

Resumen

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación frente a sentencia que condenó al acusado como autor de un delito de conducción manifiestamente temeraria, dos delitos de homicidio por imprudencia grave y siete delitos de lesiones por imprudencia grave. La tesis del Ministerio Fiscal gira en torno a que nos hallamos ante un supuesto de dolo eventual con respecto a los homicidios y lesiones graves generadas por la conducta del acusado, y no ante un supuesto de imprudencia grave o temeraria, que fue el criterio aplicado en la resolución recurrida. El TS desestima el recurso y señala que ha de aplicarse el tipo penal doloso en siniestros de tráfico cuando se trate de casos en que el autor genera un peligro para los bienes jurídicos en los que la probabilidad de que se produzca el resultado lesivo es sumamente elevada, de manera que el riesgo que se genera para los bienes jurídicos es muy próximo e inminente y además es tan acentuado que resulta muy probable que se materialice en el resultado. A lo cual ha de añadirse, y ya desde la perspectiva subjetiva, continúa la Sala, la exigencia de que el conductor conozca y perciba ese riesgo directamente y con antelación suficiente, ya que de no ser así no se daría el elemento subjetivo del dolo eventual. En el caso de autos, no puede asumirse que la conducta del acusado sea subsumible en los tipos penales de homicidio y lesiones dolosas, y sí en cambio en las modalidades imprudentes de tales tipos penales, en el grado de imprudencia grave consciente.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal
art.77 , art.138 , art.142 , art.147.1 , art.149 , art.152.1 , art.381 , art.383 , art.384 , art.617.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	11

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL

EN GENERAL

PRUEBA

Consideraciones generales

Test de alcoholemia

Consideraciones generales

Valor probatorio

Legalidad de su práctica

Etilómetro

Otras cuestiones

Síntomas

Supuestos diversos

EFFECTIVA INFLUENCIA EN LAS FACULTADES DE CONDUCCIÓN

Necesidad de que concurra

Se aprecia

Casos en que no se aprecia

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO

CUESTIONES GENERALES

DELITO DE RIESGO O PELIGRO

CONDUCCIÓN TEMERARIA

CONCURSO DE DELITOS

PROCESO PENAL

Presunción de inocencia

Prueba

SUPUESTOS DIVERSOS

HOMICIDIO

CUESTIONES GENERALES

Concepto
El homicidio por imprudencia
En general
Vehículo a motor

ACCIÓN Y RESULTADO

Apreciación del homicidio
Supuestos diversos

IMPRUDENCIA PUNIBLE

DELITOS DE IMPRUDENCIA, EN GENERAL

Conceptuación general
Relación de causalidad
Penalidad
Presunción de inocencia
Supuestos diversos

IMPRUDENCIA SIMPLE ANTIRREGLAMENTARIA

En la conducción de vehículos
Apreciación de imprudencia
Supuestos diversos

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado, Responsable civil; Desfavorable a: Ministerio Fiscal

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.77, art.138, art.142, art.147apa.1, art.149, art.152apa.1, art.381, art.383, art.384, art.617apa.1 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita LO 15/2007 de 30 noviembre 2007. Modifica Código Penal en materia de seguridad vial

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.20 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita art.849apa.1, art.901 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Huesca de 19 enero 2011 (J2011/25376)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 1 diciembre 2011 (J2011/318668)

Citada en el mismo sentido por STS Sala 2ª de 23 diciembre 2011 (J2011/333356)

Citada en el mismo sentido por SAP Tarragona de 6 marzo 2012 (J2012/103013)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 2 abril 2012 (J2012/130301)

Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 27 marzo 2012 (J2012/132242)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 22 junio 2012 (J2012/170258)

Citada en el mismo sentido por SAP Alicante de 24 febrero 2012 (J2012/185841)

Citada en el mismo sentido por SAP Cantabria de 9 noviembre 2012 (J2012/268696)

Citada en el mismo sentido por STSJ Cast-La Mancha de 29 marzo 2012 (J2012/61285)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 16 abril 2011 (J2011/78990)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 2 noviembre 2010 (J2010/279594)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 6 octubre 2010 (J2010/219325)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - DELITO DE RIESGO O PELIGRO STS Sala 2ª de 8 octubre 2010 (J2010/218076)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - DELITO DE RIESGO O PELIGRO STS Sala 2ª de 30 enero 2010 (J2010/14230)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - DELITO DE RIESGO O PELIGRO STS Sala 2ª de 2 julio 2009 (J2009/150955)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - DELITO DE RIESGO O PELIGRO STS Sala 2ª de 30 abril 2008 (J2008/384186)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 10 junio 2008 (J2008/118993)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 17 noviembre 2005 (J2005/237383)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 22 febrero 2005 (J2005/37485)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 5 marzo 2003 (J2003/6625)

Cita en el mismo sentido STS Sala 2ª de 19 diciembre 2002 (J2002/59893)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 1 abril 2002 (J2002/12159)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 11 junio 2001 (J2001/11074)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 28 abril 2001 (J2001/7169)

Cita en el mismo sentido sobre DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO - CONDUCCIÓN TEMERARIA STS Sala 2ª de 6 julio 1999 (J1999/17014)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de noviembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, en el rollo de Sala 19/08 de fecha 19 de enero de 2011 EDJ 2011/25376 . Ha intervenido como recurrente Ministerio Fiscal y como recurrido el acusado Jenaro, representado por el procurador Sr. Estévez Fernández-Novoa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Huesca instruyó sumario 1/08, por delitos de homicidio y lesiones contra Jenaro, y lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca cuya Sección Primera dictó sentencia en fecha 19 de enero de 2011 EDJ 2011/25376 , con los siguientes hechos probados:

"I.- El acusado Jenaro, mayor de edad y sin antecedentes penales, mejor circunstanciado en el encabezamiento de esta resolución, a lo largo de la noche que va del 27 al 28 de julio de 2007 recorrió diversos establecimientos de Huesca y Grañén, localidad que se encontraba en fiestas, en los cuales bebió bebidas alcohólicas, al menos dos cuba-libres, tequila y cinco botellines de cerveza, habiendo también consumido MDMA y hachís a lo largo de la noche, todo lo cual había mermado notablemente sus reflejos para conducir un vehículo, a la vez que desinhibido su conciencia. A Grañén había llegado al volante de un Renault-Megane, matrícula....YYR, propiedad de su madre, Coro y asegurado en la Compañía "La Estrella" y en ese mismo vehículo el acusado regresó conduciendo a Huesca acompañado de José Pablo y otras personas. Ya en esta ciudad, hacia las seis o seis y cuarto de la madrugada, dejó a las otras personas que les acompañaban y, en compañía de José Pablo, quien iba sentado en el asiento del copiloto, el acusado, de acuerdo con su acompañante, decidió dar una vuelta por la Discoteca "Manhatan", ubicada en la Ronda de la Industria de esta ciudad. La Ronda de la Industria, que atraviesa un polígono industrial de esta ciudad, dispone de calzadas desdobladas y delimitadas entre sí por zonas de estacionamiento "en línea" y mediana pavimentada a nivel superior, contando con dos carriles para cada sentido de circulación. Los carriles de circulación presentan cada uno de ellos 3,20 metros de anchura, quedando diferenciados entre sí por marcas blancas longitudinales discontinuas. Ambos limitan por su zona más exterior, izquierda y derecha, con zonas de estacionamiento "en línea", cuya anchura respectiva es de 2,50 metros. Siendo cerca de las seis horas y media de la madrugada el acusado, al volante del citado vehículo, procedente de la Avenida Ramón y Cajal, entró en la Ronda de la Industria, sentido hacia la C/división 52. La citada Ronda de la Industria, comienza en un tramo recto que estaba desierto, sin peatones y con nula circulación de vehículos. Unos quinientos metros, aproximadamente, antes de llegar a la curva que luego se dirá, estando recorriendo el tramo recto, pese a que existían señales que limitaban la velocidad a 40 Kilómetros por hora y varios pasos de peatones con señalización vertical y horizontal, el acusado, en dicho tramo recto, aceleró deliberadamente su vehículo, subiendo progresivamente las marchas a lo largo de la recta hasta engranar la quinta velocidad y, una vez recorrida a gran velocidad la recta existente durante unos quinientos metros, se acercó a una curva hacia la izquierda al final de la cual, a su derecha, donde empieza un nuevo tramo recto, separada por el espacio reservado para el aparcamiento en línea de vehículos y separada también por la acera, está la discoteca Manhattan, acercándose el vehículo conducido por el acusado rápidamente a la curva, rebasando dos señales de curva peligrosa a la izquierda, curva en la que entró a cerca de ciento diez kilómetros por hora, momento en el que el copiloto le dijo "ojo", o algo parecido, tras lo cual, inmediatamente, el acusado perdió el control del vehículo, el cual se le iba por su parte posterior, a uno y otro lado, "culeando", dando bandazos, siguiendo una trayectoria inestable e irregular en zig-zag, de modo que se dirigió, fuera de control, hacia la parte izquierda de los dos carriles de su sentido de marcha, tras lo cual, sin que el acusado lograra recuperar el control sobre el vehículo, ya al final de la curva y donde se inicia la nueva recta, se dirigió el vehículo de modo oblicuo hacia la derecha hasta impactar, a entre noventa y cinco y ciento diez kilómetros por hora, a la altura de la discoteca Manhattan, contra la parte trasera de la furgoneta Ford Tourneo connect, matrícula 8666FPP, propiedad de la empresa "Reyconda, S.L." que estaba allí estacionada en la zona destinada a tal efecto, delante de otro vehículo, un citroen Xara que estaba también aparcado. El Ford Tourneo rotó en sentido contrario a las agujas de un reloj y salió además despedido contra unos contenedores que estaban más adelante y estos contenedores salieron a su vez despedidos, alejándose de la calzada, alcanzando uno u otro vehículo (el Ford Tourneo que estaba aparcado y el Megane conducido por el acusado), o los contenedores, a los peatones que, tras haber abandonado la discoteca, que ya había cerrado, se encontraban en grupos dispersos en la acera y en la parte trasera del Ford tourneo.

II.- A consecuencia de este atropello, por los golpes recibidos, Enrique, de 40 años, falleció instantáneamente, mientras que Isidoro, de 27 años, murió mientras era trasladado al hospital. Igualmente resultaron heridas las siguientes personas: Ovidio, de 31 años, tuvo politraumatismo, shock traumático e hipovolémico, amputación de las dos extremidades inferiores, diversas fracturas faciales, ceguera bilateral postraumática, lesión plexo braquial derecho, úlcera de cúbito sacra y trastorno adaptativo y síndrome miembro fantasma. Dichas lesiones necesitaron 812 días de hospitalización, tardando en curar 1063 días, de los que 251 estuvo impedido para su trabajo habitual y quedándole como secuelas la amputación bilateral del fémur, ceguera, parálisis de los nervios circunflejo y musculocutáneo derecho, alteración traumática de oclusión dental, material de osteosíntesis en la cara y trastorno del humor, con incapacidad permanente (gran invalidez); Pedro Enrique, de 33 años, sufrió politraumatismo, traumatismo cráneo-encefálico grave, hematoma subdural, hemorragia frontal derecha y herida en scalp occipital; fractura de la tibia y peroné de la pierna izquierda, fractura dental (incisivo central derecho), otomastoiditis bilateral, parálisis de la cuerda vocal derecha y trastorno mental orgánico; tales lesiones requirieron asistencia médica facultativa (Traumatología, ORL, Neurología, Neumología, Odontología, Foniatría, Psiquiatría, Neuropsicología y Psicología), así como pruebas diagnósticas diversas y tratamiento quirúrgico (craneotomía descompresiva, craneoplastia pareto-temporal derecha y fijación con 4 elementos de titanio, Inmovilización ortopédica en la pierna izquierda, rehabilitación y psicoterapia de modo que Pedro Enrique fue dado de alta el 22 de septiembre de 2009, habiendo curado en 789 días, de los que 52 necesitó hospitalización, 530 estuvo impedido para el ejercicio de su trabajo habitual y 187 no fueron impeditivos y, como secuelas, le quedó un síndrome psiquiátrico consistente en trastorno orgánico de la personalidad moderado, un síndrome neurológico central moderado, pérdida de sustancia ósea craneal, parálisis de cuerda vocal, ptosis palpebral unilateral, limitación de la movilidad de la pierna izquierda y vértigos esporádicos, así como un perjuicio estético ligero por presentar cicatrices en el cráneo derecho de 28 x 5 cm., en antebrazo derecho de 0,5 x 0,7 cm., en la pierna izquierda de 6 cm, así como atrofia muscular en muslo todo lo cual ha dado lugar a una situación de incapacidad permanente absoluta que inhabilita al lesionado para cualquier trabajo y actividad habitual; Eutimio, de 21 años, sufrió fractura abierta de tibia y peroné, arrancamiento de húmero izquierdo, traumatismo cráneo-encefálico, traumatismo abdominal y heridas diversas en la frente, nariz, labio superior y cráneo, así como rotura del molar y canino inferiores izquierdos y cervico-dolsalgia-lumbalgia postraumática, lesiones que requirieron asistencia médica facultativa (Traumatología, ORL, Neurología, Odontología, Cirugía plástica, Psiquiatría, Psicología y rehabilitación), así como diversas pruebas diagnósticas y tratamiento consistente en cirugía en la tibia derecha -fijación con tornillos y relleno con matriz ósea- y troquíter izquierdo -osteosíntesis de dos clavos-, cirugía plástica en la pierna derecha, nariz y labio, sutura de las heridas, rehabilitación, terapia psicológica, obturación y reconstrucción dental y tratamiento farmacológico, tardando en curar 697 días, de los que 47 fueron de ingreso hospitalario, 560 le impidieron desarrollar su trabajo habitual y 90 no fueron impeditivos, siendo dado de alta el 30 de septiembre de 2009 y, como secuelas, le han quedado las siguientes: algodistrofia refleja en el tobillo derecho, limitación de la movilidad en el mismo tobillo, prótesis en la rodilla derecha, dismetría en la extremidad inferior derecha de menos de 3 cm, limitación en la movilidad del hombro izquierdo, material de osteosíntesis en pierna y hombro, algias postraumáticas sin compromiso radicular y trastorno psíquico por stress postraumático, así como un perjuicio estético moderado; Obdulio, de 44 años, sufrió policontusiones, traumatismo cráneo-encefálico, fractura abierta de tibia y peroné de la pierna derecha, erosiones múltiples y heridas inciso-contusas en el cuero cabelludo, que requirieron intervenciones quirúrgicas y necesitaron 42 días de hospitalización, tardando en curar 1063 días, de los que todos ellos estuvo impedido para su trabajo habitual y quedándole como secuelas Pseudo artrosis en la tibia derecha, consolidación en la rotación de la extremidad inferior derecha, limitación en la movilidad del tobillo derecho, metatarsalgia postraumática inespecífica en el pie derecho, material de osteosíntesis en el peroné derecho, hernia/protusión discal, L5-S1, paresia del nervio ciático poplíteo externo derecho y trastorno depresivo reactivo, con incapacidad permanente total para su profesión habitual; Carlos Alberto, de 28 años, tuvo traumatismo abdominal, con fractura abierta de la tibia y el peroné de la pierna izquierda, fractura cerrada de la tibia de la pierna derecha, fractura de cúbito y radio del brazo derecho, traumatismo torácico cerrado, traumatismo cráneo-encefálico y amnesia retrógrada, fractura de la tibia derecha, lesión en el nervio ciático poplíteo externo derecho. Con isquemia distal, fractura troquíter humero izquierdo y rotura tendón supra espinoso, esguince cervical, atelectasia pulmonar izquierda, erosión y desgarró en pene y trastorno por estrés postraumático, las cuales requirieron intervenciones quirúrgicas y necesitaron 53 días de hospitalización, tardando en curar 984 días, de los que 931 estuvo impedido para su trabajo habitual y quedándole como secuelas condropatía rotuliana postraumática izquierda, gonalgia postraumática derecha, paresia del pie derecho con limitación en la flexión, dismetría en la extremidad inferior izquierda, por exceso 3 cm, material de osteosíntesis en ambas piernas y brazo derecho, limitación de movilidad en la muñeca derecha y el hombro izquierdo, paresia en el nervio mediano derecho, trastorno arterial postraumático en al extremidad inferior derecha intermitente, ilectomía parcial en el intestino delgado, esplenectomía, trastorno depresivo reactivo y amnesia retrógrada, así como un perjuicio estético moderado, con incapacidad permanente total para su actividad habitual; Tarsila, de 34 años, sufrió fractura de la tibia izquierda, esguince cervical y policontusiones, siendo dada de alta el 26 de diciembre de 2008; dichas lesiones requirieron tratamiento médico, quirúrgico y rehabilitador, tardando en curar 516 días, de los que 22 fueron de ingreso hospitalario, 474 estuvo impedida para su trabajo habitual y 20 días lo fueron sin tal impedimento si bien le quedaron secuelas consistentes en dos cicatrices en su pierna izquierda que constituyen un perjuicio estético ligero; Ceferino, de 38 años, sufrió policontusiones que necesitaron tratamiento médico consistente en rehabilitación funcional y tratamiento psiquiátrico, con toma de ansiolíticos, recibiendo el alta el 23 de octubre de 2007, tardando en curar 40 días, de los que 7 estuvo impedido para el ejercicio de su trabajo habitual, quedándole las siguientes secuelas: trastorno por stress postraumático, gonalgia postraumática inespecífica y agravación de la artrosis previa al traumatismo al nivel de columna lumbar; José Pablo, de 20 años, tuvo contusión nasal y heridas superficiales en el brazo y la mano derecha que solamente requirieron una primera asistencia facultativa, siendo dado de alta el 11 de septiembre de 2007, tardando 10 días en curar, en 5 de los cuales estuvo impedido para su trabajo habitual; como secuelas le quedaron diversas cicatrices constitutivas de perjuicio estético moderado.

III.- La furgoneta Ford Tourneo quedó en situación de siniestro total y su propietaria, "REYCONDA, S.L.L." tuvo perjuicios económicos por importe de 1.926,78 _ que fueron abonados por la aseguradora "La Estrella" el 25 de mayo de 2010, mediante

consignación y petición de entrega a dicha Reyconda, a cuya representación procesal ya se le entregó el mandamiento de devolución con dicho importe (folios 823 y 827 del mismo tomo del rollo de la Sala).

IV.- El acusado no presenta ningún indicador clínico ni psicométrico que sugiera trastorno psicótico, delirante o deterioro cognoscitivo, teniendo unos rasgos de personalidad y conductuales compatibles con un trastorno anti-social de la personalidad y consumo abusivo de alcohol sin dependencia; dicho trastorno no supone una disminución en sus competencias cognoscitivas y volitivas en relación con los hechos relatados. El acusado, tras la colisión, dio positivo en el test de alcoholemia, dando resultados de 0,66 y 0,70 mg/l al hacerle las pruebas con el etilómetro de precisión drager alcotest 7110-E, pruebas que se iniciaron, respectivamente, a las 07:25 y a las 07:40 y que se terminaron, también respectivamente, a las 07:29 y a las 07:49; también se le realizaron análisis de sangre, cuyo resultado fue de 1,37 gr. de alcohol por litro de sangre y 0,054 microgramos de cannabis por mililitro de sangre. El aliento le olía a alcohol, tenía el habla clara pero con incoherencias en su capacidad de expresión, rostro congestionado, aspecto general nervioso y con suciedad, comportamiento indiferente, ojos enrojecidos y deambulación vacilante".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento EDJ 2011/25376 :

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Jenaro, como autor responsable de un delito de un delito de conducción manifiestamente temeraria del artículo 381 del Código Penal EDL 1995/16398 , en la redacción que tenía a la fecha de los hechos (antes de la reforma que entró en vigor el 2 de diciembre de 2007), en concurso del artículo 383, en la redacción que tenía a la fecha de los hechos (antes de la reforma que entró en vigor el 2 de diciembre de 2007), con dos delitos de homicidio por imprudencia grave del artículo 142, en concurso del artículo 77 entre sí y con dos delitos de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.2 (por haber causado lesiones del artículo 149) y en concurso, siempre del artículo 77, con cinco delitos de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.1, siempre del Código Penal EDL 1995/16398 (por haber causado lesiones del artículo 147.1), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante seis años, así como al pago de todas las costas causadas y a que conjunta y solidariamente con la Compañía Aseguradora "La Estrella" abone a "REYCONDA, S.L.L. los intereses legales de la cantidad de 1.926,78 _ que, sólo para la citada aseguradora, serán los del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , desde la fecha del siniestro y hasta el 25 de mayo de 2010. Además condenamos, como responsable civil subsidiaria del acusado, a Coro.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta resolución, abónese en su día el tiempo durante el cual estuvo el acusado provisionalmente privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido computado en otra ejecutoria.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren procedentes, contra esta resolución puede haber, en su caso, recurso de casación, a preparar ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de cinco días".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El Ministerio Fiscal basa su recurso de casación en el siguiente motivo único: Por infracción de ley del art. 849, num. 1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 por inaplicación del art. 384 del C.P. EDL 1995/16398 en su redacción anterior a Ley Orgánica 15/07, de 30 de noviembre EDL 2007/205685 , y de los artículos 138, 149.1 y 617.1 del C.P. EDL 1995/16398

5.- El Procurador Sr. Estévez Fernández Novoa en nombre y representación del recurrido, Jenaro presentó escrito formalizando la oposición contra los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular (el recuso interpuesto por la acusación particular Nuria, se declaró desierto en auto dictado por esta Sala el 6 de abril de 2011).

6.- El Ministerio Fiscal quedó instruido del escrito de impugnación formulado por la representación de Jenaro; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 19 de octubre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Huesca condenó, en sentencia dictada el 19 de enero de 2011 EDJ 2011/25376 , al acusado Jenaro, como autor responsable de un delito de conducción manifiestamente temeraria del artículo 381 del Código Penal EDL 1995/16398 (en la redacción que tenía antes de la reforma de diciembre de 2007), en concurso del artículo 383 con dos delitos de homicidio por imprudencia grave del artículo 142, en concurso del artículo 77 entre sí y con dos delitos de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.2 (por haber causado lesiones del artículo 149) y en concurso, siempre del artículo 77, con cinco delitos de lesiones por imprudencia grave del artículo 152.1.1 (por haber causado lesiones del artículo 147.1), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante seis años.

Los hechos que fueron objeto de la condena consistieron en que el acusado Jenaro, a lo largo de la noche que va del 27 al 28 de julio de 2007 recorrió diversos establecimientos de Huesca y Grañén, localidad que se encontraba en fiestas, en los cuales ingirió bebidas alcohólicas, al menos dos cuba-libres, tequila y cinco botellines de cerveza, habiendo también consumido MDMA y hachís a lo largo de la noche, todo lo cual había mermado notablemente sus reflejos para conducir un vehículo, a la vez que desinhibido su conciencia. A Grañén había llegado al volante de un Renault-Megane, matrícula...YYR, propiedad de su madre.

Ya de nuevo en Huesca, hacia las seis o seis y cuarto de la madrugada, dejó a las otras personas que les acompañaban y, en compañía de José Pablo, quien ocupaba el asiento del copiloto, decidieron dar una vuelta por la Discoteca "Manhatan", ubicada en la Ronda de la Industria de esta ciudad, Ronda que atraviesa un polígono industrial y que está integrada por una calzada con doble dirección, con dos carriles en cada sentido, de 3,20 metros de anchura. A Ambos lados de la calzada se ubica una zona de estacionamiento en línea, de 2,50 metros de anchura.

Sobre la forma de producirse el siniestro, se dice en el "factum" de la sentencia EDJ 2011/25376 que, siendo cerca de las 6,30 horas de la madrugada, el acusado, al volante del citado vehículo, procedente de la Avenida Ramón y Cajal, entró en la Ronda de la Industria, sentido hacia la C/división 52, y circuló por un tramo recto que estaba desierto, sin peatones y con nula circulación de vehículos. Y unos quinientos metros, aproximadamente, antes de llegar a una curva a la izquierda, en un tramo recto, y pese a que existían señales que limitaban la velocidad a 40 Kilómetros por hora y varios pasos de peatones con señalización vertical y horizontal, aceleró deliberadamente su vehículo, subiendo progresivamente las marchas hasta accionar la quinta velocidad. Y al acercarse a la referida curva hacia la izquierda, al final de la cual se halla situada a la derecha la discoteca Manhattan, después de rebasar dos señales de curva peligrosa a la izquierda, en la que entró a cerca de ciento diez kilómetros por hora -momento en el que el copiloto le dijo "ojo", o algo parecido- el acusado perdió el control del vehículo, que se le fue de su parte posterior "culeando" hacia uno y otro lado y dando bandazos. Prosiguió con una trayectoria inestable e irregular en zig-zag, de modo que se dirigió, fuera de control, hacia la parte izquierda de los dos carriles de su sentido de marcha; tras lo cual, sin que lograra recuperar el control sobre el vehículo, ya al final de la curva y donde se inicia la nueva recta, se dirigió el vehículo de modo oblicuo hacia la derecha hasta impactar, a una velocidad entre noventa y cinco y ciento diez kilómetros por hora, a la altura de la discoteca Manhattan, contra la parte trasera de la furgoneta Ford Tourneo Connect, matrícula 8666FPP, propiedad de la empresa "Reyconda, S.L.", que estaba allí estacionada en la zona destinada a tal efecto, delante de otro vehículo, un Citroen Xara que estaba también aparcado. El Ford Tourneo rotó en sentido contrario a las agujas de un reloj y salió además despedido contra unos contenedores que estaban más adelante y estos contenedores salieron a su vez despedidos, alejándose de la calzada. Uno u otro vehículo (el Ford Tourneo que estaba aparcado y el Megane conducido por el acusado), o incluso los contenedores, alcanzaron a los peatones que, tras haber abandonado la discoteca, que ya había cerrado, se encontraban en grupos dispersos en la acera y en la parte trasera del Ford Tourneo.

Como consecuencia de tal acción fallecieron dos de los viandantes, otros dos resultaron con lesiones muy graves, cinco más con lesiones graves de diferente consideración, y un último con lesiones leves.

Contra la referida sentencia EDJ 2011/25376 recurrió en casación el Ministerio Fiscal, formulando un único motivo por infracción de ley, en el que solicita que se condene al acusado como autor de dos delitos de homicidio dolosos, siete delitos de lesiones también dolosas, una falta de igual naturaleza y un delito contra la seguridad del tráfico de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás.

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal, en el único motivo que formula, denuncia, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECr. EDL 1882/1 , la vulneración por inaplicación de los arts. 384 del C. Penal EDL 1995/16398 (redacción anterior a la LO 15/2007, de 30 de noviembre EDL 2007/205685) y también por inaplicación de los arts. 138, 149.1 147.1 y 617.1 del C. Penal EDL 1995/16398 .

La tesis del Ministerio Fiscal se centra en cuestionar que los hechos que determinaron la muerte de dos peatones y las lesiones de otros ocho se califiquen como meros delitos de imprudencia grave, pues para la acusación pública se trata de delitos dolosos con dolo eventual, por lo que debieran aplicarse los preceptos arriba indicados relativos a los homicidios y lesiones dolosas graves y muy graves.

A tales efectos argumenta el Ministerio Público que los datos objetivos que figuran en las actuaciones y los informes técnicos emitidos por los agentes de la autoridad evidenciarían que el acusado actuó con consciente desprecio para la vida de los demás, circunstancia que proporciona al delito del art. 384 (antes de la reforma de 2007) autonomía con respecto al delito de conducción temeraria y que nos introduce en el ámbito del dolo eventual y no meramente en el de la imprudencia consciente.

Para sustentar la tesis que se acaba de indicar, destaca como datos objetivos la acusación pública que el acusado mostró una conducción del coche "extravagante" cuando se acercaba al tramo de la discoteca, según se refleja en los hechos probados, ya que había personas saliendo del recinto. Pues se trataba de un tramo, en su primera parte, recto pero con señales a ambos lados de la vía que limitaban la velocidad a 40 kilómetros por hora y había también varios pasos de peatones señalizados con indicaciones verticales y horizontales. Pese a lo cual aceleró el vehículo hasta alcanzar la quinta velocidad, entrando al final de la recta en una curva hacia la izquierda que tomó a una velocidad próxima a los 110 kilómetros por hora. Velocidad claramente excesiva dado que al final de esa curva se encuentra situada a la derecha de la calzada la discoteca "Manhattan", que a esas horas (sobre las 6,30 horas de la mañana) habría ya cerrado o estaba a punto de cerrar.

A estos datos añade el Ministerio Fiscal que el acusado esa noche había ingerido abundantes bebidas alcohólicas, arrojando los análisis que se le practicaron un total de 0,66 y 0,70 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, y 1,37 gramos de alcohol por litro de sangre. También se le apreciaron 0,054 microgramos de cannabis por mililitro de sangre.

Todos esos datos llevan a la acusación pública a considerar que el acusado actuó con claro desprecio para la vida y la integridad física de las personas, ya que la conducta se perpetró ante la inminente presencia de una discoteca en su hora de cierre, con sus clientes saliendo al exterior. El acusado -señala el Ministerio Fiscal- acelera continuamente el vehículo, incumple reiteradas señales de tráfico y toma una curva larga y peligrosa a 110 kilómetros por hora, todo ello -dice- con conciencia de la existencia de peatones inadvertidos a pocos metros. Y acaba argumentando que condujo a una velocidad apabullante, era consciente de que sus reflejos estaban limitados por el alcohol, se abstuvo de respetar las normas de tráfico y le importó muy poco la vida y la integridad de quienes salían de la discoteca.

Por lo cual, considera que se está ante una conducta perpetrada con dolo eventual y que ha de ser castigada con los preceptos antes referidos para los delitos dolosos, cuestionando así la interpretación que hace la Sala de instancia del art. 384 del C. Penal EDL 1995/16398 (con su redacción anterior a la reforma de 2007), al considerar erróneamente la Audiencia EDJ 2011/25376 que solo

cabe operar con ese precepto cuando se trate del supuesto de los conductores suicidas que circulan con el automóvil por dirección contraria por una vía principal.

Así las cosas, es patente que todo el recurso del Ministerio Fiscal gira en torno a que nos hallamos ante un supuesto de dolo eventual con respecto a los homicidios y lesiones graves generadas por la conducta del acusado, y no ante un supuesto de imprudencia grave o temeraria, que fue el criterio aplicado en la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Pues bien, centrada en esos términos la cuestión nuclear del recurso, se hace preciso recoger la doctrina de esta Sala sobre el dolo eventual y la imprudencia consciente con el fin de encauzar la solución del caso que se suscita en la sentencia impugnada. Y para ello parece pertinente partir del contenido de la sentencia de esta Sala 890/2010, de 8 de octubre EDJ 2010/218076 , y de las que en ella se citan. En esta resolución se argumenta lo siguiente:

" Sobre el tema del dolo se argumenta en las sentencias de esta Sala 172/2008, de 30 de abril EDJ 2008/384186 , y 716/2009, de 2 de julio EDJ 2009/150955 , que " el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado".

"Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico...En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado"(STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).

"...se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca".

Por consiguiente, tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero EDJ 2010/14230 , "ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta".

"Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010 EDJ 2010/14230 -, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de 'asentimiento', 'asunción', 'conformidad' y 'aceptación', en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo".

"Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatarse que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables" (STS 69/2010, de 30-I EDJ 2010/14230).

En el caso correspondiente a esa sentencia 890/2010, de 8 de octubre EDJ 2010/218076 , cuyos párrafos se acaban de transcribir, se trataba del supuesto de un conductor que pilotaba su automóvil por una vía con notable intensidad de tráfico circulando por dirección contraria, y que después de estar a punto de colisionar con varios vehículos que marchaban correctamente, acabó colisionando contra

uno de ellos y ocasionó la muerte de sus dos ocupantes y resultaron también gravemente heridos los dos sujetos que viajaban en una motocicleta.

Pues bien, en esa sentencia, ante la alegación de la defensa que afirmaba que el acusado había actuado con dolo de peligro concreto y no con dolo eventual de lesión, esta Sala argumentó lo siguiente:

"...resulta evidente que el acusado generó un peligro concreto muy elevado para la vida y la integridad física de las personas que circulaban con sus vehículos por la autovía, peligro de tal magnitud que entrañaba una probabilidad muy alta de materializarse en un resultado de muerte o de lesiones muy graves para la integridad física de otros conductores y viajeros que se desplazaban correctamente con sus vehículos".

Y se decía más adelante en la referida resolución 890/2010 EDJ 2010/218076 , ya después de tener por constatado el elemento objetivo del peligro concreto y el elemento intelectual y volitivo del dolo eventual (no cuestionado por la defensa), que los delitos del art. 381 del C. Penal EDL 1995/16398 (art. 384 en la versión anterior a 2007) "son concebidos en la doctrina como tentativas de homicidio con dolo eventual, al estimarse que el 'manifiesto desprecio' supone una objetivación del dolo basada en el alto nivel de riesgo que genera la conducta, de tal modo que no se puede alegar que se esperaba o se confiaba de forma racional en que no se produjera el resultado". Y se añadía que cuando el riesgo típico de la conducción temeraria acaba materializándose en el resultado, no cabe acudir a una mera tentativa con dolo eventual, tipificada como delito de peligro concreto en el art. 381.1 del C. Penal EDL 1995/16398 (art. 384 en la versión anterior a la reforma de 2007), en lo que puede entenderse como una modalidad de tentativa de homicidio atenuada o privilegiada (conducción suicida), sino que debe acudir, una vez producidas las muertes, al tipo doloso de resultado previsto en el art. 138 del C. Penal EDL 1995/16398 .

TERCERO.- Ciñéndonos ya al caso concreto, resulta imprescindible reseñar los datos objetivos que rodearon el siniestro con el fin de establecer la idoneidad o el error de la calificación jurídica que ahora se cuestiona. Y para ello es necesario partir de los hechos probados de la sentencia ya que no han sido cuestionados en el recurso, que se ciñe, como se ha anticipado, al aspecto jurídico de la resolución de la Audiencia.

Pues bien, en la sentencia recurrida EDJ 2011/25376 y en el informe técnico de la Guardia Civil se recogen como datos relevantes para dilucidar el caso los siguientes:

1) El acusado pilotaba el coche claramente influenciado por la ingesta de bebidas alcohólicas y también hachís. La analítica arrojó el resultado de 0,66 y 0'70 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, y 1,37 gramos de alcohol por litro de sangre. También se le apreciaron 0,054 microgramos de cannabis por mililitro de sangre.

2) Circulaba al volante del vehículo Renault Mégane, a las 6,30 horas de la mañana, con un elevado exceso de velocidad: próxima a los 110 kilómetros en un tramo que tiene marcado un límite de velocidad de 40 por hora, al tratarse de un polígono industrial con empresas a ambos lados.

3) Marchaba por un tramo que tiene una recta de 500 metros y después una curva a la izquierda al final de la cual se halla la discoteca Manhattan, situada al borde derecho de la derecha de la calzada, según la dirección que llevaba el acusado.

4) La vía tiene dos carriles a cada lado, separados por una mediana. Por lo tanto, el acusado circulaba por un semiancho integrado por dos carriles de 3,50 metros cada uno. Y a la derecha de su carril hay una franja de 2,50 metros de anchura dedicada al estacionamiento de vehículos.

5) La curva hacia la izquierda, según se reseña en el informe técnico de la Guardia Civil (folios 442 a 444 de la causa), tiene una longitud de 180 metros y se considera como velocidad crítica a la cual el coche ya no puede ser controlado la de 130 kilómetros por hora. Estos dos datos, aunque constan acreditados por el informe técnico de la Guardia Civil de Tráfico, no aparecen reseñados en la sentencia EDJ 2011/25376 .

6) El acusado perdió el control del automóvil nada más tomar la curva a la izquierda, yéndose dando bandazos y en zig-zag hacia la izquierda de la calzada y de ahí salió descontrolado hacia el arcén derecho siguiendo una trayectoria oblicua, hasta impactarse contra la parte trasera de la furgoneta Ford Tourneo Connect, matrícula 8666FPP, que se hallaba estacionada a la altura de la discoteca Manhattan, delante del vehículo Citroen Xara que estaba también allí aparcado. El Ford Tourneo rotó en sentido contrario a las agujas de un reloj y salió además despedido contra unos contenedores que estaban más adelante y estos contenedores salieron a su vez despedidos, alejándose de la calzada.

7) Uno u otro vehículo (el Ford Tourneo que estaba aparcado o el Megane conducido por el acusado), o incluso los contenedores, alcanzaron a los peatones que, tras haber abandonado la discoteca, que ya había cerrado, se encontraban en grupos dispersos en la acera y en la parte trasera del Ford Tourneo.

8) Según se indica en el informe de la Guardia Civil -la sentencia no lo especifica-, tres de los peatones atropellados se hallaban situados entre los vehículos Ford Tourneo y Citroen Xara; otros cuatro en la rampa de varios metros que está delante de la furgoneta; y los otros dos alcanzados estaban situados en una zona terriza ubicada a la izquierda de la discoteca, según se mira de frente.

CUARTO.- 1. Una vez constatada la pretensión punitiva y la tesis del Ministerio Fiscal relativa a la aplicación en este caso del dolo eventual, y tras exponerse los criterios jurisprudenciales que suele acoger esta Sala sobre esa modalidad de dolo y relacionarse los datos objetivos que figuran en la causa sobre el siniestro automovilístico, procede ahora entrar ya a examinar si la argumentación y el fallo de la sentencia recurrida EDJ 2011/25376 se ajustan a derecho.

Para empezar, se hace preciso destacar que la resolución de la Audiencia EDJ 2011/25376 contiene algunos razonamientos que no pueden compartirse en esta instancia. Nos referimos a cuando dentro de lo que puede considerarse como el núcleo de su argumentación afirma lo siguiente (folio 11 de la sentencia):

" En el caso el acusado debería desde luego haber previsto que su proceder podía traer consecuencias gravemente lesivas para la vida y la integridad de las personas, en eso consiste precisamente uno de los elementos de la imprudencia, pero no podemos afirmar que se le pasara siquiera por la cabeza que podía perder el control del vehículo y que tal cosa podía ocurrir, precisamente, en el único punto que en ese momento podía esperarse que estuviera concurrido, pudiendo dar lugar a las trágicas consecuencias que el caso tuvo, que no podemos afirmar que hubieran sido aceptadas por el acusado, ni siquiera eventualmente, con indiferencia, para el caso de que finalmente se produjeran ".

En contra de lo que afirma la Audiencia EDJ 2011/25376 , no parece fácil asumir que un conductor que acelera el coche en las condiciones en que lo hizo el acusado y con una merma muy importante de sus facultades psicofísicas debido a la ingesta de alcohol "no se le pase por la cabeza" que podía perder el control del vehículo. Ello equivale a decir que no era consciente en absoluto de que estaba generando una situación de riesgo y que por lo tanto nos hallamos ante una imprudencia inconsciente, conclusión que no cabe inferir a tenor de todos los datos objetivos que concurren en el caso. Pues las máximas de la experiencia nos dicen que un sujeto que pilota un automóvil a esa velocidad (próxima a los 110 kilómetros por hora) y con una merma grave de sus facultades, si no se halla totalmente privado de sus facultades intelectivas tiene que ser consciente necesariamente de que puede perder el control del vehículo y que está generando una situación de riesgo.

2. Aclarado lo anterior, conviene ya anticipar que esta Sala no considera, en cambio, que se esté ante un supuesto de dolo eventual con respecto a los resultados homicidas y gravemente lesivos contra las personas que el acusado causó con su conducción.

En primer lugar, ha de dilucidarse si concurre el elemento objetivo de los delitos de homicidio y de lesiones dolosas que el Ministerio Fiscal imputa al acusado en su escrito de impugnación (arts. 138, 149 y 147 del C. Penal EDL 1995/16398). Ello requiere verificar si la conducta generó el riesgo típico propio de los referidos delitos dolosos para el bien jurídico de la vida y de la integridad física de las víctimas.

Pues bien, el examen del actuar del acusado pilotando el turismo a una velocidad próxima a los 110 kilómetros por hora y con sus facultades psicofísicas notablemente mermadas por la ingesta de alcohol y hachís generaba un grave peligro abstracto para los bienes jurídicos personales que tutela la norma penal.

La segunda cuestión es determinar si ese peligro abstracto derivó en un peligro concreto para los bienes jurídicos personales de las víctimas que se protegen por los tipos penales del homicidio y de las lesiones dolosas. Como es sabido, se considera doctrinal y jurisprudencialmente que un peligro es concreto cuando los bienes jurídicos que tutela la norma se hallan en el radio de acción o en el ámbito de eficacia causal de la conducta peligrosa.

Sobre este particular se hace necesario matizar algunos puntos concretos relativos a las circunstancias del caso que se consideran relevantes para su resolución. Y así, es claro, tal como se dice en la propia sentencia, que en el tramo de la calzada anterior al lugar de ubicación de la discoteca no había persona alguna y tampoco el acusado se encontró con ningún otro vehículo. De modo que, si bien existen señales de limitación de velocidad a 40 kilómetros por hora y también están señalizados pasos de peatones debido a que se trata de una vía ancha que atraviesa un polígono industrial, lo cierto es que a las 6,30 horas de la mañana, según advierte la sentencia, no había nadie.

Por consiguiente, la zona de riesgo se centra en la discoteca a la que pretendía acceder el acusado y cuya ubicación este conocía con anterioridad. Un local de ocio que se encontraba situado, tal como se reseñó, a la derecha de la calzada y al final de la curva a la izquierda que no consiguió tomar debidamente el acusado.

Debe pues admitirse que el peligro abstracto que generaba el acusado pilotando el automóvil con anterioridad al tramo del polígono industrial en que aceleró temerariamente el vehículo se convirtió en peligro concreto al acceder a la curva a una velocidad próxima a los 110 kilómetros por hora. Y ello porque, aunque según el informe técnico de la Guardia Civil el tramo curvo tiene una longitud de 180 metros y se considera como velocidad crítica a la cual el coche ya no puede ser controlado la de 130 kilómetros por hora (folios 442 a 444 de la causa), lo cierto es que dada la merma psicofísica con que pilotaba el acusado era muy difícil que controlara el coche a la velocidad que llevaba y en una curva de esas características.

Sin embargo, es importante precisar que no había peatones en el tramo anterior a la llegada a la discoteca y tampoco los había a la vista en los lados de la calzada que se hallaban delante del local, pues el informe técnico de la Guardia Civil especifica que seis de las víctimas se hallaban en la rampa y en la zona terriza que está delante de la discoteca y las otras tres se encontraban entre dos coches aparcados en el lateral de la calzada destinado a estacionamiento (de dos metros y medio de anchura).

Debe incidirse por tanto en que, a tenor de los datos objetivos que constan en el minucioso informe técnico de la Guardia civil (folios 436 y ss. de la causa), no había ningún peatón a la vista en el borde de la calzada ni en actitud siquiera de ir a cruzarla y tampoco se hallaban en las proximidades del paso de peatones ni sobre la superficie de rodamiento de los vehículos.

Advertido lo anterior, puede afirmarse que los peatones que fueron arrollados por la acción del vehículo se hallaban dentro del ámbito de acción causal de este o del radio de acción, ya que de no ser así no habrían sido alcanzados. Desde esa perspectiva ha de hablarse de una situación de peligro concreto, pero sin que la inmediatez o proximidad con respecto al factor de riesgo tuviera una intensidad muy acentuada, lo que tendrá su relevancia a la hora de dilucidar el elemento subjetivo del dolo eventual.

En efecto, partiendo siempre del dato incuestionable de que el acusado sabía dónde se hallaba ubicada la discoteca y que además esa era la única zona de riesgo que a esas horas se preveía en las inmediaciones de la calzada, debe colegirse que el acusado conocía la posibilidad e incluso la probabilidad de que hubiera personas delante de la discoteca a las que podía poner en peligro con su conducción, sobre todo en el caso de que pretendieran cruzar la calzada o utilizar el paso de peatones.

Ello significa que actuó con dolo eventual sobre un peligro concreto que concurría en las inmediaciones de la discoteca, toda vez que era factible que salieran a esas horas personas del local que pudieran acceder a la vía o estar muy próximas a la calzada y a las que pudiera alcanzar en el caso de que no circulara con el coche controlado. Ahora bien, no puede estimarse, en cambio, que actuara con dolo directo sobre esa situación de peligro concreto, toda vez que, tal como se acaba de explicar, ninguna de esas personas se hallaba a la vista del acusado, dada la posición que ocupaban delante de la discoteca, nunca junto al borde visible de la calzada.

Por lo tanto, cabe estimar que concurre un dolo eventual con respecto a la situación de peligro concreto pero no un dolo eventual de lesión, que es el requerido para poder subsumir la conducta del acusado en los delitos de homicidio y lesiones graves que le atribuye al acusado el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación.

En la sentencia de esta Sala 890/2010, de 8 de octubre EDJ 2010/218076 , se dice que "resulta de una especial complejidad deslindar entre el dolo eventual de lesión, el dolo de peligro concreto y la culpa consciente. La delimitación entre esas tres modalidades subjetivas resulta de una enorme dificultad al tener que operar los aplicadores del derecho con la estratificación de fenómenos psíquicos que presentan una difícilísima comprobación empírica en el ámbito procesal".

En el supuesto de esa sentencia 890/2010 EDJ 2010/218076 se consideró que no solo concurría un dolo de peligro concreto sino también un dolo eventual de lesión, ya que el acusado conocía con dolo directo la gravedad del peligro concreto que se originaba con los coches que casi lo rozaban al marchar en sentido contrario y las maniobras que tenían que hacer para esquivarlo. En cambio, en el caso que ahora se juzga, tal como se ha explicado, no concurre ese dolo directo sobre un peligro concreto sino meramente un dolo eventual.

Esta Sala ha admitido el dolo eventual de lesión en percances de tráfico no solo cuando se da el supuesto de conductores que circulan en dirección contraria por una autopista (SSTS 2144/2002, de 19-12 EDJ 2002/59893 ; 1464/2005, de 17-11 EDJ 2005/237383 ; 401/2008, de 10-6 EDJ 2008/118993 ; 890/2010, de 8-10 EDJ 2010/218076 ; y 1019/2010, de 2-11 EDJ 2010/279594), sino también en otros supuestos en que el conductor genera un peligro muy grave para la vida o la integridad física de las víctimas cuando el alto grado de probabilidad del resultado es conocido y aceptado o asumido por el acusado. Y así pueden citarse los supuestos de automovilistas que invaden vías peatonales de forma temeraria (STS 338/2011, de 16-4 EDJ 2011/78990), y también los de aquellos conductores que en el curso de la huida con motivo de una persecución policial causan la muerte de alguno de sus perseguidores (STS 841/2010, de 6-10 EDJ 2010/219325).

Ahora bien, cuando esta Sala aplica el tipo penal doloso en siniestros de tráfico se trata de casos en que el autor genera un peligro para los bienes jurídicos en los que la probabilidad de que se produzca el resultado lesivo es sumamente elevada, de manera que el riesgo que se genera para los bienes jurídicos es muy próximo e inminente y además es tan acentuado que resulta muy probable que se materialice en el resultado. A lo cual ha de añadirse, y ya desde la perspectiva subjetiva, la exigencia de que el conductor conozca y perciba ese riesgo directamente y con antelación suficiente, ya que de no ser así no se daría el elemento subjetivo del dolo eventual.

Tales circunstancias no se dan en el supuesto enjuiciado, toda vez que ni había peatones sobre la calzada ni tampoco a la vista en los bordes del pavimento. De modo que aunque estaban en el ámbito de la acción causal del coche y que ello propició que fueran alcanzados, la proximidad no era tan inmediata dado que no estaban a la vista del conductor, y no puede por tanto afirmarse que la pérdida de control del vehículo entrañara una probabilidad muy alta conocida ex ante -elementos imprescindibles para el dolo eventual de lesión-atropellar a unos peatones situados a unos cien metros de distancia y fuera de la calzada.

Es cierto que el acusado tenía datos suficientes para sopesar la posibilidad e incluso la probabilidad de que en la zona hubiera peatones, por lo que sí cabe hablar de un posible dolo eventual sobre una situación de peligro concreto, pero no resulta en cambio factible admitir, tal como ya se especificó, la concurrencia de un dolo eventual de lesión, que es el requerido para apreciar el elemento subjetivo del delito de homicidio y de lesiones graves dolosas.

3. Por lo demás, al traer a colación otros precedentes de esta Sala se comprueba que en casos en los que el conductor pierde el control de su automóvil por pilotar de forma manifiestamente temeraria por la ingesta previa de bebidas alcohólicas y acaba impactándose contra personas o vehículos, la conducta se subsume en el homicidio imprudente y no en el doloso eventual, a no ser que consten previamente al resultado situaciones de un alto peligro concreto que haya percibido con antelación directamente el imputado sin adoptar ninguna medida para neutralizar el riesgo.

Y así, en la sentencia 1140/1999, de 6 de julio EDJ 1999/17014 , se condena por imprudencia temeraria a un conductor que conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas por un tramo urbano, debido a lo cual pierde el control del coche e invade el semiancho contrario de la vía y mata a un motociclista. Y en la sentencia 703/2001, de 28 de abril EDJ 2001/7169 , se condena por imprudencia temeraria a un conductor que conduce bebido un turismo por zona urbana y mata a un ciclista por no controlar su vehículo. En un caso similar al anterior, también acaecido en un tramo urbano, fue condenado un automovilista por imprudencia grave al invadir bajo los efectos del alcohol el semiancho contrario de una calle y arrollar a un ciclomotorista, que resulta muerto (STS 1133/2001, de 11-6 EDJ 2001/11074).

En la sentencia 561/2002, de 1 de abril EDJ 2002/12159 , se condena a un conductor que pilota un vehículo durante bastantes kilómetros realizando adelantamientos temerarios con exceso de velocidad, hasta que acaba colisionando contra un coche que circulaba en sentido contrario, causando la muerte a dos de sus ocupantes.

La sentencia 2147/2002, de 5 de marzo de 2003 EDJ 2003/6625 , recoge un supuesto en que es condenado también por imprudencia grave o temeraria un automovilista que circula bebido y a exceso de velocidad por una autopista y arrolla a una motocicleta, causando la muerte de sus dos ocupantes.

Y también dentro de la línea que se viene apuntando, ha de citarse la sentencia 270/2005, de 22 de febrero EDJ 2005/37485 , en la que es condenado por imprudencia grave un automovilista que circula por un tramo urbano bajo efectos del alcohol y de ansiolíticos y que arrolla a un peatón, a quien causa la muerte.

Así pues, no puede asumirse que la conducta del acusado sea subsumible en los tipos penales de homicidio y lesiones dolosas, y sí en cambio en las modalidades imprudentes de tales tipos penales, en el grado de imprudencia grave consciente.

QUINTO.-. Por consiguiente, y a tenor de todo lo razonado, procede desestimar el recurso de casación del Ministerio Fiscal, declarándose de oficio las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr. EDL 1882/1).

FALLO

DESESTIMAMOS EL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Primera, de fecha 19 de enero de 2011 EDJ 2011/25376 , dictada en la causa seguida por un delito de conducción manifiestamente temeraria, dos delitos de homicidio por imprudencia grave y siete delitos de lesiones por imprudencia grave contra Jenaro, y declaramos de oficio las costas de esta instancia.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Giménez García Perfecto Andrés Ibañez Manuel Marchena Gómez Alberto Jorge Barreiro Siro Francisco García Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012011101251