

La negativa a realizarse la prueba de embriaguez con fundamento en el derecho de no autoincriminación

JUAN CAMILO MUÑETÓN VILLEGAS*

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.

* Abogado. Máster en Derecho penal, Universidad EAFIT.

Abstract

The deaths and injuries caused by individuals under the influence of alcohol or other substances is subject of great worry amongst 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.

Sumario

1. Introducción. 2. Prueba de embriaguez. 3. Derecho de no autoincriminación. 4. Negativa por parte del ciudadano a la realización de la prueba de embriaguez. 4.1. Panorama desde el derecho sancionatorio administrativo. 4.1.1. Cuestiones de inconstitucionalidad. 4.2. Panorama desde el derecho penal. 4.2.1. Cuestiones de inconstitucionalidad. 4.2.1.1. Dignidad humana. 4.2.1.2. Principio de no autoincriminación. 4.2.1.3. Principio de presunción de inocencia. 4.2.2. Consideraciones de la Corte Constitucional. 5. Consideraciones finales y conclusiones.

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 civil¹.

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 la afectación a 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 en 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 sino que también se ha tipificado como delito, con pena inclusive de prisión.

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.

1 Artículo 33. Constitución Política de Colombia.

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, consistentes 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. Posición que es similar a la del Tribunal Constitucional español.

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*", al señalarse en la ley que "*no está obligado a declarar en su contra*", solo implica el derecho a no ser obligado a dar su testimonio en juicio.

Postura que no compartimos y que afrontaremos, pues 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 y habla por él.

2. 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 riesgo².

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),

2 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 1° y el artículo 3° 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.

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 diseño, yagé, yopo y *otras sustancias con efectos mixtos* como éxtasis, cannabinoides, antidepresivos³.

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 Colombia para determinar el estado de embriaguez alcohólica de una persona se puede utilizar el alcohosensor, el examen clínico o la utilización de prueba de orina o de sangre⁴. Para la determinación de la embriaguez por consumo de sustancias que generen alteraciones neurológicas y psíquicas, se acude a 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 laboratorio⁵.

Si bien en dichas disposiciones legales se intenta dotar de garantías la aplicación de dichas pruebas, se demostrará 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

3 Ibid.

4 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.

5 Ibid.

quien hace uso del derecho de no autoincriminación, consagrado en el art 33 de la Constitución colombiana, o a la garantía fundamental de presunción de inocencia.

Por lo tanto es menester abordar el tema del derecho de no autoincriminación, para luego hacer un análisis detallado del alcance que en la legislación colombiana se le ha otorgado por parte de la Corte Constitucional.

3. 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 ultimas de ayudar en su incriminación.

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"*⁶.

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 suya⁷.

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 contra⁸.

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

6 JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del imputado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzioni Editores, 2005, p. 182.

7 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Navarra: Editorial Aranzadi S. A., 2004, p. 521.

8 JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del imputado*, cit, p. 182.

dicho caso tuvo marcada incidencia *vis* Edward Coke, reconocido jurisconsulto del Derecho Inglés de principios del Siglo XVII⁹.

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 hombre¹⁰. 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 indemnización¹¹.

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 todo el interrogatorio, y que, si es indigente, un abogado le será asignado sin coste para representarlo¹².

9 Ibíd., p. 135.

10 PHELPS, Glenn, *Debates contemporáneos sobre libertades civiles*. México, Prisma, 1998, p. 25.

11 <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>, consultada el día 2 de junio de 2015.

12 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).

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 generada¹³.

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 ("*third degree practices*"). 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 tradicionales¹⁴.

Como escribe Kirsch¹⁵ 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.

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*¹⁶.

13 ARMENTA DEU, TERESA, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Madrid, Marvail Pons, 2011, p. 30.

14 CHIESA APONTE, ERNESTO, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, (Vol) I. Ed. Forum. 1995, p. 40.

15 KIRSCH, STEFAN, *¿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 Pompeu Fabra), Granada, Comares, 1999, p. 254.

16 Reglas de Evidencia de Puerto Rico, Adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 de febrero de 2009

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 juicio¹⁷. 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”¹⁸, mientras que en nuestro ordenamiento es claro que la norma cobija tanto al indiciado, imputado y/o acusado, como a sus parientes más cercanos.

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, ¿Es posible que el ciudadano con fundamento en el derecho de no autoincriminación se negase a la realización de dicha prueba dado que los resultados 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 responde a la negativa a la realización de la prueba de embriaguez el ordenamiento jurídico colombiano.

4. Negativa por parte del ciudadano a la realización de la prueba de embriaguez

En la actualidad a diferencia de lo que ocurre en España y otros países, en Colombia no se sanciona penalmente la conducción de vehículos automotores en

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-enmendadaslegislatura.pdf>. Consultado 23/06/2015 7:30 pm.

17 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 (Peticionario) v. Javier Sustache Torres (Recurrido).

18 LONDOÑO, FEDERICO, *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.

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 radicado proyectos de ley que pretenden implementar el castigo. 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 penal¹⁹.

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*"²⁰, 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 país²¹.

Este hecho y el repudio causado en la sociedad por los medios de comunicación fue utilizado por algunos congresistas 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 votantes²². Sin embargo ya la ley 1548 de 2012 había impuesto esa medida, medida que fue agravada y retomada por la ley 1696 de 2013.

19 ECHAVARRÍA RAMÍREZ, RICARDO, *¿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*, en revista Nuevo Foro Penal, Vol. 010, Nro. 83, Medellín, 2014, p. 107.

20 '*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. Consultado 23 de junio de 2015 a las 10:51 pm.

21 <https://www.youtube.com/watch?v=FYUwuPvsMM4>, consultado el 23 de junio de 2015.

22 Buscan hacer obligatoria la prueba de alcoholemia a raíz del caso Merlano, Noticia del periódico El País, publicación virtual, ElPaís.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.

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 sustancias psicoactivas, psicotrópicas y/o de alcohol, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad²³.

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 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.

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.

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

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 expirado²⁴.

Ahora bien frente a la realización de la prueba, 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.

24 Sentencia C- 633 de 2014, Corte Constitucional Colombia, Magistrado ponente Mauricio González Cuervo, 3 de septiembre de 2014, Bogotá.

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 3º 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.

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.

4.1.1. Cuestiones de inconstitucionalidad

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 debate, 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.

Todos estos cargos presentados ante la Corte Constitucional frente a los consagrado 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.

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 ciudadanos²⁵.

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 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”²⁶.

25 Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Sebastián Fajardo Vanegas radicada bajo el expediente D-10081.

26 Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Juan Sebastián Fajardo Vanegas radicada bajo el expediente D-10081.

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 desfavorables²⁷.

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”²⁸.

Cuestionable 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”²⁹.

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.

27 Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Jaime Zamora Durán radicada bajo el expediente D-10095.5.

28 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.

29 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 1º 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 6º 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 administrativa³⁰, 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

30 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.

judicial o administrativa, situación que no ocurre con quien se niega a someterse a la prueba de embriaguez pues su intención no es otra que evitar que con la prueba obtenida con su propio aporte se le incrimine.

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.

Lo que es verdaderamente preocupante es que la misma Corte Constitucional reconoce que existe vulneración al derecho de defensa e inclusive reconoce que esa evidencia es obtenida coercitivamente, dado que el ciudadano no tiene otra opción, 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.

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, y que 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 hechos³¹.

31 Esta conclusión coincide con la posición sostenida al respecto por el Tribunal Constitucional español.

Según 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 luchas 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,

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 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.

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.

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.

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 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 reincidencia³².

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 y pierde justificación la desproporcionalidad de la sanción.

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 analizar 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*.

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 síquica, 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 al principio de 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 diferente³³.

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 diferente³⁴.

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 inaplicable³⁵.

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

33 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, *El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica*. En revista *Nuevo Foro Penal*, (Vol) 010, Nro. 0083, Medellín, 2014, p. 164.

34 *Ibíd.*, p. 164

35 *Ibíd.*, p. 164.

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 penal³⁶, 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 pruebas 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 razonable³⁷ 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 de homicidio culposo, que ese estado equivale o es superior al primer 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?

36 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".

37 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. (...)

Si bien el legislador hasta hoy no ha tipificado como conducta punible de *negativa a la realización de la prueba de embriaguez* como sucede por ejemplo en España, si ha tomado medidas para 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, facultando 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*³⁸.

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:

Quando 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 245³⁹.

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 acudiría ante el juez de control

38 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.

39 Art 249. Ley 906 de 2004. Código Procesal Penal Colombiano.

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, realizando la obtención de muestras aún en contra de la voluntad de quien en últimas será el objeto de la prueba.

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.

Los 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.

4.2.1.1 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 humano⁴⁰.

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:

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.

40 LONDOÑO, FEDERICO, *Limitación del derecho a la no autoincriminación por parte del juez de control de garantías en los eventos del cuerpo humano como evidencia probatoria*, cit., p. 56

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 exonerarlo⁴¹.

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 mismo⁴².

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.

4.2.1.3 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 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

41 Sentencia C-822 de 2005 Corte Constitucional colombiana.

42 Ibíd.

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 disponibles⁴³.

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.

4.2.2 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, o inclusive una intervención quirúrgica. 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,

43 Ibíd.

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.

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 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.

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 el órgano constitucional de 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 considera que el ciudadano está en la obligación de prestarse para ello y que de no hacerlo deberá recibir las sanciones que se han establecido.

En España 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 Circulación⁴⁴ 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.

En Colombia el Código Nacional de Tránsito Terrestre⁴⁵ impone ante la negativa a la realización de la prueba de alcoholemia en el párrafo 3º 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 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

44 Real Decreto 339 del 2 de marzo de 1990.

45 Ley 769 de 2002. Código Nacional de Tránsito Terrestre colombiano.

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. Derecho que es reconocido por la Constitución Colombiana 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.

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?

La Corte Constitucional colombiana comparte la postura del Tribunal Constitucional español de otorgar 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 17.3⁴⁶ y 24.2⁴⁷ de la CE referidos al derecho a guardar silencio, a no ser obligado a declarar en su contra y a la presunción de inocencia⁴⁸.

La Corte Constitucional colombiana en el mismo sentido:

46 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.

47 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.

48 Sentencia del Tribunal Constitucional español 161 del 2 de octubre de 1997.

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 autoincriminación⁴⁹.

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 él⁵⁰.

González 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.⁵¹ 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 información⁵².

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.⁵³

49 Sentencia C-633. Corte Constitucional colombiana.

50 GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Barcelona, Bosch, 4 ed, 2010, p. 60.

51 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO, *Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos María Romero Casabona*, Granada, Editorial Comares, segunda edición, 2006.

52 LONDOÑO, FEDERICO, *Limitación del derecho a la no autoincriminación por parte del juez de control de garantías en los eventos del cuerpo humano como evidencia probatoria*, cit., p. 56.

53 Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, consultada en www.lexbase.biz el 4 de agosto de 2013. Artículo 8º.

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*.

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*"⁵⁴. 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.

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*"⁵⁵. 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*"⁵⁶.

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

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

55 Sentencia C-633. Corte Constitucional colombiana.

56 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 161 del 2 de octubre de 1997.

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”⁵⁷.

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 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 el hecho de negarse a la prueba de embriaguez que el mismo hecho de conducir en dicho estado, es con la intimidación que se pretende persuadir 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 agente⁵⁸.

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

57 ROXIN, CLAUDIUS, ARZT, GUNTHER, TIEDEMAN, KLAUS, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona, Ed. Ariel, 1989, p. 133.

58 BAENA UPEGUI, MARIO, *De las obligaciones en derecho civil y comercial*. Bogotá, Legis, 2004, p. 710.

depende de la posibilidad de autodeterminarse, no de que un juez, so pretexto de hacer efectiva la justicia, decida por él⁵⁹.

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; medios probatorios que son arrancados con fundamento base en el miedo y la intimidación policiva”*⁶⁰.

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 sindicado 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”*⁶¹.

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

59 POSADA ARBOLEDA, NÉSTOR RAÚL, *Límites al ejercicio del poder punitivo*, en Capítulo VII de la obra Derecho Penal Parte General – Fundamentos, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2011, cit. p. 133.

60 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.

61 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.

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 administrativo⁶².

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 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 problemático⁶³.

Dado que el argumento de la Corte Constitucional 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. 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.

62 ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA, *Ilícito penal e ilícito Administrativo en materia de tráfico y seguridad vial*, en estudios penales y criminológicos, (Vol) XXXI, Universidad de Zaragoza, 2011, pp. 10-11.

63 Intervención INML en Sentencia C – 633 de la Corte Constitucional colombiana.

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 David 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 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 víctimas⁶⁴. 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 ciudadana⁶⁵ 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,

64 GARLAND, DAVID, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005, p. 46.

65 DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *El nuevo modelo de seguridad ciudadana*, en revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (2004).

adicionado a ello con el testimonio pericial de un experto en 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”*⁶⁶. 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.

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 tránsito⁶⁷. 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 motivos⁶⁸.

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 investigaciones⁶⁹. El tema de la conducción bajo estado de embriaguez se ha tomado con un tono peligrosista por parte de los medios de

66 Gaceta del Congreso 749. P 6 tomado de ECHAVARRIA RAMÍREZ, R. Op. Cit.

67 ECHAVARRIA RAMÍREZ, RICARDO, *¿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*, cit., p. 119.

68 Ibíd. p. 120.

69 GARLAND, DAVID, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Traducción de Máximo Sozzo, cit., p. 49.

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”.⁷⁰ 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.

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 reales⁷¹.

70 Ibíd. p. 49.

71 BARATTA, ALESSANDRO, *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, 2004, p. 329.

Se pueden implementar un sin número de medidas para afrontar la problemática sin necesidad de acudir al derecho penal, la sanción administrativa se debe convertir en una medida preventiva y no represiva, pues si el ciudadano desobedece el requerimiento simplemente que se le retenga su vehículo con fines preventivos, pero jamás se le castigue o se le obligue a prestarse para su incriminación.

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 producen⁷².

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, CARMEN, ESCUCHURI AISA, ESTRELLA, "Ilícito penal e ilícito Administrativo en materia de tráfico y seguridad vial", en *Estudios penales y criminológicos* (Vol.) XXXI, Universidad de Zaragoza, 2011.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "El homicidio imprudente agravado por la embriaguez o el influjo de sustancias que produzcan dependencia física o psíquica", en *Revista Nuevo Foro Penal*. (Vol.) 010 No. 83, Medellín, 2014.
- ARMENTA DEU, TERESA, *La prueba ilícita. Un estudio comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2011
- BAENA UPEGUI, MARIO, *De las obligaciones en derecho civil y comercial*, Bogotá, Legis
- BARATTA, ALESSANDRO, "Principios de Derecho Penal Mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal", en *Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004.
- CHIESA APONTE, ERNESTO, *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, (Vol.) I. Ed. Forum, 1995.
- DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "El nuevo modelo de seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Málaga, 2004.

72 Ibíd., p. 328.

- ECHAVARRÍA RAMÍREZ, RICARDO, "¿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", en *Revista Nuevo Foro Penal*, (Vol.) 010, Nro. 83, Medellín, 2014.
- GARLAND, DAVID, *La cultura del control, Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa Editorial, 2005
- GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 4 ed., Barcelona, Bosch, 2010
- KIRSCH, STEFAN, "¿Derecho a no autoinculparse?", en *La insostenible situación del derecho penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, (traducción a cargo del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, Comares, 1999.
- LONDOÑO, FEDERICO, *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.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Navarra, Editorial Aranzadi S. A, 2004.
- JAUCHEN, EDUARDO, M., *Derechos del Imputado*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- PHELPS, GLENN, *Debates contemporáneos sobre libertades civiles*, México, Prisma, 1998.
- POSADA ARBOLEDA, NÉSTOR RAÚL, *Límites al ejercicio del poder punitivo*, en *Derecho Penal Parte General – Fundamentos*, Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín 2011.
- RODRÍGUEZ, IGNACIO, *Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos María Romero Casabona*, segunda edición, Granada, Editorial Comares, 2006.
- ROXIN, CLAUDIUS, ARZT, GUNTHER, TIEDEMAN, KLAUS, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1989.

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 161 del 2 de octubre de 1997.

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