



ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS.

El presente oficio tiene por objeto establecer, en el ejercicio de las funciones de coordinación previstas en el art. 20.3 EOMF y apartado III de la Instrucción 5/2007 FGE, pautas de actuación en relación con el delito de conducción con tasa objetiva de alcohol previsto en el art. 379.2, segundo inciso, CP, tras la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS 788/2023, de 25 de octubre, y 789/2023, de la misma fecha, esta última dictada en recurso de casación preparado por la Fiscalía Provincial de Madrid en coordinación con la Unidad Especializada de Seguridad Vial que dirijo, con el objetivo de obtener criterios uniformes de aplicación del citado tipo, en una materia que era objeto de interpretaciones divergentes por las resoluciones de las diferentes AP.

La Circular 10/2011 FGE, de 17 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial*, en su apartado V.4 -págs. 27-29 del documento accesible en fiscal.es/documents-, junto a otras consideraciones previas sobre el régimen metrológico, expuso las pautas que obligadamente debían seguirse, de conformidad con la Orden ITC 3707/2006, de 22 de noviembre, sobre errores máximos permitidos (EMP) en etilómetros para obtener, con arreglo a lo dispuesto en el entonces art. 70.2 -ahora 83.2- LSV, la tasa objetivada de alcohol en aire espirado que constituye delito en los términos del art. 379.2, segundo inciso, CP, sin perjuicio de la tipicidad, conforme al art. 379.2, primer inciso, CP, de las conducciones bajo la influencia del alcohol que no la alcanzaran.

Posteriormente, la Orden ICT 155/2020, de 7 febrero, *por la que se regula el control metrológico del Estado de determinados instrumentos de medida*, dejó sin efecto esta normativa en su disposición derogatoria única y pasó a reglamentarla en sus arts. 1-19 y en su anexo XIII, que regula los requisitos, fases de control metrológico (de evaluación de la conformidad y de instrumentos en servicio con certificaciones de verificación periódica y tras reparación o modificación), así como los EMP para los instrumentos destinados a medir la concentración de alcohol en aire espirado (etilómetros). Por su parte, su disposición transitoria segunda disciplina el régimen en estas materias de los instrumentos en servicio a la entrada en vigor de la OICT que obtuvieron su evaluación de conformidad con arreglo a la Orden derogada.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la citada Orden ICT 155/2020 remití a las policías de tráfico y fiscales delegados oficio de 27 de mayo de 2021 con criterios de coordinación en esta materia, junto con el informe científico de 15 de abril de 2021 del Centro Español de Metrología (CEM) regulado en el art. 17 de la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, *de Metrología*, en

que se basaba el oficio, siguiendo el mismo proceder previo al dictado de la Circular antes reseñada.

En el oficio se establecía la necesidad de atender a los criterios metrológicos y conclusiones del informe del CEM con las aclaraciones hechas en el propio oficio. En esencia, a los efectos que aquí nos ocupan en relación con el tipo de tasa objetiva del art. 379.2, último inciso, CP, se establecía la necesaria aplicación de los EMP para la fase de verificación periódica, que serán los deducibles de la indicación -medida- del instrumento -etilómetro-, conforme a la Tabla 2 para etilómetros evidenciales del citado informe -que se adjunta a continuación-, bajo la premisa de que los instrumentos en servicio deben respetar los EMP establecidos para la fase de verificación periódica pues, conforme a un criterio garantista que debe regir en procesos judiciales (como más favorable para el sometido al procedimiento, conforme al art. 773.1 LECrim), aquéllos incluyen por concepto las posibles derivas y variaciones temporales del instrumento (por el entorno de utilización y posible desgaste), a diferencia de los EMP establecidos en otras fases de control metrológico del Estado; con la aclaración de que, para la determinación de la Orden aplicable que aparece en la Tabla citada, ha de estarse a la fecha de expedición del certificado del Módulo F (o de la verificación primitiva, en su caso):

Tabla 2. Errores máximos permitidos en la verificación periódica de los etilómetros evidenciales

Concentraciones nominales de alcohol en aire espirado C	Orden ICT 155/2020 (vigor 24/10/2020) emp	Orden ITC 3707/2006 (vigor 08/12/2006) emp
$\leq 0,400$ mg/L	0,03 mg/L	
$> 0,400$ mg/L y ≤ 1 mg/L	7,5 %	
> 1 mg/L y ≤ 2 mg/L	7,5 %	20 %
> 2 mg/L y $\leq 2,455$ mg/L	$0,75 \times C - 1,35$	20 %
$> 2,455$ mg/L	$0,75 \times C - 1,35$	

NOTA 2. Los márgenes de concentración de alcohol en aire espirado y los EMP establecidos en la Tabla 2 se han determinado teniendo en cuenta que los EMP indicados en la Orden ICT 155/2020, de 7 de febrero, no suponen requisitos adicionales a la legislación con la que el etilómetro evidencial se puso en servicio. A los etilómetros evidenciales puestos en servicio con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero (24/10/2020) se les aplicarán los EMP establecidos en el anexo II de la Orden ITC/3707/2006, del 22 de noviembre, siempre y cuando estos EMP sean mayores que los de la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero. Cuando los EMP de la Orden ITC/3707/2006, del 22 de noviembre, sean menores que los de la Orden ICT/155/2020, de 7 de febrero, se aplicarán los de esta última, tal y como se desarrolla en la Tabla 2.

Sentado lo anterior, la problemática aplicativa del tipo penal de tasa objetiva del art. 379.2, último inciso, CP, se producía sólo en la tasa de 0,65 mg/L de

alcohol en aire espirado (indicación medida por el etilómetro), tanto conforme a la actual Orden ICT 155/2020 como a la ITC 3707/2006, pues en concentraciones de alcohol en aire espirado $> 0,400$ mg/L y ≤ 1 mg/L el EMP aplicable (7,5%) es igual en ambas, resultando que, una vez deducido el EMP del 7,5% de la medida del 0,65 mg/L, la tasa resultante -0,60125 mg/L- sólo sería típica si se consideraran tres decimales, y atípica teniendo en cuenta únicamente los dos primeros decimales; cuestión ésta que dio lugar a sentencias de AP con interpretaciones divergentes y motivó la preparación del citado recurso de casación por el MF a fin de obtener un criterio hermenéutico unívoco en la aplicación del tipo de tasa objetiva. Por el contrario, la cuestión no se planteaba ni se plantea en la indicación inferior de 0,64 mg/L, que siempre sería atípica una vez deducido el EMP -0,592 mg/L-, tanto si se consideran dos decimales como un número superior de éstos, como tampoco en la indicación superior de 0,66 mg/L, que será típica en todo caso una vez deducido el EMP -0,6105 mg/L-.

Sobre esta cuestión, la doctrina jurisprudencial -art. 1.6 CC- sentada en las dos recientes SSTS 788/2023 y 789/2023 antes citadas, partiendo de la premisa de que el precepto interpretado sólo fija dos decimales en la descripción típica, establece la imposibilidad de computar en contra del reo más decimales añadidos a los dos que resultan de aplicar el margen de error a la cifra detectada en el etilómetro, de suerte que, aplicando en beneficio del reo la técnica matemática del "redondeo", considera atípica la tasa de 0,65 mg/L medida por etilómetro en cuanto la cifra resultante tras la deducción del EMP (0,60125 mg/L que se redondea a 0,60 mg/L) no resulta superior a la tasa de 0,60 mg/L prevista en el tipo del art. 379.2, último inciso, CP. Con dos importantes precisiones que se recogen a continuación:

1.- De las dos mediciones de que se compone la prueba de alcoholemia debe tomarse en consideración, a los efectos del tipo de tasa objetiva del art. 379.2, último inciso, CP, el resultado más bajo de los dos obtenidos, de suerte que, sólo en el caso de que las dos mediciones superen los 0,65 mg/L de alcohol en aire espirado (a partir, por tanto, de 0,66 mg/L) será posible la subsunción en aquel tipo.

En este sentido, la STS 788/2023 absuelve al recurrente con tasas de 0,65 y 0,65 mg/L, mientras que la STS 789/2023 llega a la misma solución absolutoria con tasas de 0,73 y 0,65 mg/L, a pesar de que la primera, más próxima al momento de la conducción, era una tasa claramente típica. Ello supone dar carta de naturaleza jurisprudencial al criterio que ya sostenía la citada Circular 10/2011 FGE en su Conclusión 7^a.

Ahora bien, no contemplan las SSTS reseñadas los casos tratados por la Circular 10/2011 en su apartado V.3 último párrafo -pág. 27 del documento accesible en fiscal.es/documents-, en que la realización de la prueba de alcoholemia se dilata en exceso del momento de la conducción, pues los supuestos de hecho de ambas SSTS se refieren a pruebas de alcoholemia realizadas en momentos temporales muy cercanos o prácticamente inmediatos

a la conducción. Por ello, la doctrina jurisprudencial sentada por las SSTS comentadas no impide que se siga aplicando el criterio de la Circular 10/2011, en el sentido de que:

En supuestos excepcionales la detección de tasas inferiores a la legal en las pruebas de alcoholemia podrá llevar a inferir o deducir que se conducía con concentración de alcohol en aire espirado o sangre superior a la resultante y subsumible en el tipo. Son los casos en que, por causas distintas a incumplimientos policiales, no se haya observado el lapso de tiempo reglamentario que ha de mediar entre la práctica de ambas pruebas. En general aquellos en que, por causas reprochables al imputado o por otras circunstancias impeditivas, la realización de la prueba de alcoholemia se dilate, alejándose en exceso del momento de la conducción. Los conocimientos científicos en progresión diseñan con una precisión cada vez mayor las llamadas curvas de alcoholemia ascendentes y descendentes que exigen para trazarlas la utilización de todos los datos probatorios dirigidos a perfilar el momento del consumo y la cuantía y clase de bebidas ingeridas. Desde esta perspectiva, los Fiscales pueden instar, con ponderada valoración de las circunstancias concurrentes, la pertinente prueba pericial forense y ejercitar la acción penal cuando de su resultado y demás pruebas resulte que el imputado conducía con tasa superior a la establecida en el tipo.

2.- Todas las consideraciones anteriores vienen referidas exclusivamente al tipo de tasa objetiva del último inciso del art. 379.2 CP, pues nada impide que, a pesar de concurrir tasas de 0,60 mg/L de alcohol en aire espirado o inferiores, pueda ser de aplicación el tradicional e inveterado tipo de influencia del art. 379.2, primer inciso, CP si queda acreditada la influencia del alcohol ingerido en las facultades psicofísicas del sujeto necesarias para una conducción segura, en línea con lo que sostenía la Circular 10/2011 en el sentido de que la nueva formulación típica (la del tipo de tasa objetiva) no implica la despenalización de las conducciones con tasas inferiores a 0,60 mg. Criterio que ha sido jurisprudencialmente acogido en las SSTS 706/2012, de 24 de septiembre (*obiter dicta*), 436/2017, de 15 de junio, y 292/2020, de 10 de junio, y que ahora reproducen las comentadas SSTS 788/2023 y 789/2023.

En consecuencia, siguen vigentes las consideraciones que se efectuaban en la Circular 10/2011, en su apartado V.2 último párrafo -pág. 26 del documento accesible en fiscal.es/documents-, que a su vez remitía a los criterios de la Instrucción 3/2006 FGE, en el sentido de que:

Si las pruebas para la detección de alcohol detectasen el consumo, pero arrojasen un resultado inferior a la tasa objetivada, serán de aplicación los criterios de la Instrucción 3/2006 FGE. Así, por encima de la tasa de 0'4 mg de alcohol en aire espirado, se ejercerá normalmente la acción penal en función de los signos de embriaguez concurrentes y de las anomalías en la conducción. Aun cuando éstas últimas no concurrieren, podrá ejercitarse la acción penal en los casos de claros signos o síntomas, siempre con una

adecuada valoración de las circunstancias. Por debajo de 0,4 mg/l aire y con idéntica ponderación, lo harán sólo de modo excepcional.

Conviene recordar, por último, la precisión contenida en la Circular 10/2011, en su apartado V.4 penúltimo y último párrafo -pág. 29 del documento accesible en fiscal.es/documents-, sobre la necesidad de incorporar en todo caso a los atestados, incluso en los supuestos en que se sobrepase la tasa típica, el acta de signos externos y los datos sobre eventuales maniobras irregulares:

En todo caso será necesario incorporar al atestado el acta de sintomatología externa y los datos obrantes sobre el modo de conducir -aun cuando el tipo penal no exija signos ni otros requisitos adicionales a la tasa objetivada-. Las razones son que en los casos en que no sea posible acreditar la comisión del delito del art. 379.2 inciso 2 (tasa superior a 0'6 mg), podrían existir pruebas de la presencia del regulado en el art. 379.2 inciso 1 CP. Aun habiendo prueba de la tasa penal, nada se opone a que la individualización de la pena se funde en la entidad de los signos y maniobras concurrentes. En resumen, los Sres. Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial de Tráfico para que se una al atestado la documentación expresiva del ajuste del aparato a la normativa metrológica (...). Al atestado se incorporará el acta de síntomas externos y, en su caso, los datos pertinentes sobre maniobras irregulares.

En conclusión, en el ejercicio de las funciones de coordinación previstas en el art. 20.3 EOMF y apartado III de la Instrucción 5/2007 FGE, se trasladan las siguientes pautas de actuación en relación con el delito previsto en el art. 379.2, segundo inciso, CP, tras la doctrina jurisprudencial recogida en las SSTS 788/2023, de 25 de octubre, y 789/2023, de la misma fecha:

1.- A los solos efectos de aplicación del tipo de conducción con tasa objetiva de alcohol previsto en el art. 379.2, segundo inciso, CP se considera atípica la tasa de 0,65 mg/L medida por el etilómetro (antes de la deducción del EMP), de suerte que sólo procederá su aplicación y la correspondiente instrucción de atestados por este delito cuando las dos mediciones de que se compone la prueba de alcoholemia superen los 0,65 mg/L de alcohol en aire espirado, esto es, a partir de 0,66 mg/L (sin perjuicio de que siga siendo aplicable el criterio expuesto en la Circular 10/2011, apartado V.3 último párrafo -pág. 27 del documento accesible en fiscal.es/documents- cuando la realización de la prueba de alcoholemia se dilate en exceso del momento de la conducción).

2.- Por tanto, en relación con el tipo de influencia del art. 379.2, primer inciso, CP se deben seguir aplicando los mismos criterios de actuación que se venían siguiendo antes del dictado de las dos SSTS (pues éstas consolidan la doctrina jurisprudencial recaída previamente en torno a la interpretación de este ilícito y no introducen ninguna modificación jurisprudencial en este aspecto): concurriendo tasas de 0,60 mg/L de alcohol en aire espirado o inferiores (indicaciones del etilómetro de 0,65 o inferiores antes de deducir el EMP) sigue siendo de aplicación el tradicional e inveterado tipo de influencia del art. 379.2,

primer inciso, CP si queda acreditada la influencia del alcohol ingerido en las facultades psicofísicas del sujeto necesarias para una conducción segura. A estos efectos siguen vigentes los criterios de la Circular 10/2011, apartado V.2 último párrafo -pág. 26 del documento accesible en *fiscal.es/documents-*, e Instrucción 3/2006 FGE.

3.- Finalmente, se recuerda la necesidad de incorporar en todo caso a los atestados, incluso en los supuestos en que se sobrepase la tasa típica, el acta de signos externos y los datos sobre eventuales maniobras irregulares (Circular 10/2011, apartado V.4 penúltimo y último párrafo -pág. 29 del documento accesible en *fiscal.es/documents-*).

Madrid, 12 de diciembre de 2023

EL FISCAL DE SALA COORDINADOR DE SEGURIDAD VIAL


Edo. Luis del Río Montesdeoca

ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS FISCALES DELEGADOS DE SEGURIDAD VIAL.