

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio

(Comentario a la STS de 25 de octubre de 1999)

RAMON RAGUÉS I VALLÈS

(Universitat Pompeu Fabra) (*)

I

El párrafo primero del artículo 384 CP castiga como delito la conducción con temeridad manifiesta de un vehículo a motor o un ciclomotor cuando esta conducta se realice con consciente desprecio por la vida de los demás y con ella se cree una situación de peligro concreto para este bien jurídico. Como la doctrina española viene constataando desde hace tiempo, la existencia de este precepto plantea evidentes problemas de delimitación tanto con la figura de la tenta-

(*) Doctor en Derecho. Ayudante de Facultad. La realización de este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación MEC-DGES PB98-1063.

Abreviaturas empleadas: CP: Código Penal; CP73: Código Penal de 1973; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; PJ: Poder Judicial; SAP: sentencia de la Audiencia Provincial; StGB: Código Penal alemán; STS: sentencia del Tribunal Supremo; VV.AA.: varios autores.

tiva de homicidio como con el delito de conducción con temeridad manifiesta del artículo 381 CP (1). El tratamiento que se proponga para resolver estas dificultades tiene una notable importancia práctica, pues, mientras el delito del artículo 384 comporta una pena de prisión de uno a cuatro años (2), para la tentativa de homicidio se prevé una sanción mucho más grave de dos años y seis meses a diez años de prisión. A su vez, el castigo del artículo 381 (conducción con temeridad manifiesta creando un peligro concreto para la vida e integridad física) es sensiblemente inferior a la del primer párrafo del artículo 384 y consiste en una pena de seis meses a dos años de prisión y privación del derecho a conducir.

Para analizar la presente cuestión parece oportuno partir de un supuesto de hecho tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más en concreto, de su sentencia de 25 de octubre de 1999 (3). Esta resolución reviste un interés especial, pues se trata de una de las escasas ocasiones en que la Sala Segunda se ha pronunciado sobre la aplicación del delito de conducción con desprecio consciente por la vida de los demás (4). Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

El matrimonio formado por el acusado José A. A. y Paula G.V. se encontraba en proceso de separación, motivo por el cual en la mañana del 12 de diciembre de 1995 ambos cónyuges tuvieron que comparecer ante un juzgado de familia. En el despacho del juez, el acusado, que estaba visiblemente nervioso y había ingerido bebidas alcohólicas antes de entrar, pidió entrevistarse reservadamente con

(1) Algunos de estos problemas ya fueron advertidos, justo después de la introducción en el Código del delito de conducción con consciente desprecio, por GÓMEZ PAVÓN, «Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 340 bis d) del Código penal», CPC, 39 (1989), p. 713 y ss. También sobre estos problemas TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1092.

(2) Más una multa de seis a doce meses, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años y comiso del vehículo empleado para cometer el delito (art. 385 CP).

(3) Ponente Puerta Luis.

(4) Con anterioridad, este delito (regulado en el artículo 340 bis d CP73) fue aplicado en la STS de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos). La posible concurrencia de esta infracción también se planteó en la STS de 19 de febrero de 1996 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez), pero en aquella ocasión la Sala Segunda consideró que no procedía su apreciación por faltar en el caso concreto el elemento típico de la creación de peligro. Sobre el peligro concreto como elemento de los delitos en la seguridad del tráfico —una cuestión que no será tratada en este trabajo por ser elemento común a los artículos 381, 384 y a la tentativa de homicidio— cfr. FELJÓO SÁNCHEZ, «Seguridad en el tráfico y resultado de peligro concreto» (I y II), *La Ley*, núms. 4942-4943 (diciembre 1999).

su mujer, ofreciéndole un regalo cuando en realidad lo que pretendía era efectuar un último intento para reconstruir el matrimonio, pareciendo haber existido momentos de tensión en esta entrevista de la que salieron llorosos los dos. Manteniendo Paula G. la negativa, volvieron a entrar en la Sala para abandonarla poco después e inesperadamente el acusado de un fuerte portazo y sin firmar documento alguno, encaminándose hacia la salida donde tenía aparcada la motocicleta que dice ser suya, aunque a nombre de su mujer, marca BMW, modelo K-75, esperando en la puerta a que aquella saliese del inmueble, que para llegar a la vía pública (avenida General Riera) cuenta con una explanada rectangular dedicada a parking y a jardín de unos 57 por 50 metros de lado. Este recinto, sobre todo cuando los juzgados se hallan abiertos al público, se encuentra sobresaturado, de forma que los coches que, siguiendo las normas de circulación, entran por la izquierda y salen por la derecha, aparcan en batería y amorrados a otro rectángulo interior de césped presidido por una fuentequilla, y también en batería en los lados limítrofes, formando otro cordón en el espacio existente entrambos, de forma que quedan dos vías con la fila en medio, lo que permite la existencia de dos carriles circunvalatorios para acceder a la mentada avenida.

En este estado de cosas, Paula G., que en aquella ocasión iba acompañada de sus hermanas Antonia y Yolanda y del guardaespaldas profesional Andrew M. P., que dice ser amigo de la familia y acudir ex profeso, esperó precautoriamente varios minutos en el interior de las instalaciones judiciales, hasta que creyó que su marido había abandonado el lugar; encontrándolo a la salida, donde la esperaba con la pretensión de dialogar nuevamente, diciéndole ante la nueva negativa de ésta y la interposición del guardaespaldas: «ahora te voy a demostrar lo mucho que te quiero», al tiempo que se abrochaba un chaquetón tipo anorak y se colocaba el casco, tomando a pie el vial derecho de los dos susodichos para, después de girar el rectángulo pequeño, encaminarse hacia la salida por la recta, que cuenta con una anchura aproximada de 1,70 metros, entre la hilera de coches aparcados en batería y la otra en cordón, caminando aquéllos en fila perpendicular a ellos y un poco oblicuos, Andrew y Paula por la derecha y Antonia y Yolanda, más rezagadas, por el lado izquierdo, aunque de hecho ocupasen toda la calzada. Después de hacer retroceder un poco la moto, sacándola del lugar donde la tenía aparcada, el acusado puso el motor en marcha para, a continuación, dar fortísimos acelerones que llamaron la atención de los presentes, interpretándolo el abogado Juan Francisco Javier Bosch como pretensión de pedirles paso, por lo que se apresuró a apartar de su dirección a su

cliente Francisco M. P. en evitación de algún mal. Francisco C. Z., que casualmente también salía de allí, e igualmente ajeno a la trama, lo interpretó como un intento de suicidio, porque vio cómo cogía la recta a toda velocidad, tratándose de un terreno graviloso que concede pocas posibilidades a las motocicletas para maniobrar; entre tanto, el guardespaldas, quizá por su profesión, oyendo el ruido del motor, instintivamente apartó cogiéndola, a Paula G., pasando la moto décimas de segundo después casi rozándolos para, sin menguar la aceleración, dirigiéndose recto al murete limítrofe con la calle, en cuyo ángulo existe un seto semicircular que obstaculiza la visión de un desnivel de 40 centímetros, situado a 7 metros de la calle, y que provocó en la moto un efecto trampolín, alzándose sin tocar el suelo y volando 4,40 metros para quedar enganchada en la verja metálica existente sobre el precitado murete, que interiormente tiene una altura de 30 centímetros y de 90 en la parte de la calle, cayéndose en la calzada el motorista que, al llegar gente, lo primero que manifestó es que quería irse a su casa, aunque haciéndole caso omiso el guarda jurado lo entró en el edificio de los juzgados, hasta que la dotación de la policía nacional que por allí pasaba casualmente se hizo cargo de la situación deteniéndole, pues los presentes decían que había intentado atropellar a alguien.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó al acusado como autor de un delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d CP73, equivalente al actual art. 384 CP), absolviéndole del delito de tentativa de parricidio (art. 405 CP73) del que había sido acusado. Tanto la acusación particular como la defensa recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. La primera alega en su recurso la inaplicación del delito de parricidio en grado de tentativa, mientras que la segunda considera que el acusado sólo debía haber sido condenado por el delito consistente en conducir un vehículo a motor con temeridad manifiesta poniendo en peligro la vida o integridad de las personas (art. 340 bis a 2.º CP73, equivalente al actual art. 381 CP).

En su sentencia el Tribunal Supremo desestima ambas pretensiones. Así, por lo que respecta en primer lugar a las alegaciones de la acusación, la Sala Segunda considera que no puede deducirse de los hechos probados el ánimo de matar exigido por la tentativa de parricidio, pues el relato fáctico no permite alcanzar una conclusión inequívoca sobre cuáles fueron las intenciones del acusado «que siempre sostuvo que “su intención era la de suicidarse” y que, tras rebasar a la mujer, en su trayectoria, “continuó acelerando hasta la colisión final”».

A ello se añaden otros indicios, como las circunstancias de que, justo antes de arrancar, el acusado diera reiterados acelerones que «implicaban una indudable advertencia de potencial peligro para los viandantes», así como la trayectoria de la motocicleta, afirmando al respecto uno de los testigos que, a su juicio, «el motorista fue en todo momento directo a la valla con intención de suicidarse». Ante tales dudas sobre los «móviles e intenciones reales del acusado», el Tribunal Supremo considera acertado aplicar el principio *in dubio pro reo*, negar el dolo de matar y, por tanto, la tentativa de parricidio.

Por su parte, el recurso de la defensa es desestimado por el Tribunal Supremo al entender que «la conducta del acusado supuso una actuación manifiestamente temeraria con la que puso en especial riesgo la vida no solamente de su esposa, sino también la de su guardaespaldas y demás usuarios del aparcamiento, llegando incluso a causar daños en bienes públicos y en varios de los automóviles aparcados en la calle. Por consiguiente, tanto por la amplitud subjetiva del riesgo creado como por el total desprecio hacia la vida e integridad de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona, es preciso reconocer que la calificación jurídica cuestionada es plenamente ajustada a Derecho». En consecuencia, se considera correcta la aplicación al caso del delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás.

II

Antes de entrar a valorar la decisión del Tribunal Supremo sobre este concreto supuesto de hecho, conviene establecer, de modo general, cuáles son los límites teóricos entre la tentativa acabada del delito de homicidio (o del antiguo parricidio) y el delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás previsto en el primer párrafo del artículo 384 CP. Desde el punto de vista objetivo, ambas figuras parecen compartir las mismas características, pues tanto una como la otra exigen que se haya llevado a cabo una conducta con la que se haya puesto en concreto peligro la vida de otra persona y sólo se diferencian en que el artículo 384 exige que la puesta en peligro se origine conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor, mientras que en el caso de la tentativa son objetivamente típicas todas las conductas aptas para causar una muerte, lo que también incluye la conducción de vehículos. Por este motivo, puede afirmarse que desde un prisma

exclusivamente objetivo el artículo 384 CP es una modalidad específica de tentativa de homicidio (5).

En consecuencia, y dada la imposibilidad de separar estas figuras en el plano objetivo, la distinción entre estas dos infracciones deberá llevarse a cabo ateniendo a su vertiente subjetiva (6). Al respecto afirma el Tribunal Supremo que la diferencia entre estos dos delitos radica, ante todo, en que para apreciar una tentativa punible es necesaria la existencia de dolo de matar, mientras que para aplicar el artículo 384 CP basta con que el sujeto actúe con «consciente desprecio por la vida de los demás». Desde esta perspectiva, la delimitación entre ambas infracciones debe pasar por separar el dolo de matar del requisito del consciente desprecio.

Esta distinción no plantearía demasiados problemas si el dolo en la tentativa de homicidio se concibiera exclusivamente como intención de matar. Así, según este criterio habría que apreciar una tentativa en los casos en que alguien dirigiera su vehículo contra otra persona con la voluntad de causarle la muerte, mientras que el artículo 384 CP se reservaría para las situaciones en que el sujeto activo de la conducción persiguiera finalidades distintas a la de matar, pero con el conocimiento de que los medios escogidos para la consecución de su objetivo generan un concreto peligro para la vida de otras personas, un bien jurídico menospreciado conscientemente por dicho sujeto. Si además del dolo de matar faltara este último elemento, debería apreciarse un delito de conducción temeraria del artículo 381 CP.

Este criterio de distinción parece ofrecer una solución convincente del presente problema, pero sólo si se parte de que el dolo equivale exclusivamente a la intención de realizar un tipo penal. Sin embargo, esta equiparación del concepto de dolo a la pura intención no es admitida actualmente en la doctrina por ningún autor, ni tampoco por la

(5) Una conclusión por otra parte lógica cuando se parte de la identidad estructural entre la vertiente objetiva de los delitos de peligro concreto y la tentativa de lesión. Sobre la equivalencia entre delitos dolosos de peligro y tentativas imprudentes de lesión, cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 7.

(6) A tal efecto carece de utilidad práctica la afirmación de que con este precepto se incrimina «una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio», contenida en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, que introdujo en el Derecho penal español la conducta actualmente prevista en el artículo 384 CP. Dado que el Derecho vigente no conoce «posiciones intermedias» entre dolo e imprudencia como títulos de imputación subjetiva, con esta afirmación del legislador no se evita la difícil tarea dogmática de decidir si en las conductas subsumibles en el artículo 384 CP debe darse dolo o imprudencia con respecto al eventual acaecimiento de un resultado lesivo.

propia jurisprudencia, pues se considera que también concurre dolo en los casos de conocimiento de la segura realización del tipo (dolo directo de segundo grado) y en los de dolo eventual. Es en este último supuesto donde se plantean de forma acentuada los problemas de delimitación entre el artículo 384 CP y la tentativa de homicidio. Para su exposición conviene distinguir entre las dos teorías mayoritarias que actualmente se defienden sobre la figura del dolo eventual.

En primer lugar, los presentes problemas de delimitación deben analizarse a la luz de la teoría que sostiene la concurrencia de dolo eventual cuando un sujeto ha actuado con conocimiento del riesgo de realización del tipo que comportaba su conducta y ha aceptado dicho riesgo o se ha conformado con tal realización (7). Esta misma teoría aprecia sólo una imprudencia cuando, pese a tener conciencia el sujeto del riesgo que estaba creando, ha confiado en que el tipo no iba a realizarse y, en los delitos de resultado, en que éste no iba a producirse.

Según este punto de vista, concurre una tentativa de homicidio cuando el conductor conoce el riesgo que su comportamiento está generando para la vida de otra persona y acepta o se conforma con dicho riesgo en la medida en que no confía en que el resultado mortal no se produzca. En cambio, concurre una simple tentativa imprudente del artículo 381 CP (tipificada en forma de delito de peligro concreto) si el conductor sabe que su comportamiento genera un concreto peligro para la vida ajena, pero confía en que no se va a producir el resultado. Finalmente, según esta misma teoría el artículo 384 CP debe aplicarse a aquellos casos en que se dan los requisitos del 381 CP y, además, el autor obra con desprecio por la vida de otras personas. En este sentido, el artículo 384 CP es un delito de peligro concreto (o una tentativa imprudente de homicidio) cualificado con respecto al artículo 381 CP por la concurrencia del elemento típico del desprecio.

A una distinción similar lleva la teoría que considera que el dolo eventual consiste, simplemente, en el conocimiento por parte del sujeto activo de que su conducta genera un peligro de realización del tipo o, dicho con otras palabras, en la atribución por parte del sujeto a su conducta de la capacidad de realizar el tipo (8). Según esta teo-

(7) Puede verse la aplicación de esta teoría a los casos de la «conducción suicida» u «homicida» en LUZÓN PEÑA, «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», en *Derecho Penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 238-239. Cfr. igualmente VIVES ANTÓN, en BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 65. En general, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 137.

(8) Esta perspectiva, defendida en las últimas décadas por autores como SCHMIDHÄUSER, FRISCH, JAKOBS, BACIGALUPO o GIMBERNAT, es la seguida en tres trabajos

ría, cuando el conductor ha atribuido a su concreta forma de conducción la capacidad de matar y, pese a ello, no ha dejado de actuar, concurre una tentativa de homicidio (9). En cambio, debe aplicarse el artículo 381 CP cuando el autor es consciente de que su forma temeraria de conducción es apta para poner en concreto peligro la vida de otra persona, pero este conocimiento de la peligrosidad abstracta no llega a concretarse en un juicio de lesividad referido a su comportamiento (10). Por ello, el artículo 384 CP deberá reservarse para los supuestos en que el autor no atribuya a su conducta la capacidad concreta de provocar una muerte, pero sí la aptitud de poner en peligro concreto una vida, actuando con desprecio por este bien jurídico (11). Cuando falte este último elemento y el autor no llegue a atribuir su concreta conducta la capacidad de matar, procede aplicar el artículo 381 CP.

En ambos casos la conclusión final es la misma: el párrafo primero del artículo 384 contempla un caso de tentativa imprudente de homicidio agravada por la actitud del sujeto consistente en despreciar la vida de los demás (12). O, dicho con otras palabras, un delito doloso de peligro concreto en el que la hipotética producción del resultado lesivo sólo es abarcada a título de imprudencia. A esta conclusión se llega porque, en caso de concurrir dolo eventual con respecto al resultado, no queda otro remedio que apreciar una tentativa de homicidio,

monográficos sobre el dolo publicados recientemente en España: FEIJÓO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo», *CPC*, 65 (1998), pp. 269 y ss; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999; y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

(9) En este mismo sentido GÓMEZ PAVÓN, *CPC*, 39 (1989), p. 717, quien afirma que debe afirmarse dolo eventual de muerte cuando «el conductor sabe que su conducta es peligrosa, no sólo de forma abstracta, sino en el caso concreto».

(10) El elemento de la confianza, que en la primera teoría lleva a negar el elemento volitivo del dolo eventual, es reconducido aquí a la representación del riesgo, al entenderse que, cuando existe confianza, el sujeto no concreta en su conducta el conocimiento sobre la peligrosidad general de ciertos comportamientos.

(11) Esta distinción resulta desde luego muy sutil si se concibe en términos psicológicos, pero es practicable cuando se parte de la idea de que la determinación del conocimiento debe realizarse mediante reglas sociales de imputación. Cfr. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 173 y ss, pp. 509 y ss.

(12) Este punto de vista coincide en lo sustancial con lo afirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos), en la que se sostiene que con el presente delito se castigan casos de culpa consciente agravados por la concurrencia del desprecio. En sentido similar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225, quien concibe el delito de conducción con consciente desprecio como «un supuesto agravado de conducción temeraria» en el que no existe dolo con respecto al eventual resultado.

para la que está prevista una pena superior a la del artículo 384 (13). Afirmar lo contrario no es posible sin contradecir las valoraciones comúnmente aceptadas de que el dolo eventual es dolo y de que la tentativa con dolo eventual es punible (14).

Este último argumento debe llevar a descartar la opinión, expresada por diversos autores, de que el primer párrafo del artículo 384 CP contempla expresamente un supuesto de tentativa doloso-eventual de homicidio (15). En primer lugar, no parecen existir razones de peso para justificar que la conducción de un vehículo como medio comisivo de una tentativa homicida deba comportar un privilegio para el sujeto activo desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas (16). Del mismo modo, una defensa coherente de esta postura

(13) Así lo entendía también en referencia al anterior Código LUZÓN PEÑA, en *Derecho Penal de la circulación*, p. 244, al sostener que «lo dispuesto en el artículo 340 bis d) se entenderá salvo que el hecho constituya un delito (consumado, intentado o preparado) más grave». En el mismo sentido MIR PUIG, «Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis d) del Código Penal», en VV.AA. *Derecho de la circulación (aspectos civiles y penales)*, Madrid, 1993, p. 194.

(14) Como es lógico, quienes no comparten este punto de vista defenderán una interpretación distinta del artículo 384 CP, siendo posible entender en tal caso que este precepto castiga explícitamente una tentativa doloso-eventual de lesión que, de lo contrario, debería permanecer impune. Entre los partidarios de la impunidad de la tentativa doloso-eventual en España destaca TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, pp. 547 y ss. Por cuestiones de espacio no puede entrarse aquí en la discusión sobre la punibilidad en general de esta forma de tentativa y se partirá de la opinión —claramente mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia españolas— de que la tentativa con dolo eventual debe castigarse como un supuesto más de tentativa dolosa.

(15) En este sentido la SAP Toledo de 4 de noviembre de 1996 (ponente Tasende Calvo), en la que se afirma que el presente delito exige «un verdadero dolo eventual respecto a los probables atentados contra la vida que pudieran derivarse de la conducta delictiva». En la doctrina LASCURAÍN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1051, considera que el artículo 384 requiere «dolo eventual de lesión de la vida y la integridad física». También MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.^a ed., Valencia, 1999, p. 663, considera que el tipo subjetivo del artículo 384 CP exige dolo de lesión, afirmando incluso que este precepto contiene en su párrafo primero «la tipificación expresa de una tentativa de homicidio», un punto de vista que es compartido por ORTOS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1723 y MORILLAS CUEVA, «Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, 1992, p. 157 y p. 163.

(16) En este mismo sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225; y TAMARIT SUMALLA, *ADPCP*, 1992, p. 519 (esp. nota 17). Por otra parte, no puede aceptarse el argumento de ESCOBAR JIMÉNEZ, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código Penal de 1995*, Granada, 1998, p. 1566, de que la diferencia radica en que en

debería reclamar también una pena más benigna para los homicidios doloso-eventuales *consumados* cuando éstos hayan sido cometidos con un vehículo a motor (17). Y, finalmente, entender que el desprecio consciente hacia el bien jurídico es un elemento que define el dolo eventual supone resucitar las versiones más periclitadas de la teoría del consentimiento o de la indiferencia, descartadas desde hace años por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina mayoritaria (18).

Para justificar la existencia del artículo 384 tampoco resulta aceptable apelar a que lo realmente pretendido con este precepto es facilitar en la práctica el castigo de ciertas conductas automovilísticas realizadas con dolo eventual (19). A este argumento acuden sin embargo algu-

el caso del artículo 384 CP el dolo homicida es indeterminado. Hoy en día prácticamente nadie sostiene que sea necesaria una plena concreción de la víctima para afirmar el dolo de matar. Quien coloca un coche-bomba en plena vía pública no suele concretar la identidad de las potenciales víctimas y, sin embargo, nadie está dispuesto en estos casos a negar el dolo homicida. También niega que la determinación de la víctima sea un requisito del dolo MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 156.

(17) Sin embargo, en el caso de producción del resultado se afirma que debe aplicarse el tipo del homicidio doloso consumado; cfr. en este sentido la SAP Toledo de 4 de noviembre de 1996 y los argumentos de ESCOBAR JIMÉNEZ, en *Código Penal*, pp. 1566-1567, quien afirma, por un lado, que en el artículo 384 CP se contiene una tentativa con dolo eventual de homicidio, pero, por otro lado, sostiene que en el caso de provocarse una muerte debe apreciarse un homicidio doloso del artículo 138 CP. En un mismo sentido, GÓMEZ PAVÓN, *CPC*, 39 (1989), p. 718.

(18) Sobre el delito del artículo 384 CP afirma DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 330, que «viene a ser la plasmación legal de la teoría del sentimiento, con todas las objeciones y críticas que la misma ha recibido». Ninguna de las doctrinas actualmente mayoritarias sobre el dolo eventual entiende que esta figura deba contener un elemento que vincule emocionalmente al sujeto con el posible resultado. Las perspectivas que defendían la necesidad de este elemento están desde hace años en franco retroceso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de marzo de 1997 (ponente Bacigalupo Zapater), afirma con respecto a la teoría del consentimiento que «esta teoría del dolo eventual ya no es seguida por esta Sala». En este contexto resulta cuando menos curioso que, para interpretar el artículo 384 CP, se pretenda resucitar fórmulas sobre el dolo eventual tan desprestigiadas como la teoría del consentimiento de ROBERT VON HIPPEL (complementada con la *primera fórmula* de FRANK) o la teoría de la indiferencia (o del sentimiento) de KARL ENGISCH. Sobre estas teorías y su crítica, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 53-80.

(19) Este argumento puede deducirse de las afirmaciones de VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER, en VV.AA., *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 708, quienes afirman que la introducción de este delito no era necesaria por ser ya punible la tentativa con dolo eventual, aunque sí oportuna «para evitar dudas y vacilaciones, por más que fueran infundadas». En idénticos términos se expresan GANZENMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, Barcelona, 1997, p. 225. Por su parte CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Curso de*

nos autores constatando cómo la severidad de la pena de la tentativa de homicidio y la compleja delimitación entre dolo eventual e imprudencia eran, antes de la reforma de 1989, la causa de fuertes reticencias en los órganos judiciales para apreciar en ciertos casos la concurrencia de una tentativa homicida (20). Según estos mismos autores, lo pretendido por el legislador al crear el delito de conducción con consciente desprecio fue que las tentativas doloso-eventuales cometidas en el ámbito de la circulación rodada no se castigaran *de facto* como simples delitos de conducción temeraria (21). Sea ello cierto o no, resulta en todo caso muy cuestionable que uno de los criterios que deba mover al legislador en el momento de crear nuevas normas penales sean las (injustificadas) reticencias de los órganos judiciales a aplicar la normativa ya existente (22); y, en cualquier caso, estas reticencias no explican que, *de lege lata*, la pena del artículo 384 CP sea sensiblemente inferior a la de la tentativa de homicidio, pues, si lo que se pretendía con la creación del presente delito era recordar simplemente a los jueces que la tentativa de homicidio con dolo eventual es punible, no se entiende entonces a qué viene esta rebaja de pena (23).

En una doctrina que admite el dolo eventual en la tentativa punible y que quiere respetar la proporcionalidad entre sanciones, el elemento de desprecio contenido en el artículo 384 CP sólo puede asentarse en la

Derecho penal español. Parte especial II, Madrid, 1997, p. 203, entiende que el artículo 384 CP contempla una tentativa doloso-eventual de homicidio tipificada expresamente «por razones pragmáticas».

(20) En la doctrina TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios*, pp. 1091-1092, da cuenta de la «renuencia mostrada por los Tribunales a la apreciación de dolo, siquiera eventual, en las conductas más graves acaecidas en el tráfico automovilístico, basada en buena medida en la dificultad de prueba de este elemento subjetivo» y de las reticencias a apreciar tentativas con dolo eventual pese a la aceptación teórica generalizada de esta figura. También aprecian dicha renuencia de los tribunales MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 658 y MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 730.

(21) Un argumento que sostiene VIVES ANTÓN, *La reforma*, p. 74.

(22) Contundente la crítica a este argumento por parte de MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 193.

(23) VIVES ANTÓN, en *La reforma*, p. 73, aporta como argumento la menor peligrosidad que comporta el dolo eventual, un argumento que comparte CARMONA SÁLGADO, en *Curso*, p. 204. Por su parte LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Comentarios*, p. 1051, entiende que el artículo 384 CP responde a una cierta tendencia legislativa a favor de la atenuación de los comportamientos imputables a título de dolo eventual. Sin embargo, este punto de vista no puede compartirse: en primer lugar, no es cierto que la existencia de dolo eventual determine siempre la menor peligrosidad de una conducta y, en segundo lugar, se introduce –sin justificarse– una excepción a la regla general de que el dolo eventual es auténtico dolo y no un dolo atenuado.

imprudencia, es decir, en la inexistencia del juicio de concreta aptitud lesiva que caracteriza al dolo (24). En este sentido puede afirmarse que el tipo del artículo 384 CP debe construirse sobre la base del artículo 381 CP y que los principales problemas de delimitación se plantean, en realidad, entre estos dos preceptos. Para separar el delito de conducción con consciente desprecio de la tentativa de homicidio, la realización (o no) del juicio de concreta aptitud lesiva es, por sí sola, un criterio teórico de distinción perfectamente válido y suficiente (25).

III

La caracterización teórica del «desprecio consciente por la vida de los demás» como elemento de separación entre los artículos 384 y 381 CP y, a la vez, como fundamento de la agravación de la pena del primer precepto en relación con el segundo también plantea dificultades. Pese a ello, parece posible proponer algunos criterios interpretativos que hagan factible esta distinción (26).

Una primera interpretación posible del término «desprecio» pasa por concebirlo como un elemento de naturaleza subjetiva, entendido como una actitud meramente interna, o como un sentimiento del autor en el momento en que realiza la conducta de conducción temeraria (27). Sin embargo, esta perspectiva plantea problemas de naturaleza diversa.

(24) Y ello no supone, como interpreta ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1566, que se proponga castigar una modalidad comisiva imprudente no prevista expresamente por el Código. Con esta afirmación este autor está pasando por alto la coincidencia estructural entre los delitos dolosos de peligro concreto y la tentativa imprudente de lesión que permite afirmar que los primeros son tentativas imprudentes de lesión expresamente tipificadas.

(25) Cuestión distinta son los problemas que comporta decidir en un caso concreto si dicho juicio se ha realizado, una materia a la que se dedica el epígrafe V. de este trabajo.

(26) A tal efecto no puede compartirse la afirmación de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, 3.^a ed., Barcelona, 1996, p. 759, de que «consciente desprecio» equivale a «a sabiendas del peligro para la vida de los demás», pues este último requisito no es otra cosa que el dolo propio del artículo 381 CP. Lo mismo puede sostenerse con respecto a las afirmaciones de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225, que interpreta «consciente desprecio» como «que el autor conoce la elevadísima peligrosidad de su conducción y que con ella pone en peligro la vida de los demás y, pese a ello, decide llevarla a cabo».

(27) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Barcelona, 1991, p. 253, concibe el «consciente desprecio» como un elemento de actitud interna, pero niega su legitimidad por vincularse al carácter del sujeto.

En primer lugar, y ante todo, con esta caracterización del presente elemento surgen evidentes problemas de prueba, pues, excepto en (extraños) casos de confesión autoinculpatoria, no se ve cómo puede llegar a acreditarse con un mínimo de seguridad algo que es una mera sensación o actitud. Además, esta interpretación tampoco permite separar con nitidez los artículos 381 y 384 CP, ya que, en principio, de toda conducción con «temeridad manifiesta» puede deducirse una actitud de desprecio por la vida ajena, pues, de ser respetuoso el sujeto con este bien jurídico, sin duda no se comportaría conscientemente de forma objetiva y gravemente arriesgada (28).

Una segunda interpretación posible pasa por atender a los motivos que han impulsado al sujeto a llevar a cabo la conducción peligrosa. A tal efecto cabría diferenciar entre dos clases de motivos. Por un lado, motivaciones hasta cierto punto «comprensibles» como, por ejemplo, no querer llegar tarde a una cita muy importante, no ser identificado por la policía tras la comisión de un delito, etc. (29). Y, por otro lado, motivaciones «reprochables» o «intolerables», como conducir temerariamente para divertirse, o para ganar una apuesta. En este segundo caso el elemento de desprecio estaría vinculado a la valoración social que merece el comportamiento de quien está dispuesto a conducir de forma temeraria y a poner en peligro la vida de los demás sin encontrarse en una situación (siquiera mínima) de necesidad o de cierto nerviosismo. En tal caso no importa tanto la forma escogida de conducción (en cualquier caso peligrosa), como aquello que ha impulsado al sujeto a conducir de semejante modo.

La viabilidad de esta segunda interpretación puede reforzarse acudiendo a un argumento histórico. Así, la creación en 1989 del delito de conducción con desprecio consciente por la vida de los demás fue debida al fenómeno de la denominada «conducción suicida» u «homicida», ocasionado por una serie de sujetos que, con motivo de una apuesta, se prestaban a conducir en sentido inverso por la autopista tratando de evitar a los vehículos que pudieran cruzarse a su paso. La alarma social (y sobre todo periodística) de aquellos tiempos, así como la subsiguiente reacción del legislador no sólo se explican por la evidente peligrosidad objetiva de estas conductas, sino, sobre todo, por la

(28) Un argumento también expresado en la Circular 2/90 de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

(29) Cfr. en este sentido la STS de 5 de marzo de 1998 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez), que aplica el artículo 381 CP a quienes, huyendo de la policía tras haber cometido un robo, cruzaron con el coche la mediana que separaba los dos carriles de una calle circulando en sentido inverso.

indignación social provocada por el hecho de que alguien estuviera dispuesto a poner en grave peligro la vida ajena por una simple apuesta.

Finalmente, una última interpretación posible del artículo 384 CP pasa por entender que el requisito de desprecio debe concebirse de forma objetivizante. Desde esta perspectiva, que plantea ciertas dudas de compatibilidad con el tenor literal del Código, con este elemento no se estaría haciendo referencia a una actitud personal del sujeto o a su motivación, sino a una forma de temeridad manifiesta especialmente peligrosa en virtud de la forma de conducción escogida (30). De acuerdo con este criterio, debería diferenciarse entre casos de simple «temeridad manifiesta» (art. 381 CP) y supuestos de «temeridad manifiesta especialmente grave» (art. 384 CP). En este último ámbito tendrían cabida las formas de conducción que vulnerasen las normas más básicas de la circulación rodada, como la prohibición de invadir el carril contrario de una carretera o autopista de forma prolongada, saltarse semáforos o señales de stop en cruces muy peligrosos, etc. De acuerdo con esta perspectiva, para aplicar el artículo 384 CP no debería atenderse a la actitud o a la motivación del sujeto, sino que este delito debería apreciarse siempre que concurriera alguna de estas gravísimas infracciones de las normas primarias de la circulación y el sujeto fuera consciente de ello, así como del peligro concreto creado con su conducta.

En su sentencia el Tribunal Supremo no profundiza en cuál puede ser el fundamento de la pena agravada del artículo 384 con respecto al 381 y, en este sentido, no acoge el criterio (subjetivo) de la motivación o la actitud interna, ni tampoco el (objetivo) de la extrema peligrosidad, sino que parece postular la necesidad de que concurren ambos fundamentos. A tal efecto, y en referencia al caso enjuiciado, la Sala Segunda se limita a afirmar que, «tanto por la amplitud subjetiva del riesgo creado como por el total desprecio hacia la vida de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona, es preciso reconocer que la calificación jurídica cuestionada es plenamente ajustada a Derecho».

(30) Este punto de vista es defendido por MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 194, quien considera que el delito de conducción con consciente desprecio debe aplicarse en los casos de «una especial temeridad que no lleguen a suponer dolo eventual. Entre la imprudencia temeraria y el dolo eventual hay que buscar un espacio para la imprudencia muy temeraria» (cursiva en el original). También exige un criterio objetivo de distinción MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio*, p. 731, quien entiende que los tipos contenidos en los artículos 381 y 384 CP no sólo se diferencian en el aspecto subjetivo, sino también en que este último precepto requiere la realización de una conducta «extraordinariamente peligrosa» o «altamente temeraria». En sentido similar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225 (nota 245).

Con respecto a esta concreta afirmación deben efectuarse algunas puntualizaciones. En primer lugar, no consigue entenderse a qué se refiere el Tribunal Supremo cuando habla de la «amplitud *subjetiva* del riesgo creado», de tal modo que la única interpretación posible pasa por entender que existe un error de transcripción en esta frase y que aquello a lo que realmente quería referirse el Tribunal era a la «amplitud *objetiva*» del riesgo. De ser así, se estaría vinculando la aplicación del artículo 384 CP al último fundamento antes apuntado, es decir, a la extrema peligrosidad de ciertas conductas automovilísticas. Sin embargo, un análisis detallado de los hechos probados lleva a dudar de que realmente este fundamento concorra en el presente caso. Según puede deducirse del *factum* anteriormente reproducido, el momento más peligroso de la conducta del sujeto activo es aquél en que «el guardaespaldas (...) oyendo el ruido del motor, instintivamente apartó cogiéndola, a Paula G., pasando la moto décimas de segundo después casi rozándolos». El riesgo que concurre en esta situación es el generado por toda motocicleta que está a punto de embestir a un peatón y que, al apartarse éste, pasa muy cerca de su cuerpo. Ciertamente en estos casos concurre un peligro concreto para la vida de quien está a punto de ser atropellado, pero no la peligrosidad extrema que justificaría —de acuerdo con el fundamento objetivo— la aplicación del artículo 384 CP.

Por lo que respecta al fundamento subjetivo, en los razonamientos jurídicos de la presente sentencia no se pone en claro cuál es el anclaje fáctico del elemento de desprecio. Es más, puede incluso afirmarse que el Tribunal Supremo incurre en un razonamiento meramente tautológico al considerar deducible la conducción con desprecio a partir del «total desprecio hacia la vida e integridad de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona». Como es evidente, con este modo de razonar no consigue aclararse de qué datos debe deducirse el desprecio del sujeto y, en concreto, no se resuelve la duda sobre si tal elemento debe inferirse de la motivación que pueda haber guiado al autor o si, por contra, se trata de una mera vivencia interna de la situación, en cuyo caso debería explicitarse —cosa que la sentencia no hace— a través de qué indicios y qué reglas de experiencia se ha deducido tal vivencia.

Sin duda, la presente sentencia merece ser destacada por tratarse de uno de los escasos supuestos en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el delito de conducción peligrosa con consciente desprecio por la vida de los demás. Sin embargo, con su parca argumentación la Sala Segunda ha dejado pasar una buena oportunidad para sentar jurisprudencia sobre cuáles han de ser los presupuestos aplicativos y cuál el fundamento del artículo 384 CP. Esta tarea queda pendiente para futuras resoluciones.

IV

De las posibles justificaciones de la agravación penal del artículo 384, el fundamento objetivo encaja plenamente con aquellas concepciones doctrinales que vinculan la antijuricidad y el merecimiento de pena a la (mayor o menor) lesividad o peligrosidad de ciertos comportamientos para determinados bienes jurídicos. Desde este punto de vista, parece lógico que las conductas extremadamente peligrosas para la vida ajena merezcan una pena superior a otras conductas que, aun comportando también un riesgo objetivo, no alcancen ciertos extremos de peligrosidad. Sin embargo, una aplicación coherente del criterio objetivo puede llevar a soluciones difícilmente defendibles. Así, parece evidente que resulta mucho más peligroso para la vida de los demás conductores quien conduce distraídamente por una autopista en sentido contrario, que quien lo hace siendo consciente de ello a causa de una apuesta que sólo ganará si no se produce ningún accidente. Esta afirmación se justifica porque el segundo sujeto conoce perfectamente la peligrosidad de su conducta y, para ganar la apuesta, está dispuesto a aplicar todos sus esfuerzos para que no se produzca una colisión, una posibilidad que el primer sujeto ni siquiera se plantea. Sin embargo, nadie parecería dispuesto a defender que los conductores inconscientes merezcan una pena más grave que los «conductores suicidas» (31).

Este problema determina la imposibilidad de acoger un fundamento objetivo para el artículo 384 CP (32). Ello obliga a volver la vista hacia la idea de que el desprecio se vincula a los motivos que han determinado al sujeto a poner en peligro con su conducción la vida ajena. Además, esta vinculación parece ajustarse en mayor medida que la explicación objetiva al tenor literal del artículo 384 y al sentido cotidiano de la palabra «desprecio», de naturaleza claramente subjetivizante.

La idea de que la motivación es algo que debe, según los casos, agravar o atenuar la pena no cuenta con muy buena prensa entre la dogmática penal de nuestros días. Esta realidad se explica, ante todo,

(31) De hecho, en el ordenamiento vigente la conducta del conductor que ni siquiera llega a advertir las circunstancias de su (peligrosísima) conducción permanece impune siempre que no se produzca un resultado lesivo.

(32) Puede añadirse además otro argumento: en la tramitación parlamentaria de la reforma de 1989 se rechazó una enmienda del Partido Nacionalista Vasco que pretendía añadir al elemento de desprecio consciente el requisito de una «extrema gravedad». Cfr. al respecto VIVES ANTÓN, en *La reforma*, p. 68.

porque no resulta sencillo encontrar a los motivos un encaje adecuado en la estructura del delito actualmente dominante. Históricamente el elemento de la motivación se había asociado a la categoría de la culpabilidad, de modo que, en función de cuál fuera el móvil de un sujeto para delinquir, se hablaba de una «mayor» o «menor culpabilidad» que, a su vez, se traducían en un distinto grado de merecimiento de pena (33). Este punto de vista entra en crisis desde el momento en que el injusto pasa a concebirse como una magnitud graduable sólo en términos de peligrosidad y la culpabilidad a explicarse como un criterio de imputación personal basado en la normal motivabilidad del individuo. En esta perspectiva ya no pueden incluirse en la culpabilidad elementos que agraven la pena, sino sólo circunstancias que lleven a atemperar el castigo cuando el sujeto activo no pudiera ser motivado con normalidad (34).

Actualmente, algunos de los motivos previstos *de lege lata* encuentran perfecto acomodo en el injusto si la orientación subjetiva que un sujeto atribuye a su conducta influye en la peligrosidad de ésta (35). Así, por ejemplo, el ánimo de lucro necesario para diversas infracciones patrimoniales puede reconducirse a la idea de peligrosidad, pues, que alguien se apodere de un objeto ajeno con semejante ánimo comporta, en principio, un mayor riesgo de que su legítimo titular no lo acabe recuperando que en los casos en que el apoderamiento se lleva a

(33) Este punto de vista puede encontrarse en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, pp. 888-889, quienes entienden que la motivación puede influir en la culpabilidad del sujeto y debe ser tenida en cuenta en la determinación de la pena de acuerdo con el § 46 StGB. Este punto de vista es empleado también por la doctrina dominante para justificar elementos como la «motivación abyecta» que en Alemania transforma los homicidios en asesinatos; cfr., al respecto, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB*, 25.ª ed., Múnich, 1997, § 211, núm. marg. 6.

(34) En este sentido MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 644-645 y el mismo, *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 178-179. En Alemania HORN, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, § 46, núm. marg. 42: «lo decisivo para la medición de la pena es sólo la gravedad del injusto realizado por el autor». Cfr. igualmente TORIO LÓPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, p. 106.

(35) Una influencia que parece poder constataarse, en general, en aquellos elementos subjetivos denominados de tendencia interna trascendente. Cfr. al respecto la distinción entre elementos subjetivos pertenecientes al tipo y a la culpabilidad formulada por ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 10, núm. marg. 70 y ss.

cabo simplemente con ánimo de uso. Esta mayor peligrosidad explica, por ejemplo, que el hurto exija ánimo de lucro y que los actos de apoderamiento con ánimo de uso sean por lo general impunes.

Sin embargo, para determinar la gravedad de las conductas en el Derecho vigente se atribuye también transcendencia a otras motivaciones que no pueden ser reconducidas a la idea de peligrosidad o que, en general, no permiten afirmar que su concurrencia comporte una mayor lesividad para los bienes jurídicos. Esto sucede, por poner un ejemplo, con la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa (art. 22.3.º CP), que, según la doctrina mayoritaria, agrava la pena de cualquier delito a causa de la codicia de su autor (36). Sin embargo, el hecho de que quien comete un delito vaya a ser recompensado económicamente por ello no parece que influya automáticamente en la peligrosidad de su comportamiento (37). Otro tanto puede afirmarse de la circunstancia del artículo 22.4.º CP, que agrava la pena a aquellos sujetos que cometan un delito «por motivos racistas, anisemitas u otra clase de discriminación» (38). Una defensa coherente de la idea de injusto como lesividad para los bienes jurídicos y de culpabilidad como imputación personal pasa por exigir la supresión de estas circunstancias agravatorias del Derecho vigente.

(36) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en el mismo (dir.), *Comentarios*, p. 137, quien afirma que el precio (art. 22.3.º CP) «es circunstancia que afecta a la culpabilidad, al incrementar la reprochabilidad en atención a la vileza del móvil». En idéntico sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa» *CPC*, 19 (1983), p. 24, quien niega que esta circunstancia pueda reconducirse a la antijuricidad.

(37) En sentido contrario MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 651, quien afirma que el fundamento de esta agravante reside «en la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media precio» y en la afectación al «desvalor subjetivo del injusto». Sin embargo, ninguno de estos dos argumentos permite sostener que la conducta de quien actúa por precio es más peligrosa para los bienes jurídicos. Lo mismo puede afirmarse del intento de MORALES PRATS, «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en Díez RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 256 y ss, de reconducir el precio a la profesionalidad del autor como elemento que incrementa la peligrosidad *ex ante*. La equiparación entre autor profesional y mayor peligro puede no darse en el caso concreto.

(38) Afirma MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 652, que esta agravante se justifica porque, cuando concurren sus presupuestos fácticos, se «añade al injusto propio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución» (cursiva en el original). Sin embargo, con esta explicación no se está buscando el fundamento de la agravación en una mayor dañosidad para los bienes jurídicos, sino en el sentido comunicativo («negación del principio de igualdad») expresado en delitos cometidos con determinados móviles discriminatorios.

En cambio, el mantenimiento de ciertas motivaciones como algo que influye (y que no debe dejar de influir) en la gravedad del delito y, por tanto, en la magnitud de la sanción, parece perfectamente conciliable con una perspectiva distinta del injusto, en concreto, con la idea de que la lesividad de ciertas conductas es algo que debe medirse en términos comunicativos (39). Así, lo que determina desde esta óptica el grado de antijuricidad de una conducta no es un mayor o menor peligro de destrucción de los bienes jurídicos, sino el grado de negación de los valores sociales básicos que se expresa en la efectiva realización de dicha conducta. Dicho con otras palabras, para este punto de vista la lesividad del delito no debe medirse en términos «mecanicistas», sino que el daño propio de las infracciones penales tiene una naturaleza «intelectual» (40).

No es posible extenderse en este trabajo sobre por qué esta última perspectiva del injusto debe considerarse preferible, aunque al respecto puede apuntarse que esta visión consigue explicar de forma mucho más convincente que los postulados tradicionales, entre otras cuestiones, el porqué del castigo de la tentativa inidónea (41) —uno de los puntos donde la idea de injusto como peligrosidad flaquea notablemente—, o la diferencia de castigo entre la realización dolosa e impru-

(39) En la actualidad el auge de la concepción del delito como fenómeno a concebir en términos comunicativos se debe ante todo a los trabajos de JAKOBS (cfr., entre muchos otros, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. de M. Cancio Meliá, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 101 y ss, esp. p. 118) y, en tiempos más recientes, de su discípulo LESCH (cfr., por ejemplo, *La función de la pena*, trad. de J. Sánchez-Vera, Madrid, 1999). Sin embargo, esta idea de fondo puede asimismo encontrarse en el pensamiento de otros autores como FREUND, «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 48 («la infracción de la norma puede ser vista como un serio cuestionamiento de su vigencia») y PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation», en *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 469 y ss, quien acepta la idea de delito como comunicación, aunque discrepando de los planteamientos de JAKOBS.

(40) La atribución a la concepción mayoritaria de una deficiente representación «mecanicista» del daño que todo delito comporta se debe a KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho», trad. a cargo de R. Ragués i Vallès, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 57. La idea del daño intelectual del delito se remonta al siglo XIX, concretamente a WECKLER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813; cfr. sobre el pensamiento de este autor MÜLLER-DIETZ, «Vom intellektuellen Verbrechensschaden», GA, 1983, pp. 480-496.

(41) En este sentido KARGL, en *La insostenible situación*, p. 50. Según afirma este autor la tentativa inidónea «ilustra de modo especialmente evidente que el juicio de dañosidad no puede agotarse en la lesión o puesta en peligro de las concretas condiciones de vida de la víctima».

dente de un mismo tipo penal objetivo (42). Baste aquí con añadir que, de acuerdo con esta concepción, la motivación del sujeto encuentra perfecto acomodo en la antijuricidad siempre que con la transcendencia de los motivos que le han determinado a delinquir aumente o disminuya, en términos comunicativos, la intensidad de la negación de los valores sociales básicos que se expresa con la conducta típica.

Ciertamente la perspectiva mayoritaria puede salvarse reclamando *de lege ferenda* la desaparición del Derecho vigente de todas aquellas motivaciones que, pese a no incidir en la peligrosidad de la conducta, conlleven algún tipo de agravación de las consecuencias jurídicas. Sin embargo, es posible que con esta petición se esté dejando de lado un aspecto del delito que, por lo menos desde la actual óptica social, influye de forma fundamental en la necesidad de castigo. La sociedad, desde luego, no reacciona de la misma manera cuando se mata a alguien por celos, o como consecuencia de una acalorada discusión previa, que cuando se hace a cambio de dinero o por puro placer. Afirmar que el Derecho penal puede cumplir adecuadamente su misión dando la espalda a esta realidad resulta cuando menos discutible.

Desde luego, no se pierde aquí de vista la crítica de que, dando relevancia a los motivos del sujeto, se corre el peligro de caer de lleno en la culpabilidad por el carácter y en el Derecho penal de autor. Sin embargo, este alarmismo parece infundado. Así, a quien mata por dinero no se le agrava la pena por ser codicioso, sino por haber expresado con su hecho que la vida humana es algo susceptible de transacciones económicas como si de un mero objeto se tratara; y a quien propina una paliza a otro sujeto por el hecho de ser negro u homosexual no se le castiga más por ser racista u homófobo, sino por haber expresado con su acto, no sólo que la integridad física ajena no es digna de respeto, sino, además, que ciertos colectivos sociales no merecen gozar en paz de los derechos y libertades que el ordenamiento les reconoce. Mientras no deje de exigirse que la base del castigo sea siempre una expresión de sentido plasmada en una con-

(42) En tiempos recientes el intento más sólido de justificar la diferencia de castigo entre dolo e imprudencia a partir del grado de afectación –en términos comunicativos– de uno y otro título de imputación subjetiva a la vigencia de las normas penales es el formulado por JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos», trad. de C. J. Suárez González, en *Estudios*, pp. 127 y ss. El punto de vista de este autor influye en España en los trabajos de FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, 65 (1998), pp. 311 y ss y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 32 y ss. La diferencia de tratamiento de dolo e imprudencia también se explica en términos comunicativos en LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 243-245 (esp. nota 23).

ducta externa, no se corre peligro alguno de incurrir en planteamientos propios de un Derecho penal de autor.

Este punto de vista permite justificar la agravación del artículo 384 con respecto al 381 CP a partir del desprecio como un elemento vinculado a la motivación del autor. Así, la conducta del «conductor suicida» que actúa por dinero no es más grave que la del conductor despistado en términos de peligrosidad para los bienes jurídicos, pero sí lo es en términos de negación del valor de la vida humana. En consecuencia, la aplicación del artículo 384 pasa por aislar conceptualmente aquellos motivos de la conducción temeraria con los que se exprese de forma acentuada que la vida ajena no es algo digno de respeto y, por tanto, puede ser puesta en peligro gratuitamente.

Esta perspectiva lleva a afirmar que el artículo 384 sólo debe aplicarse a aquellos casos, por ejemplo, en que un sujeto pone conscientemente en peligro la vida ajena como una simple forma de diversión o a cambio de una cantidad económica (43). En el primer supuesto el sujeto estaría expresando al conducir de semejante modo que la vida ajena es un simple juguete con el que pasar el rato, o un objeto con el que se puede negociar. En los casos en que la motivación no trasciende o, pese a trascender, no pueda valorarse como una negación cualificada del valor de la vida ajena, sólo deberá apreciarse un delito de conducción con temeridad manifiesta (art. 381 CP) (44).

V

A la luz de las anteriores afirmaciones conviene regresar ahora a los hechos probados de la STS de 25 de octubre de 1999, para decidir cuál se considera la solución más adecuada del caso. Para ello

(43) A la luz de estas consideraciones debe valorarse correcta la aplicación del delito de conducción con consciente desprecio por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos). En este caso el acusado se dedicó a circular con su motocicleta de gran cilindrada levantando la rueda delantera en una zona urbana por la que transitaban numerosas personas, atropellando a un peatón. No existe otra explicación para este comportamiento que la pretensión del acusado de obtener un rato de diversión.

(44) Para llegar a semejantes afirmaciones no importa lo que el autor realmente (en sentido psíquico) haya querido expresar con su conducta, sino la valoración social sobre su comportamiento. Al respecto son muy ilustrativas las afirmaciones de PUPPE, en *Festschrift für Grünwald*, pp. 473-474.

debe empezarse analizando si en este supuesto concurre simplemente un delito de peligro concreto o si, por contra, es posible afirmar que se da una tentativa de homicidio (parricidio antes de la entrada en vigor del CP95).

La apreciación de una tentativa depende de que pueda atribuirse al acusado la realización de un juicio de atribución de concreta aptitud lesiva (mortal) a su conducta (45). Dado que dicho acusado contaba con un perfecto conocimiento de la situación en la que actuaba y, también, con el conocimiento de los riesgos que genera en abstracto su comportamiento (46), la imputación de dicho juicio sería incuestionable si la conducta emprendida hubiera sido una de aquellas que socialmente se consideran especialmente aptas para matar, como disparar un arma de fuego a quemarropa, o hundir un cuchillo en el abdomen de la víctima (47). Sin embargo, la conducción de vehículos a motor no es una conducta a la que *per se* se asocie la idea de muerte, motivo por el cual es en principio admisible la alegación de que, pese a haber conocido un sujeto aisladamente todos los elementos de riesgo que concurrían en su situación concreta, no llegó a integrarlos en el juicio de concreta aptitud lesiva que exige el dolo.

Sin embargo, tal alegación no debe prosperar en tres casos (48). En primer lugar cuando de algún modo el sujeto exteriorice que internamente sí había realizado el citado juicio de atribución de aptitud lesiva; en segundo lugar, cuando sea posible imputarle la percepción de rasgos externos que indiquen inequívocamente cuál es la auténtica peligrosidad concreta de su conducta; y, en tercer lugar, cuando la dinámica comisiva sea tal que no resulte creíble que el sujeto no haya integrado en un juicio de atribución de concreta capacidad lesiva sus conocimientos aislados sobre la peligrosidad general de su conducta y la situación en la que ésta se llevaba a cabo.

De forma evidente, los dos primeros casos no se dan en el supuesto enjuiciado. Por un lado, no consta que el sujeto manifestara

(45) Para la resolución del caso se emplean los criterios de atribución del conocimiento expuestos en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, caps. XI-XVII. A este trabajo se remite para la justificación teórica y otros detalles acerca de estos criterios.

(46) Partiendo de tales afirmaciones de dos reglas de imputación del conocimiento: en primer lugar, de que cualquier motorista en pleno uso de sus facultades mentales sabe que embestir a otro con su motocicleta genera un peligro mortal; en segundo lugar, el conocimiento de la situación se atribuye al acusado a partir de la constatación de que contó con tiempo de sobras para advertir cuáles eran las circunstancias fácticas en las que iba a realizar su conducción y, especialmente, el lugar en que se encontraba su mujer.

(47) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 468 y ss.

(48) *Ibidem*, pp. 487 y ss.

en ningún momento –tampoco en la fase de instrucción o en el juicio oral– haber sido consciente de que estaba realizando una conducta concretamente apta para matar. Por otro lado, de las circunstancias del caso no se deduce tampoco que se presentaran en ningún momento signos externos de cuál era la auténtica lesividad de la conducta emprendida. Por ello, la posibilidad de afirmar la existencia de dolo en este caso pasa por analizar cuidadosamente si, a partir de la dinámica comisiva, es posible imputar al sujeto el juicio de atribución de concreta aptitud lesiva.

Atendiendo a este último criterio debe afirmarse que el acusado actuó con dolo de homicidio. Ello se justifica porque en los hechos probados no se describe una actuación súbita y repentina que permita dudar de que el acusado fuera realmente consciente del auténtico potencial lesivo de su comportamiento, sino todo lo contrario. Así, en el relato fáctico puede leerse cómo el acusado estuvo esperando un rato ante la puerta de los juzgados a que su esposa saliera del interior del edificio, cómo a la salida de ésta tuvo tiempo de abrocharse el anorak, de colocarse el casco, de encender la moto, de dirigir unas palabras a su esposa y cómo dio unos fortísimos acelerones antes de arrancar. La moto fue dirigida con pleno control por parte del acusado hacia el lugar donde se encontraba su esposa, y sólo la actuación instintiva del guardaespaldas agarrando a la mujer consiguió evitar el atropello, logrando así que la moto sólo le rozase. El tiempo con el que contó el acusado antes de este último momento permite afirmar que no resulta creíble la alegación de que no integró en un juicio de concreta aptitud lesiva su conocimiento, por un lado, de que embestir a alguien con una moto es una conducta apta para provocar su muerte y, por otro lado, de que dadas las circunstancias de la situación concreta –cuyo conocimiento debe serle también imputado– su conducta era apta *in concreto* para arrollar a la víctima y de este modo matarla.

Para reforzar lo adecuado de esta solución basta con imaginar cuál habría sido la solución del caso si el atropello y el desenlace mortal hubieran llegado a acontecer. En tal caso todo indica que una conducta por homicidio imprudente debería juzgarse como demasiado benévola. Pues bien, esta solución que parece la más adecuada para una hipotética consumación debe mantenerse cuando el resultado no ha llegado a producirse, pues el acaecimiento de aquél o su ausencia no son circunstancias que deban influir en la decisión acerca de la imputación subjetiva.

Tampoco afecta a la solución propuesta el hecho de que algunos testigos afirmasen haber tenido la sensación de que, en realidad, lo que pretendía el sujeto era suicidarse, una explicación mantenida en

sus declaraciones por el propio acusado (49). Sea ello cierto o no, éste no es un dato que deba influir en la solución del caso, pues son perfectamente imaginables supuestos en que un individuo desee ocasionar su propia muerte de un modo tal que ponga en peligro las vidas de otras personas como, por ejemplo, cuando un conductor decide poner fin a sus días colisionando frontalmente con otro automóvil en carretera. Es posible que la intención principal del acusado no fuera la de causar la muerte de su mujer y, en este sentido, tal vez tenga razón el Tribunal Supremo al afirmar que, cuando no están claras las intenciones del acusado, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo* y negar la concurrencia de aquella finalidad que comporte consecuencias penales más gravosas.

Sin embargo, en la solución acerca del dolo no deben influir las intenciones cuando se admite la figura del dolo eventual. También en este punto la argumentación del Tribunal Supremo flaquea notablemente, pues, pese a admitirse el dolo eventual a nivel de declaraciones teóricas, la Sala Segunda olvida por completo esta figura cuando analiza la calificación de los hechos. Así, al ocuparse de esta última cuestión, sólo parecen interesar las intenciones del acusado y se acaba negando la existencia de una tentativa por la duda acerca de que el verdadero objetivo fuera matar a su mujer, pero sin que se entre a analizar la posible concurrencia de los requisitos del dolo eventual en el relato de hechos probados.

Afirmada la existencia de una tentativa de homicidio, no procede analizar la aplicación al presente caso de los artículos 381 y 384 CP. De todos modos puede afirmarse al respecto que, si se llegara a negar el dolo de matar por no considerarse atribuible al acusado el juicio de concreta aptitud lesiva necesario para el dolo, la solución no pasaría por aplicar el artículo 384 CP, pues no parece que los motivos que impulsaron al acusado a poner en concreto peligro la vida de su mujer permitan afirmar que su conducta deba valorarse, en términos comunicativos, como una negación más intensa del valor de la vida ajena que la propia de toda conducción conscientemente temeraria. En consecuencia, el artículo 384 CP nunca debería haberse aplicado a este caso.

(49) Sin perjuicio de que en los hechos probados se afirme también que una dotación de la policía nacional detuvo al acusado porque «los presentes decían que había intentado atropellar a alguien».

VI

Como conclusión de estas páginas puede afirmarse que *concorre un delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás del párrafo primero del artículo 384 CP cuando se realiza conscientemente una conducta de conducción manifiestamente temeraria y concretamente peligrosa y se actúa de este modo por motivos que pueden valorarse como una abierta negación del valor de la vida ajena* (50).

Aunque esta definición es perfectamente defendible desde el punto de vista teórico no puede, sin embargo, perderse de vista que la dinámica comisiva de muchas conducciones gravemente peligrosas llevará a imputar al sujeto activo el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta y, como sucede en el caso estudiado, a apreciar una tentativa (doloso-eventual) de homicidio. De hecho, el famoso supuesto de los «conductores suicidas», que en su momento justificó la entrada en el Código del delito de conducción con consciente desprecio, era un caso evidente de dolo eventual (51). Sólo por este motivo de orden práctico puede ya ponerse en tela de juicio la necesidad de la existencia autónoma del artículo 384 CP. Además, el desvalor de las conductas subsumibles en este precepto quedaría perfectamente abarcado con la existencia del artículo 381 CP y de la tentativa de homicidio, así como con la posibilidad de concretar los marcos penales de estas infracciones atendiendo a otras circunstancias del hecho (52). En este sentido, si desapareciera del Código

(50) En el caso en que llegue a producirse un resultado de muerte, el artículo 384 CP debe aplicarse con preferencia al artículo 142 CP (homicidio imprudente consumado), por tener el primero una pena más grave. En este sentido, cfr. la STS de 20 de abril de 1994. Sin embargo, la efectiva producción del resultado deberá ser tenida en cuenta por el juez (con efectos agravatorios) en el momento de individualizar la pena del artículo 384.

(51) En este mismo sentido MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 192; LUZÓN PEÑA, en *Derecho Penal de la circulación*, p. 239; MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 146; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 332; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 226 (nota 249); y VARGAS, «Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas», *PJ*, 14 (1989), p. 74.

(52) Antes de la reforma de 1989 SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'», *La Ley*, 1988, pp. 970 y ss (esp. p. 980), entendía que el delito de conducción temeraria y los tradicionales delitos contra la vida bastaban para un adecuado castigo de fenómeno de la «conducción suicida». En referencia al CP73 negaban la necesidad del delito de conducción con desprecio consciente RODRÍGUEZ DEvesa / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.^a ed., Madrid, 1994, p. 1052. Actualmente TAMARIT SUMALLA,

el artículo 384, los casos de motivación especialmente reprochable en la conducción temeraria, faltando dolo eventual, pasarían a castigarse aplicando el artículo 381 CP, siendo tenidos en cuenta los motivos del autor en el momento de determinación judicial de la pena (53). Esta posibilidad simplificaría notablemente la fijación teórica de los límites entre las diversas infracciones (54).

VII

En su contribución al libro colectivo *La insostenible situación del Derecho Penal*, Peter-Alexis ALBRECHT explica cómo en Alemania la difusión en los medios de comunicación de las imágenes de peleas de perros propició inmediatamente un proyecto de ley para castigarlas y cómo los escándalos del *doping* en el deporte de élite fueron seguidos de diversos esfuerzos para su sanción penal (55). Según expone este autor, el Derecho penal se ha convertido en un recurso fácil de los políticos para aparentar ante la opinión pública hasta qué punto están dispuestos a combatir de manera decidida los problemas sociales.

El artículo 384 del actual Código Penal es una de las muestras más evidentes de esta realidad en España. Como se ha expuesto, la aparición de las «conducciones suicidas» en las carreteras españo-

en *Comentarios*, p. 1092, entiende que existen razones para dudar de la necesidad del artículo 384 CP, al haber desaparecido la alarma social provocada por las conducciones que dieron lugar a la introducción del precepto y por la pena prevista actualmente para la conducción temeraria, superior a la que tenía este delito en el Código anterior.

(53) De hecho, en el Código vigente la peculiar tripartición entre tipo de peligro concreto, tipo de peligro concreto con consciente desprecio por el bien jurídico protegido y tentativa de lesión sólo puede encontrarse en la regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico. El legislador no parece haber sentido la necesidad de recurrir a esta artificiosa técnica de tipificación para el castigo de otras conductas peligrosas para la vida.

(54) Así, aunque por los motivos expuestos *supra* se considera conveniente dar relevancia a los motivos del autor en la valoración de la gravedad de una conducta, puede afirmarse con carácter general que el ámbito más idóneo para tener en cuenta esta circunstancia es el momento de determinación judicial de la pena y no el de creación de los tipos por parte del legislador.

(55) ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», trad. a cargo de R. Robles Planas, en *La insostenible situación*, pp. 471 y ss. Interesantes también las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 27-28, sobre la influencia de los medios de comunicación en la magnificación de los problemas sociales.

las dio lugar en 1989 a la introducción de este precepto en el Código. El fenómeno afortunadamente desapareció por sí solo, pero el precepto sigue vivo y, en ocasiones, se aplica a casos que podrían resolverse perfectamente con la tentativa de homicidio, el delito de conducción temeraria y las reglas de determinación de la pena. Sin embargo, mientras siga en vigor el artículo 384 CP la doctrina deberá continuar esforzándose para intentar encontrar un contenido propio a algo que, en el mejor de los casos, sólo debería ser un evidente ejemplo «de lo que es legislar penalmente a impulsos de la coyuntura» (56).

(56) Citando literalmente a CONDE-PUMPIDO TOURÓN en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, p. 3559. MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 145, entiende que la introducción de este delito en el Código era escasamente necesaria y también denuncia el «carácter coyuntural» de esta tipificación.