



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

Id Cendoj: **28079120012020100071**

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**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1044/2018,**
STS 386/2020

RECURSO CASACION núm.: **2799/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 48/2020

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a. Susana Polo García

D.^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 11 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2799/2018**, interpuesto por D. Salvador , representado por el procurador D. Francisco José Gutiérrez- Trueba García, bajo la dirección letrada de D. Jesús Hernández Galán, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4^a), de fecha 19 de julio de 2018 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Cádiz el 5 de marzo de 2018.

Interviene como parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta, en el rollo de apelación nº 49/2018 dictó sentencia en fecha 19 de julio de 2018, desestimando el recurso interpuesto contra la sentencia de 5 de marzo





de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Cádiz, procedente del Juicio Rápido nº 50/2018, dimanante de las Diligencias Urgentes nº 3/2018 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Cádiz, que condenó a Salvador como autor responsable de un delito contra la seguridad vial en grado de tentativa.

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 espirado en las dos mediciones practicadas."

El Juzgado de lo Penal nº 2 de Cádiz dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo **CONDENAR** y **CONDENO A** Salvador como autor responsable de **UN DELITO CONTRA LA SEGURIDAD VIAL EN GRADO DE TENTATIVA** a la pena de **MULTA DE DOS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE CINCO EUROS (300 EUROS) CON UNA RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA PARA EL CASO DE IMPAGO DE UN MES DE PRIVACION DE LIBERTAD, Y, A LA PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES DURANTE CUATRO MESES**; así como al pago de las costas procesales."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia anteriormente citada, la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, acepta y da por reproducido el relato de Hechos Probados en la Sentencia impugnada.

Y dictó el siguiente pronunciamiento:

"Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Salvador contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por el recurrente que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, D. Salvador formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Único.- Al amparo del artículo 849.1 LECr., por indebida aplicación del art. 379.2 en relación con el artículo 16, ambos del Código Penal.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal suplicó a la Sala se admita a trámite el recurso interpuesto y, en dicho caso, se dé nuevo traslado al mismo para informe sobre la cuestión planteada, conforme a su informe de fecha 6 de noviembre de 2018. Por providencia de la Sala, de fecha 5 de noviembre de 2019, no concurriendo en el recurso presentado ninguna causa de inadmisión y presentado el mismo interés casacional, la Sala lo admitió a trámite, dándose traslado al Ministerio Fiscal para alegaciones, que fue evacuado mediante informe de fecha 26 de noviembre de 2019, en el suplicó a la Sala que es favorable a la punición de la tentativa del delito contra la seguridad vial previsto en el artículo 379.2 CP en determinados supuestos rayanos con la consumación, y tenga por impugnado el motivo del recurso interpuesto; quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 4 de febrero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el único motivo del recurso se alega infracción de ley del número 1º del artículo 849 de la LECRIM, por vulneración del art. 379.2 en relación con el art. 16, ambos del Código Penal.

En primer término, debemos hacer constar, que el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, sobre unificación de criterios sobre el alcance de la reforma de la Ley de



Enjuiciamiento Criminal de 2015, en el ámbito del recurso de casación, establece que " **PRIMERO: Interpretación del art. 847.1, letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal** .

ACUERDO: a) El art. 847 1º letra b) de la Lecrim . debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 de la Lecrim , debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

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

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art. 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

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

Por tanto, la reforma de la casación, puede sintetizarse de la siguiente forma:

1º.- Las sentencias de apelación de las Audiencias solo tienen casación por el nº 1 del art. 849.

2º.- En tal apartado sólo pueden invocarse preceptos penales sustantivos.

3º.- Los hechos probados son de obligado respeto.

4º.- El interés casacional deriva de: a) oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) existencia de jurisprudencia contradictoria en las Audiencias Provinciales; c) precepto penal de menos de 5 años en vigor.

Los requisitos de acceso a la casación, que ha efectuado esta Sala, no implican vulneración de la tutela judicial efectiva invocada, ni de ningún otro derecho fundamental, en tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el reciente Auto 40/2018, de 13 de abril de 2018.

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.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).



Hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. La motivación sobre la calificación jurídica de los hechos aparece recogida en la sentencia recurrida en el Fundamento de Derecho Segundo, en el que no se analiza la cuestión que ahora plantea el recurrente -si los hechos probados son típicos, y si es punible la tentativa en los delitos de peligro abstracto-, limitándose el Tribunal de instancia a analizar la cuestión planteada por el recurrente relativa a la valoración probatoria, remitiéndose a su vez a la llevada a cabo por el Juez de lo Penal.

En la sentencia del Juzgado Penal nº 2 de Cádiz, a la que se remite la recurrida, se afirma que "el acusado, según resulta de la conjunta valoración de la prueba y de los indicios ya enumerados, si estaba en el momento de ser interceptado y requerido por la Policía, realizando la acción idónea para -en principio- poner el vehículo en movimiento y conducirlo. El hecho de no llegar a circular con él únicamente excluye la sanción por el delito consumado; pero existe, a mi juicio, un intento de puesta en marcha que estimo punible al amparo de los artículos 379, 16 y 62 CP, si quiera como tentativa inacabada.

La punibilidad de la tentativa en la comisión de los delitos de peligro en abstracto ha sido históricamente cuestionada por un sector de la doctrina que entendía que, o bien la acción generaba un peligro potencial para el bien jurídico, en cuyo caso el delito estaba consumado, o bien no se llegaba a crear peligro alguno, en cuyo caso se trataba de una actuación impune. Sin embargo, el punto de vista según el cual el fundamento de la punición de la tentativa reside únicamente en la exposición del bien jurídico a un peligro relevante (teorías objetivas) ha sido seriamente cuestionado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que admite la punibilidad de las tentativas inidóneas-no supersticiosas (SSTS 4-4- 2007, 7-6-2004, 13-3-2000, 21-6-1999).

Tampoco las teorías puramente subjetivas resuelven de forma convincente el problema de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, pues si se "toma como punto de partida, no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil frente al Derecho" no es posible explicar por qué razón las tentativas supersticiosas o irreales no son punibles.

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.

La jurisprudencia ya ha resuelto afirmativamente el problema de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro en abstracto, como muestra el examen de la cuestión con relación a los delitos contra la salud pública (SSTS 5-23-2001, 13-3-2000, 23-7-2010), cuya naturaleza no puede ser puesta en duda."

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 tipo penal del art. 379 quedará, pues, descartado y se considerará atípica la conducta cuando esa posibilidad de afectación concreta del bien jurídico (desvalor potencial de resultado) quede excluida de antemano al no ser factible, desde una perspectiva ex ante, que se acaben poniendo en peligro con la conducción bienes jurídicos de ninguna índole.

Y en lo que respecta al bien jurídico tutelado por la norma, es patente que es la seguridad vial, pero considerada como bien jurídico intermedio que castiga los riesgos contra la vida y la integridad de las personas generados por la conducción de vehículos de motor, anticipando así la tutela de esos bienes personales sobre los que se materializa el injusto material que de forma indirecta o mediata se pretende evitar."

También en nuestra sentencia 436/2017, de 15 de junio, decíamos que "La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial alteró, en efecto, la morfología de este delito que pasó al apartado segundo del artículo 379 CP incorporando 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."

El Preámbulo de la referida Ley Orgánica proclamaba: "el contenido básico (de la reforma) persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión (...) de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración (peligrosos). A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás."

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 accesoria 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.

De forma oblicua, mediante un mero *obiter dictum*, esta Sala ha reconocido la naturaleza objetivada del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP en la STS 706/2012, de 24 de septiembre. Al analizar un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, se apostilla "que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del art. 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. 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". Es prescindible a los efectos de este recurso pronunciarse sobre la discutida cuestión de si el vehículo debe desplazarse auto propulsado para que podamos hablar de conducción (vid. SSTs de 23 de septiembre de 1964, 27 de septiembre de 1968 y 15 de octubre de 1968). Es tema no totalmente pacífico.

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.

En el tema planteado la solución dada por Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es contradictoria, así a favor de la posibilidad de aplicar la tentativa encontramos, entre otras, las SSAP de Barcelona (Sección 2) 246/2019, de 9 de julio, o la de Tenerife (Sección 2) 437/2010, de 25 de noviembre, y en contra, considerando la conducta atípica las SSAP de Gerona 690/2014, de 5 de diciembre y de Tarragona 324/2012, de 28 de junio. Por otro lado, este Tribunal no se ha pronunciado expresamente al respecto, lo que conforme apuntábamos en la sentencia 652/2019, de 8 de enero, implica interés casacional.



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.

Para la resolución de la cuestión planteada debemos partir de que en el delito del art. 379 se anticipa la tutela penal, lo que implica una expansión de la acción del ordenamiento punitivo que pretende adelantarse a la generación de riesgos manifiestos, lo cual ya es de por sí controvertido, la punición de la tentativa en este delito desnaturaliza definitivamente la tutela penal, hasta llevara a hipótesis irracionales por exceso, porque estamos precisamente ante el castigo de la fase previa a la real afectación del bien jurídico, mediante un juicio de idoneidad *ex ante*, sin desvalor del resultado, ya que todas las tentativas punibles son *ex ante* peligrosas, aunque *ex post* todas ellas se revelen incapaces de consumación.

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.

Sobre la base anterior, y partiendo de que al Derecho Penal solo le compete la protección de los ataques más graves contra los intereses socialmente más relevantes, que los delitos de peligro abstracto del art. 379 del CP, suponen un nuevo marco penal, como instrumento preventivo que tipifica infracciones formales, que pueden entrar en fricción con principios básicos del Derechos Penal: lesividad, proporcionalidad, intervención mínima..., y que, especialmente el legislador ha convertido en delitos consumados de peligro conductas que pudieran ser punibles como tentativa, debemos concluir afirmando que en este tipo de delito no cabe la tentativa, sin que las teorías sobre la autonomía de los bienes jurídicos supraindividuales pueda llegar al extremo de permitir confeccionar una tentativa de un peligro abstracto cuando, como ocurre en el presente caso, la conducta peligrosa para el valor supraindividual sea inofensiva para el valor individual, nos encontraríamos, ausente la propia posibilidad de imputación objetiva, ante un supuesto de una tentativa irreal.

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 estupefacentes, 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).

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- En virtud de todo lo argumentado, ha de estimarse el recurso de casación, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Salvador, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de fecha 19 de julio de 2018 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Cádiz el 5 de marzo de 2018.

2º Declarar de oficio las costas devengadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: **2799/2018**

Ponente: Excm. Sra. D.ª Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo García

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 11 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº **2799/2018**, interpuesto por D. Salvador, representado por el procurador D. Francisco José Gutiérrez- Trueba García, bajo la dirección letrada de D. Jesús Hernández Galán, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de fecha 19 de julio de 2018 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Cádiz el 5 de marzo de 2018, que ha sido casada por la sentencia pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos/mas. Sres/Sras. expresados al margen, hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: Se aceptan y se reproducen los Antecedentes de Hecho de Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 4ª), de fecha 19 de julio de 2018 por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de los de Cádiz el 5 de marzo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen los de la primera sentencia dictada por esta Sala.

SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en el Segundo de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Salvador y por las razones expresadas en el mismo, al entender que los hechos declarados probados no son típicos, sino actos preparatorios impunes, sin que quepa apreciar la forma imperfecta de ejecución, tentativa, en los delitos de riesgo abstracto del art. 379 del Código Penal, por lo que procede declarar su libre absolución del delito por el que venía condenado.

TERCERO.- Procede declarar de oficio las costas devengadas en la primera instancia (art.123 CP)

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.

2º Declarar de oficio las costas causadas en la primera instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo del Arco Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz