

LOS CONCURSOS ENTRE DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD VIAL Y DELITOS DE RESULTADO LESIVO TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS PENALES: ESTUDIO DEL ARTÍCULO 382 DEL CÓDIGO PENAL*

ANTONIO OBREGÓN GARCÍA**

Resumen: Este trabajo se centra en el estudio del artículo 382 del Código Penal español, que regula los concursos entre los delitos contra la seguridad vial y los delitos de homicidio o lesiones que tienen su origen en aquéllos.

Este precepto fue objeto de una importante reforma mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de delitos contra la seguridad vial, y, si bien su redacción no se ha alterado en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, las novedades introducidas por ésta en otros artículos del Capítulo del Código Penal en el que se integra aconseja una revisión de su contenido, de su naturaleza y de los problemas interpretativos que genera.

Palabras clave: delitos contra la seguridad vial; homicidio; lesiones; concurso de delitos; concurso de leyes.

Abstract: This provision was extensively modified by the Organic Law 15/2007, of 30 November, on the amendment of the Penal Code on the subject of offences relating to road traffic. The Organic Law 5/2010, of 22 June, has not altered the wording of Article 382; nevertheless, since this Organic Law amends other Articles included in the same Section, it is advisable to discuss both the content and nature of Article 382, as well as the interpretation issues arising from it.

Keywords: Offences relating to road traffic; homicide; injury; offences considered together; conflict of laws.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CONTENIDO DE LA REGLA CONCURSAL DEL ART. 382 CP Y DIFERENCIAS RESPECTO DE SU PRECEDENTE; III. RESEÑA DE ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS GENERADOS POR LA REDACCIÓN DEL ART. 382 CP; IV. NATURALEZA DEL CONCURSO REGULADO EN EL ART. 382 CP; V. VALORACIÓN CRÍTICA FINAL Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA.

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2012.

Fecha de aceptación: 21 de diciembre de 2012.

** Profesor Propio Ordinario de Derecho Penal. Universidad Pontificia Comillas. Correo electrónico: aobregon@upcomillas.es.

I. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones llevadas a cabo en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos contra la seguridad vial, han sido escasas en número y apenas han incidido en los tipos penales contenidos en el Capítulo IV del Título XVII (de los delitos contra la seguridad colectiva) del Libro II del Código Penal. No obstante, el sentido de las novedades incorporadas apunta a un interés del legislador de 2010¹ por mitigar la severidad de la que, claramente, había hecho gala la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, cuya finalidad, explícita en el propio Preámbulo de la norma, consistió en “definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”.

Efectivamente, el rigor de la LO 15/2007, de 30 de noviembre (que no hay que olvidar tenía por único objeto precisamente reformar los delitos contra la seguridad vial), se manifestó no sólo en la definición de nuevos tipos penales, o en la revisión de la redacción de tipos ya existentes con el fin de ampliar los casos constitutivos de infracción penal, sino también en el incremento de las penas asociadas a algunos de dichos tipos; y en ese contexto también debe entenderse el llamativo cambio producido en la regla concursal que tradicionalmente se había contenido en el art. 383 CP (desplazada desde 2007 al art. 382 CP), alteración que ciertamente encerraba una evidente pretensión agravatoria².

La benignidad de la LO 5/2010 –contraída a este específico perímetro de los delitos contra la seguridad vial, pues en otros ámbitos no ha sido la tónica general– se ha dejado

¹ Curiosamente, el Preámbulo de la LO 5/2010 no presenta la reforma en este ámbito como una intervención legislativa orientada a la atenuación de las penas, sino al servicio de la proporcionalidad y de un mayor grado de arbitrio para el juez. De esta forma, señala que “en la búsqueda de una mayor proporcionalidad en la respuesta jurídica penal a determinadas conductas de peligro abstracto, concretamente en el ámbito de los delitos contra la seguridad vial, se ha considerado conveniente reformar los artículos 379 y 384 en un triple sentido. En primer lugar se equipara la pena de prisión prevista para ambos delitos, al entender que no existe razón de fondo que justifique la diferencia en la respuesta punitiva. Por otra parte, se elimina la actual disyuntiva entre la pena de prisión y la de multa y trabajos en beneficio de la comunidad, estableciéndose los tres tipos de penas como alternativas. De este modo se concede un mayor grado de arbitrio al Juez a la hora de decidir sobre la imposición de cualquiera de las tres penas previstas, permitiendo reservar la pena de prisión, como la de mayor gravedad, para supuestos excepcionales. De otro lado, superando el sistema actual en el que únicamente se prevé para el caso del delito del artículo 381, se introduce un nuevo artículo 385 bis en el que se establece que el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128. Por último, en los supuestos de imposición de la pena de prisión, tratándose de los delitos contenidos en los artículos 379, 383, 384 y 385, se concede a los jueces la facultad excepcional de rebajarla en grado atendiendo a la menor entidad del riesgo y a las demás circunstancias del hecho enjuiciado”.

² Como señala TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos contra la seguridad vial: ¿una reforma de ida y vuelta?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 18, “la explicación de esta reforma del CP la encontramos en el fenómeno que se ha venido denominando *la expansión del Derecho Penal*”.

sentir con carácter principal en el aspecto penológico, fundamentalmente a través de la cláusula de atenuación facultativa que recoge el nuevo art. 385 *ter* CP respecto de las penas de los delitos descritos en los artículos 379, 383, 384 y 385 CP (es decir, todos menos los relativos a la conducción con temeridad manifiesta)³, regla cuya utilización puede llegar a implicar, incluso, la imposición de penas de menor gravedad que las previstas antes de la reforma de 2007. Pero han quedado a salvo del propósito atenuador, por consiguiente, tanto la incriminación de las conductas que se incorporaron al Código en la LO 15/2007 como la regla concursal del art. 382 CP, cuyas consecuencias en el orden penológico son de importancia decisiva, dada la frecuencia con que las conductas infractoras desarrolladas en el tráfico viario se acompañan de resultados lesivos que originan la posible comisión de otro delito.

Por todo ello, un estudio cabal de los delitos contra la seguridad vial tras las últimas reformas del Código Penal requiere necesariamente también de una explicación del art. 382 CP, esto es, el precepto regulador de los concursos entre varios de los delitos de esta clase y los que tipifican, de acuerdo con la expresión legal, un “resultado lesivo ocasionado” por la acción que constituye la infracción contra la seguridad vial. No obstante, como podrá comprobarse a continuación, el análisis del art. 382 CP no puede efectuarse sin el marco referencial de una teoría de concursos en el Código Penal español, a la que, en cierta medida, también contribuye a elaborar. Con estas premisas, las siguientes líneas no persiguen ni exponer exhaustivamente todos los problemas generados por la regla concursal del art. 382 CP ni aportar todas las soluciones posibles, pero sí tienen como meta, al menos, hacer patentes algunas de las dificultades interpretativas que genera este texto y, ante todo, resaltar varias de las deficiencias que se observan en el mismo, incorrecciones que, por omisión, se mantienen en el Código Penal, a pesar de la amplia reforma realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

II. CONTENIDO DE LA REGLA CONCURSAL DEL ART. 382 CP Y DIFERENCIAS RESPECTO DE SU PRECEDENTE

Conforme al vigente art. 382 CP, “cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiere originado”. Este texto, como se indicaba anteriormente, procede de la redacción dada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del

³ Art. 385 *ter* CP: “En los delitos previstos en los artículos 379, 383, 384 y 385, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, podrá rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho”.

Código Penal, en materia de seguridad vial, y representa el correlato del anterior art. 383 CP⁴, que no se había variado desde la versión original del Código Penal de 1995 y que, en realidad, reproducía la regla ya existente en el art. 340 bis c) del Código Penal de 1973⁵.

El cambio de ubicación de la singular regla concursal relativa a los delitos contra la seguridad vial no constituye, sin embargo, la modificación más trascendente realizada en torno a esta cláusula. Aparentemente, el tenor del precepto pretende dar continuidad a una regla que ya contaba con muchos años de historia (y, así, el propio Preámbulo de la LO 15/2007 no lo presenta como una auténtica novedad, sino que se limita a señalar que “al igual que sucede en el Derecho vigente, se ofrece una específica regla para salvar el concurso”), pero no son pocas las rectificaciones que realmente se introducen en el art. 382 CP. Así, podemos destacar las siguientes variaciones:

- Indudablemente, la más significativa afecta a la consecuencia penológica que se asocia al fenómeno concursal: cuando se produce un concurso entre el delito contra la seguridad vial y el delito de resultado lesivo se tiene que apreciar la infracción más gravemente penada (en esto no se producen cambios) pero aplicando la pena de ésta en su mitad superior (agravación que sí constituye una transformación de entidad). Se trata de una fórmula que, según gran parte de la doctrina, parece acercar –aunque ahora veremos si esta interpretación es correcta– la solución concursal del art. 382 CP a la que se ofrece en el art. 77 CP para los llamados concursos ideales de delitos, lo que implicaría un giro muy notable en la concepción de este concurso, normalmente considerado un concurso de normas o de leyes (aunque parte de la doctrina venía reclamando ya su tratamiento como concurso de delitos). En todo caso, la introducción de este inciso supone un evidente endurecimiento (y sobresaliente) de la consecuencia penológica prevista en abstracto, lo que resulta coherente con el propósito, revelado por la LO 15/2007, de introducir mayor rigor en la disciplina de las infracciones contra la seguridad vial; curiosamente, esta elevación de la severidad de la respuesta penal no se ha recibido con rechazo por parte de la doctrina, bien porque en esta clase de delitos, especialmente si originan resultados lesivos, se muestre menos renuencia a aceptar una mayor intervención incriminadora⁶, bien porque realmente se postule que la solución ofrecida por

⁴ Art. 383 CP de 1995, antes de la reforma llevada a cabo por la LO 15/2007: “cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66”.

⁵ Art. 340 bis, c) CP de 1973: “cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada. En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61”.

⁶ CORCOY BIDASOLO, M., “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, en MIR PUIG, S.,

el art. 382 CP mejora técnicamente la redacción de la cláusula concursal que la precedía⁷.

- En segundo término, el art. 382 CP opera también una corrección de los delitos contra la seguridad vial a los que resulta aplicable la específica solución concursal que proporciona, motivada por el cambio de ubicación de la cláusula y la nueva numeración de los delitos del capítulo. Por una parte, en tanto la regla se proyecta sobre los delitos descritos en los artículos precedentes, se excluye de su ámbito de aplicación el delito contenido en el art. 385 CP, es decir, el consistente en la creación de un grave riesgo para la circulación (infracción que se tipificaba en el antiguo art. 382 CP y al cual, sin embargo, sí afectaba anteriormente la cláusula del concurso, que en su versión original se encontraba en el art. 383 CP). Por otra parte, sí pasa a quedar incluido en el círculo de delitos comprendidos por la vigencia de la solución concursal la conducción con temeridad manifiesta y manifiesto desprecio por la vida de los demás (art. 381 CP), que antes de la entrada en vigor de la LO 15/2007 no se hallaba abarcado por el supuesto de hecho de la regla de concurso⁸.
- En el terreno de las infracciones que tipifican el resultado lesivo ocasionado por la acción que ataca la seguridad vial se efectúa una reducción de cierta importancia, que a veces no se subraya convenientemente: la regla concursal específica adquiere vigencia únicamente si esa infracción es constitutiva de delito (por tanto, si su naturaleza es la de falta, la solución debe buscarse en la aplicación de las reglas generales). De esta forma, en los casos, no infrecuentes, en que los resultados de muerte o de lesiones dan lugar a una infracción constitutiva de falta, por cometer-

CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.) y CARDENAL MONTRAVETA, S. (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 74 y ss., particularmente en p. 82, se refiere a la existencia de una “sensación de impunidad” en relación con los delitos contra la seguridad vial, lo que explicaría la favorable disposición doctrinal a una intervención penal de mayor rigor. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Los nuevos delitos contra la seguridad vial”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., VIDALES RODRÍGUEZ, C. (coords.), *Seguridad vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 196 y ss., señalan que, “atendida la magnitud” de las “dramáticas consecuencias” de los delitos contra la seguridad vial, “parecen caber pocas dudas acerca de que el recurso al Derecho penal está sobradamente justificado”, y afirman también (p. 199) en que en este terreno “hoy el sistema penal no desempeña adecuadamente, por defecto, su misión de tutela derechos fundamentales. Posiblemente es el único ámbito en el que claramente pueda formularse esta aseveración”.

⁷ Así, para GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los nuevos delitos*, cit., p. 215, “lo que tal cambio supone es que se destierra su comprensión como un concurso aparente de normas con su regla de subsidiariedad impropia (art. 8.4 CP) y se le da el tratamiento penológico que siempre debió tener, esto es, el de un concurso ideal o medial de infracciones (art. 77 CP)”.

⁸ En este sentido, MORENO ALCÁZAR, M. A., “La criminalización de las conducciones temerarias en el marco de la nueva reforma penal en materia de seguridad vial”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., VIDALES RODRÍGUEZ, C. (coords.), *Seguridad vial. (Especial referencia a la reforma operada en el Código Penal mediante la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 284.

se con imprudencia leve (art. 621 CP, apartados 2º y 3º) o, en el supuesto de las lesiones previstas en el art. 147.2 CP, con imprudencia grave (apartado 1º del art. 621 CP), el concurso con el delito contra la seguridad vial del que traen causa no debe resolverse por la vía del art. 382 CP, sino dirigirse a la regla concursal que proceda de acuerdo con la teoría general de concursos⁹.

- Finalmente, el art. 382 CP no releva expresamente de la obligación de aplicar las reglas contenidas en el art. 66 CP, referentes a la eficacia penológica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como sí venían haciendo los preceptos antecedentes¹⁰.

Teniendo en cuenta estas precisiones, la aplicación de la regla implica tres operaciones en orden a la medición de la pena que de forma exacta debe imponerse al supuesto que genera el concurso: 1) la determinación de la infracción más grave y, consecuentemente, de su marco penal abstracto; 2) la agravación de ese marco penal, comprimiéndolo a su mitad superior, lo que determina un nuevo marco penal abstracto; 3) finalmente, la estimación de las reglas generales de medición de la pena de los arts. 61 y siguientes CP que resulten aplicables sobre el marco penal abstracto definido anteriormente, hasta concretar la sanción de forma exacta. A pesar de la aparente sencillez de estos enunciados, algunas de estas operaciones pueden presentar cierta dificultad: por un lado, la determinación de la infracción más grave, tal y como sucede en la aplicación de las reglas penológicas atendibles en la figura del delito continuado –art. 74 CP– y en el concurso ideal de delitos –art. 77 CP–¹¹, podría complicarse si en alguna de las infracciones concurre tentativa o complicidad (lo que, ciertamente, sería anormal, teniendo en cuenta la naturaleza de los delitos contra la seguridad vial, generalmente entendidos como tipos de peligro, así como la de los delitos de resultado lesivo, habitualmente imprudentes en los supuestos en que estamos examinando); por otro lado, la tácita recuperación de la eficacia de las reglas penológicas del art. 66 CP no resuelve todos los obstáculos en este terreno, puesto que es discutible si las circunstancias modificativas, para ser apreciables, tienen que estar presentes en las dos infracciones, o al menos necesariamente en la infracción más grave, o basta con que se asocien a una de las dos infracciones¹².

⁹ En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los nuevos delitos...*, cit., pp. 215 y s., si bien consideran que las reglas generales aplicables son las correspondientes a los concursos de delitos.

¹⁰ MORENO ALCÁZAR, M. A., *La criminalización...*, cit., pp. 284 y s., conecta esta modificación con el hecho de que se haya incorporado al elenco de conductas abarcadas por la cláusula concursal la conducción temeraria con temerario desprecio por la vida de los demás, por lo que “se abre la vía para que algunos de los resultados lesivos derivados de tales conductas puedan ser calificados como dolosos, razón por la que no tendría sentido privarles de las reglas penológicas aplicables a los mismos con carácter general”.

¹¹ Sobre la determinación de la pena en el concurso ideal y en el delito continuado, *cfr.* OBREGÓN GARCÍA, A., “Determinación de la pena”, en MOLINA BLÁZQUEZ, C. (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch, 2005, pp. 104 y ss.

¹² *Cfr.* OBREGÓN GARCÍA, A., *Determinación...*, cit., p. 106.

En todo caso, con independencia de estos problemas, cabe refutar la discreción de la penalidad prevista en el art. 382 CP, que puede conducir en algunos supuestos a una sanción notoriamente excesiva¹³. Y, ya se trate de un concurso de normas, ya de delitos (cuestión que trataremos posteriormente), habría que haber añadido, como después se insistirá, la previsión de que la pena resultante de la aplicación de la regla del art. 382 CP no puede exceder de lo que derivaría de acumular las penas de cada infracción por separado, pues si no se conculca flagrantemente el principio de proporcionalidad.

Estas últimas reflexiones nos advierten de que la regla concursal contenida en el art. 382 CP puede presentar más dificultades interpretativas de las que cabría imaginar en un principio, dudas que a mi juicio se han visto incrementadas extraordinariamente con los cambios introducidos por la reforma de 2007 y a las que la reforma de 2010 no ha pretendido dar respuesta. A continuación se exponen algunos de estos problemas que el tenor del art. 382 CP suscita, para seguidamente profundizar en los que atañen de forma particular a la naturaleza del concurso que se entabla entre los delitos contra la seguridad vial y los delitos de resultado lesivo que traen causa de éstos.

III. RESEÑA DE ALGUNOS PROBLEMAS INTERPRETATIVOS GENERADOS POR LA REDACCIÓN DEL ART. 382 CP

Como antes se ha indicado, la previsión consistente en la agravación del marco penal asociado a la infracción más gravemente penada provoca los mismos problemas interpretativos que técnicas semejantes vienen originando en otras cuestiones debatidas en el ámbito de la medición de la pena en algunas clases de concursos. Pero vinculado también a esta regla se encuentra otro problema, de gran repercusión práctica, que surge en el caso de que la acción constitutiva de delito contra la seguridad vial cause varios resultados lesivos, a su vez elementos típicos esenciales de sendos delitos. En este supuesto, cabe preguntarse, suponiendo que la pluralidad de resultados lesivos permita la calificación del concurso como concurso ideal¹⁴, y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el art. 77 CP, el régimen general de este concurso es el de la absorción con agravación¹⁵, si ésta resulta compatible con la regla prevista en el art. 382 CP (en el caso de que el concurso ideal de delitos –que

¹³ Como pone de manifiesto MORENO ALCÁZAR, M. A., *La criminalización...*, cit., p. 285.

¹⁴ En contra de este entendimiento doctrinal y jurisprudencial mayoritario, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. y VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los nuevos delitos...*, cit., p. 197; no obstante, la tesis a favor del concurso real en el caso de que una acción imprudente ocasione varios resultados materiales típicos gana predicamento con carácter creciente: *cf.*, en este sentido, ROIG TORRES, *El concurso ideal de delitos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 334.

¹⁵ Para una explicación práctica de la aplicación de este sistema, *cf.* OBREGÓN GARCÍA, A., *Determinación...*, cit., pp. 106 y ss.

trae causa de la pluralidad de resultados— tenga asignada una penalidad superior a la del delito contra la seguridad vial)¹⁶.

Los enigmas dogmáticos que genera el art. 382 CP no se limitan a los referentes a la aplicación de su consecuencia jurídica; realmente, surgen más dudas en el campo de su presupuesto de hecho.

Como se ha puesto de relieve por la doctrina, el art. 382 CP no especifica si su regla concursal sólo es aplicable a los casos en que los delitos de resultado lesivo son imprudentes o si, por el contrario, se extiende también a los supuestos de delitos dolosos, siquiera a título de dolo eventual¹⁷. Ciertamente, la estructura típica de los delitos contra la seguridad vial y su naturaleza de delitos dolosos de peligro¹⁸ hace más fácil suponer su correspondencia con delitos imprudentes de resultado lesivo; sin embargo, el tenor del art. 382 CP, al menos expresamente, no excluye de su ámbito de vigencia un posible concurso con delitos dolosos de resultado, sin que de manera inmediata pueda concluirse que esa ausencia de referencia venga determinada por la presunción de que se trata de un concurso de normas que se resuelve con carácter previo al concurso al que procura atender el art. 382 CP. Precisamente, la inclusión en el presupuesto de hecho de este precepto de los delitos de temeridad manifiesta y con manifiesto desprecio por la vida de los demás del art. 381 CP, cuya proximidad a tentativas de homicidio o de lesiones con dolo (eventual) ha generado una animada polémica doctrinal¹⁹, allanaría la posibilidad de ubicar en el art. 382 CP también el concurso con delitos dolosos de resultado, aunque tal interpretación parece, en verdad, enormemente forzada²⁰.

¹⁶ Así, según SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “Conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (COORD.), *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 264, “primero, debería determinarse la pena a aplicar al delito de resultado, mediante la regla del concurso ideal; y, luego, realizar la comparación con la pena prevista para el delito de peligro, seleccionando la pena más grave en su mitad superior”; en igual sentido en “Conducción manifiestamente temeraria”, en *Protección penal...*, cit., p. 216.

¹⁷ Para CORCOY BIDASOLO, M., *Homicidio y lesiones...*, cit., p. 74, en algunos de los comportamientos desarrollados en el ámbito del tráfico viario la “calificación adecuada” de las conductas respecto del resultado lesivo “sería la de dolosa, aun cuando se tratase de dolo eventual”. En este sentido, MORENO ALCÁZAR, M. A., *La criminalización...*, cit., p. 285.

¹⁸ Con la excepción, para una parte de la doctrina, de los delitos de los arts. 383 y 384 CP, lo que justificaría su exclusión del ámbito de aplicación de la regla concursal del art. 382 CP; así, TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., p. 499.

¹⁹ Para un análisis del art. 381 CP, *cfr.* GUANES NICOLI, M., *El delito de conducción temeraria. Análisis de la situación jurisprudencial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pp. 287 y ss. No obstante, la dificultad de probar algunos elementos de la tentativa de homicidio normalmente hace descartar la posibilidad de aplicarla, lo que puede explicar la razón de ser del art. 381 CP; en torno al origen de este tipo, *cfr.* MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE, F., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., GARCÍA ARÁN, M.: *La reforma penal de 1989*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 47 y ss.

²⁰ En contra de aplicar la regla concursal específica cuando los delitos de resultado son dolosos, y a favor de aplicar entonces las reglas del concurso de delitos, GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes. Y análisis del artículo 383 del Código Penal*, 4ª ed. Barcelona: Bosch, 2010, p. 176.

Si bien la controversia anterior nace de la ampliación del ámbito de aplicación del art. 382 CP, no menos problemática es la incógnita que aparece justamente por la exclusión explícita, en su presupuesto, del concurso entre los delitos contra la seguridad vial y las infracciones de resultado lesivo constitutivas de falta, por un lado, así como del delito contemplado en el art. 385 CP y los delitos de resultado lesivo con origen en la creación de un grave riesgo para la circulación, por otro. No siendo aplicable el art. 382 CP, parece evidente que recuperan su vigencia las reglas generales de concurso²¹, pero en este caso lo que resulta arduo es precisar si el concurso que se entabla entre ambas infracciones puede considerarse de normas o de delitos (ideal), con la pertinente consecuencia penológica: en el primer caso se aplicaría una sola pena sin agravar, mientras que en el segundo se aplicarían las reglas del art. 77 CP (aunque, en el supuesto en que la infracción de resultado lesivo fuere constitutiva de falta, habría que acudir a su apartado tercero, por el cual se acumularían las penas que se derivan de cada infracción y no se impondría la pena de la infracción más grave en su mitad superior)²².

El planteamiento de este problema nos remite en último término a la cuestión de la naturaleza del concurso entre los delitos contra la seguridad vial y las infracciones de resultado lesivo que traen causa de las acciones que conforman aquéllos y, conjuntamente con esta pregunta, si la solución concursal que proporciona el art. 382 CP permite adoptar una determinada concepción dogmática sobre este particular concurso.

IV. NATURALEZA DEL CONCURSO REGULADO EN EL ART. 382 CP

Los cambios efectuados por la reforma de 30 de noviembre de 2007 en la norma específica que regula el concurso entre los delitos contra la seguridad vial y los delitos de resultado lesivo, y que se ha mantenido vigente tras la reforma operada por la LO 5/2010, ha permitido a un sector doctrinal claramente mayoritario aseverar que el art. 382 CP confiere a este concurso la naturaleza de concurso de delitos²³. Si bien ya una parte de la doctrina, aun con la regulación anterior, venía manifestando su preferencia por esta clase de concurso, lo cierto es que la solución penológica adoptada por el art. 382 CP, tan afín a la prevista en

²¹ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 702.

²² Tratándose de una falta, la agravación de la mitad superior de la pena del delito resultaría más gravosa que la acumulación de las penas de ambas infracciones sin agravar.

²³ Contundentemente, MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Delitos contra la seguridad vial”, en AA. VV.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2009, p. 283; en el mismo sentido, por ejemplo, CUESTA PASTOR, P. J., *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y el sistema de sanción por puntos de la Ley 17/2005, de 19 de julio*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 95; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Excesos de velocidad e intoxicaciones punibles”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 133 (aunque matiza que se trata de una regla “especial” de concurso ideal).

el art. 77 CP para el concurso ideal, ha aportado un argumento, casi definitivo, a favor de la tesis del concurso de delitos²⁴. La discusión dogmática se realiza si nos percatamos de algunas consecuencias prácticas del dilema entre concurso de delitos o concurso de normas: de entenderse que el concurso es de delitos, en una posterior comisión delictiva la posibilidad de apreciar la agravante de reincidencia se podría fundamentar en cualquiera de las dos infracciones (tanto en el delito contra la seguridad vial como en el delito de resultado lesivo)²⁵; asimismo, podría impedirse la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena ya que, si bien el delito de resultado lesivo, en tanto revista el carácter de imprudente, no computaría a efectos de suspensión con arreglo al art. 81 CP, el delito contra la seguridad vial, indefectiblemente doloso, sí malograría la aplicación de esta forma sustitutiva de la ejecución de la pena de prisión²⁶.

A mi juicio, sin embargo, y de acuerdo en lo sustancial con TRAPERO BARREALES²⁷, la afirmación que sostiene que, indubitadamente, el concurso regulado en el art. 382 CP es de delitos debe ser impugnada, por varias razones que se exponen a continuación.

- En primer lugar, el legislador no se remite al art. 77 CP, como sería más lógico desde el punto de vista técnico, si considerase que se trata de un concurso ideal de delitos; por tanto, en principio, la solución penológica aportada es compatible tanto con la consideración de un concurso de delitos como de un concurso de normas.
- En segundo término, la redacción del Código en el art. 382 CP es sutilmente diferente a la que se contiene en el art. 77 CP: mientras que en este último se parte explícitamente del hecho de la concurrencia de varias infracciones (aunque la solución penológica se base en la pena que se asocia a una de ellas), en el art. 382 CP se indica que “tan sólo” se apreciará la infracción más gravemente penada, esto es, que sólo es de aplicación una infracción (y consecuentemente una pena), lo que acerca el supuesto a los casos de concursos de normas o de leyes²⁸.
- Asimismo, el art. 382 CP no incluye la cláusula recogida en el art. 77 CP que evita el exceso punitivo que podría derivarse en algunos casos como consecuencia de la aplicación de la regla de la absorción con agravación, límite según el cual la

²⁴ Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, cit., p. 702.

²⁵ Cfr. TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., p. 528.

²⁶ Cfr. TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., pp. 530 y s.

²⁷ Cfr. TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., pp. 502 y ss. No obstante esta autora utiliza estos argumentos para desmentir que se trate de un auténtico concurso de delitos, aunque finalmente se inclina por situar la regla del art. 382 CP en un lugar más cercano a la esfera de esta clase de concurso que a la del concurso de leyes.

²⁸ Cfr. OLMEDO CARDENETE, M., “Conducción temeraria con manifiesto desprecio para la vida o la integridad de las personas”, en OLMEDO CARDENETE, M. y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (eds.), *Protección penal de la seguridad vial*. Granada: Alea Blanca, 2010, p. 104, para quien la solución concursal del art. 382 CP se encuentra a caballo entre el concurso de normas en relación de alternatividad, por apreciarse sólo una infracción, y el concurso ideal de delitos, por aplicarse la pena en la mitad superior.

pena agravada nunca puede superar la penalidad que se derivaría de acumular las penas de cada infracción por separado.

- Además, aunque el valor interpretativo de las Exposiciones de Motivos debe reputarse relativo, el legislador se pronuncia en el Preámbulo de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, partiendo de la tesis del concurso de normas, de forma tan meridiana que resulta un argumento difícilmente objetable (“se ofrece una específica regla para salvar el concurso de normas”).
- Por último, desde una perspectiva material, la consideración del concurso como concurso de delitos haría resentir la vigencia del principio *non bis in idem*. La conculcación de este principio no es graduable y la tesis del concurso de delitos lleva a esa violación: en la medida en que el delito contra la seguridad vial castiga el peligro para la vida o la salud y el delito de resultado lesivo obviamente capta el desvalor que representa la lesión en que se materializa ese peligro, ha de entenderse que concurre, siquiera parcialmente, una duplicidad de valoraciones sobre el mismo hecho, que conculcaría el principio *non bis in idem*²⁹. No en vano, la relación entre tipos de peligro y correlativos tipos de lesión tradicionalmente se ha derivado hacia el concurso de normas, bien es cierto que más como supuesto de consunción³⁰ (o de subsidiariedad)³¹ que como una relación de alternatividad (tal y como parecía sugerir incuestionablemente la misma regla concursal en la versión recogida en el art. 383 CP de 1995). Por la importancia de este punto, la enunciada afectación al principio *non bis in idem* requiere de una mayor explicación.

En efecto, desde la STC 2/1981, de 30 de enero³², el Tribunal Constitucional viene reconociendo que el principio *non bis in idem* integra el derecho fundamental al principio de legalidad penal en materia penal y sancionadora; este principio, de acuerdo con el pronunciamiento del citado Tribunal, veda la imposición de una dualidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Pero puede añadirse algo más: como expone GARCÍA ALBERO, la consecuencia de la imposibilidad de una doble sanción con idéntico fundamento por un mismo hecho viene ligada materialmente a la prohibición de una doble valoración de ese hecho; el principio *non bis in idem* no sólo supone que no se puedan imponer dos sanciones por el mismo hecho, sino también que no se puede valorar dos veces el mismo elemento, con la consiguiente repercusión en la calificación

²⁹ Sobre esta cuestión, ampliamente en OBREGÓN GARCÍA, A., “Los llamados concursos de leyes en relación de alternatividad: sentido y contenido de la regla 4ª del artículo 8º del Código Penal”, en *Revista ICADE*, nº74, 2008, pp. 61 y ss., en particular 70 y ss.

³⁰ Como señala GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Excesos de velocidad...*, p. 133, el régimen general “que rige en materia de concursos entre tipos de peligro y tipos de lesión” consiste en que “éste tan sólo absorberá aquél en los casos en los que el riesgo se haya agotado por completo realizándose en el resultado”.

³¹ Para GÓMEZ PAVÓN, P., *El delito de conducción...*, p. 187, se trata de una relación de subsidiariedad.

³² Y en muchas otras posteriores: por ejemplo, SSTC. 66/1986, de 26 de mayo; 154/1990, de 15 de octubre; 234/1991, de 16 de diciembre; 177/1999, de 11 de octubre; 2/2003, de 16 de enero.

jurídica y, en último término, en la esfera sancionadora: impide que “las cualidades de una acción que se corresponden con los elementos de un tipo de delito puedan ser utilizadas para colmar los elementos de otro tipo delictivo cuando la valoración de uno de ellos está contenida en la del otro”³³.

Por tanto, el principio *non bis in idem* queda conculcado si se aprecia la existencia de dos infracciones diferentes y, consecuentemente, se aplican las reglas del concurso de delitos, cuando los preceptos en concurso valoran un mismo elemento del hecho. En otras palabras, si una parte nuclear de injusto es común a los preceptos concurrentes –que describen los delitos cuya aplicación se pretende–, debe negarse la afirmación de una pluralidad de infracciones, excluirse la apreciación de un concurso de delitos y dirigirse necesariamente la solución del problema hacia las reglas previstas para el concurso de normas. Y esa interferencia relevante se produce, al menos, cuando el bien jurídico protegido en los distintos preceptos es el mismo (o son dos que se hallan estrechamente vinculados, como vida y salud), de tal modo que el desvalor de resultado (el ataque al bien jurídico), en el caso concreto, resulta total o parcialmente coincidente³⁴. En mi opinión, así sucede en el supuesto que estudiamos, puesto que se castiga simultáneamente el peligro y la lesión (que concreta o materializa ese peligro) para un mismo bien jurídico.

En suma, podemos concluir que el legislador no ha convertido en un concurso de delitos el concurso que regula en el art. 382 CP, sino que éste sigue constituyendo un concurso de normas, aunque se proporcione una solución penológica diferente –más rigurosa– de la que normalmente se derivaría de la aplicación de las reglas del art. 8 CP, referente al concurso de normas, y en particular de la regla 4ª del art. 8 CP, llamada habitualmente relación de alternatividad o “principio de pena superior”³⁵, y a la que la regulación anterior a la LO

³³ GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995, pp. 228 y ss.

³⁴ Según CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso de normas penales*. Granada: Comares, 1999, pp. 47 y ss., el criterio del bien jurídico se erige en básico para la determinación de la identidad de fundamento de las infracciones, de modo que “sólo habrá concurso ideal de delitos cuando sea un único hecho el que da lugar a la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes o a la vulneración del mismo bien jurídico varias veces”. La pluralidad de infracciones requiere, pues, pluralidad de resultados jurídicos; por ello no suele haber dificultad en apreciar concurso ideal de delitos (entre lesiones y atentado) en el clásico ejemplo en que se lesiona a un agente de la autoridad, ya que son dos –singularmente distintos– los bienes jurídicos atacados (mientras que, por ejemplo, en el supuesto homicidio intentado-lesiones consumadas se suele descartar el concurso de delitos, precisamente por la vinculación entre vida y salud).

³⁵ En este sentido, señala CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso...*, cit., p. 168, que “alternatividad implica sólo la opción entre dos o más cosas, pero no determina el establecimiento de criterio alguno para resolver esa opción”, razón por la cual se refiere al principio que contiene esta regla como “principio de pena superior” o de “mayor gravedad punitiva”; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 180 y ss., consideran que esta regla describe una suerte de “subsidiariedad o consunción impropia”. Más exhaustivamente sobre el concepto de alternatividad, SANZ MORÁN, A., “Alternatividad de leyes penales”, en *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*. Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 663 y ss.

15/2007 parecía obedecer³⁶. La falta de correspondencia con las soluciones concursales que se delinean en el art. 8 CP convierte, pues, al concurso regulado en el art. 382 CP en un concurso de normas *sui generis*³⁷, que, en la medida que dé lugar a una penalidad superior a la que resultaría de acumular las penas de cada infracción por separado, podría plantear, como se ha adelantado, objeciones graves desde el punto de vista de la vigencia de los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*.

No obstante, esta última consideración propicia preguntarse sobre la validez dogmática de la regla concursal incluida en el art. 382 CP³⁸ y, asimismo, acerca de su posible extensión a los casos que no quedan abarcados por su presupuesto de hecho y a los que antes se ha hecho alusión. Para ello, es preciso indagar algo más en la relación concursal que se entabla entre los delitos contra la seguridad vial y las infracciones de resultado lesivo.

Normalmente, como se ha indicado, la doctrina ha venido considerando la colisión entre tipos de peligro y tipos de lesión como un supuesto de concurso de normas en relación de consunción (o subsidiariedad, según algunos autores), resuelto en favor del delito que abarca el resultado lesivo, según la máxima por la cual el delito de lesión absorbe o desplaza al correlativo delito de peligro.

Sin embargo, de aceptarse esa relación concursal, podrían producirse paradojas penológicas, pues, a veces, los delitos de lesión tienen asociada penalidad inferior a la de los respectivos delitos de peligro, ya que, como se ha indicado, los primeros son, por lo general, infracciones imprudentes; así, resulta evidente la diferencia de penalidad en el caso en que la infracción que tipifica el resultado lesivo sea constitutivo de falta y no de delito en sentido estricto³⁹. Estas paradojas son indicio de que la relación entre las normas en concurso no debería considerarse de consunción (o de subsidiariedad), sino de alternatividad; y, en virtud del régimen general de esta relación, se debería apreciar la infracción más grave, que en unos casos será el delito de peligro y en otros el de lesión, según la penalidad de las correspondientes infracciones.

En efecto, la relación de alternatividad cobra eficacia de manera subsidiaria cuando no son apreciables las demás relaciones que describe el art. 8 CP, en virtud de las cuales una norma se considera preferente respecto de las demás concurrentes por ser especial, principal, más amplia o compleja. Sucede este fenómeno, a mi juicio, cuando dos normas contienen

³⁶ Como explícitamente reconoce CORCOY BIDASOLO, M., *Homicidio y lesiones...*, cit., p. 110 (“con la regulación anterior, en la que el art. 383 CP establecía una cláusula de concurso de leyes”).

³⁷ También considera al art. 382 CP “regla concursal *sui generis*” TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., p. 511, si bien no se decanta por situarla en el ámbito del concurso de leyes, sino como una solución excepcional tanto a este tipo de concurso como al concurso ideal de delitos, aunque más próxima a esta última (p. 528).

³⁸ CORCOY BIDASOLO, M., *Homicidio y lesiones...*, cit., p. 117, aboga directamente por su supresión.

³⁹ Lo que ocurre, por ejemplo, entre el delito de omisión de deber de socorro del art. 195 CP y los delitos de homicidio o lesiones imprudentes con imprudencia leve en comisión por omisión; entre falsificación de documento privado del art. 395 CP y estafa de los arts. 248 y 623.4 CP.

elementos comunes y se diferencian en elementos especiales entre sí, y el supuesto de hecho contiene todos los elementos (los comunes y los especiales de cada norma); en términos esquemáticos, el concurso se describiría de la siguiente forma: el hecho abarca los elementos relevantes jurídico-penalmente A, B y C; uno de los preceptos engloba los elementos A y B y el otro los elementos A y C. Por un lado, la inclusión del elemento A en ambos preceptos, si dicho elemento encierra de modo trascendente la afectación al bien jurídico, frena la aplicación del concurso de delitos. Pero, por otro, ninguna norma es especial, y a salvo de poder reconocer una relación de subsidiariedad o de consunción (lo que resulta difícil cuando los preceptos presentan zonas comunes y otras especiales), necesariamente debe negarse la aplicación de una de las reglas citadas⁴⁰. Es justamente en estos supuestos de interferencia (llamados por un sector de la doctrina italiana como de “especialidad bilateral o recíproca”, y que también podríamos denominar de especialidad imperfecta), en los que los preceptos en concurso describen una parte sustancial del hecho sin abarcar por completo todos los elementos del mismo, donde adquiere vigencia la regla 4ª del art. 8 CP.

Esta estructura con la que se caracteriza la relación de alternatividad puede observarse también en el caso que nos ocupa: la zona común consiste en la acción que por un lado constituye el delito contra la seguridad vial y, al mismo tiempo, ocasiona el resultado lesivo; el elemento especial del delito contra la seguridad vial viene representado por el peligro para una pluralidad de sujetos; y el elemento especial del homicidio o de las lesiones, lógicamente, se identifica con el resultado lesivo que expresa la lesión efectiva del bien jurídico en relación con un sujeto determinado.

De este modo, la regla concursal que se había acuñado legislativamente y que se había fortalecido en tantos años de vigencia demostraba una solidez dogmática que, sin embargo, se tambalea en la actual regulación del art. 382 CP, pues ésta, aplicada sin matices, puede conducir a la conculcación de principios fundamentales del Derecho Penal consagrados constitucionalmente.

En conclusión puede afirmarse que, por las razones antes apuntadas, el concurso regulado en el art. 382 CP es un concurso de normas; la solución penológica que incorpora impide, sin embargo, que pueda reconducirse a una concreta modalidad de concurso de normas de las establecidas en el art. 8 CP, por lo que se erige en un concurso de normas *sui generis* por mor de su particular contenido. No obstante, como se ha pretendido demostrar, la estructura del concurso entre los delitos contra la seguridad vial y las infracciones de

⁴⁰ Así, por ejemplo, si un sujeto se apodera de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro contra la voluntad de su dueño con fuerza en las cosas y empleando también intimidación, el hecho no puede ser constitutivo de dos infracciones (robo con fuerza en las cosas y robo con intimidación), por más que ninguna ley penal comprenda todos los elementos relevantes del supuesto (no se tipifica el robo con intimidación y con fuerza en las cosas), por cuanto supondría admitir la existencia de dos robos (de dos ataques a la propiedad) cuando, evidentemente, sólo puede considerarse que se ha cometido uno. Pero, asimismo, como se ha indicado, no puede identificarse a una de las normas en concurso como preferente, ya que ninguna de las dos modalidades de robo que el art. 237 CP tipifica puede considerarse especial, ni principal ni más amplia.

resultado lesivo responde dogmáticamente a un concurso de normas en relación de alternatividad, de la clase que regula la regla 4ª del art. 8 CP, solución que será aplicable a los casos que, por decisión legislativa, no sean susceptibles de encuadrarse en el presupuesto de hecho del art. 382 CP⁴¹.

V. VALORACIÓN CRÍTICA FINAL Y ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA

La actual regulación del concurso entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo que traen causa de las acciones constitutivas de aquéllos, contenida en el art. 382 CP, es fruto de una concreta aspiración de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, de endurecer el régimen penológico de las conductas delictivas realizadas en el tráfico viario. La enmienda que, en esta materia, ha supuesto la LO 5/2010, con una significativa moderación de penas de los delitos contra la seguridad vial, no ha alcanzado, sin embargo, a la regla concursal, bien porque no se haya tomado conciencia de su importancia penológica, bien porque, en cierta medida, haya podido ser avalada por un sector de la doctrina que ha entendido que la regulación vigente hace virar este tipo de concursos, a su juicio fundadamente, a sede de concurso de delitos.

Sin embargo, como se ha tratado de probar, el actual art. 382 CP no puede considerarse un concurso de infracciones. Ni puede, aun con el contenido dado por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, ni debe, porque la relación que se entabla entre delitos contra la seguridad vial y delitos de resultado lesivo es más propia de los concursos de normas (y dentro de éstos, de los que se corresponden con la llamada relación de alternatividad).

⁴¹ En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, P., “La reforma de los delitos contra la seguridad del tráfico”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 438, quien opina que en el concurso entre el delito del art. 385 CP y el delito de resultado lesivo debe apreciarse un concurso de leyes regulado por el art. 8 CP. Sin embargo, CARPIO BRIZ, D., “Creación de grave riesgo para la seguridad en el tráfico (art. 385 CP)”, en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M., (dirs.) y CARDENAL MONTRAVETA, S. (coord.), *Seguridad vial y Derecho penal. Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 250, entiende que en el caso del concurso entre el delito del art. 385 CP y los delitos de resultado lesivo, de cualquier gravedad, debe aplicarse el art. 77 CP; en igual sentido, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Creación de un peligro grave para la circulación”, en GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. (coord.), *Protección penal de la seguridad vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 508. Por su parte, TRAPERO BARREALES, M., *Los delitos...*, cit., p. 514, considera que en los casos de concurso entre delitos contra la seguridad vial y faltas que tipifican el resultado lesivo las reglas aplicables serán generalmente “las reglas del concurso ideal de infracciones”; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Conducción...*, cit., p. 217, sostiene, sin embargo, que “parece que la voluntad del legislador es remitir estos supuestos a las reglas del concurso de normas a resolver por el principio de alternatividad, dado que cuando el resultado sea constitutivo de falta no consumirá el mayor desvalor del delito de riesgo”, si bien añade que en estos casos “nada impide aplicar la regla prevista en el artículo 77 para el concurso ideal”.

En todo caso, el análisis realizado anteriormente permite, por un lado, denunciar un grave error dogmático del art. 382 CP y, por otro, proponer una revisión de dicha regulación.

En efecto, ya se considere un concurso de normas, ya se estime que se trata de un concurso de delitos (y más aún en este último caso), sería preciso añadir a la solución concursal una cláusula que salvaguarde el respeto a los principios de proporcionalidad y *non bis in idem*, al modo previsto en el art. 77 CP en el último inciso de su apartado 2º y en su apartado 3º⁴²; por más que se pretenda un mayor rigor en el tratamiento penológico de estos concursos, la penalidad que resulte de la aplicación del art. 382 CP no debería poder exceder, en virtud de los principios citados, de la acumulación de las penas que cabría imponer separadamente por ambas infracciones.

Y, por otro, la frecuencia de los casos que presentan la estructura concursal expuesta y la trascendencia de esta clase de concursos deberían hacer reflexionar, desde una perspectiva doctrinal, sobre la conveniencia de avanzar, en general, en el estudio de la teoría de concursos⁴³ y de la teoría de la determinación de la pena, y, en particular, sobre una regulación unitaria del fenómeno concursal que aborde de manera sistemática la difícil separación entre los concursos de delitos y los concursos de normas. En este sentido, la solución propuesta en el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 2012 para el delito continuado puede constituir un punto de partida⁴⁴, aunque sea discutible precisamente para la propia figura de la continuidad delictiva⁴⁵; sin embargo, no resulta desdeñable para los supuestos que no deben dirigirse hacia el concurso de delitos porque ello implicaría una doble valoración de algún elemento parcial del supuesto, pero en los que la aplicación de

⁴² En opinión de CORCOY BIDASOLO, M., *Homicidio y lesiones...*, cit., p. 110, esta limitación es, de todas formas, aplicable, “en base a una interpretación sistemática y favorable al reo”.

⁴³ Una teoría general de concursos puede encontrarse en ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*. Granada: Comares, 2004; también en CASTELLÓ NICÁS, N., *El concurso...*, cit. Y, de forma resumida pero completa, en OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, F. J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*. Madrid: Tecnos, 2012, pp. 287 y ss.

⁴⁴ Art. 74.1 del Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, de 2012: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones cercanas espacial y temporalmente que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito continuado con una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Si se tratase de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado”.

⁴⁵ Precisamente, en la continuidad delictiva se ha venido admitiendo que la penalidad pueda sobrepasar la resultante de la suma de las penas que cabría imponer a cada infracción por separado, porque se puede entender –aunque de manera rebatible– que la unidad conferida por los elementos subjetivo –plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión– y normativo –infracción del mismo precepto o de igual o semejante naturaleza– al elemento objetivo –pluralidad de acciones u omisiones– determina un *plus* de gravedad al derivado de la mera acumulación de infracciones.

una sola norma de las concurrentes podría parecer una solución excesivamente benévola en relación con la gravedad del caso globalmente sopesado.

En efecto, a mi juicio la solución penológica a este concurso debería pasar por fijar los límites mínimo y máximo de la penalidad que cabe imponer al supuesto de forma distinta a la prevista en el art. 382 CP. En cuanto al mínimo, habría que tener en consideración que, lógicamente, no debería poder ser menor o igual al límite inferior del marco penal del delito más grave, ya que necesariamente, la presencia de elementos que implican una mayor gravedad del hecho (por la concurrencia de otro delito) debe traducirse en un incremento de penalidad respecto de ese límite⁴⁶. Y, en el caso, completamente excepcional en nuestro Código Penal, de que el límite mínimo del marco penal asociado al delito menos grave fuera superior al límite mínimo del marco penal del delito más grave, la pena exacta también debería ser superior al extremo inferior de la pena de esa infracción⁴⁷. Y, respecto del máximo, la pena no debería poder alcanzar nunca (ni siquiera igualar) la cifra que resultaría de la acumulación de las penas por separado si se hubiese estimado un concurso de infracciones. La razón es evidente: si no se trata de un concurso de delitos, porque se entiende que no pueden apreciarse dos o más infracciones para evitar la vulneración del principio *non bis in idem*, la penalidad no podrá ser igual o superior a la derivada de una eventual acumulación de penas si se aplicasen todos los preceptos concurrentes.

⁴⁶ Por consiguiente, en estos supuestos debe evitarse la tendencia jurisprudencial, animada por determinadas teorías de determinación de la pena (*cfr.* OBREGÓN GARCÍA, A., *La atenuación de la pena. Sentido y regulación legal de la llamada atenuación extraordinaria, con especial referencia a las eximentes incompletas y a las atenuantes muy calificadas*. Madrid: Dykinson, 1998, pp.74 y ss.), de imponer la pena en su límite mínimo.

⁴⁷ Se trata del llamado “efecto de cierre”, dogmáticamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia alemanas [*cfr.* GÓNZALEZ PULIDO, A., “El “efecto de cierre” en el concurso aparente de normas penales y en el concurso ideal de delitos: su trascendencia respecto de los delitos cualificados por el resultado (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1988)”, en *Poder Judicial*, nº14, pp.191 y ss.]. Es un supuesto improbable en nuestro ordenamiento, ya que en general resulta difícil que el marco penal del precepto desplazado en el concurso de normas se encuentre en sus límites completamente comprendido en el del precepto preferente. Con todo, la admisión de este “efecto de cierre” nos ayuda a precisar un dato hasta el momento no explicitado, referente a la determinación de cuál, de los preceptos concurrentes, es el más grave. Si el marco penal de uno de ellos tiene unos límites mínimo y máximo superiores a los de los demás, ese precepto debe considerarse el más grave; pero, en caso de que los límites de mayor extensión (mínimo y máximo) se encuentren en marcos penales diferentes, hay que decantarse por el precepto penal cuyo marco penal tenga un límite máximo superior (pues sólo él, *a priori*, puede permitir una máxima proporcionalidad a la gravedad del hecho).