



Roj: **STS 4441/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4441**

Id Cendoj: **28079120012023100770**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2023**

Nº de Recurso: **7038/2021**

Nº de Resolución: **789/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 789/2023

Fecha de sentencia: 25/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7038/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7038/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 789/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 25 de octubre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 7 de octubre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 16 de abril de 2021, dictada en el Juicio Rápido nº 293/2020 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares, que absolvió al penado D. Rodrigo de un delito contra la seguridad vial, siendo parte recurrida el acusado Rodrigo representado por el Procurador D. Víctor Pérez Casado y bajo la dirección Letrada de D. Juan Jesús Estrada Merino.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares, en el procedimiento de Juicio Rápido nº 293/2020, dimanante del Juzgado de Instrucción nº 4 de Alcalá de Henares seguido contra el acusado Rodrigo, dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2021 que contiene los siguiente Hechos Probados:

"ÚNICO: Se declara probado que el día 7 de noviembre de 2020 sobre las 17:25 horas, Rodrigo, mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, conducía el vehículo Lancia Libra matrícula X....HG por la carretera M119, p.k. 0 de Alcalá de Henares.

El acusado se sometió a la prueba de impregnación alcohólica, arrojando como resultado 0,73 mg/l en la primera prueba, y de 0,65 mg/l en la segunda; sin que haya quedado constancia de que la ingesta previa de bebidas alcohólicas influyera en la conducción del automóvil".

SEGUNDO.- El citado Juzgado dictó el siguiente Fallo:

"Declaro la libre absolución de Rodrigo del delito contra la seguridad vial de que había sido acusado.

Impónganse las costas de oficio.

Notifíquese la presente a las partes y al Ministerio Fiscal.

Esta Sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid.

Firme que sea la presente, dedúzcase testimonio a la Dirección General de Tráfico a los efectos oportunos.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos principales, quedando el original en el libro de Sentencia".

Contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares se recurrió en apelación por el Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 7 de octubre de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"LA SALA ACUERDA: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en el juicio rápido nº 293/2020 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares, resolución que confirmamos en su integridad. Se declaran de oficio las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese la presente advirtiendo del recurso de casación que cabe contra esta sentencia en el caso del art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recurso que habría de ser preparado en el plazo de cinco días ante este tribunal".

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

CUARTO.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la L CR, por indebida inaplicación del art. 379.2, inciso segundo, del Código Penal.

QUINTO.- Instruida la representación de la parte recurrida Rodrigo, impugnó el recurso del Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 24 de octubre de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de 7 de octubre de 2021 que desestimó el recurso contra la sentencia del juzgado de lo penal nº 6 de Alcalá de Henares, de fecha 16 de abril de 2021.

SEGUNDO.- ÚNICO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECRIM por indebida inaplicación del art. 379.2, inciso segundo, del Código Penal.

Por la AP de Madrid se dictó sentencia con fecha 7 de Junio de 2021 en la que acepta el relato de hechos probados del juzgado de lo penal, que es el siguiente:

Se declara probado que el día 7 de noviembre de 2020 sobre las 17:25 horas, Rodrigo , mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, conducía el vehículo Lancia Libra matrícula X...HG por la calTetera MI 19, p.k. 0 de Alcalá de Henares.

El acusado se sometió a la prueba de impregnación alcohólica, arrojando como resultado 0,73 mg/l en la primera prueba, y de 0,65 mg/l en la segunda; sin que haya quedado constancia de que la ingesta previa de bebidas alcohólicas influyera en la conducción del automóvil.

La decisión de la AP para absolver se basa en que "cuando el etilómetro estuviera, como es el caso, perfectamente homologado y revisado, el resultado medido de 0,65, considerando que, en concentraciones superiores a 0,4 y menores o iguales a 1 mg. se aplica el 7,5%, sólo garantizaría que el conductor, en el momento de someterse a las pruebas, presentaba una tasa de 0,602, pero como el inciso 2 del número 2 del art. 379 del Código penal sólo recoge dos decimales, el tercero no se puede considerar, con lo que el resultado sería 0,60, y ello implica que es necesario, además acreditar la concurrencia de influencia del consumo etílico en la conducción."

El juzgado de lo penal absolvió del delito aunque sin concreto fundamento al objeto que se va a tratar.

Debe mantenerse la tesis del juzgado de lo penal y de la AP que cuestiona el Fiscal de Sala en su recurso. Y ello, porque acudiendo a la tipicidad hay que señalar que el art. 379.2 CP señala que: *En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.*

Es decir, que aunque castiga como tipo básico al que *condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas*, para lo cual se exige la prueba de los signos externos de afectación en la conducción, el legislador adicionó una objetivación en el delito que desconectada de la afectación del alcohol, porque la literalidad del precepto comienza con "en todo caso" será condenado, y fija dos circunstancias:

A.- *el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o*

B.- *Con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro*

En estas dos circunstancias no se exige que, ADEMÁS, la conducción quede afectada por el consumo de alcohol. En modo alguno, ya que no podemos adicionar exigencias en el tipo penal que... no están en el mismo.

En base al principio de la tipicidad penal de un hecho para entender que está inmerso en el precepto concreto del texto penal es valorar si el hecho en concreto que se declare probado puede subsumirse en el tipo penal, y en este caso hay que acudir tan solo a la segunda redacción del art. 379.2 CP que objetiva la comisión del delito simplemente para cuando *condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro.*

Como señala la Circular 10/2011, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial "La reforma del CP operada por LO 15/2007 introduce un nuevo tipo en el párrafo 2º inciso 2º del art. 379 CP que, en esencia, recoge el criterio de la Instrucción 3/2006, al castigar de forma autónoma en todo caso (...) al que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

La incriminación aporta seguridad jurídica a los propios ciudadanos. Les permite conocer cuáles son las tasas con las que inciden en la norma penal sea cual fuere el territorio en que conduzcan.

Ha propiciado un notable aumento del número de procedimientos de conformidad, dada la objetividad y claridad del supuesto típico.

La solución legislativa no es novedosa en el derecho comparado, donde es frecuente la configuración por estas razones de delitos objetivadores de la influencia del alcohol. Así, en Luxemburgo y Portugal la tasa típica es



de 0'6 mg/litro de aire espirado, en Francia se reduce a 0'4 mg/litro de aire espirado y en Italia aún más a 0'25 mg/litro de aire espirado. En Alemania el tipo de influencia se complementa con la tasa jurisprudencialmente consolidada y vinculante para los Tribunales inferiores de 0'55 mg/litro.

El delito del art. 379.2.inciso 2 CP funda su injusto en un juicio de peligrosidad del legislador, basado en los datos científicos apuntados. Es sin duda infracción penal de peligro abstracto con la consecuencia de que no es preciso probar la influencia en la conducción. Así se desprende de la expresión *en todo caso*, frente al tipo anterior subsistente en el art 379.2 inciso 1 CP, en que sí son necesarios otros medios de prueba. En definitiva, constatada la conducción con la tasa legal es innecesaria la concurrencia de maniobras irregulares o signos externos de embriaguez, aunque en la generalidad de los casos se detectarán.

La nueva formulación típica no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0'6 mg".

Sobre la objetivación del tipo penal señala la mejor doctrina que la tasa de alcohol en aire o sangre, al haber sido objetivada puniblemente en el artículo 379.2 inciso segundo del CP, en el delito que hemos dado en llamar conducción con tasa típica, ha adquirido carta de naturaleza de elemento del tipo más que de medio probatorio, debido al empleo de la expresión "en todo caso".

Así, superada la tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro hay delito del art. 379.2 CP y no solo infracción administrativa y dado que hay que hacer dos pruebas de alcoholemia en el caso de que se obtengan en ambas pruebas resultados dispares, lo que es bastante probable, conforme a lo expuesto sobre la curva de Widmark, debe tomarse en consideración el resultado más bajo de los dos obtenidos, conforme al principio *in dubio pro reo*.

Señala a tal efecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 436/2017 de 15 Jun. 2017, Rec. 2122/2016 que: *"La Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, de modificación del Código Penal en materia de seguridad vial alteró, en efecto, la morfología de este delito que pasó al apartado segundo del artículo 379 CP incorporando una variante:*

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

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

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

De forma oblicua, mediante un mero obiter dictum, esta Sala ha reconocido la naturaleza objetivada del delito previsto en el inciso segundo del artículo 379.2 CP en la STS 706/2012, de 24 de septiembre . Al analizar un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenidas en el referido inciso segundo, se apostilla "que (en el caso analizado, el hecho de que) la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del art. 379 vigente desde la Ley Orgánica 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0,60. Eso no excluye que con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379, si se demuestra la repercusión en la conducción."

Así, es cierto que el art. 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto y sin mayores exigencias probatorias.



En este caso el hecho probado describe que *Se declara probado que el día 7 de noviembre de 2020 sobre las 17:25 horas, Rodrigo, mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, conducía el vehículo Lancia Libra matrícula X....HG por la calTetera MI 19, p.k. 0 de Alcalá de Henares.*

El acusado se sometió a la prueba de impregnación alcohólica, arrojando como resultado 0,73 mg/l en la primera prueba, y de 0,65 mg/l en la segunda; sin que haya quedado constancia de que la ingesta previa de bebidas alcohólicas influyera en la conducción del automóvil.

No se puede llegar a una solución condenatoria que propugna el Fiscal. Y es que, aplicando el margen de error concreto al supuesto de hecho y se llegue a tres decimales y la referencia esté por encima de 0,0450, ello nos lleva a redondear hacia arriba, no hacia abajo, lo que nos sitúa en 0,05 y, en consecuencia, sin que el resultado de aplicar el margen de error a 0,65 esté por encima de 0,60, ya que quedaría justo en 0,60 y se exige que sea superior a esta cifra para que "en todo caso" se dicte la condena. Por ello, el redondeo hay que hacerlo desde el tercer decimal que de el resultante de aplicar el margen de error, para, de ahí, situarnos en la cifra numérica al segundo decimal, o si el tercer decimal con el cuarto no está en la mitad superior acudir a la cifra inmediatamente inferior del segundo decimal.

De esta manera, con 0,0451 con el margen de error aquí aplicado al 7,5% nos iríamos al redondeo a 0,5 (redondeo hacia arriba) y con 0,0450 o 0,0449, nos iríamos a 0,4 (redondeo a la baja) y de esta manera, con detecciones de 0,65 en el primer caso y con el mismo margen de error aplicado al caso concreto del 7,5% nos quedaríamos en 0,60, aplicando el referido porcentaje de error y no sería delito y en el segundo caso nos quedaríamos en 0,61 y sí sería delito del art. 379 CP.

Hay que tener en cuenta que el resultado objetivo que se fija en los hechos probados fija *un resultado de 0,73 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado*; es decir, que después de las dos pruebas realizadas en la prueba de alcoholemia el condenado dio como resultado una prueba final que en ambas mediciones superó el mínimo permitido.

La cuestión es que se recurre a lo que se denomina el "margen de error" y la consideración acerca de si operan dos decimales o tres.

Se recuerda, también, que los etilómetros se encuentran regulados en la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida donde el Anexo XIII lleva por rúbrica "Instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en el aire espirado" y en el Apéndice III trata del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación después de reparación o modificación de etilómetros y el Apéndice IV del Procedimiento técnico de ensayos para la verificación periódica de etilómetros donde se recoge en el punto 4 los errores máximos permitidos y repetibilidad.

Los errores máximos tolerados son los establecidos en la Recomendación OIML R 126, en vigor, para instrumentos en servicio donde en el punto nº 5 se refieren a los requisitos metrológicos y los errores máximos permitidos (MPE) según se trate de errores máximos permitidos para la aprobación de tipo y verificación inicial y verificación después de reparación, o errores máximos permitidos para alcoholímetros en operación. Esta Recomendación se aplica a los alcoholímetros cuantitativos que muestran el resultado de la medición de la concentración de alcohol en el aire espirado con el propósito de establecer el cumplimiento con las políticas nacionales de lucha contra el abuso del alcohol.

En cualquier caso, como se ha expuesto, la práctica del "redondeo es técnica utilizada y a utilizar en estos casos y aplicable en beneficio del reo, porque esta técnica se utiliza en otros sistemas como ocurre con el redondeo en euros cuando concurre tercer decimal. Hay que recordar que el redondeo es una práctica común en las operaciones matemáticas y financieras que consiste en aproximar el resultado de una operación a un valor determinado. En el caso de la contabilidad y las finanzas, el redondeo se utiliza para simplificar cálculos y para ajustar los valores a las normativas contables y fiscales. El redondeo se realiza en función del número de decimales a los que se quiere aproximar el valor. El redondeo es, así, una técnica aritmética para encontrar una aproximación de un número preciso. Los números decimales se redondean a un lugar decimal específico para que sean fáciles de entender y manejables, en lugar de tener una larga cadena de lugares decimales.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que ha sucedido es que la AP ha aplicado el redondeo a la cifra final resultante de restar a la medición efectuada por la Policía Local (0,65) el margen de error del alcoholímetro (0,04875). La operación aritmética es $0,65 - 0,04875 = 0,60125$, cifra que redondeada se queda en 0,60, y, por consiguiente, conduce a la absolución.

Entendemos, por nuestra parte, que debe admitirse el criterio de que es admisible el redondeo cuando se aplique el margen de error a la cifra detectada en el alcoholímetro conforme ya se ha explicado y verificarlo hacia arriba o hacia abajo según resulte del tercer decimal. Por ello, aplicando el margen de error y el necesario redondeo nos daría 0,60 mgr/l alcohol que "no supera" lo establecido en ese inciso segundo del párrafo



segundo. Y el redondeo se hace siempre en cualquier típico de cálculo matemático (por ejemplo, la conversión de pesetas a euros) hacia la cifra principal más cercana, en este caso el 0,05, y sin que puedan computarse en contra del reo más decimales añadidos (el 7,5% de 0,65 en realidad es 0,04875) a los dos que resultan en este caso cuando el Código Penal sólo fija dos decimales en la descripción típica, es decir, que la tasa de alcohol sea superior a 0,60 mgr/l y no a 0,602, por ejemplo. Un concepto relacionado con el redondeo es el truncamiento, que pertenece al análisis numérico (un subcampo matemático) y se refiere a la técnica utilizada para reducir la cantidad de dígitos decimales, o sea, aquellos que se encuentran a la derecha del separador, que es lo que en este caso procede para resolver este problema.

En el art. 379.2 inciso segundo del CP se hace referencia a que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l o una tasa de alcohol en sangre superior a 1.2 gramos por litro. Es decir, es delito en el momento en que la tasa de alcohol en aire espirado sea superior a 0,60 mg/l.

Hay que entender que el derecho del reo a no hacer valer más de dos decimales, como traslación del "in dubio pro reo", debe admitirse en caso de duda, y, sobre todo, cuando el texto penal cifra dos decimales y que en los casos de cifras derivadas del margen de error que arrojen tres decimales debe acudir al redondeo para situarlo hacia arriba o hacia abajo según la aproximación del tercer decimal que nos lleve a subir a 0,05 o a situarlo en 0,04 para, de ahí, aplicarlo a la tasa de 0,65 que en este caso resultó, que es con las aplicaciones de los márgenes de error, donde surge la duda en los casos en que así se ha planteado, fijándose, en consecuencia, criterio en favor del reo. Todo ello, claro está, salvo que se aprecien signos externos determinantes de la alcoholemia, ya que esta vía del art. 379.2 in fine CP siempre es subsidiaria de la percepción de la conducción con síntomas de conducir bajo la influencia del alcohol, y, por ello, creando el estado de riesgo en la circulación que es lo que configura el tipo penal, y en cuyo caso la condena vendría por la probanza de la afectación en la conducción del consumo de alcohol sin necesidad de aplicar el criterio objetivo del art. 379.2 in fine CP.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Las costas se imponen de oficio

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, de fecha 7 de octubre de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de fecha 16 de abril de 2021, dictada en el Juicio Rápido nº 293/2020 del Juzgado de lo Penal nº 6 de Alcalá de Henares, que absolvió al penado D. Rodrigo de un delito contra la seguridad vial. Se declaran de oficio las costas procesales. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina