



Roj: **STS 4596/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4596**

Id Cendoj: **28079120012023100790**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2023**

Nº de Recurso: **6084/2021**

Nº de Resolución: **788/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 788/2023**

Fecha de sentencia: 25/10/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6084/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/10/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6084/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 788/2023**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> 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 la representación del acusado **D. José**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, de fecha 20 de julio de 2021, que estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona, de fecha 25 de marzo de 2021, condenando al anterior recurrente como autor responsable de un delito de conducción bajo el efecto de las bebidas alcohólicas, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer y bajo la dirección Letrada de Dña. Verónica Lahoya Rodríguez.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Sant Feliu de Guíxols incoó Diligencias Urgentes 63/2020 contra José, y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 2 de Gerona, que con fecha 25 de marzo de 2021 dictó sentencia en el Procedimiento Juicio Rápido 1/2021, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Se declara probado que sobre las 01.40 h del 19 de noviembre del 2020 el acusado José con NIE NUM000 y sin antecedentes penales, conducía por la calle Doctor Fleming de la localidad de Sant Feliu de Guíxols el turismo BMW modelo 525 matrícula K...YI, dándole el alto los agentes mossos d'Esquadra debido a las restricciones de movilidad-de COVID.

Personados en el lugar de los hechos agentes de la Policía Local, requirieron al acusado para que se sometiera a las pruebas legalmente establecidas para la detección del grado de alcoholemia. Las pruebas se realizaron con un etilómetro evidencial marca Draguer modelo Alcotest -7110 MK-III E, con número de serie ARXE-0026 y calibración válida hasta el 21/7/2021, a las 01.24 y 01.42 horas, y arrojaron, respectivamente un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.

No ha resultado acreditado que al tiempo de conducir el vehículo el acusado tuviera afectadas sus capacidades psicofísicas para la conducción a consecuencia de una ingesta previa de bebidas alcohólicas".

**SEGUNDO.**- El citado Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"ABSOLVER a José del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas que se le imputaba declarando las costas procesales de oficio.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que no es firme, sino que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante este mismo Juzgado en el plazo de los 5 días siguientes a su notificación, del que conocerá, en su caso, la Audiencia Provincial de Girona".

Contra indicada sentencia se interpuso ante la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, que con fecha 20 de julio de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"ESTIMAMOS íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la Sentencia dictada en fecha 25.03.2018 por el Juzgado de lo penal nº 2 de Girona en el juicio rápido nº 1-2021, de la que dimana este rollo, y REVOCAMOS la resolución objetivo de recurso en el sentido de CONDENAR al Sr. José como autor responsable de un delito de conducción bajo el efecto de las bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de SEIS MESES MULTA con una cuota diaria de SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código penal, y la pena de PRIVACIÓN DEL DERECHO A CONDUCIR VEHÍCULOS A MOTOR Y CICLOMOTORES POR UN AÑO Y UN DIA, con la accesoria legal de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas.

Una vez sea firme esta Sentencia, entréguense certificados para unirlos al rollo correspondiente y enviarlos al Juzgado de donde proviene, junto con los autos originales".

**TERCERO.**- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación del acusado **D. José**, 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 la representación del acusado **D. José**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de Ley, y en concreto por infracción del Art. 379.2 CP.



**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su desestimación, 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 interpuesto por la representación procesal del penado José contra la sentencia dictada con fecha 20 de julio de 2021 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Gerona en el rollo de apelación núm. 436/2021, dimanante del juicio rápido 1/2021 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gerona.

**SEGUNDO.- ÚNICO MOTIVO.-** Por infracción de Ley, y en concreto por infracción del art. 379.2 CP

Por la AP de Girona se dictó sentencia 334/2021 de 20 de Julio de 2021 en la que acepta el relato de hechos probados del juzgado de lo penal, aunque revoca la sentencia, que es el siguiente:

"Se declara probado que sobre las 01.40 h del 19 de noviembre del 2020 el acusado José con NIE NUM000 y sin antecedentes penales, conducía por la calle Doctor Fleming de la localidad de Sant Feliu de Guíxols el turismo BMW modelo 525 matricula K....YI , dándole el alto los agentes mossos d'Esquadra debido a las restricciones de movilidad de COVID".

Personados en el lugar de los hechos agentes de la Policía Local, requirieron al acusado para que se sometiera a las pruebas legalmente establecidas para la detección del grado de alcoholemia. Las pruebas se realizaron con un etilómetro evidencial marca Dräger modelo Alcotest 7110 MK-III E, con número de serie ARXE-0026 y calibración válida hasta el 21/7/2021, a las 01.24 y 01,42 horas, y arrojaron, respectivamente, un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.

No ha resultado acreditado que al tiempo de conducir el vehículo el acusado tuviera afectadas sus capacidades psicofísicas para la conducción a consecuencia de una ingesta previa de bebidas alcohólicas."

La decisión de la AP para revocar la absolución acordada por el juez de lo penal puntualizó que: "se tiene que tomar en consideración un margen de error del 7,5%, que en el caso que nos ocupa es de 0,04875 mg de alcohol por litro de aire aspirado. Deducido el importe que comprende el margen de error de referencia, el resultado final se sitúa en 0,60125 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado, superior a la cifra de 0,6 miligramos que establece el artículo 379.2 del Código penal como frontera mínima de la punibilidad. En consecuencia, se estima el recurso y se condena al Sr. José como autor de un delito de conducción bajo el efecto de las bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

El juzgado de lo penal absolvió del delito por el que acusaba el Fiscal del art. 379.2 CP por aplicar la tesis del "redondeo" que entendía que no conllevaba superar el alcance del 0,60 que exige el texto penal. Y, además, porque entiende que de la prueba practicada el conductor no tenía afectadas sus condiciones para conducir su vehículo de motor.

Por ello, dicta sentencia absolutoria por entender que aplicando sus márgenes de error no se superan el 0,60.

Hay que admitir la tesis del juzgado de lo penal que apoya el recurrente. Y ello, porque acudiendo a la tipicidad y al principio del beneficio del reo en caso de duda 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.* Pero para llegar a una solución condenatoria en el caso de que, aplicando el margen de error concreto al supuesto de hecho 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 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.



Es cierto que el art. 379.2 CP objetiviza la condena con las tasas que fija el precepto. 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.

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 este caso el hecho probado describe que *Las pruebas se realizaron con un etilómetro evidencial marca Dräger modelo Alcotest 7110 MK-III E, con número de serie ARXE-0026 y calibración válida hasta el 21/7/2021, a las 01.24 y 01,42 horas, y arrojaron, respectivamente, un resultado de 0,65 y 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado.*

El criterio de la sentencia recurrida de la AP huye de **redondeos** y considera que "se tiene que tomar en consideración un margen de error del 7,5%, que en el caso que nos ocupa es de 0,04875 mg de alcohol por litro de aire aspirado. Deducido el importe que comprende el margen de error de referencia, el resultado final se sitúa en 0,60125 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado, superior a la cifra de 0,6 miligramos que establece el artículo 379.2 del Código penal como frontera mínima de la punibilidad."

En cualquier caso, como se ha expuesto antes 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.

Con ello, en el caso que nos ocupa el recurrente considera que:

"El tipo penal exige que el resultado arrojado por el acusado debe superar los 0,60 mg/l. Así, el tipo penal limita su atención a los únicos dos primeros decimales del resultado obtenido, 0,60 mg/l. Si aplicamos el margen de error al resultado del etilómetro, en modo alguno discutido, la cifra que debe ser valorada a los efectos de aplicar el tipo penal (habida cuenta que la sintomatología descarta la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas) es la de exactamente 0,60 mg/l, Es decir, no una cifra superior a dicho resultado, que sería la tendría relevancia penal."

Considera que el tipo penal sólo recoge dos decimales, y no tres y que, por ello, el resultado final que afirma la sentencia de 0,60125 no está por encima de 0,60 si lo situamos en dos decimales.

Hay que tener en cuenta que el resultado objetivo que se fija en los hechos probados fija *un resultado de 0,65 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.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que ha sucedido es que el Juzgado de lo Penal 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.

En cambio, la Audiencia Provincial prescinde del **redondeo**, estima que un índice de 0,60125 es superior a 0,60, marcado por el tipo penal, revoca la decisión absolutoria de primera instancia y condena.

Entendemos, por nuestra parte, como se expone, 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 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, como en el supuesto presente 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 estimarse el recurso y casar el criterio de la Audiencia Provincial regresando a la absolución del juzgado de lo penal.

El motivo se estima.



**TERCERO.-** Las costas se decretan 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 HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado **José**, con estimación de su motivo único; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gerona, Sección Cuarta, de fecha 20 de julio de 2021, que estimó el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona, de fecha 25 de marzo de 2021, condenando al anterior recurrente como autor responsable de un delito de conducción bajo el efecto de las bebidas alcohólicas. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte 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

RECURSO CASACION núm.: 6084/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

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 rollo de Sala nº 436/21, dimanante del Procedimiento para el Enjuiciamiento Rápido de Determinados delitos 1/2021 del Juzgado Penal nº 2 de Gerona, seguido por delito de conducción bajo los efectos de las bebidas alcohólicas, contra **José** con NIE nº NUM000 nacido en Taourit el día NUM001 /86, hijo de Carlos Miguel y de María Rosa; con domicilio en Sant Feliu de Guíxols (Girona), CALLE000, NUM002, en libertad por esta causa, y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de la fecha, haciendo constar lo siguiente:

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se admiten y dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Debemos decretar la absolución **José** que ya fue absuelto por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona, en sentencia 84/2021 de fecha 25 de marzo de 2021 con costas de oficio,



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Debemos decretar la absolución **de José** por el delito que era objeto de acusación del art. 379.2 CP del que ya fue absuelto por el Juzgado de lo Penal nº 2 de Girona, en sentencia 84/2021 de fecha 25 de marzo de 2021 recuperando la misma y quedando esta rehabilitada y con costas de oficio.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ