



LA NEGATIVA A SOMETERSE A LAS PRUEBAS DE DETECCIÓN DE ALCOHOL Y DROGAS EN LA CONDUCCIÓN.

THE NEGATIVE TO SUBMIT TO THE EVIDENCE OF ALCOHOL AND DRUG DETECTION IN DRIVING

Javier Heredia Menchero
Criminólogo
jahemen1@hotmail.com

PALABRAS CLAVE / KEY WORDS

Cadena de custodia / Negativa pruebas.

Chain of custody / Negative tests.

RESUMEN / ABSTRACT

La negativa del conductor de un vehículo a motor o ciclomotor lleva implícita ciertas exigencias para que se pueda dar el tipo penal. Se intentará en este estudio dejar constancia de las mismas, así como de las garantías exigidas en la cadena de custodia en las pruebas de contraste, o en los casos en que el conductor no pueda someterse a las pruebas legalmente establecidas.

If a negative reply is answered by a driver in a police stop, the application of the penal code has implied warranties before be applied. The present study tries to show up those warranties and the statutory ones needed for the evidence chain of custody using back-testing evidences; even when the driver can not have the test.



Todo conductor de un vehículo a motor o ciclomotor está obligado a someterse a las pruebas legalmente establecidas, cuando sean requeridos para ello. Por tanto, si un conductor se negare a que se le practiquen dichas pruebas, incurriría en una conducta tipificada como delito en el artículo 383 del Código Penal:

El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas 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.

Para que la negativa sea punible, son exigibles dos elementos (de Vicente Martínez, 2012):

El requerimiento por parte del agente de la autoridad y la negativa del conductor. Dentro de estos dos elementos, se encuentran diversos matices:

El requerimiento debe hacerse con absoluto respeto a todas las formalidades legales exigidas y por agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones. Estos informarán al conductor de las causas que han motivado el mismo y de las consecuencias que podrían derivarse de una hipotética negativa¹. Deberá

igualmente ser informado del derecho que le asiste a contrastar los resultados en un centro médico.

Estas exigencias a las que se acaba de aludir, no se recogen expresamente en el texto del artículo 383 del Código Penal, se deducen del carácter de desobediencia que tiene este tipo². Atendiendo a tal carácter, se deben exigir tres requisitos (de Vicente Martínez, 2012):

I. Que nos encontremos ante un mandato legal y que este emane de autoridad o sus agentes.

II. Que el requerimiento sea claro.

III. Que la negativa sea abierta, no considerándose suficiente “la mera renuncia”³.

En virtud de la jurisprudencia, aunque esta no es unánime, la negativa existe, tanto si el sujeto se niega de forma expresa y directa, como si este finge intentar practicar la prueba, pero lo hace “mediante subterfugios o actitudes simuladoras” para que la práctica resulte nula y no se pueda conocer el resultado de la misma⁴.

Cabría destacar, la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo (STS 1073/2017, de 28 de marzo), respecto a la negativa a someterse a la segunda de las pruebas para la detección de alcohol en aire espirado, argumentándose en ella, entre otras circunstancias, que la segunda prueba es una garantía y no solo para el conductor. También para el sistema.

El requerimiento debe hacerse con absoluto respeto a todas las formalidades legales exigidas y por agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.



NEGATIVA EN CASOS DE EXTRACCIÓN, EXTRACCIÓN SANGUÍNEA SIN CONTRASTE Y PRUEBA DE CONTRASTE

En ciertos casos, el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor puede estar verdaderamente incapacitado para llevar a cabo la práctica de las pruebas. Esto puede suceder por diversos motivos:

I. Que el conductor se encuentre tan influenciado por el consumo de las sustancias que ha incorporado a su organismo, que le resulte imposible realizar correctamente las pruebas. Puede ser que no sea capaz de salivar, de realizar la insuflación en el etilómetro en los casos de alcoholemia, o simplemente que la influencia sea tan elevada que le cueste, incluso, mantener el equilibrio y resulte imposible someterlo a las pruebas.

II. También puede ocurrir que el conductor padezca una enfermedad diagnosticada y justificada que le impide realizar la prueba⁵.

III. Por último, otra circunstancia a tener en cuenta, es la posibilidad de que el conductor haya sufrido lesiones tras un accidente, y los servicios médicos que le están atendiendo determinen la inconveniencia de que sea sometido a la prueba en cuestión.

El Art. 14.3 -párrafo segundo- de la Ley de Seguridad Vial (en adelante LSV) prevé que: *cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas* (alcohol y drogas) se

podrá ordenar el reconocimiento médico del sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados.

En el Art. 22.2 del Reglamento General de Circulación, se enumeran los supuestos que se pueden incluir en la expresión “razones justificadas” extraída del precepto anterior: *cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas...*⁶.

Por tanto, atendiendo a los dos preceptos que acabamos de reseñar, en los casos en que los conductores “por razones justificadas” no puedan someterse a las pruebas legalmente establecidas, estos serán trasladados por los agentes a un centro sanitario. Allí, el personal facultativo someterá a estudio al conductor, para certificar si este ha incorporado a su organismo drogas o alcohol⁷. En caso de que los facultativos de guardia estimen que el procedimiento adecuado para someter a estudio al conductor es un simple reconocimiento médico, circunstancia poco probable debido al carácter subjetivo que podría atribuírsele a dicho informe; y el conductor se negare, será investigado por su negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas (Código Penal: Art. 383). Pero si, por el contrario, el facultativo establece que la mejor opción para determinar si el conductor ha incorporado a su organismo drogas o alcohol, es someterlo a extracción sanguí-

En los casos en que los conductores “por razones justificadas” no puedan someterse a las pruebas legalmente establecidas, estos serán trasladados por los agentes a un centro sanitario.



nea (sin duda será lo más probable, por el carácter objetivo y científico de la prueba) el conductor **deberá** prestar su consentimiento a la extracción, pues de no hacerlo, únicamente se podrá llevar a efecto mediante mandamiento judicial⁸, atendiendo al respeto a la integridad física garantizado en nuestra Constitución en su artículo 15, así como a la intimidad personal (Art. 18).

Por tanto, una vez extendido el auto judicial por el juez de guardia y, en caso de persistir la negativa del conductor a someterse a la extracción sanguínea, sí podría procederse a la investigación del mismo, por su supuesta negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas. Nunca antes.

La autorización del conductor será inexcusable, aun cuando el estudio se realice sobre muestras obtenidas con fines terapéuticos. Es decir, debido a las lesiones que presenta y al tra-

tamiento que demanda, los facultativos de guardia consideran conveniente proceder a la extracción de sangre, únicamente con fines terapéuticos. No existe aún, demanda alguna de la autoridad judicial (en la mayor parte de los casos en los que se dé este supuesto, es muy probable que el conductor no se encuentre en condiciones de ofrecer su consentimiento). En este caso, aunque no se estaría vulnerando, por tanto, el derecho fundamental a la integridad física, sí se conculcaría el derecho a la intimidad personal, pues se busca conocer en los resultados obtenidos, información referente a la vida privada del conductor, que podría no querer revelar⁹. Ante tal situación, los agentes actuantes deberían solicitar, mediante oficio motivado al juez de guardia, que requiera del centro sanitario los resultados de las muestras obtenidas con fines terapéuticos, para detectar una posible presencia de drogas o





alcohol, así como la conservación de la muestra en las condiciones idóneas¹⁰ y respetando en todo momento la cadena de custodia. A su vez, los agentes deberán enviar otro oficio al centro donde se esté tratando al conductor, informando de la solicitud dirigida a la autoridad judicial.

PRUEBA DE CONTRASTE

Este procedimiento concede al conductor que ha arrojado un resultado positivo en el etilómetro evidencial (alcohol) o en el kit indiciario (droga) la posibilidad de contrastar, generalmente mediante análisis de sangre, los resultados obtenidos. Esta prueba presenta una serie de particularidades que se desarrollan a continuación.

Se reseña parte del artículo 796.1.7ª de la LECrim: ... *Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas...*

Por su parte, el Art. 14.5 de la LSV, establece que: *A efectos de contraste, a petición del interesado (se trata, por tanto, de un acto de descargo, no de la prueba en sí) se podrán repetir las pruebas para la detección de alcohol o de drogas, que consistirán preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Cuando la prueba de contraste arroje un resultado positivo será abonada por el interesado.*

En primer lugar, se debe dejar claro, tal y como ya se ha apuntado, que se trata de con-

trastar los resultados obtenidos previamente en las pruebas legalmente establecidas. Por tanto, no resulta procedente, como norma general, utilizar este procedimiento como prueba única o principal, pese a que exista una petición expresa del conductor¹¹. Tampoco será exigible consentimiento del conductor, pues es una petición suya y un derecho que ha decidido ejercer voluntariamente.

CADENA DE CUSTODIA

Según Figueroa (2011) se trata de:

Aquel procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios delictivos, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas. Siendo su objetivo último garantizar la corrección del recorrido que sigue todo vestigio hasta convertirse en evidencia probatoria y, de este modo, acreditar que aquello sobre lo que recae la inmediatez, oralidad, publicidad y contradicción de las partes y se somete a juicio del tribunal es "lo mismo" que fue aprehendido, pudiendo afirmarse su falta de contaminación, sustitución, alteración o manipulación.

La LECrim, establece entre las funciones de la Policía Judicial en los procedimientos de enjuiciamiento rápido (la mayor parte de los procedimientos iniciados por el tipo penal que estamos estudiando, se sustanciarán por juicio rápido¹²) lo siguiente:

No resulta procedente, como norma general, utilizar la prueba de contraste como prueba única o principal, pese a que exista una petición expresa del conductor.



Art.796.1.6ª:

Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.



Del mismo modo, en lo referente a huellas o vestigios susceptibles de análisis biológico, la LECrim establece que¹³: *se adopten las medidas necesarias para que su recogida y custodia se verifiquen en condiciones que garanticen su autenticidad.* E igualmente, respecto a la recogida de determinadas piezas de convicción, señala que se haga de *tal forma que se garantice su integridad*¹⁴.

Las mayores dificultades para garantizar la cadena de custodia, específicamente en los delitos contra la seguridad vial, se encuentran en los casos en que el conductor ha resultado herido de considerable gravedad y no puede otorgar su consentimiento a que se dé conocimiento a la autoridad judicial correspondiente, de los resultados obtenidos de las muestras que han sido extraídas con fines terapéuticos, respecto a la pre-

sencia en el organismo del conductor, de drogas o alcohol. En estos casos, el personal sanitario actúa con premura, atendiendo a la gravedad del paciente, por lo que es posible, por ejemplo, que no se tenga en cuenta el hecho de no desinfectar la zona de punción con productos que contengan alcohol, o que no se formalice adecuadamente la cadena de custodia.

En muchos casos, los protocolos establecidos para la extracción, recogida y conservación de la muestra, no comienzan a aplicarse hasta una vez recibido en el centro sanitario el mandamiento judicial, cosa que sucederá, muy probablemente, días después del ingreso del conductor en urgencias.

Sanz Fernández-Vega (2013) apuesta por un protocolo medicolegal: *... que garantice, por una parte, la idoneidad del procedimiento de extracción con antisépticos sin contenido alcohólico y la preservación de una parte alícuota de la muestra obtenida en tubos de ensayo aptos y con conservantes igualmente aptos, y, de otra parte, el cumplimiento de la cadena de custodia desde ese momento inicial, asegurando así una hipotética y ulterior investigación judicial.*

En tanto en cuanto no se regulen expresamente los requisitos exigidos para la conservación de la cadena de custodia (esta regulación no ha llegado a ver la luz en la última reforma de la LECrim, pese a existir un proyecto destinado a tal fin) se



estará a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Acuerdo del Comité Técnico de Policía Judicial, de 24/02/2016¹⁵, para garantizar el proceso de custodia:

I. La cadena de custodia tiene un carácter meramente instrumental¹⁶.

II. Existe una presunción de regularidad de la cadena de custodia. Se debe tener una sospecha razonable de que ha habido algún tipo de manipulación sobre la muestra. Aun así, la mera irregularidad no tiene que equivaler a la nulidad de la prueba¹⁷.

III. Atendiendo a lo anterior, las meras irregularidades for-

males no dan lugar a la ruptura de la cadena de custodia, no siendo suficiente que exista la posibilidad de manipulación, para considerar que la cadena de custodia se ha roto. Se debe exigir prueba de manipulación efectiva¹⁸.

IV. Las irregularidades formales pueden suplirse mediante otros medios de prueba que certifiquen el cumplimiento de la cadena de custodia, como puede ser la manifestación en juicio oral de los sanitarios¹⁹.

V. No se considera rota la cadena de custodia, por el traspaso entre organismos públicos aunque no se documente²⁰. ■

BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS ACLARATORIAS

¹SAP Vizcaya 1159/2007, de 17 de mayo.

²DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2012:65). La doctrina tampoco es pacífica en este sentido. Existen dos posiciones diferenciadas: la que interpreta que la negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas, no integra el delito de desobediencia (postura mayoritaria) y, por otro lado, quienes consideran que la negativa a someterse a estas pruebas, sí integra el delito de desobediencia. ÁLVARO LÓPEZ-PERDICES LÓPEZ (2010:352-354).

³SAP Gerona 1380/2009, de 12 de agosto; SAP de Baleares 227/2008, de 16 de abril; y SAP de Barcelona 6818/2009, de 23 de julio.

⁴SAP Madrid 247/2003, de 22 de mayo de 2003. SAP Vizcaya 122/2003, de 29 de enero de 2003: "la oposición a realizar dicha prueba, puede ser abierta y patentemente manifestada, o bien expresada a través de actos concluyentes de que el conductor no quiere cooperar en su realización".

⁵La jurisprudencia únicamente admite como impedimentos físicos, las dolencias torácicas y las dificultades respiratorias o similares: entre otras, SAP Barcelona 11154/2005, de 4 de noviembre.

⁶RGC: Art.26. 1. "El personal sanitario vendrá obligado, en todo caso, a proceder a la obtención de muestras y remitirlas al laboratorio correspondiente, y a dar cuenta, del resultado de las pruebas que se realicen, a la autoridad judicial, a los órganos periféricos del organismo autónomo Jefatura Central de Tráfico y, cuando proceda, a las autoridades municipales competentes (art. 14.2, párrafo tercero, del texto articulado). Entre los datos que comunique el personal sanitario a las mencionadas autoridades u órganos figurarán, en su caso, el sistema empleado en la investigación de la alcoholemia, la hora exacta en que se tomó la muestra, el método utilizado para su conservación y el porcentaje de alcohol en sangre que presente el individuo examinado".

⁷El INTCF establece la sangre como única matriz que permite inferir un consumo reciente y excluir falsos positivos.



⁸El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) exige para que se acuerde una vulneración de un derecho fundamental, mediante intervención corporal, los siguientes requisitos: “que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada”: STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) establece que: “en cuanto se trata de una intervención corporal que afecta a los derechos fundamentales a la integridad física y corporal (art.15 de la CE) y a la intimidad (art. 18.1 de la CE) requiere inexcusablemente un control judicial mediante Auto motivado conforme a lo establecido en el art 102.3 de la misma norma suprema del ordenamiento jurídico español”: STS 1261/1994, de 21 de junio.

⁹STC 207/1996, de 16 de diciembre. STC 25/2005, de 14 de febrero.

¹⁰Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses:

Art. 14: “Normas de recogida y preparación de muestras según el tipo de tóxico:

1. Las muestras destinadas al análisis toxicológico no se conservarán en formol. No se utilizarán los tubos con gel activador de la coagulación ante la posibilidad de que contengan tolueno.

2. Los frascos destinados a contener sangre no deben tener restos de agua para evitar la hemólisis.

3. A las muestras de sangre se añadirá un agente conservante, preferentemente fluoruro sódico, excepto cuando haya de determinarse flúor o sodio. A los restantes tipos de muestras biológicas no se les adicionará ningún conservante.

(...) 5. Para la determinación de alcohol etílico en sangre en sujetos vivos, la extracción se llevará a cabo con jeringa desechable, no empleándose alcohol o desinfectantes con fracciones volátiles en la desinfección de la piel.

Para la remisión y envío se deberán cumplimentar los impresos que aparecen en la citada orden, en sus respectivos anexos”.

¹¹FGE. Circular 10/2011 (2011:44): “Tras los casos de negativa a las pruebas y solicitud de los análisis de sangre suele esconderse en este aparente comportamiento de sumisión a una prueba de mayor fiabilidad una actitud fraudulenta. Conocidas son las dificultades de organizar los controles, de interrumpirlos para el traslado a centro hospitalario y el lapso de tiempo que transcurre hasta practicar el análisis con probable resultado de una menor concentración de alcohol en sangre. De generalizarse estos planteamientos en los conductores finalizarían los controles policiales tal como los establece el legislador y habría que organizar otros diferentes de orden sanitario u hospitalario. Ha de atenderse, de todos modos a la hora de decidir si se ejercita o no la acción penal a las circunstancias concurrentes en el caso (si ha habido o no perturbación del control, tasa arrojada, tiempo transcurrido hasta la analítica, intención del conductor)”.

¹²LECrim: Art. 795.

¹³LECrim: Art. 326.

¹⁴LECrim: Art. 338.

¹⁵COMITÉ TÉCNICO DE POLICÍA JUDICIAL (2016:112 y SS.).

¹⁶SSTS 347/2012, de 25 de abril, y 629/2011, de 23 de junio. Señalan que la cadena de custodia tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada (lo que las sentencias llaman la “mismidad” de la prueba.

¹⁷SSTS 347/2012, de 25 de abril, y 629/2011, de 23 de junio.

¹⁸SSTS 347/2012, de 25 de abril, -con cita asimismo de las SSTS 312/2011, de 29 de abril y 776/2011, de 20 de julio- y STS 629/¿2011?, de 23 de junio.

¹⁹STS 53/2011, de 10 de febrero. STS 629/2011, de 23 de junio.

²⁰STS 629/2011, de 23 de junio.