

LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA COMO INTEGRADORA DEL TIPO DEFINIDO EN EL ARTICULO 340 BIS A) DEL CODIGO PENAL

— Circular número 2/1986, de 14 de febrero —

— I —

Una de las conductas típicas expresadas en el artículo 340 bis a) del Código penal, es la de conducir vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Las sucesivas reformas a partir de la introducción de esta conducta en la esfera penal se han caracterizado por un mayor rigor. Si la Ley de 9 de mayo de 1950 exigió que el conductor se colocara en un estado de incapacidad para realizar el acto de conducir con seguridad, la Ley de 24 de diciembre de 1962 requería la existencia de un estado de manifiesta intoxicación etílica aunque la conducción fuere correcta, y, en fin, a partir de la Ley de 8 de abril de 1967, que incorpora el artículo 340 bis a) al Código penal, se ha eliminado incluso el carácter de que la influencia sea manifiesta. El Anteproyecto de Código Penal de 1983 (art. 334) pretende establecer nuevamente que las sustancias alcohólicas impidan conducir con la necesaria seguridad, tesis de la que se hace eco positivamente la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1984, en la que tras señalar la severidad de la norma en vigor, afirma que se están propiciando posibles modificaciones en el futuro Código al exigirse otra vez que el delito tenga que basarse, aparte del especial estado, en una real y efectiva incapacidad para conducir. Ya no es, pues, elemento del tipo el hecho de que la ingestión de alcohol impida conducir con la necesaria seguridad, ni que la influencia sea manifiesta. Es acto típico conducir bajo la *influencia del alcohol*. Para la dirección rigurosamente objetiva basta la intoxicación alcohólica de quien conduce sin que sea necesario un peligro concreto. O bien, puede pensarse, que es insuficiente conducir con un índice alcohólico determinado, debiéndose acudir a otras circunstancias ya se refieran a la técnica misma de la conducción o a las facultades o reflejos demostrados por el conductor. Pero en cualesquiera de los casos esa influencia *debe ser probada*. La prueba puede concretarse a sus efectos, que se apreciarán en el manejo del vehículo o ineptitud para conducir, pero que también puede proyectarse objetivamente sólo en la intensidad de la intoxicación alcohólica o embriaguez del conductor. En este plano objetivo —que no exige el estado de incapacidad en el conductor ni precisa la demostración de un peligro concreto— alcanza un gran valor la llamada hemoconcentración o impregnación de alcohol en sangre. Se trata de la prueba encomendada a determinar la tasa de alcoholemia, regulada por la Orden de 29 de julio de 1981. Aunque los resultados de los test alcoholométricos puedan ser vinculantes a efectos de sanción gubernativa, no escapan, sin embargo, al criterio valorativo del Juez penal para decidir sobre la existencia-inexistencia del delito, pues lo que ha de probarse no es la

tasa de alcohol en sangre sino la influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción. A este respecto es preciso citar dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional: La de 28 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 4, párrafo quinto) dice que el supuesto delictivo del artículo 340 bis a) “no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas”. Y la de 30 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 4) expresiva de que “la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto el conductor se encontraba afectado por el alcohol, ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales”.

Como se ha cuestionado la constitucionalidad de la prueba de alcoholemia que regula la Orden de 29 de julio de 1981 y han suscitado problemas tanto los requisitos que condicionan su validez como las garantías que deben ser observadas durante la práctica de esta prueba, en la presente Circular se pretende aclarar tales cuestiones con fundamento especial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin olvidar una meritoria aportación procedente de la Sección de Derechos Fundamentales de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Madrid.

— II —

CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA
DE ALCOHOLEMIA

Parte de la doctrina científica al analizar la Orden de 29 de julio de 1981, reguladora de la prueba de alcoholemia, ha llegado a la conclusión de que en ella se vulneran algunos derechos fundamentales. Mas ha de estarse en este punto a la interpretación del Tribunal Constitucional, que en un sentido general ha declarado que “en modo alguno puede considerarse inconstitucional la previsión normativa de una prueba tendente a determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos de motor, según dijimos en el Auto 62/1983, de 16 de febrero, y ello sin perjuicio de que la *forma de realización* de dicha prueba pueda presentar aspectos de relevancia constitucional, como se señaló en el Auto 37/1984, de 30 de enero” (Sentencia de 7 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3).

Aparte esta declaración genérica, el Tribunal Constitucional ha particularizado, examinando si la prueba de alcoholemia conculca concretos derechos fundamentales acogidos en la Constitución.

1. De un lado, ha establecido que la investigación del grado de impregnación alcohólica no vulnera el *derecho de la integridad física* del artículo 15 de la Constitución, pues “como sostiene el Ministerio Fiscal con apoyo de la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ni aun el examen de sangre constituye

una ingerencia prohibida por el artículo 15, y menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire respirado" (Sentencia de 4 de octubre de 1985). Y otra Sentencia, la de 7 de octubre de 1985, contempla la decisión del recurrente de someterse a una nueva prueba con el alcoholímetro de precisión, y afirma que es supuesto radicalmente distinto al que dio lugar a la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 1979, en la que se sostiene que si bien la ejecución forzosa de un análisis de sangre constituye una privación de libertad, esta privación es, en el caso considerado, legítima y no contraria al artículo 5 de la Convención.

2. Que en orden a la eventual violación del *derecho a la libertad personal* expresado en el artículo 17.1 de la Constitución, la Sentencia de 7 de octubre de 1985 dice que "no es esta la situación —la de detenido— de quien conduciendo un vehículo de motor es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto..., ni se exorbitan las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito, y en su caso —en mérito a lo dispuesto en el artículo 492, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En otros términos, la verificación de la prueba que se considera, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito". Este mismo fundamento jurídico tercero de la sentencia, concluye que "la verificación misma de las pruebas no configura el supuesto de detención" y que "sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse en rigor de detención".

3. Sobre si existe o no violación, con la prueba de la alcoholemia, *del derecho a no declarar* (art. 17,3) o del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 24,2), la Sentencia de 4 de octubre de 1985 ha dicho que "el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17,3 y 24,2 de la Constitución". Y la de 7 de octubre de 1985 estableció que la realización misma del análisis no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado y si sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto.

— III —

ALCANCE, REQUISITOS Y VALOR PROBATORIO
DEL TEST ALCOHOLOMETRICO1. *Presupuestos y garantías que han de revestir la prueba de alcoholemia*

La regularidad técnica en la práctica de los análisis de alcoholemia es esencial para la producción de ulteriores efectos probatorios. He aquí algunas notas indispensables.

a) Se trata de un acto voluntario, pues no existe obligación legal de someterse a la prueba de precisión sobre el grado de impregnación alcohólica ni a la de análisis de sangre, sin perjuicio de la infracción administrativa en que se pudiera incurrir con la negativa (art. 8 de la Orden de 29-7-1981 y art. 52 del Código de la circulación, porque tal sanción no representa una coacción ilegítima sino la coercibilidad propia del Derecho. En consecuencia, nadie puede ser compelido coercitivamente con *vis física* a la verificación de estos tipos de análisis (Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3), pero no hay ejecución forzosa de la investigación del alcohol cuando simplemente se invita a ello y voluntariamente se acepta (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3).

b) Es preciso efectuarla mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado que estén autorizados oficialmente (art. 3 de la Orden de 29 de julio de 1981 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1975).

c) Si la prueba es positiva (impregnación alcohólica superior a 0,80 gramos por 1.000 cm³ de alcohol en sangre) el interesado tiene derecho a una segunda prueba con aparato de precisión, así como a la contrastación de los resultados por análisis clínicos (art. 4 de la Orden de 29 de julio de 1981). No se impone, pues, la segunda prueba o el análisis de sangre, sino que deben efectuarse sólo a petición del interesado.

d) Dada la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral ha de estar rodeada de las máximas garantías de fiabilidad, por lo que se infringe el derecho a la defensa del interesado:

a') Si no fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece de solicitar la práctica de una segunda medición y del análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del artículo 24,2 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 2, 28 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 5, y de 30 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 2).

b') Si el resultado de la prueba no aparece firmado por el interesado (Sentencia de 28 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 5).

Pero conforme a la Sentencia de 7 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 3) la realización de esta prueba no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la Constitución, dispuestas específicamente

en protección del detenido y no de cualquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico. Tampoco se ostenta derecho a que se le indique por los agentes el fin al que se encamina la práctica de la prueba.

2. *La utilización del test alcoholométrico contenido en el atestado como prueba en la fundamentación del fallo*

La utilización del test alcoholométrico como medio de prueba, cuando se ajuste estrictamente a su normativa, no supone una aplicación análoga en perjuicio del acusado (Sentencia de 30 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 4). Tal test puede ser favorable o adverso al imputado, pero ¿el hecho de su incorporación al atestado, siendo desfavorable, es condición suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia?, ¿o en tales casos, en cuanto forma parte del contenido del atestado, ha de calificarse como simple denuncia e inhábil para destruir la presunción de inculpabilidad del conductor afectado?

a) El atestado en abstracto no ratificado es un acto pre-procesal inidóneo para introducir los hechos activamente en la sentencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto se inició con la Sentencia de 28 de julio de 1981, conforme a la cual el atestado tiene en principio únicamente valor de denuncia como señala el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducido en el juicio oral, razón por la cual la mera aportación de un atestado no constituye la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia elevada por el artículo 24.2 de la Constitución a la categoría de derecho fundamental. De igual modo, la Sentencia de 3 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 1, inciso tercero), recogiendo la doctrina de otra Sentencia, la de 30 de enero de 1984, y la del Auto de 28 de marzo de 1984, declara que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba, y para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado. La falta de carácter probatorio del atestado no ratificado deriva del artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no desvirtuado por otros preceptos legales, que sólo admiten el valor de ciertas diligencias preparatorias o sumariales como pruebas anticipadas a las que se practiquen en el juicio oral (art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 8 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre), sino que se explica también porque los actos de investigación policiales que constan en los atestados no son diligencias sumariales. La Sentencia de 28 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 2) dice que los Tribunales ordinarios no están autorizados en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria inmediación y contradicción, atestados a los que sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. Y, en fin, la de 30 de octubre de 1985 (Funda-

mento Jurídico 2, inciso primero) entiende que el atestado policial no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos, ni puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación.

b) ¿La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas resulta probada a través del test de alcoholemia realizado por los agentes policiales cuando en él se han cumplido los requisitos reglamentarios aunque no se haya ratificado en el juicio oral? Al atestado que contenga concretamente los resultados de las pruebas de impregnación alcohólica, si no ha sido ratificado, tampoco cabe asignarle valor probatorio absoluto y directo. Esta materia no ha sido ajena a las decisiones del Tribunal Constitucional, y si, ciertamente, hay coincidencia en resaltar que estos atestados revisten algunas peculiaridades, no existe unanimidad en lo relativo a su posible eficacia probatoria.

a') De un lado está la Sentencia de 3 de octubre de 1985. En ella, tras afirmarse en general que el atestado no ratificado carece de valor probatorio, agrega que tal conclusión "tiene que ser matizada en aquellos casos en que en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse *lato sensu* un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías" (Fundamento Jurídico 1, inciso último).

b') Pero existen otras dos sentencias sobre este concreto tema: Las de 28 de octubre de 1985 y 30 de octubre de 1985. En la primera de ellas se expresa que "no cabe desconocer la peculiaridad del atestado que incluye la realización de la denominada prueba de impregnación alcohólica. De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *lato sensu*, y aun cuando no constituye el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro, resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa". Seguidamente la sentencia expone que "las anteriores consideraciones no pueden, empero, llevar a la conclusión —sostenida por el Ministerio Fiscal? de que en este supuesto el atestado adquiere automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal", para concluir después afirmando que "la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consten los resultados del test alcoholométrico no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio; es preciso en tales casos

que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo" (Fundamento Jurídico 4). Por su parte, la Sentencia de 30 de octubre de 1985 establece que es preciso reiterar que aun reconociendo la peculiaridad del atestado que contiene los resultados de la prueba de impregnación alcohólica, derivada del carácter técnico de la misma y de la imposibilidad de reproducirla en el juicio oral, no cabe concluir que dicho atestado adquiera por ello automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal.

3. *Elementos de prueba que han de complementar el test de la alcoholemia para su eficacia en juicio.*

Como las diligencias constitutivas del atestado tienen el valor procesal de denuncia, es claro que precisarán de una ulterior actividad probatoria dentro del procedimiento penal. También el test de alcoholemia incorporado al atestado policial al no tener la condición de medio de prueba ha de ser objeto de prueba. Y para ello, aparte la comparecencia de posibles testigos, nada mejor que la declaración de los agentes policiales en el sumario y en el juicio oral, y no sólo para ratificar los datos del test de alcoholemia, sino, eventualmente, para confirmar los signos externos de la intoxicación del conductor, sobre todo si no se acepta de modo absoluto la naturaleza de delito de riesgo objetivo para el que prevé el artículo 340 bis a), supuesto en que no sería bastante la existencia de un determinado número de miligramos de alcohol en sangre.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 2) denegó el amparo, pues existían elementos probatorios desvirtuadores de la presunción de inocencia, dado que el Juez penal "había contado con una prueba documental —la utilizada como cauce para traer los resultados de la investigación del grado de impregnación alcohólica— y con una prueba testifical que no sólo avaló aquella investigación, sino que comprendió además otros datos respecto a la conducción por el acusado bajo el efecto de bebidas alcohólicas".

Por su parte, otra Sentencia del Tribunal Constitucional, la de 28 de octubre de 1985, ha establecido lo siguiente: "que el atestado policial, al tener mero valor de denuncia respecto al hecho constatado y al autor, debe ser objeto de ratificación en el juicio oral para que pueda considerarse prueba legítima de cargo, ya sea con relación a las declaraciones de los funcionarios, de los testigos o de los imputados" (Fundamento Jurídico 4), inciso primero); y con referencia explícita a la prueba de la alcoholemia, dice que "es preciso que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo; este criterio ha sido mantenido por este Tribunal en diversas ocasiones; y en el mismo sentido de garantizar la fiabilidad de la mencionada prueba y su valor probatorio en el proceso penal han de entenderse las vías señaladas por la jurisprudencia de los Tribunales españoles —como la declaración en el juicio oral de los funcionarios que levantaron el atestado o la práctica del test alcoholométrico en presencia judicial— así como las medidas previstas en otros ordenamientos encaminadas a complementar dicha prueba con la confirmación de sus resul-

tados a través de métodos que proporcionan un grado mayor de precisión, como la práctica médica de un análisis de sangre, la conservación de las muestras y el envío de los resultados a la autoridad judicial competente; dentro de esta línea cabe considerar los análisis clínicos previstos reglamentariamente en nuestro ordenamiento" (Fundamento Jurídico 4, párrafo final). Por último, el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia se expresa del siguiente modo: "el contenido del atestado no fue ratificado por los agentes de Tráfico, ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral, y en el proceso no figura prueba alguna de cargo que avale o complementa el resultado del test, por lo que no puede, por consiguiente, estimarse en este caso que el test de alcoholemia realizado por la Guardia Civil de Tráfico constituya esa mínima actividad probatoria de cargo producida con las adecuadas garantías procesales que ha de servir de base para desvirtuar la presunción de inocencia".

En el mismo sentido que la anterior, la Sentencia de 30 de octubre de 1985, expresa que "la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que consta el resultado de la prueba alcoholométrica no puede servir por sí misma de fundamento a un fallo condenatorio; en tales casos el test tiene que ser avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo, y como la actividad probatoria realizada se limitó a la confesión del inculpado en el juicio oral, que no versó sobre el resultado del test alcoholométrico, no puede afirmarse que el test de alcoholemia efectuado por la Guardia Civil de Tráfico constituya una prueba de cargo producida con las adecuadas garantías procesales que pueda servir de base para desvirtuar la presunción de inocencia" (Fundamentos Jurídicos 2 y 3).

— IV —

CONCLUSIONES PRACTICAS

Hasta aquí se han analizado, desde una perspectiva constitucional, dos aspectos que se juzgan fundamentales: uno está representado por los presupuestos dirigidos a confirmar que las pruebas de detección alcohólica se han realizado con las máximas garantías, y otro, que han concurrido los requisitos indispensables para que aquéllas adquieran valor probatorio. Ahora, y ya en el orden práctico, tenemos que referirnos a la forma en que ha de constar la prueba de impregnación alcohólica y a las circunstancias necesarias para que las investigaciones alcoholométricas constituyan la mínima actividad probatoria excluyente de la presunción de inocencia.

1. En los partes de alcoholemia, ya procedan de las Policías municipales o de la Guardia Civil de Tráfico, es imprescindible que consten las siguientes notas:

- Nombre y apellidos del sometido a la prueba.
- Matrícula del vehículo conducido.
- Identificación suficiente de los agentes policiales actuantes.