, desde cualquiera de estas perspectivas no existe inconveniente alguno para caracterizar como tentativa punible la realización de una conducta que es racionalmente idónea para producir como resultado inmediato la generación de un riesgo potencial abstracto y prohibido, cuando por circunstancias casuales y ajenas al propio autor la creación de ese riesgo no llega a producirse o concretarse.

4. Este Tribunal ha interpretado el **delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas**, tipificado como **delito de peligro abstracto** (y no de idoneidad o de aptitud) por lo que **resulta necesario verificar el riesgo generado**. En su aplicación **no se considera suficiente el simple hecho de conducir vulnerando la normativa administrativa por superar la tasa de alcohol en sangre permitida** (que con base en el principio de precaución sería suficiente), sino que **se exige además "que la concreta conducta del acusado haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad física de las personas, seguridad del tráfico)".** Se remite de este modo a una verificación de la peligrosidad de la conducción en consideración a todas las circunstancias en que se produce.

En la sentencia 419/2017, de 8 de junio, decíamos que: **"El delito previsto en el art. 379.2 del C. Penal es un delito de peligro abstracto**. No se requiere, por tanto, la existencia de un resultado de peligro concreto ni tampoco de lesión. Ello no quiere decir que pueda hablarse de delito de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad ex ante de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un delito de peligro concreto.

..... **el apartado segundo del artículo 379 CP incorpora una variante:**

**"Con las mismas penas (las señaladas en el apartado primero) será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro."**

De esa manera una nueva formulación típica complementa la modalidad clásica **objetivando el peligro inherente a la conducción tras la ingesta de bebidas alcohólicas cuando de ella se deriva una tasa de alcohol en aire espirado superior a un determinado nivel**. Esta segunda conducta es considerada como accesorio de la anterior; pero goza de alguna autonomía. Es descrita con fórmula y términos miméticos a la tipificación de las infracciones administrativas. La conducción con una tasa superior es en todo caso punible. **Se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado ex ante por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esta fuente de peligro en la siniestralidad vial. No se requiere acreditar una afectación real (el legislador la presume en ese caso con la base de los conocimientos que proporcionan la experiencia y estudios científicos ligados a la toxicología); ni signos de embriaguez o alguna irregularidad vial**. No es dable excluir la tipicidad intentando demostrar la inidoneidad *in casu* para afectar a la conducción. **Es una infracción de peligro abstracto o conjetural: el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora.**

..... **Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379, si se demuestra la repercusión en la conducción.**



5. En el supuesto ahora analizado, se evidencia una tasa de alcohol por encima de la prevista en el artículo 379.2 del CP, lo que hace presumir, con presunción legal, tanto su incapacidad para manejar un vehículo de motor como la peligrosidad de su acción de conducir, sean cuales sean las circunstancias concretas -0,74 y 0,76 miligramos de alcohol por litro de aire expirado en las dos mediciones prácticas-, además, de la sintomatología compatible con un estado de embriaguez. Pero **estamos ante un problema de tipicidad, el recurrente aduce que al no consumarse el delito -ausencia de conducción- no puede afirmarse que la conducta llevada a cabo por el mismo sea típica, quedando extramuros del derecho penal.**

En primer término, debemos de **analizar que debemos entender por conducción**, en el sentido del art. 379.2 CP, precepto que comparte ese verbo nuclear típico con varias de las infracciones encuadradas en este capítulo IV del Título XVII, del Libro II del Código Penal ( arts. 379 a 385 ter CP).

Como decíamos en la sentencia citada 436/2017, de 15 de junio, **el ordenamiento penal no ofrece al intérprete una definición** propia de qué debe entenderse por conducción de un vehículo de motor. Auxilia en esa indagación la normativa administrativa, llegando a la conclusión en la misma de que "Con ese entorno normativo como telón de fondo podemos afirmar que, **desde un punto de vista administrativo, "conducir un vehículo a motor o un ciclomotor" es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza.**

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "conducir", es "guiar un vehículo automóvil" (acepción quinta). Y el **Diccionario del Español Jurídico define la conducta "conducir un vehículo a motor o un ciclomotor" como "guiar un vehículo a motor o un ciclomotor manejando los mecanismos de dirección e impulsión del mismo, o solo los de dirección si se cuenta con inercia".**

**La idea de movimiento o desplazamiento está implícita en la noción de "conducir",** ( STS de 15 de octubre de 1986). En las primeras acepciones del Diccionario de la RALE aflora esa idea: "conducir: "1. Llevar, transportar de una parte a otra. 2. Guiar o dirigir hacia un sitio".

**La acción de conducir un vehículo de motor incorpora de esa forma unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción.** Pero no es necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto. **Actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas (...)**

**El art. 379.2 CP exige, un movimiento locativo, cierto desplazamiento, pero no una conducción durante determinado espacio de tiempo o recorriendo un mínimo de distancia. Un trayecto del automóvil, bajo la acción del sujeto activo, en una vía pública y en condiciones tales de poder, en abstracto, causar algún daño es conducción."**

En el relato de hechos probados se hace constar que el acusado a través de la correspondiente aplicación, activó y alquiló desde su terminal una motocicleta de la empresa de alquiler "Muving", **"llegando a sacar el vehículo de su establecimiento y ponerse el casco reglamentario, intentando conducirlo y circular con él, en el momento en que fue sorprendido por una dotación de la Policía Local"**. El relato resulta en cierta medida contradictorio, puesto que en primer término refiere un desplazamiento de la motocicleta, pues el acusado consiguió sacarla "del establecimiento", aunque no se hace constar el modo en que ello tuvo lugar y, posteriormente, habla de intento de conducción y circulación, por lo que podríamos entender que hubo movimiento de la motocicleta, aunque fuera escaso, lo que en principio nos haría preguntarnos, si esa conducta por sí misma ya integraría el tipo penal consumado, aunque el Tribunal, al igual que el Juez de lo Penal, declaran que no hubo conducción, sino "intento de conducción y circulación", extremo que no podemos rectificar porque ello implicaría una clara infracción del principio que prohíbe la *reformatio in peius*.

Partiendo de lo anterior, y respetando la **ausencia de conducción que la Sala declara acreditada**, debemos preguntarnos **si los hechos declarados probados integran la tentativa del delito por el que viene condenado el recurrente, y si esa forma imperfecta es viable en los delitos de riesgo abstracto.**

Si bien es cierto que en la Jurisprudencia de este Tribunal no existe una resolución expresa sobre la cuestión planteada, sí encontramos un pronunciamiento *obiter dicta* al respecto en la sentencia 436/2017, de 15 de junio, cuando, tras afirmar que **sin movimiento no hay conducción**, sin que sea necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto, considerando que los actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, la Sala añadió "más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas que no son del caso analizar ahora.". Del citado pronunciamiento, la conclusión que se extrae, es que **los intentos de conducción deben ser considerados atípicos.**



6. Según lo expuesto, debemos entender que **la conducta será delictiva si concurren los dos elementos que integran la comisión de este delito de peligro abstracto**, la conducción del vehículo de motor y ciclomotor, y el resto de presupuestos del tipo objetivo: **determinada tasa de alcohol en aire espirado o acreditación de que el conductor se hallaba bajo la efectiva influencia de las bebidas alcohólicas**. Pero, además, se requiere para que ello sea así, una peligrosidad real para usuarios potenciales que ha de determinarse mediante un juicio hipotético, peligrosidad que se puede identificar con la idoneidad de la acción.

La doctrina más destacada ha puesto de relieve que en el delito de peligro abstracto del art. 379 del CP con la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas los bienes individuales que entran en el radio de posible eficacia causal de la conducta son concretos al ser identificables (la vida y la salud de las personas) pero lo que sucede es que no hay objeto material al no recaer la conducta físicamente sobre la vida o la salud de ninguna persona concreta, así pues, lo que falta en este delito al igual que en la tentativa inidónea no es un bien jurídico individual sino un objeto material aptos para operar como sustrato material del interés tutelado. Así mismo apuntan que es equiparable la estructura objetiva de los delitos de peligro abstracto con la de la tentativa inidónea, lo que dificulta la tarea de apreciar tentativa en ellos, por cuanto la punición de una "tentativa de una tentativa inidónea", o la punición del "riesgo del riesgo" llevaría al castigo de una conducta ex ante no objetivamente peligrosa para ningún interés individual.

En consecuencia, en el caso analizado, **la conducta descrita en el relato fáctico es atípica**, sin que quepa una punición del "riesgo del riesgo", entendemos que, **supuestos como el analizado o similares, tales como entrar en un vehículo o subirse a un ciclomotor, sin llegar a accionarlo, sin llevar a cabo alguna conducta relativa al verbo típico "conducir", no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia en el sujeto, ya que lo decisivo sobre esta forma imperfecta es la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de estas sustancias**.

Los actos previos llevados a cabo por el acusado -alquilar desde su terminal móvil una motocicleta, sacar el ciclomotor del estacionamiento y ponerse el casco reglamentario-, sin conducir o circular con el mismo, son actos preparatorios impunes, ya que no se trata de actos que inciden directamente en la realización del verbo activo que rige la figura delictiva "conducir". Al respecto, la Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de manifiesto que "la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación, esto es, trazar la frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible, admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura. Así hay autores que consideran la línea limítrofe o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad concretamente en la zona del tipo afectada de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte. Criterio éste que recibe el nombre de teoría formal objetiva. En la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva." ( SSTS 77/2007, de 7 de febrero y 428/2016, de 19 de mayo).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1º Absolvemos a Salvador , del delito intentado contra la seguridad vial por el que venía condenado por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Cádiz el 5 de marzo de 2018, confirmada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de fecha 19 de julio de 2018.....