

# **LA NEGATIVA A REALIZARSE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.**

## **UNA MIRADA DESDE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

JUAN CAMILO MUÑETÓN VILLEGAS

### **TUTOR:**

SEBASTIAN NARANJO SERNA

### **RESUMEN:**

*La ocurrencia de muertes y lesiones ocasionadas por personas en estado de embriaguez por consumo de alcohol u otras sustancias, es una situación que preocupa a los diferentes ordenamientos jurídicos, quienes han decidido tomar medidas sancionatorias desde el Derecho Administrativo o desde el Derecho Penal para buscar evitar la ocurrencia de estos hechos. Para la imposición de las respectivas sanciones se requiere la comprobación del estado de embriaguez del ciudadano y para ello se necesita la obtención de muestras de sus fluidos, como sangre, aire espirado u orina. El derecho de no auto incriminación establece que el ciudadano no podrá ser obligado a declarar en su contra, y muchos ciudadanos fundamentados en este derecho se niegan a prestar su cuerpo para que se les tome la muestra. Pese a este derecho se vienen imponiendo sanciones a nivel administrativo o penal ante la negativa de someterse a la prueba.*

### **PALABRAS CLAVES:**

*No autoincriminación, prueba de embriaguez, presunción de inocencia*

### **ABSTRACT:**

*The deaths and injuries caused by individuals under the influence of alcohol or other substances is subject of great worry among the varying legal systems, which have decided to take punitive measures through penal and administrative law to mitigate the occurrence of such events. In order for the sanctions to be administered it is required that the individual in question undergo a drug test, which would require the collection of fluids such as blood, urine, and a breath sample. The right to not auto incriminate oneself states that the citizen shall not be obligated to incriminate himself. Based on this edict many citizens refuse to partake in drug testing of any kind despite the penal repercussions of denying to partake in the required testing.*

### **KEYWORDS:**

*Auto incriminate, alcohol and drug test, presumption of innocence*

# **LA NEGATIVA A REALIZARSE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN.**

## **UNA MIRADA DESDE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

### **1. INTRODUCCIÓN**

### **1. OBJETIVOS**

#### **2.1 OBJETIVO GENERAL**

#### **2.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS**

### **3. JUSTIFICACIÓN**

### **4. DESARROLLO**

#### **4.1 CAPITULO I. PRUEBA DE EMBRIAGUEZ.**

4.1.1 Prueba de embriaguez para determinar el consumo de alcohol.

4.1.2 Prueba para determinar embriaguez por consumo de sustancias que generan cambios psicológicos y neurológicos de carácter transitorio.

4.1.3 Requisitos y garantías.

#### **4.2 CAPITULO II. EL DERECHO O PRIVILEGIO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN.**

#### **4.3 CAPITULO III. NEGATIVA POR PARTE DEL CIUDADANO A LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ EN ESPAÑA.**

4.3.1 Constitucionalidad del delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación embriaguez.

4.3.1.1 Frente al Derecho de no autoincriminación

4.3.1.2 Frente al Principio de proporcionalidad

4.3.1.3 Frente a la presunción de inocencia

4.3.2 Delimitación entre la sanción penal y la sanción Administrativa

#### **4.4 CAPITULO IV. NEGATIVA POR PARTE DEL CIUDADANO A LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ EN COLOMBIA**

4.4.1 Panorama desde el Derecho sancionatorio Administrativo

4.4.1.1 Cuestiones de Inconstitucionalidad

4.4.1.1.1 Derecho de no autoincriminación y defensa

4.4.1.1.2 Principio de proporcionalidad

4.4.1.1.3 Presunción de inocencia

4.4.2 Panorama desde el Derecho Penal

#### **4.4.2.1** Cuestiones de Inconstitucionalidad

##### **4.4.2.1.1** Dignidad Humana

##### **4.4.2.1.2** Principio de no autoincriminación

##### **4.4.2.1.3** Presunción de inocencia

##### **4.4.2.1.4** Consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana

#### **4.5**CAPITULO V. CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

#### **5. BIBLIOGRAFÍA**

#### **6. JURISPRUDENCIA**

# LA NEGATIVA A REALIZARSE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ CON FUNDAMENTO EN EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. UNA MIRADA DESDE COLOMBIA Y ESPAÑA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de no autoincriminación, es un derecho adquirido de enorme valor liberal, que se fundamenta en el derecho del ciudadano de quien se considera ha cometido una infracción, de no declarar en su contra. La esencia del derecho es que el ciudadano no sea obligado a prestar una ayuda eficaz en su juzgamiento, no sea compelido a prestarse para ello, en Colombia se ha reconocido la existencia del mismo. Inclusive se hace extensible ese derecho a no ser obligado a declarar en contra de sus parientes hasta el 4º grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil.<sup>1</sup>

En asuntos de seguridad vial preocupa enormemente el riesgo que representa que una persona conduzca en estado de embriaguez, situación que es reprochada y castigada desde diferentes ordenamientos jurídicos desde el ámbito del Derecho sancionatorio Administrativo o desde el Derecho Penal.

Para el establecimiento de la sanción es menester lograr la comprobación del estado de embriaguez del ciudadano, para ello la comunidad científica ha establecido los métodos a través de los cuales se puede obtener dicho resultado, de las técnicas hoy utilizadas se requiere la obtención de fluidos corporales del ciudadano, como sangre, aire espirado u orina.

Por tratarse de fluidos del propio cuerpo del ciudadano, la obtención de dichas muestras implica, en cierta medida afectar la intimidad de la persona, además de su libertad de locomoción, o de su propia dignidad, pues debe esperar a que se le tome la muestra de su propio cuerpo. La situación inclusive se agudiza cuando el ciudadano no desea que se le tome dicha muestra con la intención de no colaborar en su incriminación.

Frente a dicha negativa países como España se le sanciona al ciudadano por la “*desobediencia*” que representa no prestarse al requerimiento de la autoridad, negativa que no solo se sanciona desde el Derecho sancionatorio Administrativo si no que también se ha tipificado como delito, con pena inclusive de prisión.

---

<sup>1</sup> Artículo 33. Constitución Política de Colombia.

En Colombia con las últimas reformas en el tema de embriaguez a nivel legal, se han aumentado las sanciones desde el Código Nacional de tránsito y se castiga con una sanción desproporcionada el hecho de negarse a la práctica de la prueba.

Si bien se han presentado reformas para castigar penalmente dicha negativa, en la actualidad no se ha logrado, sin embargo el legislador creó una nueva causal de agravación del homicidio culposo consistente en conducir en primer grado de embriaguez y haber causado la muerte.

El hecho de encontrarse como causal de agravación que el ciudadano conduzca en primer grado de embriaguez a la hora de ocasionar la muerte de otro, implica que se le debe tomar dicha prueba para la comprobación de tal grado, y ante la negativa por parte del ciudadano, si bien no se han implementado sanciones penales frente a ello, el legislador ha tomado medidas inclusive más drásticas, consistente en la obtención de manera coactiva de la muestra, con la autorización del Juez de Control de garantías ante la solicitud del Fiscal delegado quien ostenta la carga de la prueba.

La Corte Constitucional Colombiana ha aceptado que la autorización del Juez de control de garantías dirigida a obtener muestras fruto de la inspección corporal en lo que al imputado compete, no limitan ni afectan los derechos de quien está siendo procesado.

En igual sentido el Tribunal Constitucional Español ha concluido que no se vulneran los derechos fundamentales en las disposiciones que en materia de embriaguez se han tomado.

El argumento principal de ambos órganos constitucionales frente a la vulneración o no del derecho de no autoincriminación es que este derecho tiene límites, pues la palabra “*declaración*”, solo implica el derecho a no ser obligado a dar su testimonio en juicio.

Postura que no compartimos y que afrontaremos en el presente trabajo de investigación, puesla “*declaración*” no solo se vierte en un proceso cuando un testigo suministra de viva voz el conocimiento que tiene sobre los hechos, sino cuando es su cuerpo quien suministra la información.

## **2. OBJETIVOS**

### **1.1 OBJETIVO GENERAL**

Analizar si los procedimientos utilizados y los resultados obtenidos actualmente en Colombia y España para determinar el estado de embriaguez de un ciudadano que conducía su vehículo y que no está de acuerdo en realizarse dicha prueba ante requerimiento de la autoridad, respetan o no el derecho de no autoincriminación y otras

garantías fundamentales reconocidas en ambos ordenamientos, estableciendo cuáles serían las consecuencias desde el Derecho Penal y el Derecho sancionatorio Administrativo de dicha negativa.

## 1.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

1. Determinar cuáles son los procedimientos técnicos aplicables para la determinación del estado de embriaguez, tanto en Colombia como en España y cuáles son los requisitos y garantías que se deben tener en cuenta.
2. Establecer el contenido del derecho de no auto incriminación, si este es reconocido en Colombia y España y cuál es el alcance que se le brinda en cada uno de estos ordenamientos jurídicos.
3. Comprobar si con base en el derecho de no autoincriminación el ciudadano se puede negar a realizarse la prueba de embriaguez.

## 3. JUSTIFICACIÓN

El tema de la conducción de vehículos en estado de embriaguez y las consecuencias nefastas que dichas situaciones han traído, han hecho que los medios de comunicación se hayan volcado sobre el tema y hayan vuelto de carácter público y nacional algunos casos específicos<sup>2</sup> que no sólo llamaron la atención de la sociedad en general si no también del legislador, pues de una manera apresurada se han aprobado leyes en Colombia que podrían estar desconociendo derechos fundamentales y que desconocen flagrantemente lo establecido en pactos y convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos que inclusive hacen parte del Bloque de Constitucionalidad.

Se ha vuelto costumbre en nuestro país que el legislador acuda al Derecho Penal con la finalidad de solucionar problemas que afectan a la sociedad en general, desconociendo el principio de la “*última ratio*” y el principio de proporcionalidad pues pretenden algunas veces con fines políticos aumentar las penas desmesuradamente para algunos delitos o pretenden mediante el Derecho Penal regular todos los comportamientos de la sociedad y así obtener más popularidad electoral, desconociendo con su actuar garantías fundamentales de los procesados, actitud que no encaja de manera alguna en el marco de un Estado social de Derecho, dicho fenómeno se ha denominado *populismo punitivo*.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Por ejemplo el caso de Rodolfo Sebastián Sánchez Rincón que el 22 de Agosto de 2007 le causó la muerte a dos personas en la ciudad de Bogotá cuando conducía en estado de embriaguez, y quien recibió una condena ejemplarizante de 18 años de prisión por el delito de homicidio, según el Tribunal Superior de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia quien desató el recurso de casación, Sánchez Rincón actuó con dolo eventual. Sentencia Corte Suprema de Justicia 32964 del 25 de Agosto de 2010, Magistrado ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

<sup>3</sup> Al respecto Elena Larrauri citando a (Bottoms, 1995:39) señala que el populismo punitivo se refiere a cuando el uso del derecho penal por los gobernantes aparece guiado por tres asunciones: que mayores penas pueden reducir el delito; que las penas ayudan a re-forzar el consenso moral existente en la

España desde 1995 criminalizó algunas conductas que hasta ese momento eran sancionadas solo por el derecho sancionatorio administrativo, como la conducción en estado de embriaguez y la negativa de la realización de la prueba por parte del ciudadano. Camino que al parecer quisiera tomar Colombia.

Sin embargo en España hay opiniones divididas sobre la constitucionalidad de dichos tipos penales y sanciones administrativas, una de tantas cuestiones es la posible vulneración del derecho a la no autoincriminación, en cuanto se castiga la negativa a la realización de la prueba de embriaguez.

Dado que en Colombia en los últimos años se han tomado medidas tanto administrativas como penales por parte del legislador, es necesario analizarlas a profundidad para determinar su alcance y para establecer si se desconocen o no derechos fundamentales en su aplicación. Derechos como la presunción de inocencia, derecho de no autoincriminación, y por supuesto el de proporcionalidad

## 4. DESARROLLO

### 4.1 CAPITULO I. PRUEBA DE EMBRIAGUEZ

Se denomina embriaguez al conjunto de cambios psicológicos y neurológicos de carácter transitorio, así como en otros órganos y sistemas, inducidos en el individuo por el consumo de algunas sustancias farmacológicamente activas, los cuales afectan su capacidad y habilidad para la realización adecuada de actividades de riesgo.<sup>4</sup>

El consumo crónico de tales sustancias puede llevar al desarrollo de alteraciones permanentes en el organismo y generar tolerancia, abuso o dependencia.

Dichas sustancias pueden ser *depresoras*, como el alcohol, benzodiazepinas (tranquilizantes e hipnóticas), fenotiacinas, barbitúricos, metacualona, atropínicos (Escopolamina), opiáceos, anestésicos, disolventes y sustancias volátiles (Inhalantes), pueden ser *estimulantes* como la coca y sus derivados, anfetaminas, mezcla a base de tabaco, mentol y otras sustancias utilizadas por vía oral (conocido como Chimú, en los llanos orientales de Colombia), pueden ser *alucinógenas* como hongos, LSD, drogas de

---

sociedad; y que hay unas ganancias electorales producto de este uso. LARRAURI ELENA, Populismo punitivo... y cómo resistirlo, Jueces para la democracia Vol. 55, 2006. p. 15

<sup>4</sup>Reglamento técnico forense para la determinación clínica del estado de embriaguez aguda del Instituto Nacional de medicina legal y ciencias forenses r. t. inml-cf-03 versión 01 dic. 2005 el cual constituye el estándar forense del examen clínico de embriaguez al que se refiere el literal B del artículo 1º y el artículo 3º de la Resolución 000414 de 2002 el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, aclarada mediante Resolución 000453 del 24 de septiembre de 2002

diseño, yagé, yopo y *otras sustancias con efectos mixtos* como éxtasis, cannabinoides, antidepressivos.<sup>5</sup>

Existe una estrecha relación entre el estado de embriaguez y la comisión de infracciones de tránsito e inclusive la comisión de delitos, en la mayoría de ordenamientos jurídicos se encuentra prohibido la conducción de vehículos automotores bajo los efectos de estas sustancias.

Es por ello que se ha acudido a la comunidad científica para que establezca los protocolos y procedimientos para determinar si un ciudadano se encuentra conduciendo bajo dicho estado, y una vez sea determinado dicha estado se procedan a aplicar medidas de tipo preventivo o de tipo represivo.

En Colombia el legislador solicitó con la expedición de la Ley 769 de 2002 al Instituto de medicina legal y Ciencias Forenses, principal órgano científico del sistema judicial Colombiano, fijar los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia.

Mediante Resolución 414 del 27 de Agosto de 2002 el Instituto Nacional de Medicina legal estableció dichos protocolos.

En Españalos protocolos vigentes aplicables a dichas pruebas se han establecido mediante Real decreto 1428 de 21 de Noviembre de 2003<sup>6</sup>.

Es necesario diferenciar brevemente las pruebas que son utilizadas según la ley para la determinación de la embriaguez por alcoholemia de las que pretenden determinar la embriaguez por consumo de sustancias que generan cambios psicológicos y neurológicos de carácter transitorio.

#### **4.1.1 Prueba de embriaguez para determinar el consumo de alcohol.**

El alcohol como el agua, comienza a asimilarse al entrar en contacto con el aparato digestivo en una proporción de absorción del 20% en estómago y 80% en intestino delgado, del que el duodeno solamente absorbe una pequeña parte, según distintos estudios, se distribuye rápidamente por todo el organismo a través del agua corporal, por lo que una misma dosis de alcohol se podrá diluir más en un cuerpo de mayor volumen que en otro más pequeño, ya que la sangre posee un 90% de agua. Por tanto, a mayor volumen, mayor dilución.

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup>Por el que se aprueba el reglamento general de circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

Su efecto dependerá del grado y momento de la ingestión: a estómago lleno absorción lenta, y a estómago vacío absorción rápida: tarda en llegar a la sangre, tras su ingestión, 5 minutos, y tarda en estabilizarse de 30 a 60 minutos. De ahí la importancia de conocer si ha comido en horas precedentes a la toma de una prueba de alcoholemia. Su tránsito es por todo el torrente circulatorio, por vía portal llega al hígado, donde se oxida y del hígado afluye al corazón, pulmones, cerebro, riñones y músculos.<sup>7</sup>

En Colombia para determinar el estado de embriaguez alcohólica de una persona se pueden utilizar los siguientes procedimientos:

**A. Por alcoholemia.** La cual se obtiene de la medición de la cantidad de etanol en sangre y se expresa en mg de etanol /100 ml de sangre total. La alcoholemia se puede determinar de manera directa a través de la medición de etanol en sangre por diversos métodos de laboratorio, preferiblemente por cromatografía de gases o de manera indirecta midiendo la cantidad de etanol en aire espirado, para lo cual se podrá utilizar un equipo tipo alcohosensor que cuente con un dispositivo de registro.

**B. Por examen clínico.** Cuando no se cuente con métodos directos o indirectos de determinación de alcoholemia se realizará el examen clínico según el estándar forense establecido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.<sup>8</sup>

En España las pruebas legalmente establecidas son las previstas en los artículos 12.2 y 3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y Seguridad Vial, y 21, 22, 23, 24, 26 y 28 del Reglamento General de Circulación.

Tales pruebas, consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados.

El artículo 23 del citado Reglamento, establece además que si el resultado es superior a 0,5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado o, aún sin alcanzar estos límites, presentara la persona examinada síntomas evidentes de encontrarse bajo influencia de bebidas alcohólicas, el agente debe someter al interesado, para mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> PINA-FUSTER R. (2000), *Embriaguez, alcoholismo y Derecho Penal*, Barcelona. Editorial Bosch, p.17.

<sup>8</sup> Art 2 Resolución 414 del 27 de Agosto de 2002 del Instituto Nacional de Medicina legal, Por la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia, Publicación en Diario oficial 44917 del 30 de Agosto de 2002.,

<sup>9</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*, Barcelona, Editorial Bosch. p. 72.

En Colombia conforme a los protocolos establecidos por el Instituto Nacional de medicina legal se debe repetir la prueba cuando el resultado de una prueba realizada con el alcohosensor es positivo y corresponde a una cifra de alcoholemia mayor o igual a 40 mg/100 ml, como parte del control de calidad del método, se debe realizar una nueva prueba (incluyendo el control negativo ya mencionado) entre 3 y 15 minutos después.<sup>10</sup>

#### **4.1.2 Prueba para determinar embriaguez por consumo de sustancias que generan cambios psicológicos y neurológicos de carácter transitorio.**

En Colombia la presencia de alteraciones neurológicas y psíquicas asociadas al consumo de drogas o sustancias estupefacientes, alucinógenas o hipnóticas, se determina mediante la aplicación de tres pruebas, que se deben aplicar en su totalidad, no de manera aislada, estas son, examen clínico, recolección de muestras de sangre y orina para análisis de laboratorio.<sup>11</sup>

Esta exigencia implica al aplicar dichas pruebas una mayor intromisión en el cuerpo del evaluado con el fin de obtención de fluidos corporales, diferente a la alcoholimetría donde puede bastar la utilización del aire espirado en el alcohosensor o etilómetro.

En la legislación Española las pruebas para la detección de estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas, consisten normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado, o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquélla, estimen más adecuados.

#### **4.1.3 Requisitos y garantías.**

Dado que a través de la aplicación de dichas pruebas se podrían vulnerar diferentes derechos fundamentales como la dignidad humana, la intimidad, la presunción de inocencia, el derecho de la no autoincriminación, en caso del ciudadano negarse a su realización e inclusive consintiendo en dicha aplicación es menester que se dote dicha utilización de las pruebas de todas las garantías legales y Constitucionales para que no se cuestione su validez.

Dichas garantías no solo se dan durante el proceso judicial, sino que se deben dar desde mucho antes, en el propio momento de la investigación alcohólica o de la investigación de que se trate (a pesar de su naturaleza pre procesal).

---

<sup>10</sup> Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, División de Ciencias Forenses, Documento de Trabajo “*Procedimiento para la determinación de etanol en aire espirado empleando el Alcohosensor Draguer, Modelo 7410 Plus*”, 2003. Reglamento técnico forense para la determinación clínica del estado de embriaguez aguda del Instituto Nacional de medicina legal y ciencias forenses r. t. inml-cf-03 versión 01 dic. 2005.

<sup>11</sup> Art 3 Resolución 414 del 27 de Agosto de 2002 del Instituto Nacional de Medicina legal, Por la cual se fijan los parámetros científicos y técnicos relacionados con el examen de embriaguez y alcoholemia, Publicación en Diario oficial 44917 del 30 de Agosto de 2002.,

El Tribunal Constitucional Español respecto del test de alcoholemia se ha pronunciado de forma clara señalando:<sup>12</sup>“

*“Debido al carácter peculiar de esta investigación que no puede reproducirse en el juicio oral y para que pueda cuestionarse directamente la fiabilidad de sus resultados se hace necesario en garantía del derecho de defensa, que el interesado tenga conocimiento de cuanto puede contribuir a que dicha prueba se verifique con todas las garantías”.*

De esta manera, la doctrina constitucional Española establece que el afectado por el test debe informársele de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la prueba y la realización de un análisis clínico en un Centro Sanitario.

Todo ello, según el Alto Tribunal, para que al afectado se le satisfaga el derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías. Inclusive debe garantizársele por la autoridad el traslado hasta dicho lugar donde pueda realizarse el ciudadano una prueba de contrastación.

En Colombia no se advierte de manera expresa la posibilidad de realizarse una prueba de contrastación ni tampoco se impone la carga de cumplir con esa garantía al Estado, sin embargo nada impide que con base en el derecho de defensa y contradicción el ciudadano acuda a un Centro de Salud y se realice la prueba, de la cual deberá asumir su costo.

Como garantía adicional el ciudadano Español tiene el derecho a contabilizar los 10 minutos que deben transcurrir entre la realización de la primera prueba y la segunda prueba.<sup>13</sup>

En Colombia el Instituto Nacional de Medicina legal mediante Resolución No. 001183 de 2005 expidió el Reglamento técnico forense para la determinación clínica del estado de embriaguez aguda, allí se establecieron todas las garantías y protocolos a seguir para obtener válidamente dichas pruebas.

De allí es posible resaltar algunas garantías como la exigencia del respeto de la cadena de custodia, el cumplimiento de las condiciones de calibración, operación y mantenimiento de los instrumentos utilizados (Por ejemplo el alcohosensor), la

---

<sup>12</sup> PASTOR, P. (2002). *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares, p.160. Citando a SSSTC 100/1985 de 3 de Octubre, 145/1985 de 28 de Octubre y 148/1985 de 30 de Octubre.

<sup>13</sup> Art 23 Real decreto 1428 de 21 de Noviembre de 2003, por el que se aprueba el reglamento general de circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el real decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

acreditación de la capacitación de quien opere el equipo, el derecho del ciudadano a que se cambie la boquilla del alcohosensor ante cada prueba que se vaya aplicar, tiene derecho además a que se le explique el procedimiento, la muestra de orina en caso de ser requerida debe tomarse en un lugar privado donde no se afecte la dignidad del evaluado, la prueba con el alcohosensor al examinado se debe realizar como mínimo 15 minutos después de la última ingesta de alcohol, con lo cual se asegura que la medición se realice sobre el etanol alveolar y no sobre el etanol bucal.

Si el sujeto de análisis ha utilizado enjuagues bucales, formulaciones farmacéuticas que contengan alcohol o ha presentado eructos o vómito, igualmente se debe esperar 15 minutos antes de realizar la prueba.

Es reiterativo el Instituto Nacional de medicina legal en advertir que tratándose de casos penales, regidos por el sistema acusatorio (Ley 906 de 2004) para la práctica del examen clínico o de las pruebas paraclínicas complementarias (incluyendo toma de muestras biológicas), se requiere el consentimiento libre e informado de la víctima, o de su representante legal si esta fuere menor de edad o incapaz.

El consentimiento debe ser escrito y debe ir precedido de una explicación sobre los procedimientos que se van a efectuar y el objetivo de los mismos. En el evento en que la persona por examinar, o su representante legal, se rehúse a la práctica del estudio, se requiere una orden emitida por un Juez de Control de Garantías para su realización.

Si la persona por examinar es un imputado, se requiere autorización previa del Juez de Control de Garantías; igualmente en estos casos se requiere siempre la presencia del defensor del imputado.

Si bien en dichas disposiciones legales tanto Españolas como Colombianas se intenta dotar de garantías la aplicación de dichas pruebas, se demostrará en este estudio que las mismas se quedan simplemente en el plano formal y técnico científico, pues hay garantías de raigambre constitucional que brillan por su ausencia, como la posibilidad del ciudadano de negarse a la realización de dichas pruebas, y que dicha negativa no traiga consecuencias en contra de quien hace uso del derecho de no autoincriminación, consagrado en el art 24.2 de la Constitución Española y el art 33 de la Constitución Colombiana, o a la garantía fundamental de presunción de inocencia reconocida también en ambas constituciones.

Por lo tanto es menester abordar el tema del derecho de no autoincriminación, para luego hacer un análisis detallado del alcance que en las legislaciones Colombiana y Española se le ha otorgado por parte de sus Tribunales Constitucionales.

## **4.2 EL DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN**

El derecho de no autoincriminación es la facultad del ciudadano a quien se le pueda atribuir responsabilidad y se le vaya a sancionar por su conducta, consistente en la garantía de no ser obligado a declarar en su contra, en últimas de ayudar en su incriminación.

En la gran mayoría de ordenamientos jurídicos lo encontramos inmerso con algunas características y matices diferentes.

No es muy claro el origen del derecho de la no autoincriminación como garantía, pero ha sido encontrada en antiguos textos canónicos y posteriormente incorporada en el decreto de Graciano en la siguiente forma: “*Yo no le digo que se incrimine a sí mismo públicamente, ni se acuse usted mismo en frente de otros*”<sup>14</sup>

A pesar de que no autoincriminarse parece ser una manifestación del instinto de conservación connatural al ser humano, no siempre existió como una garantía. De hecho, en cierto momento histórico se consideraba que el individuo procesado tenía la obligación de ayudar en la investigación, hasta el extremo de exigírsele declarar en contra suya<sup>15</sup>

Es precisamente la supremacía de la iglesia católica que impuso la inquisición en la edad media en la que se empleó el tormento como medio para arrancar confesiones, lo cual generó la reacción de intelectuales que hicieron triunfar el iluminismo en la revolución francesa, a partir de la cual se consideró que toda persona que fuera procesada criminalmente se consideraba inocente y que no podía obligársele a declarar en su contra.<sup>16</sup>

El análisis del derecho a la no autoincriminación podría cobijar tiempos remotos, pues nadie duda de la importancia de los denominados juicios de Dios, y de toda una suerte de instituciones orientadas a lograr la confesión del presunto delincuente<sup>17</sup>. Tal como sucedía en la inquisición.

Un necesario referente histórico es el caso de Liburne, ocurrido en Inglaterra entre 1637 y 1638. Liburne fue acusado de importar libros sediciosos de Holanda a Inglaterra. Durante su intervención ante el Tribunal Inquisitivo Inglés se negó a prestar juramento, al tiempo que alegaba su inocencia; por ello fue torturado y multado. En 1640, luego de una petición elevada ante la Cámara de los Comunes, el caso fue revisado: la sentencia fue anulada y el procesado fue dejado en libertad. En dicho caso tuvo marcada

---

<sup>14</sup> EDUARDO M JAUCHEN. (2005). *Derechos del Imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores. 2005. p.182

<sup>15</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi S. A. P. 521.

<sup>16</sup> M JAUCHEN, E. Op. Cit., p. 182.

<sup>17</sup> BEDOYA SIERRA, L. (2008), *La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*. Medellín. COMLIBROS. p. 134

incidencia sir Edward Coke, reconocido jurisconsulto del Derecho Inglés de principios del Siglo XVII.<sup>18</sup>

El Parlamento Inglés, después de años de exigir juramento a los procesados so pena de apremios por tormento, decidió indemnizar a un imputado por los perjuicios que le irrogó, señalando que obligar a un hombre a responder sobre su culpabilidad o inocencia bajo juramento constituía violación de las libertades del hombre.<sup>19</sup> La garantía de no autoincriminación en Inglaterra implicó, no sólo la prohibición de exigir declaración bajo juramento al procesado, sino también, de exigirla sin juramento.

En los Estados Unidos de Norteamérica la no autoincriminación está consagrada en la V Enmienda de su Constitución en la cual se indica que nadie será compelido a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal:

*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; **ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal**; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.<sup>20</sup>*

Dicha Enmienda adquirió mayor relevancia gracias al proceso Miranda Vs Arizona, en donde un ciudadano de nombre Ernesto Miranda, sospechoso de la muerte y violación de una joven en el desierto que rodea a Phoenix, fue abordado por los agentes de policía en una sala de interrogatorios, obteniendo una confesión rápida del sospechoso, con la que fue condenado, sin que el mismo se encontrara con la asistencia de su abogado y se le advirtiera de su derecho a guardar silencio.

Al respecto señaló la Corte Suprema de Justicia Norteamericana:

*“La persona en custodia debe, previo a su interrogatorio, ser claramente informado de su derecho a guardar silencio, y de que todo lo que diga será usado en su contra en un tribunal, debe ser claramente informado de que tiene el derecho de consultar con un abogado y tener a ese abogado presente durante*

---

<sup>18</sup>Ibid., p. 135

<sup>19</sup> PHELPS, G. (1998). *Debates contemporáneos sobre libertades civiles*. México: Prisma. 1998. P. 25.

<sup>20</sup><http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>, consultada el día 2 de Junio de 2015 a las 9:27 am.

*todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será asignado sin coste para representarlo*”<sup>21</sup>.

En los Estados Unidos la no autoincriminación sirvió además para fundamentar constitucionalmente la regla de exclusión de la prueba ilícita en casos en los que sospechosos confesaron la comisión de crímenes sin estar asistidos de un abogado, es decir, la obtención de la prueba con el desconocimiento de garantías establecidas en la Constitución de los Estados Unidos (como el derecho a no sufrir registro y confiscaciones irrazonables -IV Enmienda-; derecho a estar asistido de un abogado -VI Enmienda-; derecho al debido proceso -XIV Enmienda) dio lugar a la doctrina conocida como la *exclusionary rule*, que implica la expulsión del proceso de la evidencia así generada.<sup>22</sup>

El profesor Ernesto Chiesa Aponte analizando el caso en estudio explica que

*“Para justificar tan nóveles y radicales normas, el Tribunal comienza por aludir a las prácticas policíacas de interrogatorio de sospechosos (“thirddegreepractices”). Se pinta un cuadro repugnante de prácticas indeseables de los agentes para conseguir a cualquier precio una confesión. Luego se trata de recurrir a ejemplos bajo los cuales una confesión obtenida en tal ambiente resultaría admisible como prueba contra el acusado en juicio, si solo se atiende al criterio rector de “voluntariedad” bajo el debido proceso de ley. La práctica de interrogatorio de sospechosos a puerta cerrada, sin advertencia del derecho a guardar silencio y de estar asistido de abogado, a juicio de la mayoría, atenta contra el privilegio de la no autoincriminación, fundado en la dignidad del ser humano, aunque la confesión obtenida pudiera resultar “voluntaria” bajo el criterio de ausencia de coacción en los indicadores tradicionales”.*<sup>23</sup>

Como escribe Kirsch<sup>24</sup> más allá de la propia contestación a la acusación, el principio del derecho a la no autoinculpación garantiza que el imputado no pueda verse obligado de algún modo a colaborar en la formación de una convicción que vaya en su contra. Cualquier presión que sobre él se ejerza para que colabore activamente o para que participe en la formación de esta convicción es ilícita.

En las reglas de evidencia de Puerto Rico se reconoce el derecho de no autoincriminación en el siguiente sentido.

---

<sup>24</sup> (Suprema Corte de Justicia, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 1966, obtenido de [<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=384&page=436>], consultado el 4 de abril de 2015).

<sup>22</sup> TERESA ARMENTA DEU. (2011). *La prueba ilícita. Un estudio comparado*. Madrid: Marcaíl Pons. p. 30

<sup>23</sup> CHIESA APONTE, E. Op. Cit. p. 40.

<sup>24</sup> KIRSCH, S. *¿Derecho a no autoinculparse?*, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, la insostenible situación del derecho penal (traducción a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad PompeuFabra), Comares. Granada, 1999, p.254.

*REGLA 502. AUTOINCRIMINACIÓN: En la medida en que así sea reconocido en la Constitución de los Estados Unidos o en la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, toda persona tiene el privilegio de rehusar revelar cualquier materia que tienda a incriminarle.*<sup>25</sup>

Si bien se utilizó la palabra *materia* la jurisprudencia del Tribunal de Puerto Rico se ha encargado de darle el alcance a dicha palabra, homologando dicha facultad como lo hace los Estados Unidos a la simple posibilidad de no declarar en juicio<sup>26</sup>. Postura que como veremos más adelante en detalle es similar a la asumida por el Tribunal Constitucional de España y la Corte Constitucional de Colombia.

Una de las grandes diferencias que existe frente a la aplicación de este privilegio en Puerto Rico y Colombia radica en que en Puerto Rico “*Se dice que el privilegio contra la autoincriminación es estrictamente personal en el sentido de que el testigo sólo puede invocarlo cuando el testimonio que se le pide lo incriminaría a él*”, mientras que en nuestro ordenamiento es claro que la norma cobija tanto al indiciado, imputado y/o acusado, como a sus parientes más cercanos<sup>27</sup>.

La pregunta que surge ahora y es el objeto de estudio es si frente a la solicitud al ciudadano por parte de los agentes del Estado, de la realización de una prueba, como la pertinente para determinar el estado de embriaguez, ¿será posible que el ciudadano con fundamento en el derecho de no autoincriminación se negase a la realización de dicha prueba dado que los resultados de esta al dar positivos podrían incriminarlo?

Al respecto es importante recalcar que si bien la gran mayoría de legislaciones y Constituciones reconocen la existencia e importancia del derecho a la no autoincriminación, cada uno de estos ordenamientos le ha dado un alcance e interpretación diferente al uso de este derecho.

Analizaremos principalmente cómo responden a la negativa a la realización de la prueba de embriaguez los ordenamientos jurídicos de Colombia y España. Y si reconocen o no la posibilidad de invocar el derecho de no autoincriminación para legitimar dicha negativa.

---

<sup>25</sup>Reglas de Evidencia de Puerto Rico, Adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 2009 remitidas a la Asamblea legislativa el 26 de febrero de 2009 enmendadas por la ley núm. 46 de 30 de julio de 2009 en vigor a partir del 1 de enero de 2010. Regla número 502. P. 25. <http://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/Reglas-de-Evidencia-2009-segun-enmendadas-legislatura.pdf>. Consultado 23/06/2015 7:30 pm.

<sup>26</sup>Así se puede constatar en decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico en Pueblo v. Falú Martínez, fallo de 1986, o en fallo del 30 de junio de 2006 en “El Pueblo de Puerto Rico (Petionario) v. Javier Sustache Torres (Recurrido).

<sup>27</sup>LONDOÑO MESA, F. (2015). “Limitación del derecho a la no autoincriminación por parte del juez de control de garantías en los eventos del cuerpo humano como evidencia probatoria”. Trabajo de grado como requisito para optar al título de Magister en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Medellín. 2015. p. 56.

## 4.3CAPÍTULO II. NEGATIVA POR PARTE DEL CIUDADANO A LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ EN ESPAÑA.

En España, al igual que en la mayoría de los países europeos, las primeras disposiciones legales cronológicamente aparecidas, con la finalidad de regular la seguridad del tráfico, fueron de carácter exclusivamente administrativo. El primer texto legal que contempló el tráfico de vehículos de motor fue la Real Orden de 1897, que hablaba de “*vehículos no movidos por fuerza animal*”. Posteriormente el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 339 de 2 de Marzo de 1990<sup>28</sup>, establecía la prohibición de conducir con tasas de embriaguez superiores a las que reglamentariamente se establecían, y la obligación de someterse a las pruebas de detección alcohólica.

No obstante y ante el incremento notorio del número de accidentes de tráfico que motivaron una justificada inquietud en la sociedad, los legisladores procedieron a su incriminación penal, lo que suponía la imposición de una sanción judicial más o menos grave, con la que se pretendía intimidar al conductor.<sup>29</sup>

Se introdujo por parte del legislador en el artículo 379 del Código Penal Español la conducta punible consistente en conducir un vehículo automotor o ciclomotor bajo los efectos del alcohol, de sustancias estupefacientes o de sustancias tóxicas, cuya pena hoy es de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Artículo 12 Real Decreto Legislativo 339/1990, 2 de Marzo “Bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes y similares. 1 No podrá circular por las vías objeto de esta Ley el conductor de vehículos con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes u otras sustancias análogas. 2. Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol. Igualmente queda obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en algún accidente de circulación. Dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación de aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. A petición del interesado o por orden de la Autoridad judicial se podrán repetir pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos. El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre orina u otros análogos. El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a dar cuenta del resultado de las pruebas que realicen a la Autoridad judicial, a los órganos periféricos de la Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes. 3. Reglamentariamente podrán establecerse pruebas para la detección de las demás sustancias a que se refiere el apartado primero del presente artículo, siendo obligatorio el sometimiento a las mismas de las personas a que se refiere el apartado anterior.

<sup>29</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op. Cit., p. 37.

<sup>30</sup> L.O 10 de 1995. Art 379

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de

Sin embargo, la negativa de algunos conductores a someterse a la prueba de alcoholemia generaba problemas a la hora de perseguir los delitos y las contravenciones contra la seguridad del tráfico y de comprobar el grado de impregnación alcohólica producido en el conductor por el alcohol o por las sustancias que había ingerido.

Para superar esta situación que daba lugar a estrategias defensivas, el Código Penal Español de 1995 introdujo un nuevo delito de desobediencia, en el artículo 380, que comenzó a castigar la negativa a realizarse la prueba para la determinación de la embriaguez señalando el legislador:

*“El conductor que, requerido por el agente de la autoridad se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el artículo 556 de este Código”<sup>31</sup>,*

Para aquella época la pena para esta conducta era de prisión de seis meses a un año.

Desde su introducción en el Código Penal en 1995 el delito de negativa a someterse a las pruebas para determinar el estado de embriaguez por consumo de alcohol, sustancias estupefacientes o tóxicas sólo cosechó reproches por parte de la doctrina no sólo en cuanto al delito sino también a su remisión al artículo 556<sup>32</sup> del mismo Código, artículo que señalaba:

*“Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”<sup>33</sup>.*

Ante las reiteradas críticas por parte de la doctrina y por algunas decisiones judiciales tomadas, la Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, la misma no eliminó el tipo penal de negativa a la realización de la prueba de embriaguez existente pero si modificó algunos aspectos que se le cuestionaba en el pasado.

---

privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas 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.

<sup>31</sup> L.O 10 de 1995, artículo 380 vigente en su promulgación. Luego modificado por la L.O 15 de 30 de Noviembre de 2007.

<sup>32</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO.Op, Cit., p. 37.

<sup>33</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de Noviembre de 1995, Vigencia desde 24 de Mayo de 1996. Esta revisión vigente desde 17 de Enero de 2013

En primer lugar suprimió la remisión que se realizaba al artículo 556 del Código Penal, despejándose las dudas<sup>34</sup> que dicha remisión suscitaba acerca de la exigibilidad o no de los requisitos del delito de desobediencia pues hasta antes de la reforma a este delito se le denominó como delito de desobediencia.

Inclusive en el preámbulo de la Ley Orgánica se aclaró por parte del legislador:

*“La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada”.*

Luego de la reforma, el texto definitivo que hoy se encuentra vigente quedó redactado en el artículo 383 del Código Penal Español de la siguiente forma:

*“El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a la pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a un año y hasta cuatro años”.*<sup>35</sup>

La mayoría de la doctrina admite que el bien jurídico protegido de este precepto es doble<sup>36</sup> por un lado se encuentra el denominado principio de autoridad y por otro lado la seguridad vial, pues el mismo se encuentra ubicado en el Capítulo de los delitos contra la seguridad del tráfico.

Tras la nueva redacción del artículo 383 del Código Penal Español se vienen manteniendo 3 posturas frente al bien jurídicamente tutelado<sup>37</sup>: la primera sostiene que el bien jurídico protegido en este delito es, como en el resto que componen el Capítulo

---

<sup>34</sup> Al respecto señalaba CUESTA PASTOR PABLO. “En cuanto al reforzamiento de esta obligación de someterse a las pruebas legalmente establecidas, elevando a la categoría de delito específico de desobediencia su no cumplimiento, es posible que no fuera necesaria esta especial tipificación pues con la vigencia del art 556 era suficiente para disuadir a quien se negara a la práctica de la prueba establecida para la comprobación de los hechos descritos en el art 379. Sin embargo el legislador debe haber creído oportuno la tipificación expresa de esta desobediencia para conseguir una protección más eficaz del bien jurídico”. CUESTA PASTOR PABLO. Op. Cit., pág. 132, cita de Orts Berenguer, E, comentarios al código penal de 1995, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1717.

<sup>35</sup> GOMEZ PAVON P. (2010). *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4 ed., Barcelona. Bosch. p. 279.

<sup>36</sup> GUNZENMULLER, C. ESCUDERO J y otro. (1998). “Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia”, *Revista general de Derecho*. Valencia, Ediciones, 1998. p.34.

<sup>37</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op. Cit., p. 41.

IV del Título XVII del Libro II del Código Penal Español, la seguridad vial<sup>38</sup>, la segunda postura sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia es el principio de autoridad,<sup>39</sup> y por último la tercera postura sostiene que el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia es un delito pluriofensivo que protege tanto la seguridad vial como el principio de autoridad<sup>40</sup>.

Los reproches que ha tenido la creación del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o embriaguez por influencia de otras sustancias tóxicas o estupefacientes no son nuevos, pues los mismos surgieron desde el momento mismo de la creación de este polémico tipo penal, reproches que fundamentalmente se dirigen a su constitucionalidad de cara a la posible vulneración de algunas garantías fundamentales, como inclusive ya reconocía el Tribunal Supremo Español en 1999 en Sentencia 2ª del 9 de diciembre:

*“Constituye una polémica figura penal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el vigente Código Penal, la cual ha sido objeto de fundadas críticas desde que inició la andadura parlamentaria de dicho Código, habiendo dado lugar a intensos debates en el Parlamento, donde distintos Grupos Parlamentarios formularon distintas enmiendas, tales –entre otras- la número 414 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-IC (por entender que no resulta lógico considerar este supuesto como desobediencia grave, porque además podría vulnerar el derecho a la defensa y a no declararse culpable”.*<sup>41</sup>

Es necesario analizar en detalle los principales cuestionamientos que a nivel constitucional se han planteado a este tipo penal de negativa a la realización de la prueba para la determinación del estado de embriaguez, más cuando la Constitución Española reconoce el derecho de no autoincriminación.

#### **4.3.1 Constitucionalidad del delito de negativa a someterse a las pruebas de determinación embriaguez.**

El Tribunal Constitucional Español ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre los cuestionamientos de inconstitucionalidad que en contra del delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez se han planteado, señalando la no vulneración de principios constitucionales en la tipificación de la conducta.

Los pronunciamientos se han mantenido uniformes frente al tipo penal de negativa a someterse a la prueba para la determinación de la embriaguez, tanto para la redacción

---

<sup>38</sup> SAP Valencia 4ª del 5 de Octubre de 2009, SAP Valencia 2ª del 3 de enero de 2011 y la SAP Tarragona 2ª del 9 de Mayo de 2008.

<sup>39</sup> SAP Barcelona 10ª del 20 de Julio de 2009, SAP Madrid 2ª del 16 de Marzo de 2010, SAP Madrid 2ª del 22 de Junio de 2011 y SAP Ourense 2ª del 17 de Noviembre de 2009.

<sup>40</sup> SAP Girona 3ª del 4 de Noviembre de 2009, SAP A Coruña 6ª del 29 de Diciembre de 2010.

<sup>41</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op., cit., p. 39.

vigente bajo el artículo 380 como para la actual, plasmada en el artículo 383 del Código Penal.

En sentencia 161 del 2 de Octubre de 1997 dicho organismo sentó su postura más tajante afirmando la constitucionalidad del (*Delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez*) artículo 380 en ese momento.

Esta sentencia tuvo su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Palma de Mallorca por su posible vulneración del derecho del detenido a no declarar (artículo 17.3 CE) y del derecho del detenido a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (artículo 24.2 CE), así como por su posible infracción del principio de proporcionalidad de las penas (art 1.1,9.3,10.2 y 25.1 de la CE), y posible vulneración de los artículos 25.2 y 53.1 de la Constitución.<sup>42</sup>

Los cuestionamientos que se han planteado a dicha conducta delictiva han sido inclusive planteados por algunos Magistrados del mismo Tribunal Constitucional Español que se han apartado de la postura final de dicho órgano, de considerar este tipo penal acorde con la Constitución Española.

Por ejemplo en sentencia del 2 de octubre de 1995 del Tribunal Constitucional resolutoria de la cuestión de constitucionalidad núm. 4, 198 de 1996, se observa el voto particular formulado por el Magistrado D. Enrique Ruiz Vadillo, al que se adhiere el Magistrado D. Fernando García-Mon y González Regueral, quienes consideraban que el artículo 380 (*Delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez*) del Código Penal supone la colaboración del sujeto con la acusación, en términos incompatibles con el derecho a la defensa.<sup>43</sup>

De igual forma la sentencia 161 de 1997 del Tribunal Constitucional Español cuenta con dos votos particulares. Uno formulado por el Magistrado García Manzano al que se adhiere el Magistrado Gimeno Sendra, por considerar que el artículo 380 (*Delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez*) vulnera el principio de proporcionalidad, y el segundo voto particular formulado de nuevo por el Magistrado Ruiz Vadillo al que se adhiere el Magistrado García-Mon y González-Regueral, que junto a su disconformidad con el contenido de la sentencia por vulneración al principio de proporcionalidad, consideran que también se vulnera el derecho a no declarar y a no declarar contra uno mismo.

Las cuestiones de posible inconstitucionalidad del delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez del Código Penal Español se analizan desde tres principios principalmente, el principio de no autoincriminación, el principio de proporcionalidad y el principio de la presunción de inocencia.

---

<sup>42</sup>Ibíd. p. 41.

<sup>43</sup> PILAR GOMEZ P. Op., cit., p. 284.

Analizaremos a continuación las críticas planteadas y la posición asumida por el Tribunal Constitucional Español frente a cada uno de los principios.

#### *4.3.1.1 Frente al Derecho de no autoincriminación*

Pese al Tribunal Constitucional Español considerar hoy la compatibilidad de la norma con la Constitución española en las sentencias 161 del 2 de Octubre de 1997 y en la sentencia 234 del 18 de Diciembre del mismo año, en un primer momento el propio Tribunal Constitucional Español no tuvo esta misma postura, en su Auto 62 del 16 de Febrero de 1983, época para la cual no se había introducido la penalización de la negativa a la realización de la prueba de embriaguez, pero si se requería desde el derecho sancionatorio administrativo. Reconoció tajantemente el Tribunal en su auto:

*“El derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a la prueba de alcoholemia y de soportar las consecuencias que de tal rechazo se puedan derivar, así como las presunciones que en ello se puedan fundar”.*

En 1985 ya se daban visos de variabilidad en la postura del Tribunal Constitucional Español cuando manifestó:

*“Quien es requerido para someterse a la prueba, ni está detenido en el sentido que este término tiene para el artículo 17.3 CE, ni la realización de la prueba entraña exigencia alguna de declaración inculpativa del afectado”<sup>44</sup>.*

Luego de la penalización de la conducta de negativa a la realización de la prueba para la determinación de embriaguez por parte de la L.O 10 de 1995 vinieron pronunciamientos más contundentes por parte del Tribunal Constitucional, como en Sentencias de 1997 donde se dejó claro:

*“El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3<sup>45</sup> y 24.2<sup>46</sup> de la CE referidos al derecho a*

---

<sup>44</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 103 del 4 de Octubre de 1985 y la Sentencia 107 del 7 de Octubre de 1985.

<sup>45</sup> Artículo 17.3 Constitución Española: Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, **no pudiendo ser obligada a declarar**. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

<sup>46</sup> Artículo 24.2. Constitución Española: Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de

*guardar silencio, a no ser obligado a declarar en su contra y a la presunción de inocencia”.*<sup>47</sup>

Más adelante señaló que:

*“Las pruebas de comprobación de la conducción bajo la influencia del alcohol o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y, entre ellas, las de respiración de aire a través de un alcoholímetro, no constituyen en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”.*<sup>48</sup>

Al respecto frente a la postura del Tribunal valga desde ya decir que por supuesto la voluntariedad del sujeto a la realización de la prueba no presenta ningún problema de vulneración de derechos, el debate debe centrarse en la situación que el ciudadano decida negarse a practicarse la prueba requerida fundamentando su derecho de guardar silencio, de no autoincriminarse y de presunción de inocencia consagrados en la misma Constitución Española.

Dos de las principales cuestiones de constitucionalidad y que dan origen al pronunciamiento del Tribunal Constitucional referenciado de 1997 son las cuestiones planteadas por la Magistrada Doña Montserrat Comas D’Argemir i Cendra del Juzgado de Barcelona y por el titular del Juzgado de lo Penal Primero de Palma de Mallorca.

Si bien la cuestión de constitucionalidad planteada por la Magistrada Doña Montserrat Comas D’Argemir i Cendra fue admitida primero que la del Juzgado de Palma de Mallorca, el primero de Octubre de 1996, y la cuestión presentada por el titular del Juzgado de lo Penal Primero de Palma de Mallorca con número 4198 de 1996 fue admitida el 17 de Diciembre de 1996, el Tribunal desconoció el orden de interposición de las cuestiones de inconstitucionalidad refiriéndose a la cuestión presentada por el titular del Juzgado de Palma de Mallorca omitiendo toda mención a lo planteado por el Juzgado de Barcelona, pues solo aparece una referencia –en la sentencia SSTC 161/1997- a la cuestión planteada al señalar que el Abogado del Estado solicita la acumulación a la cuestión 2755/96, a la que se suma el Ministerio Fiscal con la sola cita del número.<sup>49</sup>

---

prueba pertinentes para su defensa, **a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.**

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 161 del 2 de Octubre de 1997.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> ROMAN ROMAN PINA-FUSTER, Op. Cit., p.246.

Sin embargo es menester traer a colación parte de los planteamientos de la Magistrada Doña Montserrat Comas pues oxigenan el debate frente a la vulneración o no del derecho a no declarar en contra de sí mismo:

*(...) F DE D. OCTAVO.-... Y en la negativa a someterse a reconocimiento de tipo corporal o a test de alcoholemia, lo relevante, dada la naturaleza de estas pericias, estriba en que el interesado, o bien manifiesta una voluntad contraria a admitir una inspección corporal que ofende a su dignidad personal, o bien pone de relieve la voluntad de no ser descubierto en su grado de impregnación, y, en el fondo, evitar ser detenido. La intención no es otra que la de eludir la responsabilidad criminal y no la de ofender o menoscabar la autoridad...*

*Nos encontramos frente al supuesto análogo al del presunto delincuente que huye ante los requerimientos que le hacen los agentes de la autoridad para que se detenga y así poder detenerlo. En estos casos el TS, ya en sentencias 10/3/73, 2/4/76, 8/5/79, 14/2/77 y 28/1/82, consideró que aunque en sentido gramatical se trata de una desobediencia, no lo es en el jurídico penal. Del mismo modo, en la STS 27/3/87 se declara: “No puede reclamarse a los culpables que se sometan voluntariamente a la acción y pesquisas judiciales”. Si ello es así para la jurisprudencia ordinaria, no parece improcedente suscitar la duda de constitucionalidad del art 380 Código Penal desde la perspectiva de los preceptos constitucionales mencionados, es decir, desde la perspectiva del derecho a no declarar, del de no declarar contra sí mismo y desde el de presunción de inocencia.<sup>50</sup>*

El debate sobre la vulneración o no del principio de no autoincriminación en el delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez no solo se queda ahí, la discusión trasciende a doctrinantes y jueces españoles, sin que tampoco se pueda encontrar un acuerdo general al respecto.

Gimeno Sendra por ejemplo niega que la prueba de alcoholemia constituya una declaración, lo considera un acto de investigación pericial, tendente a determinar un hecho punible y la posible participación del sujeto en él, pudiendo encuadrarse, desde un punto de vista material, en los artículos 356 a 362 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, dentro de las “operaciones de análisis químicos”, tendentes a facilitar al juzgador el conocimiento de los elementos del hecho que determinan su capacidad y la participación del autor en ellos. Por tanto, se mantendrían incólumes el derecho al silencio y a no confesarse culpable por parte del conductor, siempre que se realice en el curso de una detención, por breve que sea y se informe al sujeto de sus derechos y de las consecuencias de una negativa a someterse voluntariamente a dicha prueba.<sup>51</sup>

En Sentencia 59 del 1 de Febrero de 1999 la Audiencia Provincial de Granada, estimó parcialmente un recurso de apelación interpuesto contra una condena por los

---

<sup>50</sup>Ibíd. pp. 246-249.

<sup>51</sup> PILAR GOMEZ PAVON, Op., cit., p. 59.

delitos del art 379 y 380 del Código Penal, se entendió en dicha decisión que el acusado debía ser absuelto del delito de desobediencia. Llegaba a tal solución partiendo de su propio criterio acerca de la conculcación de los derechos fundamentales a los que nos estamos refiriendo, en el que no se muestra de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional establecida al efecto.

Es decir, consideraba que en el momento en que se producía una condena por conducción en estado de embriaguez, el test de alcoholemia se convertía en una auténtica “*declaración autoinculpatoria*”, por lo que su negativa no pretendía vulnerar el principio de autoridad, sino ejercer un derecho constitucionalmente reconocido.<sup>52</sup>

Postura diferente a la sostenida en una decisión más reciente, Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja 1ª del 22 de Febrero de 2005, según la misma decisión el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad sino a tolerar que se le haga objeto de un especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los art 17.3 y 24.2; no vulnera el derecho a la intimidad personal del art 18.1 CE, ya que, para que tal afectación sea constitucionalmente relevante, es preciso que la misma carezca de una justificación objetiva y razonable, lo que no ocurre en estos casos, en los que, dado el peligro que entraña la conducción bajo el efecto de este tipo de sustancias, que afecta a terceras personas y pone en peligro la seguridad del tráfico, es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan esas pruebas; no existe en la CE en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad y a la integridad física, art 18.1 y 15 CE, reserva absoluta de resolución judicial, la ley puede autorizar a la policía para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad.<sup>53</sup>

Para Pablo Pastor Cuesta el Tribunal Constitucional Español defiende este criterio con base a razones de operatividad práctica en los controles de tráfico. Sin embargo, no se puede ignorar que si admitimos que existe obligatoriedad del sometimiento a estas pruebas, nos encontramos ante un supuesto de limitación de la libertad en sentido amplio que implica en este caso “*la pérdida del poder de disposición sobre la propia conducta en un nivel estrictamente ligado al dominio sobre la propia corporeidad física, lo que en definitiva puede implicar una privación de la libertad personal*”.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup>CUESTA PASTOR P, “Monografías de Derecho Penal dirigidas por Lorenzo Morilla Cueva”, *Monografías de Derecho Penal* No 19, Madrid. Dykinson S.L Editorial, P. 127.

<sup>53</sup> Sentencias 161 del 2 de Octubre de 1997 y 234 del 18 de Diciembre de 1997 del Tribunal Constitucional Español citadas por la SAP La Rioja del 22 de Febrero de 2005.

<sup>54</sup>PASTOR PABLO, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Op., cit., p. 143.

La clave de la cuestión radicaba en determinar si este tipo de pruebas constituían o no “una declaración”.

La mayoría de la doctrina estuvo de acuerdo en que estas pruebas no suponían una “*colaboración activa en el proceso*”, que es precisamente lo que conllevaría vulneración de los artículos mencionados de la Constitución. Pero podían implicar obligaciones personales de soportar pasivamente injerencias en el cuerpo del inculpado, sin que por ello se menoscabaran estos derechos de defensa.<sup>55</sup>

Para Pilar Gómez Pavón la tesis del Tribunal Constitucional Español de negar a las pruebas de alcoholemia el carácter de declaración, y por tanto no vulneradoras del derecho a no declararse culpable, siempre que haya sido realizada voluntariamente, no parece convincente, ya que cabe otorgar a dichas pruebas un carácter mixto de pericial y confesión y además desconoce que la “*expresión*” no tiene la palabra como único instrumento; un sujeto puede declarar o comunicar su culpabilidad por gestos, o como en este caso por el sometimiento pasivo a una prueba pericial de esta índole, y, de la misma forma que un acusado puede negarse a firmar un papel de cara a una pericial caligráfica, puede también negarse a la realización de estas pruebas, sin que dicha negativa pueda actuar como presunción en contra de él.<sup>56</sup>

GONZALEZ RUS opina que, si bien puede no tratarse de una declaración en sentido estricto, los efectos de la prueba vienen a coincidir con los de una eventual declaración. En este sentido, el sometimiento a una pericia de estas características sí que constituye un modo con el que el sujeto expresa o exterioriza su propia culpabilidad.<sup>57</sup>

En todo caso, el problema se sitúa dentro de otro de mayor calado referido a la naturaleza de los derechos a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo. No se entiende la razón por la que se considera necesario el precepto analizado, manteniendo la conformidad de la obligatoriedad con el artículo citado del texto constitucional, mientras la negativa a someterse a otra serie de “*pericias*” no son objeto del mismo tratamiento penal.<sup>58</sup>

En conclusión, el Tribunal Constitucional Español ha sido claro en considerar que no existe vulneración al derecho de no autoincriminación, y tampoco se vulnera este privilegio con la existencia del tipo penal de “*negativa a la realización de la prueba de embriaguez*”, pues entiende el Tribunal que el alcance del derecho a no declarar en su contra consagrados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, se refiere al simple derecho a no hablar en su contra, a dar su testimonio afectándose a sí mismo, y no podría entenderse entonces que la práctica de la prueba de embriaguez se pueda homologar al hecho de hablar en su contra, asumiendo el Tribunal una postura bastante restrictiva.

---

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> PILAR GOMEZ PAVON, *Op.*, cit., p. 60.

<sup>57</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, I. (2006). *Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos María Romero Casabona*, segunda edición, Granada, Editorial Comares.

<sup>58</sup> GOMEZ PAVON, P. *Op.*, cit., p. 283.

Respuesta que deja un sin sabor en el desconocimiento de la esencia del derecho de no autoincriminación, que no es otro que la posibilidad del ciudadano de negarse a colaborar en todo aquello que lo pueda incriminar.

#### 4.3.1.2 Frente al Principio de proporcionalidad

Es menester para que se cumpla con el principio de proporcionalidad, la necesaria adecuación entre la medida adoptada y el fin que se persigue con ella, es decir, se pide la idoneidad entre la medida y los fines. En segundo lugar, se exige la necesidad de la medida adoptada, en el sentido de que sólo con ella se puede alcanzar el fin perseguido o de que si hacemos uso de otra medida el resultado será más gravoso. Por último, hay que evaluar la existencia de “*proporcionalidad en sentido estricto*”, lo que conlleva una ponderación de los intereses puestos en juego, entrando para ello en el análisis del caso concreto.<sup>59</sup>

Frente al principio de proporcionalidad en el caso concreto de la tipificación de la negativa a la realización de la prueba de embriaguez encontramos diferentes cuestionamientos frente a dicho principio, por ejemplo el voto particular del Magistrado D. Pablo García Manzano, al que se adhiere el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra, se fundamenta en la infracción del principio de proporcionalidad, ya que la actividad legislativa debe estar sometida al principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Considerando que el artículo 380 del Código Penal –hoy art 383-, viene a reforzar los preceptos administrativos ya existentes, existiendo medios alternativos de igual o superior eficacia, menos gravosos<sup>60</sup>.

A pesar de esta supuesta mayor eficacia, el precepto no deja de ser cuestionable ya que la consecución de ese logro no puede justificar la incriminación de hechos que no revisten la suficiente entidad para ser considerados dignos de sanción penal, o bien cuando existen otros medios legales para conseguir la protección del interés que subyace.

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español resulta más dudosa la necesidad de incriminar la negativa a someterse a estas pruebas, puesto que, en ningún caso, pueden por sí solas dar lugar a un fallo condenatorio y, de otra parte, la evidencia puede obtenerse por cualquier otro medio.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> PEDRAZ PENALVA, E. – ORTEGA BENITO, V. (1999).“El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura alemanas”, *Poder Judicial*, No, p.p 69 y ss.

<sup>60</sup> Al respecto del salvamento de voto del Magistrado D. Pablo García Manzano, al que se adhiere el Magistrado D. Vicente Gimeno Sendra en Sentencia del Tribunal Constitucional español del 2 de Octubre de 1995 resolutoria de la cuestión de constitucionalidad núm. 4, 198/1996). GOMEZ PAVON,P.Op., cit., p. 284.

<sup>61</sup> GOMEZ PAVON,P.Op., cit., p. 282

Resulta clara la falta de necesidad y adecuación de esta figura, por lo que, su inconstitucionalidad lo sería en cuanto infringen el principio de proporcionalidad y mínima intervención, ya que cualquier limitación o restricción de derechos y libertades fundamentales debe estar suficientemente justificada y, difícilmente puede considerarse así en este caso, tanto por la vulneración que supone de las garantías del citado artículo de la Constitución cuanto por infracción del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso.<sup>62</sup>

Al respecto la enmienda parlamentaria número 8 del Grupo parlamentario Vasco (EAJ-PNV) propuso suprimir la pena de la privación del derecho a conducir vehículos automotores o ciclomotores al considerar *“que el precepto prevé la sanción de una conducta de mera desobediencia a un agente de la autoridad, pero ello no implica que el desobediente conduzca bajo la influencia del alcohol o de las drogas”*. Por lo tanto si el tipo no exige conducir bajo tales circunstancias (*puede ser el autor del delito un conductor desobediente sobrio*), no procede imponerle una pena de privación del derecho a conducir, sólo aplicable si se hubiese conducido bajo la influencia de dichas sustancias.<sup>63</sup>

Se sigue manteniendo la incongruencia punitiva al prever el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia una pena de prisión de seis meses a un año, pena, por tanto más grave que la castigada en la conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas o la conducción ética con pena de prisión de tres a seis meses o con la multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad<sup>64</sup>.

En la cuestión de inconstitucionalidad planteada por Doña Montserrat Coma del Juzgado de Barcelona admitida el 1 de Octubre de 1996 y que se resolvería junto con la cuestión planteada por el titular del Juzgado de Palma de Mallorca en la STC del 2 de Octubre de 1995 también hizo referencia la misma Magistrada a la posible vulneración del principio de proporcionalidad señalando:

*“Supone una contradicción que se castigue más gravemente la negativa a la comprobación de una conducta peligrosa, que la propia conducta peligrosa. De este modo, se entiende infringido el principio de proporcionalidad que constituye la base del de legalidad (art 25.1 CE). Se encardina en dicho precepto acorde con la constante jurisprudencia constitucional que ha venido situando la problemática referida al “ne bis in ídem”, que es un castigo duplicado por desproporcionado, dentro del principio de legalidad contenido en el art. 25.1 CE.”*<sup>65</sup>

Si bien este planteamiento se realizó frente a la redacción del anterior artículo 380 aplica en el mismo sentido para el vigente artículo 383 del Código Penal.

---

<sup>62</sup>Ibid.

<sup>63</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op., cit., p. 40.

<sup>64</sup>Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal Español. Art 379 y 383..

<sup>65</sup> ROMAN ROMAN PINA-FUSTER, Op., cit., p.250.

En relación con el principio de proporcionalidad dice la Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 161 de 1997 que “respecto del canon para determinar la proporcionalidad de un precepto basado en el argumento de “la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada”, termina por concluir que “a la vista de los importantes bienes e intereses protegidos (...) y a pesar de la indudable severidad sancionadora que en sí supone la imposición de una pena privativa de la libertad, no constatamos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre el desvalor de la conducta y la sanción que nos conduzca a afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los artículos 17.1 y 25.1 CE”.

#### 4.3.1.3 Frente a la presunción de inocencia

Algunos autores destacan que el tipo penal de negarse a la realización de las pruebas legalmente establecidas no debe entenderse basado en la sospecha de que quien no quiere someterse a la prueba señalada es porque se halla intoxicado por el alcohol o las drogas, ya que supondría menoscabar el derecho a la presunción de inocencia. Hay que recordar que lo que se castiga es la desobediencia y no otra clase de conducta.<sup>66</sup>

La Comisión Europea de Derechos humanos ya se ha manifestado sobre la no vulneración de la presunción de inocencia en su decisión número 8.239 del 4 de Diciembre de 1978. En ella se mantenía de forma rotunda la no existencia de la vulneración de los derechos de defensa en especial el de presunción de inocencia, puesto que “*la posibilidad ofrecida al inculpado de probar un elemento que le disculpa no equivale a establecer una presunción de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia*”.

Para Pablo Pastor es evidente que como destaca la citada decisión puede darse una sentencia condenatoria como consecuencia de que la prueba sea positiva, pero también puede producirse la absolución si la prueba da un resultado negativo. Es decir, que se trata de un medio de prueba que pueda tanto favorecer como desfavorecer al inculpado.<sup>67</sup>

Postura que dígase desde ya no se comparte pues se desconoce que debe ser el ciudadano el que libremente decida como ejercer su derecho de defensa y el legislador no lo puede hacer a priori por él, como si se tratara de un juego de casino donde el jugador tiene tanto posibilidades de perder como de ganar, esto sería entonces desconocer primero que la persona se presume inocente y segundo ante la posibilidad de la prueba resultar positiva y el uso de ella para la condena, estaremos ante una clara señal que dicho ciudadano no tuvo otra opción que autoincriminarse y el estado lo usó para ello, sustentando el estado su actuación bajo la presunción de inocencia en la esperanza de que la prueba arrojada fuera negativa.

---

<sup>66</sup>CUESTA PASTOR, P, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Op., cit., pág. 133-134, cita de Orts Berenguer.

<sup>67</sup> *Ibíd.*, pág. 159.

### 4.3.2 Delimitación entre la sanción penal y la sanción administrativa

La actual configuración de los delitos contra la seguridad vial, sobre todo a partir de los nuevos tipos penales creados por la Ley Orgánica 15 del 23 de Noviembre de 2007, y la modificación de otros aparece, en opinión de una buena parte de la doctrina, como ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal, constituyendo esta una de las manifestaciones más evidentes del fenómeno expansivo que se viene apreciando en ese sector del ordenamiento jurídico.

Desde la generalizada crítica a la expansión del Derecho penal, la realidad de la inclusión de nuevos tipos penales en los que son sancionadas penalmente conductas constitutivas hasta ahora únicamente de infracciones administrativas ha sido objeto de numerosas críticas.

En el ámbito que nos ocupa, estos cuestionamientos recaen sobre los nuevos delitos de conducción a velocidad excesiva, o con una elevada tasa de alcohol, así como sobre el delito de conducción sin la respectiva licencia.

Las objeciones se hacen extensivas al delito de negativa a someterse a la prueba de alcoholemia, vigente ya desde el año 1996. Se argumenta que estamos ante delitos formales o de desobediencia, en los que se prescinde de la peligrosidad real para los bienes jurídicos protegidos (vida o salud de las personas), pues se tipifican comportamientos caracterizados por la mera infracción de estándares de riesgo o destinados a proteger el orden administrativo.<sup>68</sup>

Dado que en la legislación española encontramos prohibición desde el Derecho Sancionatorio Administrativo<sup>69</sup> y desde el Derecho Penal<sup>70</sup> de conducir vehículos bajo influencia del alcohol, sustancias estupefacientes o sustancias tóxicas y la obligación en las mismas disposiciones de someterse a las pruebas de comprobación de dicho estado, es necesario determinar en qué ocasiones deberá intervenir el Derecho sancionatorio Administrativo y en qué casos actuará el Derecho Penal o si para todos los eventos ambos sistemas sancionadores se deben aplicar.

La indeterminación del contenido preciso del delito de negativa a la realización de la prueba de embriaguez fue lo que permitió que en la práctica de los Tribunales se mantuvieran dos líneas interpretativas respecto al ámbito de aplicación del delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.

---

<sup>68</sup> ALASTUA EY DOBÓN, C., ESCUCHUVI AISA, E. (2011). "Ílícito penal e ilícito Administrativo en materia de tráfico y seguridad vial", *Estudios penales y criminológicos* Vol. XXXI, Universidad de Zaragoza, p.p 10-11

<sup>69</sup> Real Decreto 339 de 2 de Marzo de 1990 por el cual se aprobó la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

<sup>70</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, Código Penal Español. Art 379 del Código Penal Español

Una primera línea interpretativa aplicaba con rigor formal el viejo artículo 380 del Código Penal, es decir, una vez constatada la simple negativa del conductor a realizar alguna de las pruebas tendentes a la averiguación de la influencia del alcohol y/o drogas en su condición, dicha negativa constituía un delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia.<sup>71</sup>

Una segunda línea interpretativa es la seguida por otros Tribunales los cuales se opusieron a esta interpretación formalista, basándose en la directa relación del viejo artículo 380 con el artículo anterior (Art 379 del Código Penal Español -Conducción en estado de embriaguez-), exigiéndose entonces la existencia de indicios que denotaran posibilidad de estar en estado de embriaguez, pues la finalidad estaba claramente señalada y era la de “*comprobar los hechos descritos en el artículo anterior*”.

El Tribunal Supremo Español se inclinó por la segunda postura en Sentencia de 9 de Diciembre de 1999 “*Caso Barrero*” donde fijó los criterios orientativos para establecer los límites entre la sanción penal y la sanción administrativa.

Si un conductor en un control preventivo o en otra situación que según la ley habilite para realizar las pruebas de alcoholemia, se niega a su práctica sin que exista ningún signo que revele influencia del alcohol en su conducción, los funcionarios policiales pueden aplicar las correspondientes sanciones administrativas que se prevén para este supuesto: multa, suspensión del permiso o licencia de conducción de hasta tres meses y la inmovilización del vehículo; pero para aplicar la sanción penal se necesitaría, de nuevo, algo más: la influencia en la conducción de estas sustancias, que convirtiese esta negativa en algo más grave, como requiere la intervención penal.<sup>72</sup>

El Tribunal Supremo Español posteriormente tras un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de su Sala Segunda de 22 de Junio de 2002, estableció la siguiente doctrina: sólo procede calificar los hechos conforme al anterior artículo 380 del Código Penal en aquellos casos en los que la prueba rechazada por el acusado se hubiera requerido por el funcionario como consecuencia de haber ocasionado aquél un accidente o de haber dado muestras de una conducción anómala, no siendo posible tal calificación jurídico-penal en los denominados controles meramente preventivos.<sup>73</sup>

Sin embargo con la reforma del artículo 380 y su nueva redacción en el artículo 383 del Código Penal Español, señalándose ahora: “las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores”,

---

<sup>71</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op., cit., p. 49. Esta línea interpretativa era seguida por ejemplo por la SAP Barcelona 3ª. 11.7.97: “entendido el precepto de negativa a cumplir con una obligación establecida legalmente. La simple negativa a someterse al test de alcoholemia ya consume el tipo penal”, dicha línea jurisprudencial es sostenida también por la SAP Asturias 2ª 1.7.98.

<sup>72</sup> GUNZENMULLER, C. ESCUDERO, J., FRIGOLA, J., Op., cit., p.40

<sup>73</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op., cit., p. 51.

plantea la cuestión de si dicho cambio influye o no en los supuestos que integran el artículo 383 del Código Penal, es decir si conforme a la nueva redacción la negativa será relevante en cualquier caso al ser para comprobar una determinada tasa de alcohol sin exigir como presupuesto previo la concurrencia de indicios que corroboren la existencia de delito alguno.<sup>74</sup>

Si se entiende que la nueva redacción extiende su ámbito de aplicación a todos los supuestos del artículo 21 del Reglamento General de Circulación, y en concreto a los controles preventivos sin signos de embriaguez, ello supondría la presencia de un delito meramente formal que debe rechazarse.<sup>75</sup> El cambio introducido no debería alterar la situación anterior: la negativa será delictiva y no mera infracción administrativa, cuando concurren ciertas manifestaciones que permitan presumir la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas.<sup>76</sup>

Sin embargo para la Fiscalía de Seguridad vial el criterio sigue siendo meramente formalista, dejando sentado su consideración de la realización de la conducta típica sin la necesidad de existencia de indicios de embriaguez por parte del conductor.<sup>77</sup>

Sin embargo el rechazo de un delito meramente formal ha llevado a que la nueva dicción del artículo 383 del Código Penal, en contra del criterio de la Fiscalía de Seguridad vial, no impida que algunas resoluciones jurisprudenciales continúen manteniendo que se siga exigiendo la presencia de indicios de comisión de una conducción influenciada.<sup>78</sup> En el caso de inexistencia de manifestaciones o síntomas de encontrarse bajo los efectos del alcohol, la jurisprudencia mayoritaria entiende que la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia no integra el delito previsto y castigado en el artículo 383 del Código Penal<sup>79</sup>. Pero cuando el conductor retenido en un control preventivo de alcoholemia presenta síntomas de encontrarse bajo los efectos del alcohol es unánime la jurisprudencia en considerar que la negativa a someterse a las pruebas integra el delito del art 383 *del Código Penal*.<sup>80</sup>

---

<sup>74</sup>Ibíd. p. 52.

<sup>75</sup>Ibíd. p. 53.

<sup>76</sup>Ibíd. p. 53.

<sup>77</sup> Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2008, en igual sentido la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su instrucción de 5 de Diciembre de 2007, en relación con la reforma penal en materia de los delitos contra la seguridad vial. Aunado a lo anterior la conclusión 14 de las Jornadas de Fiscales de Seguridad vial sobre la reforma penal. Fuente VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO. Op., cit., p.p 53-54.

<sup>78</sup> SAP León 3ª 1.9.08, SAP Madrid 17ª 8.9.08, SAP Castellón 1ª 1.10.08; JP núm. 2 de Pamplona 30.12.08, SAP Barcelona 10ª 2.1.09, SAP Ourense 2ª 28.4.09 y la SAP Girona 3ª 20.1.10. Fuente VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Op., cit., p. 53.

<sup>79</sup> SAP Barcelona 3ª 24.7.08, SAP Ourense 2ª 28.4.09, SAP Granada 2ª 16.10.09 o la SAP Madrid 7ª 28.2.11. Fuente VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Ibíd. p.p 54-55.

<sup>80</sup> SAP Albacete 1ª 18.01.07, SAP Santa Cruz de Tenerife 2ª 31.3.08; o la SAP Madrid 17ª 12.5.08. Fuente: VICENTE MARTÍNEZ ROSARIO, Ibíd., p.p 54-55.

#### 4.4 CAPÍTULO IV. NEGATIVA POR PARTE DEL CIUDADANO A LA REALIZACIÓN DE LA PRUEBA DE EMBRIAGUEZ EN COLOMBIA.

Colombia no es ajena a la ocurrencia de muertes y lesiones año a año ocasionadas por personas que se encuentran conduciendo en estado de embriaguez.

En la actualidad a diferencia de lo que ocurre en España, en Colombia no se sanciona penalmente la conducción de vehículos automotores en estado de embriaguez, tampoco se sanciona penalmente la negativa a la práctica de la prueba para la determinación de la prueba de embriaguez. Hasta ahora solo se reprobaban estas conductas desde el derecho sancionatorio administrativo, conforme lo establecido en el Código Nacional de tránsito terrestre.

Sin embargo en los últimos años se han presentado importantes cambios legislativos frente al tema, inclusive se han presentado proyectos de ley que pretenden implementar lo que en páginas anteriores llamábamos la administrativización del Derecho penal.

Remontándonos a 2007, un año antes de las recientes iniciativas legislativas en esta materia, se observa la preocupación por parte de algunos medios por hacer visible, como disfunción social, el problema de la conducción en estado de embriaguez o drogadicción y la afirmación según la cual ello merece y requiere de una solución penal.<sup>81</sup>

En los últimos años, a partir del 2008 se han presentado diferentes proyectos de ley para atacar dicha situación social, proyectos que terminaron con la creación de la ley 1696 de 2013 que vino a introducir algunos cambios en materia penal y administrativa, en materia de seguridad vial.

A la ley 1696 de 2013 se le llamó por los medios de comunicación “*Ley Merlano*”<sup>82</sup>, por los hechos ocurridos con el senador Eduardo Carlos Merlano, senador de la República que se negó ante los requerimientos de la Policía Nacional a practicarse la prueba para la determinación del estado de embriaguez, hecho que fue difundido a nivel nacional y generó indignación en el país<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> ECHAVARRÍA RAMIREZ, R. (2014). “¿Necesidad de reforma penal o demagogia legislativa?, consideraciones sobre la circunstancia de agravación del delito de homicidio imprudente introducida mediante la Ley 1696 de 2013”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 010, Nro. 83, Julio-Diciembre 2014, Medellín. Universidad Eafit, p. 107.

<sup>82</sup> ‘*Ley Merlano*’ confunde sobre cuál ente debe practicar la prueba de alcoholemia. Martes 23 de Junio de 2015, Periódico La República, publicación virtual, “*La ‘Ley Merlano’*, como fue bautizada por el escándalo que generó la negativa del entonces senador Eduardo Merlano a someterse al alcoholímetro, rige desde el 20 de diciembre último. [http://www.larepublica.co/asuntos-legales/%E2%80%98ley-merlano%E2%80%99-confunde-sobre-cu%C3%A1l-ente-debe-practicar-la-prueba-de-alcoholemia\\_99646](http://www.larepublica.co/asuntos-legales/%E2%80%98ley-merlano%E2%80%99-confunde-sobre-cu%C3%A1l-ente-debe-practicar-la-prueba-de-alcoholemia_99646). Consultado 23 de junio de 2015 a las 10:51 pm.

<sup>83</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=FYUwUPvsMM4>, consultado el 23 de junio de 2015 a las 10:52 pm.

Este hecho y el repudio causado en la sociedad por los medios de comunicación fue utilizado por algunos de sus colegas congresista para impulsar el proyecto de ley que vendió la propuesta de volver obligatoria la práctica de la prueba y aumentar las sanciones, logrando con ello fortalecer su número de votantes.<sup>84</sup> Sin embargo ya la ley 1548 de 2012 había impuesto esa medida, medida que fue agravada y retomada por la ley 1696 de 2013.

Si bien gracias al hecho del senador Merlano se aprobó el proyecto de ley que finalmente terminó con la creación de la ley 1696 de 2013, para la época ya le habían antecedido diferentes proyectos legislativos de reforma en la materia.

Entre las diferentes iniciativas legislativas, cabe resaltar los proyectos de ley de Senado números 260 de 2008<sup>85</sup>, 110 de 2010<sup>86</sup>, 253 de 2011<sup>87</sup> y 80 de 2012<sup>88</sup>, también los proyectos de la Cámara números 206 de 2011<sup>89</sup> o 28 de 2012<sup>90, 91</sup>.

Por ejemplo el proyecto de Ley 110 de 2010 del Senado incluía la creación del delito de “*Oposición a la comprobación del estado de embriaguez o al influjo de sustancias psicoactivas*”, establecido en su artículo 3ro, e imponía una sanción de arresto de tres (3) a quince (15) días.<sup>92</sup>

La preocupación por la negativa a la realización de la prueba para la determinación de embriaguez quedó clara cuando en proyecto de Ley 253 de 2011 del Senado se planteó la posibilidad de afrontar dicha situación, estableciendo un agravante en el homicidio culposo, que señalaría:

“8. Si al momento de cometer la conducta el agente se niega a someterse a los exámenes o pruebas destinadas a establecer la existencia de influjo de

---

<sup>84</sup> Buscan hacer obligatoria la prueba de alcoholemia a raíz del caso Merlano, Noticia del periódico El País, publicación virtual, ElPais.com, <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/raiz-del-caso-merlano-buscan-hacer-obligatoria-prueba-alcoholemia>. consultada 23 de junio de 2015, 10:47 pm.

<sup>85</sup> Gaceta del Congreso 124/2008 y 271/20008

<sup>86</sup> Gaceta del Congreso 541/2010, 643/210 y 970/2010

<sup>87</sup> Gaceta del Congreso 185/2011

<sup>88</sup> Gaceta del Congreso 518/2012 y 870/2012

<sup>89</sup> Gaceta del Congreso 190/2011, 406/2011 y 571/2011

<sup>90</sup> Gaceta del Congreso 465/2012

<sup>91</sup> ECHAVARRÍA RAMIREZ, R. (2014). Op., cit., p. 112.

<sup>92</sup> “Artículo 3ro” El Capítulo IX, del Título I, del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000, tendrá un artículo 134-B del siguiente tenor: Artículo 134B. Oposición a la comprobación del estado de embriaguez o al influjo de sustancias psicoactivas. El conductor que con sujeción a las formalidades previstas en la ley, sea requerido por autoridad competente y se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación del estado de embriaguez o de la influencia de sustancias psicoactivas, incurrirá en arresto tres (3) a quince (15) días y privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas de uno (1) a seis (6) años. Gaceta del Congreso 541/2010.

*sustancias psicoactivas, psicotrópicas y/o de alcohol, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad”.*<sup>93</sup>

El estado Colombiano ha decidido buscar soluciones a la conducción por parte de los ciudadanos en estado de embriaguez a través de disposiciones legales cuyo fin exclusivo pareciera ser la prevención general negativa, buscando intimidar a los ciudadanos con el aumento de las sanciones establecidas en el Código Nacional de Tránsito y estableciendo el estado de embriaguez a la hora de conducir como un agravante de la comisión del homicidio culposo.

Las modificaciones recientes en materia del Derecho sancionatorio Administrativo y Derecho Penal generan problemas principalmente frente a su delimitación y frente a la posible vulneración de derechos fundamentales del ciudadano, de rango constitucional como es el derecho a la no autoincriminación, entre otros.

La Ley 1696 del 19 de Diciembre de 2013 es sin lugar a duda un reflejo de ello.

Con efectos de delimitar las consecuencias de la aplicación de la ley nos referiremos por separado a cada una de estas áreas del derecho y las implicaciones de las medidas tomadas a nivel constitucional.

#### **4.4.1 Panorama desde el Derecho Sancionatorio Administrativo**

La Ley 1696 de 2013 modificó la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito y Transporte), eliminó el artículo 131 numeral E3 y adicionó el numeral F al mismo artículo, sin mayor diferenciación entre ambos pues solo cambió la redacción del anterior artículo derogado, el cual se refería a la conducta como: *“Conducir en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias alucinógenas”* por *“Conducir bajo el influjo del alcohol o bajo los efectos de sustancias psicoactivas”*.

El cambio de redacción se debe al concepto de Embriaguez definido por el mismo Código Nacional de Tránsito en su artículo 2do, el cual señala qué se entiende por:

#### ***EMBRIAGUEZ:***

*“El estado de alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, causada por intoxicación aguda que no permite una adecuada realización de actividades de riesgo”.*

La anterior redacción de la conducta exigía la comprobación de esa alteración transitoria de las condiciones físicas y mentales, y no solo la presencia de alcohol o

---

<sup>93</sup> Gaceta del Congreso 185/2011.

sustancias estupefacientes en el organismo del ciudadano, imponiendo una tarea probatoria adicional al organismo de control.

Se mantuvo en la nueva redacción la duplicación de la sanción pecuniaria y el periodo de suspensión de la licencia en casos donde el conductor conduzca vehículos de servicio público, de transporte escolar o sea instructor de conducción.

Ambos artículos tanto el derogado como el nuevo remiten a las sanciones del artículo 152 del Código Nacional de Tránsito, sanciones que se imponen según el grado de embriaguez en que se encuentre quien se somete a la prueba, dichos grados de embriaguez son determinados en todos los casos por el Instituto Nacional de medicina legal y ciencias forenses. Dicho artículo ha sido modificado en tres oportunidades desde que fue creado por la Ley 769 de 2002 (Código Nacional de Tránsito y Transporte) aumentándose las sanciones en cada una de esas reformas y reduciéndose los límites permitidos de cantidad de etanol en la sangre.

A partir del 2012 con la modificación realizada por la Ley 1548 del mismo año se comenzó a sancionar en Colombia el grado cero (0) de embriaguez equivalente a la presencia entre 20 y 39 mg de etanol en 100 ml de sangre, desconociendo el legislador las observaciones del mismo Instituto Nacional de medicina legal quien ha venido señalando que el uso de la expresión “grado cero” de alcoholemia no es adecuado dado que dicho término no es aceptado por la comunidad forense ni por ningún laboratorio de toxicología, ya que no es una categoría válida para la comparación entre los grados de embriaguez clínica y los valores de alcohol en sangre o su equivalente en la medida indirecta tomada en aire expirado.<sup>94</sup>

El aumento desproporcional de sanciones y la reducción de la cantidad de etanol en sangre exigida para la imposición de la sanción en los últimos años queda en evidencia en el siguiente cuadro:

<b>Artículo 152</b>	<b>GRADO DE EMBRIAGUEZ</b>	<b>CANTIDAD DE ETANOL EN SANGRE</b>	<b>SANCIÓN APLICABLE</b>
<b>Artículo 152 redacción original</b>	PRIMER	Entre 40 y 99 mg de etanol /100 ml de sangre total  Resolución 414 de 2002	-----
	SEGUNDO	100 y 149 mg de etanol /100 ml de sangre total.  Resolución 414 de 2002	Multa, se decretará la suspensión de la licencia de conducción entre dos (2) y tres (3) años, y la obligación de prestar servicios gratuitos comunitarios en establecimientos que determine la autoridad de tránsito por veinte (20)

<sup>94</sup> Sentencia C- 633 de 2014, Corte Constitucional Colombia, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo, 3 de Septiembre de 2014, Bogotá.

			horas.
	TERCERO	Mayores o iguales a 150 mg de etanol /100 ml de sangre total.  Resolución 414 de 2002	Multa, la suspensión entre tres (2) y diez (10) años de la licencia de conducción, y la obligación de prestar servicios gratuitos comunitarios en establecimientos que determine la autoridad de tránsito por cuarenta (40) horas. <b><u>La reincidencia en este grado da lugar a cancelación de la licencia.</u></b>
<b>CRITERIO PARA FIJAR LA SANCIÓN</b>			
La reincidencia, haber causado daño a personas o cosas o haber intentado darse a la fuga.			
<b>Modificado por la <u>Ley 1383 de 2010</u>, artículo 25.</b>	PRIMERO	entre 40 y 99 mg de etanol /100 ml de sangre total  Resolución 414 de 2002	-----
	SEGUNDO	100 y 149 mg de etanol /100 ml de sangre total.  Resolución 414 de 2002	Multa, se decretará la suspensión de la licencia de conducción entre dos (2) y tres (3) años, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de cuarenta (40) horas.
	TERCERO	Mayores o iguales a 150 mg de etanol /100 ml de sangre total.  Resolución 414 de 2002	Multa, se decretará la suspensión entre tres (3) y diez (10) años de la licencia de conducción, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de ochenta (80) horas. <b><u>La reincidencia en este grado da lugar a cancelación de la licencia.</u></b>
<b>CRITERIO PARA FIJAR LA SANCIÓN</b>			
La reincidencia, haber causado daño a personas o cosas o haber intentado darse a la fuga.			
<b>Modificado por la <u>Ley 1548 de 2012</u>, artículo 1°.</b>	CERO GRADO DE EMBRIAGUEZ	Entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total.	Además de las sanciones previstas en la presente ley, se decretará la suspensión de la licencia de conducción entre seis (6) y doce (12) meses.
	PRIMER GRADO	Entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total,	Adicionalmente a la sanción multa, se decretará la suspensión de la Licencia de Conducción entre uno (1) y tres (3) años.
	SEGUNDO GRADO	Entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total	Adicionalmente a la sanción multa, se decretará la suspensión de la Licencia de Conducción entre tres (3) y cinco (5) años, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la

			alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de cuarenta (40) horas.
	TERCER GRADO	Desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en adelante	La sanción de multa, además se decretará la suspensión entre cinco (5) y diez (10) años de la Licencia de Conducción, y la obligación de realizar curso de sensibilización, conocimientos y consecuencias de la alcoholemia y drogadicción en centros de rehabilitación debidamente autorizados, por un mínimo de ochenta (80) horas.
<b>CRITERIO PARA FIJAR LA SANCIÓN</b>			
La reincidencia, haber causado daño a personas o cosas o haber intentado darse a la fuga.			
<b>Art 152 Vigente Modificado por la Ley 1696 de 2013</b>	CERO GRADO	Entre 20 y 39 mg de etanol/100 ml de sangre total	<p>Sanción determinada por el grado de reincidencia.</p> <p>Primera vez: Suspensión licencia 1 año, multa (90) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (20) horas, inmovilización vehículo 1 día.</p> <p>Segunda vez: Suspensión licencia 1 año, multa (135) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (20) horas, inmovilización vehículo 1 día.</p> <p>Tercera vez: Suspensión licencia 3 años, multa (180) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (30) horas, inmovilización vehículo 3 días.</p>
	PRIMER GRADO	entre 40 y 99 mg de etanol/100 ml de sangre total	<p>Primera vez: Suspensión licencia 3 años, multa (180) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (30) horas, inmovilización vehículo 3 días.</p> <p>Segunda vez: Suspensión licencia 6 años, multa (270) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (50) horas, inmovilización vehículo 5 días.</p> <p>Tercera vez: Cancelación de la licencia, multa (360) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (60) horas, inmovilización vehículo 10 días.</p>
	SEGUNDO GRADO	entre 100 y 149 mg de etanol/100 ml de sangre total	<p>Primera vez: Suspensión licencia 5 años, multa (360) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (40) horas, inmovilización vehículo 6 días.</p> <p>Segunda vez: Suspensión licencia 10 años, multa (540) smldv, acción</p>

			<p>comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (60) horas, inmovilización vehículo 10 días.</p> <p>Tercera vez: Cancelación de la licencia, multa (720) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (80) horas, inmovilización vehículo 20 días.</p>
	TERCER GRADO	desde 150 mg de etanol/100 ml de sangre total en adelante	<p>Primera vez: Suspensión licencia 10 años, multa (720) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (50) horas, inmovilización vehículo 10 días.</p> <p>Segunda vez: Cancelación licencia, multa (1080) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (80) horas, inmovilización vehículo 20 días.</p> <p>Tercera vez: Cancelación de la licencia, multa (1440) smldv, acción comunitaria para prevenir alcohol o sustancias (90) horas, inmovilización vehículo 20 días.</p>

Desde la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley 1548 de 2012 al art 152 de la Ley 769 de 2002 se prohibió para todos los conductores que incurran en estas conductas acceder a las rebajas de la sanción consagradas en el artículo 136 del Código nacional de tránsito y transportes.

El artículo 150 de la Ley 769 de 2002 faculta a las autoridades de tránsito para solicitar a todo conductor de vehículo automotor la práctica de examen de embriaguez, que permita determinar si se encuentra bajo efectos producidos por el alcohol o las drogas, o sustancias estupefacientes, alucinógenas o hipnóticas.

Sin embargo algunos ciudadanos venían negándose a realizarse la prueba para determinar el estado de embriaguez, aduciendo su derecho legítimo consagrado en el artículo 33 de la Constitución Colombiana de no auto incriminarse, o era frecuente observar sujetos que ante el requerimiento de la autoridad en un puesto de control por los agentes de tránsito, cerraran su vehículo y tomaran un taxi a casa, sin que la autoridad pudiese imponer una sanción diferente a la de simple desacato a la autoridad, pero jamás una sanción por conducir bajo el influjo del alcohol o de otras sustancias, cuya sanción sería considerablemente mayor.

Frente a dichas negativas por parte de los ciudadanos o ante la inminente huida de parte de estos, el legislador decidió con la creación de la Ley 1548 de 2012 por primera vez afrontar esta problemática de la no consecución de la evidencia del estado de embriaguez para posterior a ello imponer la sanción. Señaló la ley:

*“El conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de control operativo de tránsito, con plenitud de garantías, no acceda o no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley, incurrirá en falta sancionada **con multa** y adicionalmente **con la suspensión de la licencia de conducción entre cinco (5) y diez (10) años**. Este mismo examen operará para los conductores de motocicletas, independientemente del cilindraje, de igual forma estarán sujetos al examen los ciclistas cuando la autoridad lo requiera”.*

Este párrafo fue declarado exequible por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-961 de 2014.

A pesar de ser declarado exequible, rápidamente fue modificada la descripción del párrafo por la ley 1696 de 2013 la cual aumentó la sanción para la negativa a la realización de la prueba de embriaguez al máximo consagrado en la ley de tránsito, misma sanción que se impone a quien es sorprendido en grado tres de alcoholemia y es reincidente por tercera vez, además adicionó *“o quien se dé a la fuga”*, quedando el párrafo 3° de la siguiente forma:

*“Al conductor del vehículo automotor que pese a ser requerido por las autoridades de tránsito, con plenitud de garantías, no permita la realización de las pruebas físicas o clínicas a que se refiere la presente ley o se dé a la fuga, se le cancelará la licencia, se le impondrá multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) y procederá la inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles”.*

La multa sería equivalente a Junio del 2015 a \$ 31.317.552 pesos colombianos, equivalente a 11.980 USD o 10.616 €.

La modificación realizada por la Ley 1548 de 2010 fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, que fue resuelta por la Corte Constitucional en Sentencia C-961 de 2014 donde declaró exequible dicho párrafo demandado, en igual sentido se pronunció la Corte Constitucional frente a las demandas de inconstitucionalidad presentadas en contra de la nueva redacción, en las sentencias C-633 de 2014 y confirmada en Sentencia C-959 de 2014.

*4.4.1.1 Cuestiones de inconstitucionalidad frente a lo relacionado con el derecho sancionatorio administrativo.*

Una vez entró en vigencia la ley 1696 de 2013, la misma fue objeto de diferentes demandas de inconstitucionalidad, demandas que fueron resueltas por la Corte Constitucional Colombiana mediante las sentencias C-633 de 2014, C-961 de 2014 y C-

959 de 2014. Siendo la Sentencia C-633 de 2014 la que soporta la postura de la Corte Constitucional, postura que se aplicó por analogía en las sentencias posteriores.

Las primeras demandas instauradas fueron las radicadas bajo los expedientes D 10081 – D10083 y D10097, las cuales fueron acumuladas y resueltas en conjunto por la Corte Constitucional en Sentencia C-633 de 2014, del 3 de Septiembre del mismo año, por el Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Nos ocuparemos de analizar los cargos presentados por los demandantes y lo resuelto por la Corte Constitucional en lo que interesa a nuestro objeto de investigación, es decir las implicaciones de la negativa a realizarse la prueba de embriaguez y su relación directa con la posible vulneración de Derechos fundamentales.

En general los cargos presentados por los demandantes argumentaban el desconocimiento por parte del artículo 5º de la ley 1696 de 2013 del derecho de defensa, derecho de no autoincriminación, principio de proporcionalidad y presunción de inocencia. Los mismos principios que fueron objeto de estudio como se vio, por el Tribunal Constitucional Español en cuanto a la sanción penal de la negativa a someterse a la prueba de embriaguez.

Todos estos cargos presentados ante la Corte Constitucional frente a los consagrados en la ley 1696 de 2013 tienen relación con lo aplicable frente al Derecho sancionatorio Administrativo y no frente a las consecuencias en materia penal, tema que ha tenido un tratamiento diferente y se abordará más adelante.

Esto por esto que se hace necesario hacer hincapié en cada una de las discusiones presentadas ante la Corte frente al castigo de la negativa a realizarse la prueba para la determinación de embriaguez, con el fin de establecerse la vulneración o no de los siguientes principios:

#### *4.4.1.1 Derecho de no autoincriminación y Derecho de defensa.*

Quienes presentan la demanda de inconstitucionalidad sostienen que el derecho de defensa implica la facultad no solo de actuar sino de abstenerse de hacerlo cuando la conducta pueda afectar las pretensiones de defensa o la presunción de inocencia que ampara a los ciudadanos.<sup>95</sup>

Arguyen que la norma acusada implica desconocer la prohibición de “obligar o coaccionar a los conductores con el fin de que realizaran las pruebas de alcoholemia”. Y sostienen que desconocer esa prohibición “pugnaría con los derechos fundamentales

---

<sup>95</sup>Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Sebastián Fajardo Vanegas radicada bajo el expediente D-10081.

*de los ciudadanos al obligarlos a constituir una prueba que siempre sería usada en su contra sin que medie una orden judicial que así lo indique.”<sup>96</sup>*

Para Jaime Zamora Durán la disposición acusada se opone al derecho a la no autoincriminación previsto en el artículo 33 de la Constitución. Pues en efecto, la imposición de la obligación de realizarse la prueba de alcoholemia puede implicar el reconocimiento de hechos con consecuencias jurídicas desfavorables.<sup>97</sup>

Contrario a ello la Presidencia de la República de Colombia considera que la norma no afecta el derecho a la no autoincriminación dado que a la configuración específica de la falta que se sanciona, no es posible aplicar dicha garantía. Pues según la presidencia la falta reprochada en la disposición queda en evidencia en el momento mismo de la infracción, al tratarse de un caso de flagrancia. En esa medida insiste: *“los elementos del ilícito quedan expuestos a la inmediata percepción de las autoridades”*. Así las cosas *“la falta se comete en el acto mismo en que la autoridad exige el cumplimiento del deber legal, circunstancia que le impide al infractor alegar que no es autor de la misma”*.<sup>98</sup>

Desatinada resulta la postura de la Presidencia, pues esto implicaría una forma de responsabilidad objetiva, el ciudadano entonces no se puede negar o defender de la práctica de la prueba pues según dicha postura sería el simple requerimiento de la autoridad lo que lo hace responsable, cercenándole la posibilidad de defenderse.

Para la Procuraduría General de la Nación, la decisión de oponerse a la realización de la prueba para identificar la existencia de alcohol, no puede asumirse como una actuación amparada por la Carta en tanto *“no se puede asimilar con la prerrogativa de no utilizar los medios procesales dispuestos ni con una opción legítima de guardar silencio.”*<sup>99</sup>

La Corte acoge la postura de la Procuraduría y entiende que esta comprensión del derecho a la no autoincriminación es la que mejor se ajusta al texto de la Carta. En consecuencia, aunque en algún pronunciamiento se había sugerido que la posibilidad de ordenar registros o inspecciones corporales en el imputado afectaba el derecho a la no autoincriminación, es necesario reconocer que en esos casos no es directamente relevante la garantía del artículo 33. Esta se opone, de manera definitiva, a cualquier intento de obtener mediante la coacción una declaración incriminatoria. No se extiende, *prima facie*, a otro tipo de actividad probatoria.

---

<sup>96</sup>Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Sebastián Fajardo Vanegas radicada bajo el expediente D-10081.

<sup>97</sup> Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Jaime Zamora Durán radicada bajo el expediente D-10095. 5

<sup>98</sup>Intervención de la Presidencia de la República dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014.

<sup>99</sup>Intervención de Procuraduría General de la Nación dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014

Para la Corte la regulación demandada no quebranta la Constitución. Edificando la Corte tal conclusión en las siguientes dos premisas.

(I) En primer lugar, es ampliamente reconocido por la jurisprudencia colombiana, que la actividad de conducción es una actividad peligrosa que justifica una intervención acentuada e intensa por parte de las autoridades con el propósito de controlar los riesgos que a ella se anudan.

(II) En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior existe una relación de especial sujeción entre los conductores y las autoridades de tránsito que permiten la imposición de obligaciones especiales, tal como es reconocido desde el artículo 1° del Código Nacional de Tránsito, en el que se establece que aunque todo colombiano tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, *“está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes, especialmente de los peatones y de los discapacitados físicos y mentales, para la preservación de un ambiente sano y la protección del uso común del espacio público”*.

La fijación de una obligación de acatamiento de las instrucciones impartidas por una autoridad de tránsito según la Corte Constitucional guarda correspondencia con el deber general de respetar a las autoridades del Estado. Este deber recalca la Corte encuentra fundamento constitucional en el artículo 6° conforme al cual los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y en el artículo 95 que establece la obligación de toda persona de cumplir la ley y la Constitución.

De hecho para la Corte Constitucional existen disposiciones en otras áreas del ordenamiento jurídico que sancionan el incumplimiento de las órdenes dadas por las autoridades judiciales y administrativas. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del tipo penal de fraude a resolución judicial, conforme al cual incurrirá en la pena allí prevista la persona que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa.

Es cuestionable el argumento de la Corte en cuanto desconoce la finalidad última del sujeto que comete la conducta delictiva de *“Fraude a resolución judicial o administrativa”*<sup>100</sup>, principalmente por dos razones:

Primero porque quien incurre en la comisión de dicha conducta punible debe actuar con dolo, es decir quiere y conoce que está desconociendo una decisión judicial o administrativa, situación que no ocurre con quien se niega a someterse a la prueba de

---

<sup>100</sup> Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano). Art 454. Fraude a resolución judicial o administrativa de policía. El que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial o administrativa incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

embriaguez pues su intención no es otra que evitar que con la prueba obtenida con su propio aporte se le inculpe.

En segundo lugar porque el tipo penal de *fraude a resolución judicial* exige la existencia de una resolución judicial o administrativa, y para que ellas existan se debe surtir todo un proceso donde se garantice principalmente el derecho de defensa, situación que no ocurre con la negativa a la realización de la prueba de embriaguez, pues lo que se le presenta al ciudadano es una simple solicitud de la autoridad, no es ni un acto administrativo ni tampoco una decisión judicial de fondo.

La Corte Constitucional reconoce que existe vulneración al derecho de defensa e inclusive reconoce que esa evidencia obtenida coercitivamente, dado que el ciudadano no tiene otra opción, es utilizada para sancionarlo, así quedó sentado en la Sentencia C-633 de 2014:

*La obligación establecida en las normas demandadas suscita en todo caso varias cuestiones. En primer lugar, el establecimiento de un deber de realizarse una prueba física o clínica cuyo resultado constituye el fundamento para imponer una sanción administrativa -por conducir bajo los efectos del alcohol- afecta el derecho de defensa del conductor, al limitar la posibilidad de asumir un comportamiento pasivo, en tanto que de su cuerpo se extrae evidencia definitiva para la imposición de la sanción. Además, en segundo lugar, la fijación de esa obligación prescinde de la intervención del juez para la realización de una prueba que extrae elementos del cuerpo humano.*

Pese a ello para la Corte Constitucional fijar sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de realizarse las pruebas físicas o clínicas, tiene como objetivo obstaculizar la afectación de diferentes intereses constitucionales, entre ellos la vida y la integridad personal, mediante el control de una fuente de riesgo. Este tipo de medidas, cuando son establecidas han sido denominadas por algún sector de la dogmática como infracciones obstáculo, en tanto tienen por finalidad suprimir un supuesto fáctico que de actualizarse generaría una amenaza de bienes jurídicos importantes.

Además la Corte Constitucional ha asumido la misma postura del Tribunal Constitucional Español al considerar que la no autoincriminación cobija exclusivamente el derecho a no declarar, tiene un alcance limitado a ello, así queda claro cuando señaló en la misma sentencia de constitucionalidad que la obligación de realizar las pruebas físicas o clínicas no tiene un impacto en el derecho a la no autoincriminación en tanto no se trata, como se dijo, de la obligación de manifestarse sobre los hechos.<sup>101</sup>

---

<sup>101</sup>Esta conclusión coincide con la posición sostenida al respecto por el Tribunal Constitucional Español. En la sentencia 161 de 1997 explicó: “Tampoco menoscaban per se el derecho a la presunción de inocencia por inversión de la carga material de la prueba. Las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente

Considerando que la medida tiene como finalidad controlar una fuente de riesgo para intereses constitucionales con un alto valor constitucional como la vida y la integridad personal, empleando una estrategia que genera incentivos suficientes para admitir la realización de la prueba, se concluye que no es caprichosa y además es efectivamente conducente, dice la Corte Constitucional. Cuando las personas adoptan la decisión de conducir vehículos automotores aceptan integrarse a una relación de especial sujeción respecto de las autoridades de tránsito, que las habilita para prevenir y sancionar los comportamientos que afectan o agravan la seguridad del tránsito. Los conductores, entonces, deben asumir que las autoridades de tránsito intervengan en cualquier momento, dentro de los límites fijados en la ley, para asegurar que el ejercicio de esta actividad peligrosa se desarrolle en condiciones adecuadas.

Posición que tampoco se comparte pues está bien que el ciudadano deba respetar unas normas para que el ejercicio de esa actividad peligrosa no ponga en riesgo a los demás, sin embargo ello no implica ni debe ser motivo para facultar al Estado a intervenir en el cuerpo de los ciudadanos ni pasar por encima de sus derechos y garantías fundamentales.

Pensar lo contrario sería retroceder a la justificación de tratos excesivos hacia los ciudadanos, sería ceder a derechos de raigambre liberal que se han obtenido con lucha importantes a través de la historia, por ejemplo el hecho que el ciudadano transgreda la ley penal portando un arma en las calles no autoriza a la autoridad para desconocer sus derechos como el de guardar silencio, o no ser sometido a torturas ni ser obligado a la confesión, o al simple derecho a recibir un buen trato por parte de la autoridad, solo por el hecho de pensarse que como vive en sociedad y se encuentra realizando una actividad de riesgo debe acogerse a estos tratos.

Sin embargo para la Corte Constitucional Colombiana imponer el deber de practicarse los exámenes físicos y clínicos, bajo la amenaza de una sanción, constituye un instrumento valioso. Pues considera que impedir la adopción de esta medida legislativa equivaldría a aceptar que los otros conductores y peatones deban someterse, ante la negativa de practicarse la prueba, a participar en el tránsito con sujetos que debido al consumo de alcohol incrementan exponencialmente los riesgos de afectación de la vida e integridad de las personas.

---

pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa, ya que, según se dijo en la STC 76/1990 respecto de la obligación de exhibir o aportar determinados documentos contables, con ello quien se ve sometido a esas pruebas "no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad". En el mismo sentido se pronuncia la STC 197/1995 en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción. De ahí que no exista el derecho a no someterse a estas pruebas y sí, por contra, la obligación de soportarlas. (...)". Sin embargo, sí incide en la posibilidad de asumir comportamientos pasivos en hipótesis en las que la actuación –realizarse la prueba física o clínica- puede tener efectos en procedimientos sancionatorios. En esa medida la prueba obtenida mediante el examen físico o clínico constituye el fundamento de la orden de comparendo y luego, posiblemente, de la atribución de responsabilidad en el proceso contravencional regulado en el Código Nacional de Tránsito.

En conclusión para la Corte Constitucional la obligación de realizar las pruebas físicas o clínicas no tiene un impacto en el derecho a la no autoincriminación en tanto no se trata de la obligación de efectuar una declaración o manifestación sobre determinados hechos; mismo alcance e interpretación que le dio a este derecho el Tribunal Constitucional Español y como se vio, el mismo alcance que le da la jurisprudencia Norteamericana y Puertorriqueña.

#### *4.4.1.1.2 Frente al Principio de Proporcionalidad*

Otra de las principales cuestiones de inconstitucionalidad frente a la negativa de realizarse a la prueba de embriaguez se refiere a la desproporción en la dosificación de la sanción establecida. Pues se impone una sanción de gran entidad en tanto el ciudadano no podrá conducir nuevamente y la multa equivale “*al salario mínimo de casi 4 años*”.<sup>102</sup>

La norma demandada desconoce el principio de racionalidad y proporcionalidad punitiva. En efecto, la norma establece, comparadas con las previstas en la Ley 769 de 2002, “*cifras astronómicas, abusivas, exorbitantes, desproporcionadas, que en la praxis se hacen impagables*” de manera que “*el ciudadano que no pague una multa de éstas por evidente ausencia de capacidad de pago será reportado perpetuamente en el RUNT con las consecuencias jurídicas que ello acarrea*”.

Este planteamiento se apoya en la sentencia C-799 de 2003 y adquiere mayor fuerza al considerar que según algunos informes, los conductores que tienden a consumir bebidas alcohólicas antes de conducir son aquellos que se ubican en los estratos más bajos.<sup>103</sup>

En contra de ello, la norma fija sanciones muy graves a pesar de que el afectado no ha sido vencido en juicio.<sup>104</sup>

#### *4.4.1.1.3 Frente a la Presunción de inocencia*

La objeción principal frente a la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, se encuentra fundado en dos situaciones, la primera: la vulneración de dicho principio al presumirse que quien se opone a realizarse la prueba de embriaguez se encuentra en dicho estado (Parágrafo 3º Art. 152 CNT) y segundo la obligación en

---

<sup>102</sup>Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Sebastián Fajardo Vanegas radicada bajo el expediente D-10081.

<sup>103</sup>Intervención de Mónica Franco Onofre dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014

<sup>104</sup> Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Jaime Zamora Durán radicada bajo el expediente D-10095. 5

todos los casos de retener la licencia de tránsito hasta tanto quede en firme el acto administrativo que impone la sanción. (Parágrafo 2º Art. 152 CNT)<sup>105</sup>.

Frente a ambos cargos que fueron resueltos en Sentencia C-633 de 2013 se pronunciaron a favor y en contra de la disposición legal, Instituciones Públicas, Privadas y personas naturales que fueron llamadas por la Corte Constitucional para que se manifestaran al respecto antes de entrar a decidir.

El Instituto Nacional de medicina legal consideró que la retención preventiva de la licencia desconoce efectivamente la presunción de inocencia en tanto ella se produce con anterioridad a que la persona haya sido declarada responsable. Además se desconoce la presunción de inocencia y el derecho de defensa debido a que la decisión de no practicarse la prueba conduce a dar por cierto que se ha conducido bajo el influjo del alcohol sin dar la oportunidad de defenderse.

Mónica Franco Onofre sostuvo que el hecho de negarse a que se le practique la prueba de embriaguez, no debe suponer necesariamente, entenderse como el interés de ocultar una situación de embriaguez. Aunque ambas situaciones pueden constituir un indicio de esto, con ellas no se consigue probar la embriaguez. En adición a lo anterior, la violación de la proscripción de responsabilidad objetiva se evidencia al no considerar la imposibilidad de quien por diferentes razones no pueden someterse al control policial. Ello ocurriría, por ejemplo, con el que elude el control por motivos médicos o clínicos.<sup>106</sup>

La Corte Constitucional en sus consideraciones destaca que en el proceso administrativo requiere considerarse no solo la resistencia del conductor a la práctica de la prueba, sino también las razones que a juicio del presunto infractor motivaron su comportamiento. Será la autoridad de tránsito la encargada de valorar, adelantando el procedimiento previsto en el Código Nacional de Tránsito, las pruebas aportadas y los argumentos del conductor a fin de adoptar una decisión que, en todo caso, podrá ser impugnada ante las autoridades judiciales competentes. Es por ello que no se trata para la Corte de un supuesto de responsabilidad objetiva en tanto la autoridad deberá tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes para comprender y valorar el comportamiento de los conductores.

Situación que es cuestionable que sea el agente de tránsito quien haga esa valoración, quien no está investido con facultades jurisdiccionales, y quien no decidirá de fondo.

---

<sup>105</sup> Código Nacional de Tránsito. Art 152 Parágrafo 2º. En todos los casos enunciados, la autoridad de tránsito o quien haga sus veces, al momento de realizar la orden de comparendo procederá a realizar la retención preventiva de la licencia de conducción que se mantendrá hasta tanto quede en firme el acto administrativo que decide sobre la responsabilidad contravencional. La retención deberá registrarse de manera inmediata en el RUNT.

<sup>106</sup>Intervención de Mónica Franco Onofre dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014

La Procuraduría General de la Nación consideró que la retención preventiva de la licencia de tránsito plantea dificultades constitucionales si se tiene en cuenta que se trata de una medida anticipativa que se extiende hasta tanto se defina la responsabilidad y no puede ser cuestionada ante la autoridad de tránsito por parte del conductor afectado. Si bien dicha medida cumple un objetivo valioso pues evita que una persona que ha registrado signos de alcohol en su cuerpo continúe conduciendo, es peligrosista en tanto se extiende en el tiempo a fin de evitar que un *conductor peligroso* pueda conducir antes de culminar el procedimiento sancionatorio.<sup>107</sup>

La Corte Constitucional Colombiana se pronunció frente a ambas consideraciones y consideró que la retención preventiva de la licencia no desconoce la presunción de inocencia dado que, las medidas preventivas no implican un juicio de responsabilidad, además no es exótico que el ordenamiento jurídico consagre restricciones transitorias a determinados derechos hasta tanto se adopten, en un proceso judicial o administrativo, decisiones definitivas al respecto. Así ocurre, por ejemplo, con medidas previstas en los ordenamientos civil (embargo o secuestro), administrativo (medidas cautelares), penal (detención preventiva o incautación de bienes) o disciplinario (suspensión provisional del funcionario).

Lo que olvida la Corte es que estas medidas se imponen en el marco de un proceso, con todas las garantías reconocidas en él, medidas que son resueltas por un sujeto investido de funciones jurisdiccionales, y cuyas decisiones pueden ser impugnadas y controvertidas.

Considera además la Corte que el medioempleado por el legislador en este caso no se encuentra prohibido por la Carta y frente a tal retención se adscriben propósitos constitucionales importantes como lo son la protección de la vida y la integridad, no solo de las personas que pueden ser afectadas por un conductor con algún grado de embriaguez, sino también del propio conductor que, bajo esas condiciones, pone en riesgo su propia integridad. La finalidad perseguida es importante –incluso imperiosa– dado que se funda en los artículos 11 (derecho a la vida), 12 (integridad personal) y 49 (derecho a la salud y deber de procurar el cuidado de la propia salud).

Para la Sala, no existe una prohibición de adoptar, en el marco de procesos sancionatorios, medidas de prevención o anticipadas, siempre y cuando tengan por finalidad asegurar la efectividad del procedimiento o proteger intereses de especial valor constitucional.<sup>108</sup>

Frente a la posible presunción de estado de embriaguez que se hace de quienes se niegan a realizarse la prueba la Corte señaló que la norma tiene como propósito establecer una prohibición de *desatención o desobediencia* de las instrucciones impartidas por una autoridad pública. Su objetivo no consiste en sancionar la

---

<sup>107</sup> Intervención de la Procuraduría General de la Nación, en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C-633 de 2014

<sup>108</sup> Sentencia C-633 de 2014 de la Corte Constitucional Colombiana.

conducción de vehículos bajo el efecto del alcohol. Este último comportamiento se encuentra sometido a prohibiciones específicas que toman en consideración los niveles de alcohol presentes en el cuerpo así como la reincidencia.<sup>109</sup>

Llama la atención en este punto y debe tenerse en cuenta que no es razonable entonces pensar que se imponga la sanción de cancelación definitiva de la licencia, pues se le está sancionando al ciudadano por negarse a que se le realice la prueba para la determinación del estado de embriaguez, no por encontrarse en estado de embriaguez, por lo tanto si es por un acto de *desobediencia ciudadana* que se le castiga, pierde fundamento la cancelación de por vida de la licencia de conducción.

La Corte Constitucional fijó el alcance del párrafo tercero del Art 152 (Negativa a realizarse la prueba) en los siguientes criterios:

***a) La sanción se impone no por encontrarse en estado de embriaguez si no por su acto de desobediencia o desatención de la autoridad.***

*b) La imposición de la falta supone el previo requerimiento por parte de la autoridad de tránsito.*

*c) La conducta se tipificó bajo dos situaciones fácticas, o que el condenado se niegue a practicársela o que huya o escape ante el requerimiento.*

*d) Que exista la desatención o desobediencia del requerimiento de las pruebas físicas o clínicas establecidas en la norma.*

*e) Que se realice el requerimiento con plenitud de todas las garantías.*

Al respecto cabe señalar que llaman la atención algunos aspectos de lo planteado por la Corte Constitucional, la Corte utiliza la palabra *condenado* en el numeral (C) para referirse al ciudadano a quien se requiere para que se realice la prueba, parecería considerar aquí la Corte una situación de responsabilidad objetiva.

Si la sanción se impone por la *desobediencia o por la desatención* del requerimiento a la autoridad de tránsito por parte del ciudadano, ¿por qué se sanciona con la misma sanción que se impondría a quien conduce en grado tres de alcoholemia y es reincidente por tercera vez?, además pierde su razón de ser la retención preventiva de la licencia, pues no se puede suponer que el ciudadano se encontraba en estado de embriaguez, simplemente que podría decirse que es un *desobediente*.

Por último la Corte Constitucional somete los requerimientos a que se realicen con plenitud de garantías, por lo cual tendremos que determinar si el procedimiento en sí mismo podría llegar a desconocer esas garantías fundamentales. ¿El derecho de no autoincriminación no es una garantía?

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*

El párrafo acusado prevé que la falta se produce cuando el requerimiento por parte de las autoridades de tránsito, al que se niega el conductor, se hace con *plenas garantías*.

El significado que se confiera a tal expresión es de indiscutible importancia porque permite optimizar los derechos de los conductores. Aunque la ley no establece cuáles son, la Corte advierte que existirán plenas garantías cuando las autoridades de tránsito *informan al conductor* de forma precisa y clara:

- (i) *La naturaleza y objeto de la prueba,*
- (ii) *El tipo de pruebas disponibles, las diferencias entre ellas y la forma de controvertirlas,*
- (iii) *Los efectos que se desprenden de su realización,*
- (iv) *Las consecuencias que se siguen de la decisión de no permitir su práctica,*
- (v) *El trámite administrativo que debe surtirse con posterioridad a la práctica de la prueba o a la decisión de no someterse a ella,*
- (vi) *Las posibilidades de participar y defenderse en el proceso administrativo que se inicia con la orden de comparendo y todas las demás circunstancias que aseguren completa información por parte del conductor requerido, antes de asumir una determinada conducta al respecto. En adición a ello la Corte precisa que el conductor tiene derecho a exigir de las autoridades de tránsito la acreditación*
- (vii) *De la regularidad de los instrumentos que se emplean y*
- (viii) *La competencia técnica del funcionario para realizar la prueba correspondiente.*

Cabe entonces preguntarse ¿Bastará con *informar* las garantías pero no hacerlas efectivas?

#### **4.4.2 Panorama desde el Derecho Penal**

En materia penal la Ley 1696 de 2013 introdujo una nueva causal de agravación en el delito de homicidio culposo en el artículo 110 del Código Penal (Ley 599 de 2000) numeral 6, tipificándolo de la siguiente manera:

*“Si al momento de cometer la conducta el agente estuviese conduciendo vehículo automotor **bajo el grado de alcoholemia igual o superior al grado 1° o bajo el efecto de droga o sustancia que produzca dependencia física o química, y ello haya sido determinante para su ocurrencia,** la pena se aumentará de las dos terceras partes al doble, en la pena principal y accesoria”.*

Se puede observar desde ya que en materia Penal no se sanciona el “grado cero” (0) de embriaguez como si lo hace el Derecho sancionatorio Administrativo, se parte exclusivamente del primer grado, sin embargo el legislador impone una mayor carga probatoria para el Estado cuando señala “y ello haya sido determinante para su ocurrencia”.

La nueva causal sin embargo pudiese presentar problemas de interpretación ya que la circunstancia número (1) del mismo artículo 110 del Código Penal ya establecía la circunstancia de embriaguez como causal de agravación. Señalando:

*“Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia, la pena se aumentará de la mitad al doble de la pena”.*

Las diferencias que se observan entre ambas causales son: Primero: la causal de agravación del numeral (1), sanciona a quien se encuentra en estado de embriaguez al momento de la comisión del homicidio culposo, y la causal número(6), se refiere a quien comete la conducta punible en estado de embriaguez durante la conducción de un vehículo automotor. Segundo: en la agravante del numeral (1) no se hace referencia a un grado de embriaguez mientras que para la causal (6) se exige que el conductor se encuentre en primer grado de embriaguez. Tercero: Es mayor la pena para el agravante (6) que para el agravante (1).

Esta nueva causal podría presentar un problema frente a la igualdad, ya que tanto el ciudadano que comete el homicidio culposo en el numeral (1) como en el numeral (6) se encuentra en estado de embriaguez, y por ello es mayor el reproche que hace el legislador a ambos agravando la conducta, sin embargo la única diferencia entre ellos es que uno conduce un vehículo automotor y el otro no, pero se les sanciona de manera diferente a pesar de la similitud en su actuar. Difícil resulta justificar como más grave el hecho de quien comete el homicidio imprudente en estado de embriaguez conduciendo un vehículo automotor, que el de quien lo hace en el mismo grado de embriaguez pero en una actividad diferente.<sup>110</sup>

Si la fundamentación de la agravante del núm. (6) es una mayor necesidad preventiva de pena resulta además contradictoria por otra razón, pues si lo que se pretende con dicha intensificación de la pena es disuadir el uso de vehículos automotores en estado de embriaguez, no se explica por qué cuando la embriaguez no alcanza los 40 mg de etanol no se agrava la pena al conductor del vehículo automotor y sí a quien comete el homicidio en una actividad diferente.<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> ALVAREZ ALVAREZ, y SOTOMAYOR ACOSTA. (2014). “El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica”. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 010 Nro. 0083 Julio-Diciembre 2014, Medellín. Universidad EAFIT. p. 164.

<sup>111</sup>Ibíd. p. 164.

Juan Carlos Álvarez Álvarez y Juan Oberto Sotomayor Acosta consideran que la agravante del núm. (6) del art 110 C.P, es no sólo un instrumento inidóneo sino también innecesario con miras al logro de una mayor protección de la vida e integridad física de las personas en el ámbito del tráfico vial, y por ello el uso de tal instrumento deviene desproporcionado, si se tiene en cuenta los costos que supone en términos de la afectación de derechos a la libertad y muy particularmente del derecho que toda persona tiene a recibir un trato igualitario por parte de las autoridades, lo cual incluye, por supuesto, al legislador penal. Se trata por ello de una medida inconstitucional y por tanto inaplicable.<sup>112</sup>

Por otro lado, al igual que en el derecho sancionatorio Administrativo, surgió una problemática a nivel probatorio en materia penal, en cuanto a la negativa de los ciudadanos a realizarse la prueba para la determinación del estado de embriaguez, para poderse demostrar la existencia de la causal de agravación que se debe aplicar.

Frente al agravante núm. (1) del homicidio culposo se podría demostrar el estado de embriaguez a través de diferentes medios probatorios, conforme al principio de libertad de la prueba que aplica en nuestro ordenamiento procesal penal<sup>113</sup>, medios como testimonios, videos entre otros, sin embargo para la comprobación de la circunstancia de agravación núm. (6) si bien también rige el principio de libertad probatoria, el legislador impuso una carga mucho mayor para el órgano investigador, dado que deberá demostrar no solo que la persona se encuentra en estado de embriaguez sino que se encuentra por lo menos en el primer grado de embriaguez, para ello deberá aplicar una de las técnicas establecidas por el Instituto de Medicina legal Colombiano, que pueden llegar a requerir toma de fluidos del cuerpo del ciudadano, como sangre, orina, aire espirado.

Esta situación ha llevado a que el Estado a través de su entidad investigadora busque por todos los medios que el ciudadano acceda a la toma de la muestra, pues sin ella es imposible a nivel probatorio demostrar la comisión de la conducta con dicha situación de agravación.

Es menester aclarar que es la Fiscalía General de la Nación de Colombia la encargada de desvirtuar la presunción de inocencia en materia penal y por lo tanto es quien asume la carga de la prueba, esto en pro de la función impuesta por la actual legislación en materia de procedimiento penal ley 906 de 2004 y del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, función que no es otra que llevar a un Juez Penal a un convencimiento más allá de toda duda razonable<sup>114</sup> sobre la responsabilidad penal de un sujeto que se ha presumido infringió la ley penal (*En este caso específico probar que un ciudadano se encontraba en estado de embriaguez al momento de cometer la conducta punible "homicidio culposo", que ese estado equivale o es superior al primer*

---

<sup>112</sup>Ibíd. p. 164.

<sup>113</sup> Art 373 Código Penal. Ley 599 de 2000. "Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquier de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos".

<sup>114</sup>Art 381. Ley 906 de 2004. "Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. (...)

grado de embriaguez y que dicho estado fue determinante para la ocurrencia del hecho).

¿Cómo obtener fluidos corporales del ciudadano, de quien se presume su inocencia y que además se encuentra protegido por el derecho de no autoincriminación para probar que se encuentra conduciendo en estado de embriaguez y que su condición influyó en la comisión de un homicidio culposo?

El legislador con el fin de sortear dicha situación estableció en el artículo 249 Código de Procedimiento Penal Colombiano una posibilidad para el órgano persecutor dentro de la baraja de opciones que a nivel investigativo tiene, facultó a la Fiscalía General de la Nación y sus delegados para la obtención de muestras que involucren a quien ya tiene la calidad de imputado e inclusive a quien tenga la de indiciado, para tomar una muestra, inclusive coactivamente.

Dicho procedimiento se denominó “*Obtención de muestras que involucren al imputado*”<sup>115</sup>.

Con dicho mecanismo se pueden tomar muestra de fluidos corporales como aire espirado, sangre, orina, secreciones etc. por orden expresa del Juez de Control de Garantías ante solicitud hecha por el delegado de la Fiscalía General:

*“Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes: 1. Para la obtención de muestras para examen grafotécnico: (...) 2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica. En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado. Parágrafo. De la misma manera procederá la policía judicial al realizar inspección en la escena del hecho, cuando se presenten las circunstancias del artículo 245”*<sup>116</sup>. (Negrilla y cursiva fuera del texto original).

---

<sup>115</sup>La medida descrita en el artículo 249 de la Ley 906 de 2004 tiene como finalidad la obtención de ciertas muestras que incumben al imputado, y que de conformidad con lo que establece el artículo 275 de la Ley 906 de 2004 son consideradas como elementos materiales probatorios y evidencia física que generalmente provienen del imputado, son de su propio cuerpo. Por lo tanto, cuando se trate de la extracción de evidencia física ajena o extraña al cuerpo del imputado, pero que se encuentra alojada en él, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 247 de la Ley 906 de 2004, relativo a la inspección corporal. Sentencia C 822/2005

<sup>116</sup> Art 249. Ley 906 de 2004. Código Procesal Penal Colombiano.

Dicho acto de investigación goza de toda legitimidad y no ofrece discusión alguna cuando media consentimiento expreso de quien ostente la calidad de imputado o indiciado pues no se afecta de manera alguna el derecho de no autoincriminación o el derecho de presunción de inocencia.

Diferente resulta cuando pueda llegar a existir una negativa por parte del ciudadano, pues la misma disposición refiere que se acudirá ante el Juez de Control de Garantías por parte del órgano persecutor con la finalidad de que el mismo ordene a la Policía Judicial o a quien tenga idoneidad médica cuando esto se requiera, realizandola obtención de muestras aún en contra de la voluntad de quien en ultimas será el objeto de la prueba.

#### **4.4.2.1 Cuestiones de Inconstitucionalidad**

Dicha facultad por parte del Juez de control de garantías ha sido objeto de críticas y cuestionamientos a nivel constitucional, por parte de la doctrina y de algunos funcionarios judiciales, principalmente por el desconocimiento del Derecho de no autoincriminación, principio de proporcionalidad, presunción de inocencia, dignidad humana entre otros.

Las normas que establecen los procedimientos de “*inspección corporal*”, “*registro personal*” y “*obtención de muestras que involucren al imputado*” fueron objeto de demanda de inconstitucionalidad presentada por la ciudadana Diana Paola Rubiano Meza, demanda con radicado D-5549, que fue admitida por la Corte Constitucional Colombiana el 14 de diciembre de 2004, y decidida en Sentencia C-822 del 10 de Agosto de 2005, cuyo Magistrado ponente fue el Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

La demandante sostuvo que dichas disposiciones son violatorias de los artículos 1, 2, 4, 9, 12, 15, 16, 28, 29, 93 y 250 de la Carta, así como de varios artículos de la Declaración Universal de los Derechos, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Así como la demandante algunos doctrinantes consideran que entre las garantías que se podrían vulnerar se pueden destacar las de dignidad humana, presunción de inocencia y derecho de no autoincriminación.

##### *4.4.2.1.1 Dignidad humana*

La ciudadana demandante argumentó que los artículos 247, 248 y 249 cuestionados violan la dignidad humana en los casos en los cuales, sin el consentimiento de quién está siendo sujeto a investigación, se realizan sobre él intervenciones corporales,

convirtiéndolo de tal forma no como un ser humano, sino como un objeto donde se encuentra la evidencia, además expresó:

*“El núcleo fundamental de ésta violación es la privación del consentimiento, de la voluntad de decidir sobre sí mismo, razón que hace inconstitucionales los tres artículos expuestos, máxime de que si se contara con este se estaría autorizando las intervenciones en el cuerpo humano, territorio solo a disposición de cada ser humano.”*

Para Federico Londoño Mesa la posición correcta frente al tema del uso del cuerpo humano como evidencia probatoria no es acertado por la cosificación que implica del ser humano, y por el desconocimiento del respeto de derechos y garantías fundamentales como el principio/derecho a la DIGNIDAD HUMANA; más cuando el rechazo a la noción antropológica y Kantiana del ser humano como un fin en sí mismo y no como un medio implicaría, incluso, la asunción de una postura netamente utilitarista que busca, al maximizar la felicidad de la humanidad, el necesario desconocimiento de la individualidad connatural que es consustancial al ser humano.<sup>117</sup>

#### *4.4.2.1.2 Principio de no autoincriminación*

La demandante señaló que los artículos bajo examen, contemplan “*un constreñimiento para prestar su cuerpo como evidencia física del proceso*”, contra sí mismo, desconociendo de esta manera el principio de no autoincriminación que consagra el artículo 29 de la Carta. Además señaló:

*“Si tanto constitucionalmente, como en la misma ley se contempla una protección frente a la autoincriminación, de manera tal que se prohíben todo tipo de métodos de interrogatorio que restrinjan la actuación voluntaria del procesado, es inconcebible, por tanto, que prohibiendo el constreñimiento para que una persona declare en contra de sí misma, se cobije el constreñimiento para que una persona ponga su cuerpo como evidencia en su contra. Es por esto que es inconstitucional que la misma ley ampare la posibilidad de forzar a un ser humano, incluso contra su voluntad a suministrar su propio cuerpo como prueba contra sí mismo”.*

La Comisión Colombiana de Juristas se pronunció en la demanda y consideró que la extracción de muestras físicas del cuerpo o de las pertenencias de la persona imputada no está comprendida dentro del ámbito de dicho derecho. Indican que si bien han surgido discusiones sobre la aplicación de éste derecho frente a documentos y al juramento, éstas no han llegado

---

<sup>117</sup> LONDOÑO MESA, F. Op., cit., p. 56

*“hasta el punto de discernir si el derecho incluye una salvaguarda para evitar registros personales, inspecciones corporales o que se tomen muestras de la persona imputada. En primer lugar porque, como se anotó con anterioridad, no se deduce de la enunciación normativa de la garantía. En segundo lugar porque se trata de pruebas objetivas que no ponen a la persona en la difícil situación de declarar contra sí misma (...), de reconocerse como criminal, pues se trata más bien de su obligación de permitir que la autoridad judicial pueda desarrollar una investigación para establecer si se puede concluir su responsabilidad”.*

La Corte Constitucional Colombiana compartió los criterios de la Procuraduría General de la Nación, en el sentido de señalar que la inspección corporal no implica ni en su diseño ni en su aplicación un desconocimiento del derecho a no autoincriminarse, como quiera que los elementos materiales probatorios y la evidencia física buscados pueden obrar tanto para establecer la responsabilidad del imputado como para exonerarlo.<sup>118</sup>

Adicionalmente, dado que la inspección corporal está orientada a buscar en el cuerpo del imputado, elementos materiales probatorios y evidencia física cuya existencia misma no depende de la voluntad del imputado, la recuperación de tales elementos no constituye una afectación desproporcionada del derecho del imputado a no declarar contra sí mismo.<sup>119</sup>

En cuanto a la limitación del derecho a la autonomía, la obtención de muestras corporales que conciernen al imputado, no lo afectan cuando éste da su consentimiento libre de cualquier coerción e informado sobre las consecuencias del procedimiento. Sin embargo, si se opone a la realización de tal medida, la incidencia sobre su derecho es alta. En este último evento, la proporcionalidad de la medida dependerá de que los intereses jurídicos tutelados -entre los cuales se encuentra la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber de colaboración con la justicia - y la protección de los derechos de las víctimas pesen más que el derecho del imputado a no ser compelido a la obtención de muestras corporales.

#### *4.4.2.1.3 Principio de presunción de inocencia*

La ciudadana Diana Paola Rubiano Meza expuso también en la demanda de inconstitucionalidad:

*“los artículos demandados ponen en juego la presunción de inocencia del indiciado sujeto a investigación, ya que por las actuaciones de las autoridades sobre el cuerpo del sujeto, se deduce un*

---

<sup>118</sup> Sentencia C-822 de 2005 Corte Constitucional Colombiana.

<sup>119</sup> *Ibíd.*

*tratamiento de culpable, asumiendo su cuerpo como material probatorio sin una opción de oposición al mismo”.*

*“el debido proceso protege a los individuos contra confesiones obtenidas mediante coacción y contra procedimientos sugestivos de identificación, de tal manera que prevalezca la presunción de inocencia”.*

La Corte Constitucional sostiene que la existencia de “*motivos razonablemente fundados*”, no se refiere a la responsabilidad del imputado, sino a los criterios objetivos con base en los cuales existiría fundamento para creer que en el cuerpo del imputado se encuentra algún elemento material probatorio necesario para la investigación. Tales motivos no pueden ser subjetivos del fiscal. Al contrario, la norma acusada exige que el fiscal exponga las razones por las cuales le solicita al juez de control de garantías que autorice la medida en el caso concreto, esto a partir de hechos objetivos y de los demás medios cognoscitivos disponibles.<sup>120</sup>

Compete al juez de control de garantías determinar si tales razones constituyen fundamento suficiente para autorizar la medida a la luz de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Lo anterior no implica pronunciarse sobre aspectos relativos a la responsabilidad del imputado, puesto que la apreciación de dicha responsabilidad escapa a la órbita de competencia del juez de control de garantías, ya que es otro juez, el juez de conocimiento, el que en una etapa posterior del proceso decidirá al respecto con plena independencia e imparcialidad.

#### *4.4.2.1.4 Consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana.*

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-822 de 2005 reconoció que con dichos procedimientos se podrían vulnerar algunas garantías fundamentales:

*Estas diligencias probatorias inciden en un amplio espectro de derechos fundamentales. En primer lugar, dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la **dignidad humana**. En segundo lugar, las intervenciones corporales afectan **el derecho a la intimidad** porque –aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales -, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas. En tercer lugar, también pueden afectar **el derecho a la integridad física** en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico,*

---

<sup>120</sup>Ibíd.

*o inclusive una intervención quirúrgica. <sup>1</sup>En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una **limitación de la autonomía personal**. En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en **el derecho a no autoincriminarse**, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo. En sexto lugar, se afirma que también inciden en **la libertad de movimiento del individuo afectado**, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico. Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar **la prohibición de la tortura**, así como la **prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes**, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento físico o moral constitucionalmente inadmisibles.*

Sin embargo haciendo un juicio de proporcionalidad terminó declarando la exequibilidad de dichas normas, y dejó en manos del Juez de Control de garantías la responsabilidad de en cada caso concreto determinar si el procedimiento es idóneo, necesario, proporcional.

*Ello implica que los fines deben ser imperiosos, los medios no sólo idóneos sino además necesarios para alcanzar dichos fines y que las medidas no conlleven una limitación desproporcionada de los derechos del imputado, frente a los fines buscados. Este juicio se hará en abstracto, sin perjuicio de que cada juez de control de garantías pondere en las circunstancias de cada caso y concluya cuándo es procedente autorizar su práctica por ser adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto.*

El Juez de control de garantías deberá entonces en el caso concreto conforme lo afirmado por la Corte en la sentencia C822 de 2005 realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto teniendo en cuenta: (i) la gravedad del delito, (ii) la importancia del bien jurídico tutelado, (iii) el impacto que tendría para los derechos de las víctimas en que se identifique a los responsables de un hecho delictivo, el que se negara la obtención de muestras que involucren al imputado; (iv) el valor probatorio de la evidencia material de la muestra a la luz del programa de investigación y, por el otro, (v) el grado de incidencia de la medida en los derechos del imputado y (vi) las condiciones personales del mismo.

En cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, la norma bajo estudio enfrenta el interés público en la investigación del delito, el bien jurídico tutelado y la protección de los derechos de las víctimas, con el interés del individuo en no ser sometido a restricciones de sus derechos.

La Corte Constitucional justifica la posibilidad de la obtención de muestras que involucren al imputado en el interés de persecución estatal y de protección de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, pues según la misma Corte, estos derechos no pueden quedar sujetos a la voluntad del imputado, cuando este se niega a la práctica del procedimiento.

*“Se trata, por lo tanto, de fines no sólo legítimos y constitucionalmente importantes, sino además imperiosos, puesto que propenden por la garantía de derechos y principios esenciales del Estado, y por el aseguramiento de la convivencia pacífica. En concreto, estos fines se traducen en el objetivo de identificar evidencias materiales que se encuentran en el cuerpo del imputado dentro del programa de investigación, evidencias sin las cuales el esclarecimiento de los hechos, la protección de los bienes jurídicos tutelados penalmente y, en la mayoría de los casos, la garantía de los derechos de las víctimas se verían seriamente truncados”.*

## **4.5 CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES**

En la actualidad ante la ocurrencia de muertes y lesiones por accidentes de tránsito, donde el conductor que ocasiona el accidente se encontraba en estado de embriaguez, los legisladores de diferentes ordenamientos han decidido combatir dicha problemática con la implementación de sanciones de carácter penal o Administrativo.

Se debe tener en cuenta que la embriaguez se produce por el consumo de alcohol y/o de otras sustancias que causan una alteración a nivel neurológico.

En Colombia como en España se ha reprimido desde sus codificaciones de regulación de tránsito la conducción de vehículos en estado de embriaguez, y se ha venido imponiendo una tendencia a aumentar las medidas contra dichos acontecimientos, en búsqueda de enviar un mensaje para persuadir a los ciudadanos de no transgredir estas disposiciones legales. Inclusive ya España dio el paso desde 1995 a la criminalización de la conducción en estado de embriaguez, que claramente se enmarca en lo que se ha denominado la Administrativización del derecho penal.

En los últimos años en Colombia se presentaron proyectos de ley con fines de criminalización como lo ha hecho España, sin que esto aún ocurra, pero que a manera de pronóstico podría ocurrir pronto, pues el tema no disgusta a los medios de comunicación quienes tienen en el panorama social la idea de que esta problemática amerita la tipificación de tal conducta, idea que es retomada por candidatos y políticos para aumentar su población electoral.

Ante la sanción de la conducción en estado de embriaguez por parte del derecho administrativo o penal se ha presentado una dificultad que nivel probatorio ha

preocupado y ha sido resuelta por parte de los legisladores y respaldada por los órganos constitucionales de España y Colombia, a través de una postura que genera problemática y controversia.

El problema es la necesidad de comprobación del estado de embriaguez en el ciudadano para imponer la sanción respectiva, lo que requiere que para su práctica se tomen fluidos corporales de este.

La respuesta frente a dicho panorama es la decisión por parte del legislador de castigar la negativa por parte del ciudadano a prestarse para que se le tome la muestra, de su fluido corporal, que podría ser aire espirado, sangre u orina, pues se comparte la postura tanto en España como en Colombia que el ciudadano está en la obligación de prestarse para ello y que de no hacerlo recibirá las sanciones que se han establecido.

Para el caso Español se sanciona tanto administrativa como penalmente el hecho de negarse a la realización de la práctica de la prueba de embriaguez. Penalmente se encuentra tipificado tal delito en el artículo 383 del Código Penal Español, el cual establece como sanción, pena de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. Por su parte La ley de Tráfico y Circulación<sup>121</sup> contempla la negativa a la realización de la prueba como conducta “muy grave” en su artículo 65.5 literal (d) y establece en su artículo 67.2 literal (a) una sanción de multa de 1.000 euros, siendo esta la sanción más alta por imponer. Sanción que es mayor a la que se impone por conducir en estado de embriaguez.

Como la misma conducta en España tiene consecuencias a nivel administrativo y penal se ha buscado delimitar cuando debe actuar una y cuando la otra, la postura mayoritaria considera que el Derecho Penal actúa ante esta negativa cuando existen indicios o señales de que el conductor se encuentra en estado de embriaguez. Valoración que recae en el agente que solicita la práctica de la prueba al ciudadano.

En Colombia el Código Nacional de tránsito terrestre<sup>122</sup> impone ante la negativa a la realización de la prueba de alcoholemia en el parágrafo 3° del artículo 152 una sanción de multa correspondiente a mil cuatrocientos cuarenta (1.440) salarios mínimos diarios legales vigentes (smdlv) e inmovilización del vehículo por veinte (20) días hábiles, la multa sería equivalente a Junio del 2015 a \$ 31.317.552 pesos colombianos, equivalente a 11.980 USD o 10.616 €, lo que equivaldría en Colombia al salario mínimo de casi 4 años. Al igual que ocurre en España la sanción es más alta que la impuesta para la conducción en estado de embriaguez que también se sanciona.

Como ya se señaló en Colombia no se sanciona desde el derecho penal la negativa a la realización de la prueba, sin embargo haciendo un análisis de la sistemática procesal

---

<sup>121</sup> Real Decreto 339 del 2 de Marzo de 1990.

<sup>122</sup> Ley 769 de 2002. Código Nacional de tránsito terrestre Colombiano.

y probatoria en el marco de la ley 906 de 2004, el legislador fue mucho más allá, y decidió facultar en el artículo 249 del Código Procesal Penal al órgano investigador Fiscalía General de la Nación para que ante la negativa por parte de un ciudadano que haya causado una muerte o lesión en aparente estado de embriaguez se obtengan de ese ciudadano sus fluidos corporales, con o sin su consentimiento, con expresa orden del Juez de Control de garantías. Lo que podría generar una posible vulneración de garantías y derechos fundamentales al tomarse coercitivamente esta muestra, inclusive desconociéndose el valor supremo de la dignidad humana.

Si bien se había planteado la posibilidad de evitar la obtención coercitivamente de los fluidos para la comprobación del estado de embriaguez, y se utilizara la prueba indiciaria, u otros medios probatorios como testigos del consumo de alcohol etc., para la acreditación del estado de embriaguez, el legislador con la creación de la ley 1696 de 2013 ha establecido como nueva causal de agravación del homicidio culposo en el artículo 110 del Código Penal el hecho de encontrarse en estado de embriaguez conduciendo un vehículo automotor en primer grado de embriaguez, pese a que ya existía en el mismo artículo una agravante consistente en encontrarse el ciudadano en estado de embriaguez.

Para aplicar la nueva agravante se debe demostrar que el ciudadano se encontraba por lo menos en primer grado de embriaguez, razón por la cual en materia penal el órgano investigador debe conseguir que el ciudadano se realice dicho procedimiento, pues tiene la carga de la prueba conforme al artículo 250 de la Constitución Política y artículo 7 de la Ley 906 de 2004.

Aunque frente a la negativa a la realización de la prueba la delimitación entre cuándo debe actuar el derecho sancionatorio administrativo y el derecho penal se ha resuelto en España con la existencia de indicios, en Colombia tal delimitación no está tan clara, pues no se sanciona penalmente dicha conducta, pero si se permite que se obtenga coercitivamente. En el siguiente caso práctico se explica que podría suceder:

Luis quien conduce su camioneta por la ciudad en estado de embriaguez porque ha consumido licor atropella y causa la muerte de Juan un peatón que cruza la calle. Al lugar de los hechos llega inmediatamente un policía de tránsito quien lo captura en situación de flagrancia por el delito de homicidio, con el fin de realizar actos urgentes Luis es trasladado al laboratorio de toxicología del Estado donde le solicitan que sople a través del alcohosensor para determinar si se encuentra en estado de embriaguez.

Luis en ese momento se encontrará con la siguiente encrucijada a la hora de tomar una decisión, Luis considera que tiene el derecho fundamental a no auto incriminarse y por lo tanto tiene el derecho a no prestarse como medio de prueba en su contra conforme a la Constitución, sin embargo el agente le manifiesta que si se niega se le impondrá una sanción establecida en el artículo 152 del Código Nacional de tránsito equivalente a 1440 SMLDV, sanción que sería impuesta por la Secretaría de Movilidad competente conforme el Derecho sancionatorio Administrativo, además tendrá que hacer labores comunitarias por 90 horas para prevenir el uso del alcohol y se le

inmovilizará su vehículo por 20 días cancelándosele además su licencia de conducción. Inclusive que de insistir en su negativa de realizarse la prueba el Fiscal acudirá inmediatamente ante el Juez de Control de Garantías para que él mismo ordene que se le tome una muestra de sangre así sea en contra de su voluntad para saber si se encuentra en estado de embriaguez, poder imputarle y posteriormente condenarlo por el delito de homicidio culposo con el agravante de la referencia.

¿Podrá este ciudadano sortear las exigencias que se le hacen desde del derecho sancionatorio administrativo y desde el derecho penal arguyendo que no está dispuesto a colaborar en su incriminación?

Frente al Derecho de no autoincriminación se tiene que es un derecho fundamental consistente en la posibilidad que tiene el ciudadano de no ser obligado a declarar en su contra, a no prestar una ayuda eficaz en su propia incriminación.

Tanto en Colombia como en España en sus Constituciones se reconoce el derecho de no autoincriminación:

En España en su artículo 17.3:

*Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

En Colombia en su artículo 33:

*Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.*

El derecho de no autoincriminación surge como una garantía fundamental para el ciudadano, para que este no sea compelido a coadyuvar en su juzgamiento y condena, obligándosele a declarar en su contra.

Ante la insistencia del Estado en compeler a sus ciudadanos para practicarse la prueba para la determinación de embriaguez, intimidándolo con una alta sanción e inclusive en el caso Colombiano en materia penal obligándolo a que se le tome la muestra ¿acaso no se está obligando al ciudadano a colaborar con la consecución de la prueba que fundamentará su condena o su sanción?

Coinciden el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana en decir que no, pues otorgan a dicho derecho un alcance mínimo, consistente en el hecho de que no “*declarar*”, se debe entender simplemente como la posibilidad de no expresar su culpabilidad en el juicio con su declaración.

Dice el Tribunal Constitucional Español:

*“El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3<sup>123</sup> y 24.2<sup>124</sup> de la CE referidos al derecho a guardar silencio, a no ser obligado a declarar en su contra y a la presunción de inocencia”.*<sup>125</sup>

La Corte Constitucional Colombiana en el mismo sentido:

*“El derecho a la no autoincriminación protegido por la regla prevista en el artículo 33 de la Carta prohíbe que las autoridades obliguen a las personas a emitir declaraciones o manifestaciones que puedan incriminarlas. De ello se sigue que el desconocimiento del derecho a la autoincriminación constituye simultáneamente una violación del derecho de defensa. Sin embargo, no toda restricción legislativa del derecho a actuar pasivamente en el proceso se encuentra prohibida por la garantía de no autoincriminación”*<sup>126</sup>

No compartimos la postura en común de ambos organismos constitucionales, pues como dice PILAR GÓMEZ PAVÓN se desconoce que la “*expresión*” no tiene la palabra como único instrumento; un sujeto puede declarar o comunicar su culpabilidad por gestos, o como en este caso por el sometimiento pasivo a una prueba pericial de esta índole, y, de la misma forma que un acusado puede negarse a firmar un papel de cara a una pericial caligráfica, puede también negarse a la realización de estas pruebas, sin que dicha negativa pueda actuar como presunción en contra de él.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Artículo 17.3 Constitución Española: Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, **no pudiendo ser obligada a declarar**. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

<sup>124</sup> Artículo 24.2. Constitución Española: Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, **a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia**.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

<sup>125</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 161 del 2 de Octubre de 1997.

<sup>126</sup> Sentencia C-633. Corte Constitucional Colombiana.

<sup>127</sup> GOMEZ PAVON, P, Op., cit., p. 60.

GONZALEZ RUS opina que, si bien puede no tratarse de una declaración en sentido estricto, los efectos de la prueba vienen a coincidir con los de una eventual declaración. En este sentido, el sometimiento a una pericia de estas características sí que constituye un modo con el que el sujeto expresa o exterioriza su propia culpabilidad.<sup>128</sup> La “*declaración*” no solo se vierte en un proceso cuando un testigo suministra de viva voz el conocimiento que tiene sobre los hechos, sino cuando es su cuerpo quien suministra la información.<sup>129</sup>

Genera duda al respecto de la postura de la Corte Constitucional de cara a lo consagrado por el legislador en el artículo 8º del Código de Procedimiento Penal Colombiano, donde se señala frente al derecho de defensa:

*a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad;*

*b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.<sup>130</sup>*

Se puede observar que se diferenció por parte del legislador el derecho a no ser obligado a declarar y a no autoincriminarse, separándolos y reconociéndolos como derechos de defensa independientes, lo que no compagina con la posición de la Corte de considerar que sólo se refiere al derecho de no “*declarar*”.

En la Ley de Enjuiciamiento criminal de España si parecería estar de acuerdo a esa interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional, conforme lo establecido en sus artículos 118 1 (f), 520 (a), 786 (1).<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> RODRIGUEZ FERNANDEZ, I. Op., cit.

<sup>129</sup> FEDERICO LONDOÑO. Op., cit.

<sup>130</sup> Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, consultada en [www.lexbase.biz](http://www.lexbase.biz) el 4 de agosto de 2013 a la 1:020 de la tarde. Artículo 8º.

<sup>131</sup> Ley de enjuiciamiento criminal de España. Artículo 118. Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos f) Derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo.<sup>131</sup> Artículo 520. a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez. Artículo 786 bis.1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

La misma Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-621 de 1998- había reconocido que el procesado tiene la facultad de “*hacer o dejar de hacer, decir o dejar de decir todo aquello que tienda a mantener la presunción que el ordenamiento jurídico ha establecido en su favor*”.<sup>132</sup> Postura que en los últimos tiempos ha venido desconociendo la misma Corte.

Inclusive el Tribunal Constitucional Español también en sus primeros momentos reconoció la vulneración del derecho a la no autoincriminación en su Auto 62 del 16 de Febrero de 1983, época para la cual no se había introducido la penalización de la negativa a la realización de la prueba de embriaguez, pero si se requería desde el derecho sancionatorio administrativo, reconoció tajantemente el Tribunal en su auto:

*“El derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a la prueba de alcoholemia y de soportar las consecuencias que de tal rechazo se puedan derivar, así como las presunciones que en ello se puedan fundar”.*

El derecho a la no autoincriminación y a no formular declaración alguna respecto de la propia culpabilidad o la inocencia, constituyen garantías históricamente forjadas y de enorme valor liberal.

Ahora bien, para la Corte Constitucional Colombiana no resulta posible confundir la violación de tales garantías con la obligación “*de prestar la colaboración necesaria a las autoridades para la investigación de hechos y conductas significativas para la seguridad y la tranquilidad públicas*”.<sup>133</sup> Para el Tribunal Constitucional Español: “*no se obliga al detectado a emitir declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración*”.<sup>134</sup>

Valga decir al respecto que si bien todos los ciudadanos debemos respetar unas normas que se nos imponen por el hecho de vivir en sociedad, y debemos cumplirlas, como por ejemplo el hecho de no conducir en estado de embriaguez, cuando transgredimos esas normas somos acreedores de una sanción, situación que no se discute, sin embargo para la imposición de la sanción el Estado debe respetar los derechos que se han adquirido para los ciudadanos históricamente, como la presunción de inocencia y la posibilidad de no ser sometido a tratos crueles e inhumanos. Pues como señala Claus Roxin “*... la verdad no se ha de investigar a cualquier precio sino protegiendo la dignidad humana y los derechos fundamentales del imputado...*”<sup>135</sup>,

También estamos los ciudadanos en la obligación de colaborar con las autoridades en las investigaciones de hechos que pongan en riesgo la tranquilidad pública, siempre y

---

132 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-621 de 4 de Noviembre de 1998. Gaceta de la Corte Constitucional 1998, Tomo 10, Noviembre. 1998

133 Sentencia C-633. Corte Constitucional Colombiana.

134 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 161 del 2 de Octubre de 1997.

135 ROXIN, ARZT, TIEDEMAN. Op., cit., p. 133.

cuando esa colaboración que se le exige al ciudadano no sirva para que a este se le incremine.

De lo contrario parecería que volviésemos a la inquisición de la edad media en la que se empleó el tormento como medio para arrancar confesiones. Sólo que hoy no se utilizan la guillotina, el cepo y la hoguera, parecería más bien la intimidación el instrumento elegido por los legisladores para presionar al ciudadano a realizarse la prueba para establecer su grado de embriaguez y poder condenarlo o sancionarlo.

Nótese como las sanciones a nivel administrativo son las más altas, se sanciona más drásticamente tanto en España como en Colombia el hecho de negarse a la prueba de embriaguez que el mismo hecho de conducir en dicho estado, la penalización además de dicha negativa en España también es una muestra de ello, de esa intimidación que se pretende comunicar a los ciudadanos de manera tal que cuando sean requeridos por la autoridad no duden en prestarse a la prueba.

Doctrinantes como Mario Baena Upegui abordan este criterio y el de la violencia como si fueran el mismo fenómeno jurídico, sin embargo, y pese a que el legislador no se ocupó de la definición de la fuerza, cabe decir, que hay fuerza cuando se ejerce una presión física y/o mental contra el agente o sus familiares y personas cercanas, en virtud de la cual la persona celebra un acto jurídico no deseado en condiciones diferentes, es decir, se obtiene el consentimiento de una persona mediante acciones intimidatorias y afectación a su integridad física y/o moral, es una acción indebida que termina modificando la voluntad real del agente.<sup>136</sup>

Sin lugar a duda la situación más extrema y problemática es la facultad que en Colombia se le ha otorgado al Juez de Control de Garantías de ordenar que se tomen coercitivamente la muestra de los fluidos, situación que no solo atenta contra el derecho a la no autoincriminación, que debería ser tenido en mayor medida en el derecho penal, sino que también se vulnera la dignidad humana del ciudadano valor supremo que irradia todo el ordenamiento penal Colombiano y que por ello se encuentra consagrado como principio en el artículo 1 de la ley 906 de 2004. El hombre es un fin en sí mismo y no puede ser tratado como un medio, su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse, no de que un juez, so pretexto de hacer efectiva la justicia, decida por él”<sup>137</sup>.

La misma Corte Constitucional Colombiana en Sentencia –C-1287 de 2001- ha señalado que el derecho punitivo en la actualidad ha proscrito el empleo de medios de búsqueda de la verdad mediante el empleo de fuerzas físicas o morales que someten al individuo. Así pues es *“inconcebible y cavernario forzar moralmente y atemorizar a un ciudadano con el fin de obtener de éste pruebas físicas, biológicas o confesiones;*

---

<sup>136</sup>BAENA UPEGUI, M. (2004). De las obligaciones en derecho civil y comercial. Bogotá: Legis, p.710.

<sup>137</sup> POSADA ARBOLEDA, N. Op., cit. p. 133

*medios probatorios que son arrancados con fundamento base en el miedo y la intimidación policiva*".<sup>138</sup>

Diferentes ordenamientos jurídicos han admitido medidas semejantes a la examinada en esta oportunidad. Ahora bien, la doctrina ha considerado que esto plantea la posibilidad de considerar al sindicato como un *objeto de indagación*.

Sin embargo, diferentes órganos, entre ellos el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Saunders contra el Reino Unido), han considerado procedente la adopción de este tipo de medidas. Del primero de tales tribunales se encuentran las sentencias STC 252/1984, STC 103/1985, STC 107/1985, STC195/1987 y STC 161/1997. En una de ellas advierte que el ciudadano "*como contrapartida de la propia permisión del riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar las actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro de las garantías esenciales*".<sup>139</sup>

La Corte Constitucional Colombiana ha tomado del Tribunal Constitucional Español el mismo argumento de justificación de la sanción de la negativa a la realización de la prueba de embriaguez, señalando que se trata de una sanción por la "*desobediencia*" o "*desatención*" a la autoridad, no por el hecho de encontrarse conduciendo en estado de embriaguez.

Sin embargo en la práctica las codificaciones no lo han logrado desvincular dado que se impone como sanción la cancelación o suspensión de la licencia de conducción del ciudadano, ¿Por qué suspender o cancelar la licencia cuando el ciudadano es simplemente un desobediente?, la respuesta es que en el fondo tanto la autoridad, el legislador y los órganos constitucionales suponen que quien se niega a realizarse la prueba se encuentra en estado de embriaguez, desconociéndose el principio de presunción de inocencia.

Las objeciones se hacen extensivas y se viene sosteniendo que estamos ante delitos (En el caso de España) formales o de desobediencia, en los que se prescinde de la peligrosidad real para los bienes jurídicos protegidos (vida o salud de las personas), pues se tipifican comportamientos caracterizados por la mera infracción de estándares de riesgo o destinados a proteger el orden administrativo.<sup>140</sup>

Es erróneo pensar que quien se niega a realizarse la prueba lo hace con la intención de ser desobediente o desatender a la autoridad, y no tienen en cuenta que si lo hace posiblemente es porque es su reacción connatural a no auto incriminarse, sabiendo que

---

<sup>138</sup>Intervención de Mónica Franco Onofre dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014

<sup>139</sup>Intervención de la Universidad de la Sabana - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas dentro en respuesta a las demandas de inconstitucionalidad D10081, D10083 y D10097, resueltas por la Corte Constitucional en Sentencia C633 de 2014

<sup>140</sup> ALASTUAHEY DOBÓN, C, ESCUCHUVI AISA, E. p.p 10-11

tomó unas copas. Su actuar es análogo a quien sabe que es culpable y decide no hacer ninguna manifestación en juicio.

Además es necesario considerar que en el supuesto de la norma pueden estar comprendidos los casos en los que una persona no se realiza la prueba debido a que desconfía del procedimiento y los casos en los cuales una persona que ha consumido alcohol se niega a practicar la prueba con el propósito de evadir la sanción. El tratamiento igual de ambos supuestos es problemático<sup>141</sup>.

Dado que el argumento de ambos organismos Constitucionales es la protección del interés general, en primer lugar hay que decir que en el proceso penal se da una tensión entre el interés público en la averiguación de los hechos y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales. Podemos afirmar que este interés privado se respeta si se cumple con las garantías procesales fijadas legalmente. Así, el artículo 11-1 Ley orgánica del poder judicial en España afirma “*no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente violentando los derechos o libertades fundamentales*”. En este sentido se había manifestado el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 114/1984 de 29 de noviembre.<sup>142</sup>

Si el argumento es el interés general de la sociedad, en el caso de que un ciudadano culpable piénsese un asesino no declare en juicio y guarde silencio y que gracias a su silencio no se le pueda condenar por falta de material probatorio, ¿acaso esa garantía que se le otorgó a ese ciudadano no es equiparable ante la posibilidad de quien conduce embriagado de no ser obligado a colaborar en su propia incriminación?, ¿No representa también un riesgo que el asesino tenga derechos y pueda obtener su libertad?

Es contradictorio pensar que a pesar de que la jurisprudencia constitucional ha advertido que quien es investigado no tiene la obligación de colaborar con la administración de justicia en caso de que ello pueda suponer su incriminación, ello no puede extenderse al deber de permitir el recaudo probatorio.

Los derechos de las víctimas son un argumento utilizado por la Corte Constitucional Colombiana principalmente para la obtención de muestras que involucren al imputado lo que es un claro reflejo de lo planteado por GARLAND quien sostiene que los intereses y los sentimientos de las víctimas -las víctimas mismas, las familias de las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de «la víctima»- se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva. El nuevo imperativo político es que las víctimas deben ser protegidas, se deben escuchar sus voces, honrar su memoria, deben poder expresar su ira y debe haber respuestas a sus temores. La retórica del debate penal frecuentemente invoca la figura de la víctima -típicamente un niño o una mujer o un familiar en duelo como alguien que tiene derechos, que debe poder expresar su sufrimiento y cuya seguridad en el futuro debe ser garantizada. Toda

---

<sup>141</sup> Intervención INML en Sentencia C – 633 de la Corte Constitucional Colombiana.

<sup>142</sup> PASTOR PABLO, *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Op., cit., p. 157.

atención inapropiada de los derechos o del bienestar del delincuente se considera como algo que va en contra de la justa medida de respeto por las víctimas.<sup>143</sup> En el caso en concreto el desconocimiento de la aplicación del derecho de no autoincriminación y su interpretación restrictiva.

No se trata de desconocer ni de justificar la conducción de automotores en estado de embriaguez, sin lugar a duda es un asunto que a todos nos preocupa, lo que no se puede justificar es el argumento que con la coacción inclusive ex ante a través de la intimidación con las altas sanciones e inclusive con la obligación de someterse a dicha prueba como sucede en Colombia en materia penal no se desconozca el derecho de no autoincriminación. El estado no puede soslayar derechos que han sido adquiridos históricamente para los ciudadanos.

La antinomia que se presenta no termina encontrando solución en tecnicismos legales, la respuesta está en la posición desde la Política criminal que decida asumir cada Estado, si por un lado quiere plantear un modelo de seguridad ciudadana<sup>144</sup> de mano dura y tolerancia cero o por el otro asumir una posición garantista frente a la solución del problema que se presenta.

Debe repensarse desde las políticas públicas primero la posibilidad de encuadrar las normas de manera que no se requiera por parte del ciudadano coadyuvar en la comprobación del estado de embriaguez, por ejemplo con la posibilidad de demostrar dicho estado con otros medios probatorios, como por ejemplo determinar que tanto licor consumió determinada persona en un lugar y que luego condujo su vehículo, adicionado a ello con el testimonio pericial de un experto en la toxicología forense, pues es en últimas la criminalística la que debe avanzar de cara a no requerir en su investigación la ayuda del ciudadano en contra de quien se dirige la investigación.

Sin embargo más allá de esta propuesta se debe plantear la pregunta si ¿Es realmente a través del uso del derecho penal que se dará solución a dicha problemática?

Al respecto cabe cuestionarse como principalmente en Colombia se han tomado este tipo de medidas y decisiones para enfrentar la problemática del consumo de licor y conducción de automotores, si hacemos referencia a la ley 1696 de 2013, en la exposición de motivos del proyecto de ley quedó claro que el objeto del mismo consistía en la disminución de las muertes y lesiones en “*siniestros viales por conducir en estado de embriaguez o bajo los influjos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*”.<sup>145</sup> A su vez, la conveniencia se fundaba en el progresivo aumento en el número de muertes y siniestros viales, tomando como fundamento para ello la información del Instituto Nacional de medicina legal y Ciencias Forenses en el informe Forensis publicado del año 2011, así como también en cifras de la Policía Nacional.

---

<sup>143</sup> GARLAND, D. (2005). *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, p. 46.

<sup>144</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. El nuevo modelo de seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (2004)

<sup>145</sup> Gaceta del Congreso 749. P 6 tomado de ECHAVARRIA RAMIREZ, R. Op., cit.

No obstante, las cifras que se exponen dan cuenta, más que de un aumento, de la reducción de las muertes y lesiones en accidentes de tránsito.<sup>146</sup> Así pues, y en lo que toca con la justificación del proyecto de ley, debe decirse que no es cierto que existiera un aumento de la inseguridad vial. Esto, pues la información en la materia apuntaba más a la disminución o mantenimiento en las condiciones de inseguridad vial, como inclusive se reconoce en la exposición de motivos.<sup>147</sup>

Esto se debe a que el proceso de generación de las políticas públicas se ha vuelto profundamente politizado y populista. Las medidas de política pública se construyen de una manera que parece valorar, sobre todo, el beneficio político y la reacción de la opinión pública por encima del punto de vista de los expertos y las evidencias de las investigaciones.<sup>148</sup> El tema de la conducción bajo estado de embriaguez se ha tomado con un tono peligrosista por parte de los medios de comunicación, que muestra un panorama quizás peor a lo que refleja la realidad, situación que también ha influido en el legislador para implementar sanciones desproporcionadas e intentar solucionar este tema social, decisiones que aportan votos a sus campañas electorales.

Esto sucede porque existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad «de la gente», del sentido común, de «volver a lo básico». La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de «la víctima» y de los temerosos y ansiosos miembros del público.<sup>149</sup> Desconocimiento que ayuda a la vulneración de derechos ciudadanos, de quienes se ven inmiscuidos en una investigación por infracción a la seguridad vial.

Se deben redirigir las políticas públicas a un mejor tratamiento del problema, desde la prevención, crear conciencia ciudadana del peligro que representa la conducción en estado de embriaguez e implementar políticas públicas que busquen evitar y desincentivar que los ciudadanos conduzcan cuando han ingerido alcohol u otras sustancias, con la ayuda de la tecnología se puede lograr, recientemente se han lanzado aplicaciones móviles para calcular el estado de embriaguez, se han implementado el uso de alcoholímetros en bares, restaurantes y discotecas, en algunos vehículos se vienen realizando pruebas de implementación de alcoholímetros incorporados al mismo vehículo que permiten que el mismo encienda o no, según el estado de quien conduce, además se pueden tomar medidas a nivel administrativo como mejorar el transporte público en zonas de bares y discotecas durante las 24 horas, o por ejemplo que los parqueaderos o aparcamientos que rodeen las zonas donde generalmente se consume alcohol cuenten con dispositivos donde cada ciudadano compruebe su estado, para que le sea entregado el vehículo y lo pueda retirar del lugar.

---

<sup>146</sup>ECHAVARRIA RAMIREZ, R. Op., cit., p. 119.

<sup>147</sup>Ibíd. P. 120.

<sup>148</sup> GARLAND, D., Op., cit., p. 49.

<sup>149</sup>Ibíd. p. 49.

Ningún cambio democrático en la política del control social puede ser realizable si los sujetos de necesidades y derechos humanos no logran pasar de ser sujetos pasivos de un tratamiento institucional y burocrático, a ser sujetos activos en la definición de los conflictos de que forman parte y en la construcción de las formas y de los instrumentos de intervención institucional y comunitaria idóneos para resolverlos según sus propias necesidades reales.<sup>150</sup>

Se pueden implementar un sin número de medidas para afrontar la problemática sin necesidad de acudir al derecho penal, la sanción administrativa por la conducción en estado de embriaguez no se muestra contraria a los derechos fundamentales de los ciudadanos conforme a la protección del interés público, la sanción por negarse a la prueba si se puede aplicar como lo han interpretado los organismos constitucionales como un acto de desobediencia, sin embargo las sanciones deben corresponder a dicho acto pues en la actualidad son desproporcionadas.

En materia penal es diferente pues no es la jurisdicción llamada a solucionar este tipo de problema social, pues el principio general de prevención ofrece una indicación política fundamental para una estrategia alternativa de control social. Se trata, esencialmente, de desplazar, cada vez más, el énfasis puesto en las formas de control represivo hacia formas de control preventivo. Las primeras responden a las expresiones individuales de los conflictos manifestados por acciones definidas como desviadas; las segundas atienden a las situaciones complejas en las cuales los conflictos se producen.<sup>151</sup>

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALASTUAHEY DOBÓN, Carmen, ESCUCHUVI AISA, Estrella, (2011). “Ilícito penal e ilícito Administrativo en materia de tráfico y seguridad vial”, *Estudios penales y criminológicos* Vol. XXXI, Universidad de Zaragoza.

ALVAREZ ALVAREZ, y SOTOMAYOR ACOSTA. (2014). “El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica”. *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 010 Nro. 0083 Julio-Diciembre 2014, Medellín. Universidad EAFIT.

ARMENTA DEU, Teresa. (2011). *La prueba ilícita. Un estudio comparado*. Madrid: Marcaíl Pons.

BAENA UPEGUI, Mario. *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. Bogotá: Legis.

---

<sup>150</sup> BARATTA, A. (2004). “Principios de Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, p. 329

<sup>151</sup>Ibíd. p. 328.

BARATTA, Alessandro. (2004). “Principios de Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal”. *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. (2008). “*La limitación de derechos fundamentales en el sistema acusatorio colombiano*”. Medellín. COMLIBROS.

CHIESA APONTE, Ernesto. (1995). *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Vol. I. Ed. FORUM.

CUESTA PASTOR, Pablo, (2002). *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Comares.

CUESTA PASTOR Pablo, “Monografías de Derecho Penal dirigidas por Lorenzo Morilla Cueva”, *Monografías de Derecho Penal* No 19, Madrid. Dykinson S.L Editorial.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. (2012) *El delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia o de detección de drogas*, Barcelona. Editorial Bosch.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (2004)

ECHAVARRÍA RAMÍREZ, Ricardo. (2014). “¿Necesidad de reforma penal o demagogia legislativa?, consideraciones sobre la circunstancia de agravación del delito de homicidio imprudente introducida mediante la Ley 1696 de 2013”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 010, Nro. 83, Julio-Diciembre 2014. Medellín. Universidad Eafit.

GARLAND, David. (2005). *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo, Barcelona. Gedisa Editorial.

GOMEZ PAVON, Pilar. (2010). *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4 ed., Barcelona. Bosch.

GUNZENMULLER, Carlos, ESCUDERO José, otro. (1998). “Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia”. *Revista general de Derecho*. Valencia, Ediciones.

KIRSCH, Stefan. (1999) *¿Derecho a no autoinculparse?*, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, la insostenible situación del derecho penal (traducción a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad PompeuFabra), Granada, Comares.

LARRAURI, Elena, *Populismo punitivo... y cómo resistirlo*, Jueces para la democracia Vol. 55, 2006. p. 15

LONDOÑO MESA, Federico. (2015). “*Limitación del derecho a la no autoincriminación por parte del juez de control de garantías en los eventos del cuerpo humano como evidencia probatoria*”. Trabajo de grado como requisito para optar al título de Magister en Derecho Procesal Contemporáneo, Universidad de Medellín, Medellín.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi S. A.

M JAUCHEN, Eduardo. (2005). *Derechos del Imputado*. Santa Fé: Rubinzal-Culzioni Editores.

PEDRAZ PENALVA, E. – ORTEGA BENITO, V. (1990). “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura alemanas”, *Poder Judicial*, No 17.

PINA-FUSTER, Román. (2000). *Embriaguez, alcoholismo y Derecho Penal*. Barcelona Editorial Bosch.

PHELPS, G. (1998). *Debates contemporáneos sobre libertades civiles*. México: Prisma. 1998.

POSADA ARBOLEDA, Néstor. (2011). *Límites al ejercicio del poder punitivo*. Capítulo VII de la obra *Derecho Penal Parte General – Fundamentos*. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ignacio. (2006). *Estudios de Derecho Penal y Criminología* dirigidos por Carlos María Romero Casabona, segunda edición, Granada. Editorial Comares, 2006.

ROXIN, ARZT, TIEDEMAN. (1989) *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Ed. Ariel.

## 6. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo de Puerto Rico. (Pueblo v. Falú Martínez), fallo de 1986,

Tribunal Supremo de Puerto Rico. (Pueblo de Puerto Rico v. Javier Sustache Torres), fallo del 30 de junio de 2006.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 633 de 2014 del 3 de Septiembre de 2014.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 822/2005 del 10 de Agosto de 2005.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-621 de 4 de Noviembre de 1998.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 103 del 4 de Octubre de 1985.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 107 del 7 de Octubre de 1985.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia del 2 de Octubre de 1995.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 161 del 2 de Octubre de 1997.

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 234 del 18 de Diciembre de 1997.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia 32964 del 25 de Agosto de 2010, Magistrado ponente José Leónidas Bustos Ramírez.

SAP Asturias 2ª. 1 de Julio de 1997.

SAP Barcelona 3ª. 11 de Julio de 1997.

SAP La Rioja del 22 de Febrero de 2005.

SAP Tarragona 2ª del 9 de Mayo de 2008.

SAP Barcelona 10ª del 20 de Julio de 2009.

SAP Valencia 4ª del 5 de Octubre de 2009.

SAP Girona 3ª del 4 de Noviembre de 2009.

SAP Ourense 2ª del 17 de Noviembre de 2009.

SAP Madrid 2ª del 16 de Marzo de 2010.

SAP A Coruña 6ª del 29 de Diciembre de 2010.

SAP Valencia 2ª del 3 de enero de 2011.

SAP Madrid 2ª del 22 de Junio de 2011.