

¿ES LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA Y SU PROCEDIMIENTOS, GARANTES DEL DEBIDO PROCESO?

IS IT THE ALCOHOL TEST AND PROCEDURES WARRANTIES OF DUE PROCESS?

CORDERO BECERRA, Leidy Katerine*

ESCORCIA ROMERO, Jorge Andrés**

RESUMEN***

La prueba de alcoholemia es un método de medición de la cantidad de alcohol en la sangre a través de un aparato de estimado de esta concentración en el aliento de las personas, esta prueba puede no ser garante tanto por errores humanos como por errores químicos, que la legislación colombiana no tuvo en cuenta a la hora de legislar, es por esto, que en el presente trabajo se trata de mostrar como es el funcionamiento de la prueba y sus incidencias en las sanciones administrativas que se imparten por conducir en estado de embriaguez.

PALABRAS CLAVES: prueba de alcoholemia, debido proceso, interferentes, sanción administrativa.

ABSTRACT

The breathalyzer test is a method of measure amount of alcohol in the blood through a device for estimating the amount of alcohol in the people breath, this test cannot be guaranteed because the Colombian legislation did not think about the human errors and chemical errors when they make the law , that is why, in the present text, we try to show how to fix the test and its effects in the administrative sanctions that give for drunk driving.

KEY WORDS: breathalyzer test, due process, interference, administrative sanction.

Fecha de recibo: 19 de Mayo de 2014

Fecha de aprobación: 16 de Junio de 2014

* Estudiante de Pregrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Atlántico. Perteneció al semillero SIMAC del grupo de investigación Derecho y Territorio. Barranquilla, Colombia. Correo electrónico: leylamb-1994@hotmail.com

** Estudiante de Pregrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Atlántico.. Perteneció al semillero SIMAC del grupo de investigación Derecho y Territorio. Sabanalarga, Colombia. Correo electrónico: jorgeandres_0595@hotmail.com

*** Este artículo es el resultado del informe parcial de la investigación “Garantismo constitucional de los conductores en estado de embriaguez en el Distrito de Barranquilla” desarrollado en el marco de la Línea de Investigación Desarrollo Territorial, Entidades Públicas y Medio Ambiente del Grupo de Investigación Derecho y Territorio de la Universidad del Atlántico, Barranquilla, Colombia.

INTRODUCCIÓN

En materia probatoria el examen de alcoholemia con alcohosensor se convierte en la única prueba que refleja la comisión de la conducta punible porque es el único medio utilizado por las autoridades de tránsito que determina el grado de alcohol para calificar el grado de consumo y al mismo tiempo la tasación de la pena. En este mismo sentido se invierte la carga de la prueba para el ciudadano correspondiéndole ahora a él probar su inocencia constatando que esta prueba no garantiza el derecho al debido proceso porque se ha estudiado que biológicamente el proceso de metabolización del alcohol en el cuerpo de una persona varía de un organismo a otro por diferentes factores, haciendo que la prueba no este diseñada para este caso, debido a que existen sustancias químicas que pueden marcar positivo sin ser licor.

El considerable aumento de accidentes de tránsito a consecuencia de la conducción en estado de embriaguez ha propiciado la puesta en funcionamiento, en épocas relativamente recientes, de aparatos para medir el grado de impregnación etílica en sangre de los conductores y las consecuentes normas de rango legislativo sobre las pruebas encaminadas a determinar la tasa de alcoholemia

De igual manera, se analizara aspectos procedimentales al momento de tomar la prueba, tanto del personal que toma la prueba y la falta de contradicción de la misma ante la comparecencia del sujeto ante las autoridades de tránsito, el sistema administrativo que utiliza esta autoridad para juzgar los hechos, y también aquellas garantías que tienen estos sujetos ante las altas sanciones que contienen esta normativa y que según se analizara en el trabajo es garante o no del debido proceso.

En síntesis nuestro trabajo se fundamenta en corroborar qué tan garante del debido proceso, entre otros derechos fundamentales, es la prueba de alcoholemia practicada por las autoridades de tránsito en retenes, teniendo en cuenta que existen ciertos tipos de sustancias que sin ser alcohólicas interfieren en dicha prueba.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Durante el año 2013¹ se evidenciaron un incremento en tasa de mortandad por accidente automovilísticos causados por conductores conduciendo en estado de embriaguez en todo el país y también aumentado y potenciado la “indignación pública” y el “repudio” a estos crímenes, pues en ese momento era “el tema de moda, no cabe duda, como no hace mucho lo fue, gracias al impacto de los *mass media*”²

Antes de la ley 1696 del 2013, los conductores en estado de embriaguez pocas veces eran sancionados, muchas veces porque llegaban a un acuerdo con la parte perjudicada, esta falta de control exigió una regulación especial para que existieran sanciones más contundentes hacia estos conductores lo que generó un descontento social porque muchas personas resultaron afectadas, debido al incremento del

¹ Caso Salamanca: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-joven-borracho-conducia-bogota-160-kph/350869-3>, víctimas del caso: <http://www.semana.com/nacion/articulo/las-vidas-apago-conductor-ebrio/351026-3>, detalles adicionales: <http://www.elespectador.com/noticias/investigacion/los-25-detalles-del-caso-fabio-salamanca-articulo-442459>.

² COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M. P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez, Sentencia: 25 de octubre de 2010, Referencia: Expediente 32964. Salvamento de voto del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. P. 63.

descontrolado de estos conductores y el aumento en la accidentalidad se hace necesaria la expedición de la Ley.

Con la llegada de la nueva ley se presentan muchos cambios tanto procedimentales como sustanciales hasta incluso las autoridades de tránsito se ven presionadas por el descontento social que contribuyó mayor control en los retenes pero, qué garantías tienen estos conductores de una prueba que puede ser fácilmente viciada por diferentes factores los cuales se enunciaran a lo largo de este trabajo. Por los anterior, la pregunta problema es la siguiente ¿En realidad la prueba de alcoholemia y su procedimiento es garante del debido proceso?

METODOLOGÍA

El presente trabajo investigativo tiene como soporte metodológico el estudio analítico descriptivo, teniendo como base los conceptos básicos pertinentes al material probatorio y su validez dentro del debido proceso, así mismo, se desarrolla esta investigación por medio del estudio documental y doctrinal respecto al tema en torno a la legalidad de las prueba de acuerdo a la forma en que estas han sido adquiridas sin que se vulneren libertades y derechos que puedan afectar su procesar debidamente.

DESARROLLO

Agentes interferentes diferentes al alcohol

El alcohol (etanol) usado en las bebidas alcohólicas, es un agente depresivo del Sistema Nervioso Central, que en los caso extremos de embriaguez produce efectos semejantes a los agentes anestésicos. En la fase inicial provoca excitabilidad y estímulo de la afectividad social, pero se trata de una

actitud ilusoria debida a la depresión de las áreas cerebrales. Una concentración en sangre del 0.1-0.3% afecta a la coordinación motora, acompañada por la pérdida del equilibrio, balbuceo y amnesia. Cuando la concentración aumenta hasta el 0.3-0.4% se producen náuseas y pérdida de conciencia; por encima del 0.6% aparecen los primeros síntomas de dificultad para respirar y trastornos cardiovasculares que finalmente pueden ocasionar la muerte.

El etanol se distribuye rápidamente en los fluidos corporales, atraviesa fácilmente las membranas pulmonares y se oxida fácilmente, de ahí que las pruebas de alcoholimetría se basen en estas propiedades. Un alcoholímetro mide las concentraciones de alcohol en el aliento basándose en que la sangre pasa a través de las arterias en los pulmones, estableciendo un equilibrio entre el alcohol en sangre y el alcohol de su aliento. Hay que tener en cuenta que 2100 mL de aire exhalado tiene la misma concentración de alcohol que 1 mL de sangre. El test realizado por los agentes de tráfico para evaluar el nivel de alcohol en sangre se basa en la oxidación del alcohol del aliento por el agente oxidante dicromato sódico, que se encuentra impregnando un material inerte en el interior de un tubo de vidrio. La persona sopla por un extremo del tubo hasta que se llena de aire el globo situado en el otro extremo. El etanol del aire exhalado se oxida al pasar a través del relleno del tubo y como consecuencia de ello, el agente oxidante (Cr2O7-2) rojo naranja se reduce a ion crómico de color verde. A mayor concentración de alcohol en el aliento, más grande la mancha verde que aparece en el tubo. El aparato se encuentra calibrado para que la cantidad de alcohol en el aliento se convierta

automáticamente en la concentración de alcohol en sangre³.

A pesar de todo esto existen ciertos elementos, alimentos o sustancias que pueden ser interferentes, es decir, que por tener un contenido similar al alcohol en composición química, pueden que generar una marcación errónea de la prueba. Las interferencias que se pueden presentar son las siguientes:

Los resultados en las pruebas de alcoholimetría se ven afectados por el uso de inhaladores utilizados en crisis asmáticas. Según un estudio realizado el salbutamol (19.7% etanol arroja valores positivos en los primeros 10 minutos tras su administración; el estudio demostró también que después de los 10 minutos de las administración del salbutamol los resultados dan 0 mg/dL).

El uso de inhaladores tipo MDI (inhaladores de dosis medida) con propelente como vehículo puede causar marcación falsa o errónea cuando se mide con alcoholímetros de tipo evidencial. Estos efectos son transitorios y puede prevenirse retrasando la realización del test 5-10 minutos después de la toma del inhalador.⁴

El albuterol, el ingrediente activo en muchos inhaladores para el asma, también contiene un grupo metilo y puede desencadenar una lectura errada de un analizador de alcohol en el aliento.⁵

El error humano también es considerado una interferencia, ya que, los oficiales, por ley, deben esperar 15 minutos luego de que un sospechoso quede detenido por conducir borracho para realizar una prueba de alcoholemia y seguir el procedimiento correcto para administrar el alcoholímetro⁶.

La temperatura del cuerpo mientras se realiza una prueba de alcoholemia puede influir en una lectura positiva. La temperatura corporal generalmente es de 98,6° F (37° C). Una diferencia de un grado en la temperatura del cuerpo hace que suba la presión del vapor de alcohol. Esto puede significar que una prueba de alcoholemia incremente en un 7 por ciento⁷.

Es importante tener en cuenta que cada vez que se realice la prueba es necesario utilizar una nueva boquilla, ya que de no hacer esto habrá una acumulación de grado de alcohol, dando un dato erróneo. No existe evidencia científica de que los granos de café, el tabaco interfieran en los resultados de la prueba de alcoholimetría.

Una vez absorbido, el alcohol se distribuye de modo uniforme por todo el organismo a través de la sangre. Entre 30 y 90 minutos tras finalizar la toma o ingesta de alcohol aparecen los niveles más altos en sangre. A través de la sangre llega a todos y cada uno de los órganos del cuerpo⁸.

Existen factores que modifican la concentración de alcohol al actuar sobre la absorción del mismo, entre los cuales están:

³REBOIRAS, M. D., Química: la ciencia básica, 1era edición, Ed: Thomson Ediciones Paraninfo, S.A, Madrid, España, 2006.

⁴GARCÍA, Ignacio. et al. Influencia de la utilización de inhaladores antiasmáticos en la estimación del nivel de etanol en aire espirado medido por alcoholímetros.

⁵ Boone Dan, Factores que dan una lectura falsa en el alcoholímetro, 2014, <http://www.ehowenespanol.com>.

⁶Ibíd.

⁷Ibíd.

⁸MARTÍNEZ, Ángel Martín, Modulo 2: alcohol, conducción y accidentes de tráfico, Febrero del 2005.

El peso: si el volumen del organismo en donde se ha de distribuir el alcohol es mayor, la concentración de alcohol alcanzada será menor.

La cantidad de agua del organismo: el alcohol etílico es totalmente soluble en agua en cualquier proporción, por lo que cuanto mayor sea la presencia de agua del organismo mayor será la dilución del alcohol y, por tanto, menor su concentración en sangre.

El género: las mujeres tienen niveles más elevados de alcohol que los varones a igual peso corporal y cantidad de alcohol tomada. Ello obedece a que hay menor metabolismo del alcohol a nivel gástrico y menor proporción de agua en el organismo⁹.

Todo este análisis hecho anteriormente, nos arroja una primera visión de la prueba de alcoholemia y sus posibles interferencias lo que no podría ser un garante de verdad real dentro de un proceso, si esta es tenida en cuenta como única prueba, pues no es dable justificar que en busca de la verdad se vulneren los derechos de los conductores, todo con el pretexto del alcance de esta verdad real.

Cuando se utilice la prueba de alcoholemia es violatoria del “principio probatorio de la formalidad y legitimidad de la prueba, que define este principio como: la prueba debe ser aprehendida para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar además, su inmaculación, es decir, exenta de vicios como dolo, error y/o violencia”¹⁰

Por lo anterior se evidencia un error al confundir que posiblemente una sustancia interferente pueda ser catalogada a través del alcohosensor como alcohol, lo que conllevaría a esa prueba a ser catalogada de una prueba ilícita, que es “aquella que se obtiene violando derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y su afirmada condición de inviolable.”¹¹

Esta prueba ilícita afecta el derecho fundamental al debido proceso, convirtiéndose en una prueba violatoria del debido proceso, y por consagración expresa en la Constitución Nacional en su artículo 29, inciso final dice: “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación al debido proceso.”

La consecuencia jurídica de esta prueba violatoria del debido proceso es en primera medida exclusión y como vulnera derechos fundamentales, segundo que haría el operador jurídico sería su inevitable nulidad plena, por tanto en estos casos cuando la prueba por alcohosensor es esta única prueba que refleja la comisión de la conducta, esto genera también la nulidad del procedimiento administrativo.

Ausencia de uno de los elementos estructurales del tipo contravencional

Contravención es aquel comportamiento humano que produce un daño social de menor entidad que el delito y por eso se conmina con sanciones generalmente leves, pues lo que claramente distingue

⁹Ibíd.

¹⁰ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá D.C.: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2011. 6 p.

Citado por: SUAREZ OCHOA, Yenny. La prueba violatoria del debido proceso en Colombia. En: Revista Principia Iuris. Julio – diciembre, 2012, No. 18. 313 p

¹¹ Ibíd., p. 317.

la infracción administrativa del hecho punible es la falta de ese grado de reprochabilidad de la actividad interna del autor, que por sí solo justifica el desvalor ético social del pena propiamente dicha.¹²

Las contravenciones quebrantan el orden social preestablecido y a veces más seriamente que muchos delitos. De otro lado, el reconocimiento y la aplicación de elementos que antes se tenían en cuenta antes únicamente para delitos (tipicidad, antijurídidad y culpabilidad), obligan a estudiar las contravenciones en la ley y en la persona, no solo en el capricho de los reglamentos.

Actualmente, ya no interesan mucho los conceptos existentes entre contravenciones y delitos, cuando lo cierto es que las primeras son en realidad conductas punibles, cuya comisión implica que debe analizarse la presencia de elementos que integran el ámbito penal y determinar la responsabilidad del infractor.¹³

Por lo comentado anteriormente, se desprende la idea que en la legislación de tránsito por ser contravencional es un género de la especie derecho administrativo sancionador y este adquiere particular relevancia, puesto que en general las infracciones de tránsito son atribuidas a autoridades administrativas, por tanto la potestad administrativa sancionadora de la administración se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituyen un complemento a la potestad de mando, esa potestad

sancionadora tiene límites establecidos en los principios del derecho penal aplicándose con ciertas matices, pero sin desconocer las garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se consagran para proteger los derechos fundamentales del individuo y para controlar la potestad sancionadora, a los elementos anterior mente descritos, se les suman a los de la conducta punible, en especial de culpabilidad o responsabilidad¹⁴

Por tanto es notable que los dos primeros elementos de la conducta son fácilmente demostrables de la conducta. El elemento tipicidad lo podemos encontrar que está plasmado en el artículo 131 de ley 762 de 2002 en su literal F que fue adicionado por la ley 1696 de 2013 y todo el capítulo VIII del título IV de la ley 769 de 2002, el elemento antijurídico que se refleja que coloca en daño ante un daño mayor, pues este podría ocasionar un accidente automovilístico y generar daños mortales y/o materiales.

Pero, en cuanto al elemento culpabilidad que vendría a ser el “juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido” y además, “puesto que para la imposición de una pena no basta demostrar la culpabilidad, sino que además es necesario probar que la pena es justa y necesaria.”¹⁵

Con lo anteriormente expuesto no solo no es posible determinar en qué modalidad de la culpabilidad se acarrea esta infracción, pues el simple

¹² ARBELOA VALLEJO, Mario. Código penal anotado. 35 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2014. 36 p.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. (23, noviembre, 1995). Bogotá, D.C., 1995. En: ARBELOA VALLEJO, Mario. Código penal anotado. 35 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2014. 37 p.

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia (C-530). (3, julio, 2003). Bogotá, D.C., 1995 M.P.: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT fundamento 7

¹⁵ URBINO MARTÍNEZ, José Joaquín, et al. Lecciones de derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2011.367 - 368 p.

hecho de que en la prueba se marque un grado de alcohol es suficiente para acarrear la sanción de esta acorde al grado marcado, sin hacer el juicio de valor si tuvo la opción de actuar de otra manera o si esta pena sería justa para él, sino que además, se “invierte la carga de la prueba, ya que si es indemostrable esa libertad para actuar de otra manera, el Estado, a través de sus servidores, presume su culpabilidad, presume que el hombre actuó libremente y entonces, al ciudadano le corresponde demostrar que no pudo actuar libremente, lo cual termina siendo imposible.”¹⁶ Ejemplo de un momento así: es que una persona consumiendo bebidas alcohólicas, una familiar resultare herido (un infarto) aquel tome las llaves para trasladarlo al centro hospitalario más cercano, lo detenga la policía para hacerle una prueba por alcohosensor y resultare positivo, ¿puede haber un juicio de valor negativo en esta acción? ¿Pudo haber actuado de forma distinta? ¿Es justa y necesaria esta pena?

Es decir, que “ello implicaría la aplicación de una forma de responsabilidad objetiva que, en derecho sancionatorio esta proscrita por nuestra Constitución”¹⁷, por el simple hecho de marcar positivamente la prueba.

Violación de principios del debido proceso e igualdad

El derecho al debido proceso, se ha definido “como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca

la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.”¹⁸ Que junto con el derecho de igualdad, se derivan los principios que están inmersos en este derecho fundamental, podemos encontrar que una de estos principios es el principio de proporcionalidad que “hace referencia a aquellas circunstancias de tiempo, modo, estado de salud, daño causado y lugar que debe conjugar el juzgador al fijar la sanción, evitando penas o medidas de proporcionalidad injustas.”¹⁹ Este comentario a la proporcionalidad de la sanción de esta infracción es por dos factores:

El primero, es que el Congreso de la Republica no tuvo en cuenta una disposición anterior que ya había establecido el tope máximo de la sanción en materia de tránsito terrestre, el cual es el parágrafo del artículo 36 de la ley 336 de 1996 o Estatuto Nacional de Transporte, que estableció como tope máximo en esta materia, la de 700 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) y esto es claramente contrario a los criterios para solucionar conflicto de normas, pues “existen tres criterios para solucionar conflicto de normas: i) el criterio jerárquico o de primacía, según el cual la norma superior prima sobre la inferior, ii) el criterio cronológico, que reconoce que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior y iii) el criterio especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general,

¹⁶ *Ibíd.*, 365 p.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia (C-530). Op. Cit. fundamento 12

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-980) (1, diciembre, 2010), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Fundamento 3

¹⁹ VIVEROS CASTELLANOS, Yezid, et al. Derecho penal general casuístico. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2011. 13 p.

inclusive cuando esta última sea posterior”²⁰ y que acorde a la Corte Constitucional, los estatutos tienen un mayor rango normativo, como se lo enuncia la siguiente sentencia:

“Igualmente la jurisprudencia constitucional ha establecido diferencias entre las nociones de código y estatuto. Prohijando la doctrina que sobre el particular había plasmado la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía funciones de guarda de la Constitución, mientras el código “es un conjunto armónico y coherente de disposiciones sobre una materia, que se ordena en un solo cuerpo”, el estatuto “es el régimen jurídico que gobierna determinada actividad o un ramo especializado, el cual puede estar integrado por normas de distintas leyes, decretos u otros textos jurídicos, sin que necesariamente deban estar comprendidas en un solo texto. Lo esencial es que todas ellas, aunque sean de distinta jerarquía, guarden entre sí homogeneidad, no en su pertenencia a un mismo Código, sino en su referencia o relación con el área de que se trata”²¹.

Así el concepto de estatuto resulta ser más amplio que el de código y consiste en un conjunto normativo que gobierna una determinada actividad o ramo especializado, y que puede hallarse integrado por

normas de diferente naturaleza, como por ejemplo, preceptos sustanciales y reglas procesales”²².

Es por esto que el legislador al expedir la ley 1696 de 2013 que aumento desproporcionadamente el límite de las sanciones pecuniarias, que supera con creces el tope impuesto por el estatuto y que su tope máximo es de 700 SMLMV y la ley lo incrementa hasta 1440 SMLMV.

En el segundo factor a analizar es que viola las funciones de la pena y los principios de esta, pues atendiendo a que la “la pena en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones”²³ pues, en un “Estado social de Derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (art. 2º C.P.) presupone la renuncia de teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal”²⁴.

Esto lo que nos indica es que no es dable hablar de la teoría absolutista de los fines de la pena en materia legislativa al configurar esta contravención, pues es notable que esta no es aplicada en el caso pues, por el incremento tan alto en la sanción ha buscado proporcionar un mal por otro mal, incluso

²⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera de lo Contencioso administrativo, auto de la sala plena (13, febrero, 2014) M.S. Dr. Enrique Gil Botero, exp. 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521) y auto de ponente 11001-03-26-000-2013-00094-00(47831)

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA, sentencia No. 15 de marzo de 1987, MP. Hernando Gómez Otálora. Citado por: COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340. (3, mayo, 2006). Bogotá, D.C., 2006. p. 14

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340. (3, mayo, 2006). Bogotá, D.C., 2006. p. 14

²³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. (7, diciembre, 1993). Bogotá, D.C., 1993. En: ARBELOA VALLEJO, Mario. Código penal anotado. 35 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2014. 7 P.

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-070) (22, febrero, 1996), M.P. Gabriel Eduardo Cifuentes Muñoz.

muy alto económicamente, quebrantado el principio de proporcionalidad de la pena y aplicando la teoría absolutista como la “simple restauración del orden jurídico”²⁵, pues la “norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles, que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de la pena”²⁶ esto haciendo alusión al fin motivador de la norma que al igual que la prevención general busca disuadir al posible infractor de no cometer la conducta descrita, el primero a través de la norma y el segundo a través de la pena.

Por tanto, “la definición legislativa de las penas no está orientada por fines retributivos rígidos sino, por objetivos de prevención general”²⁷ y por tanto esta sanción tan elevada que muestra esta ley es claramente contraria al derecho al debido proceso (art. 29 C.P.) y a la igualdad (Art. 13 C.P.).

Delito de peligro abstracto

Se podría asumir que el conducir bajo el influjo de bebidas embriagantes es lo que en la doctrina y jurisprudencia un delito de peligro abstracto el cual es definido como “el legislador, a priori, considera peligrosa determinada conducta. Por ende, el eje

central de su construcción, generalmente gira entorno a la infracción de normas administrativas. Por esta razón, otra de sus características es el diseño de una administración centralizada de los riesgos, en el sentido que el tipo señala la infracción de determinadas reglas técnicas como constitutivas de una conducta punible. Esto indica que en vez de acudir al clásico derecho de policía, señalando sanciones para el caso del incumplimiento de las normas administrativas, hay una huida hacia el derecho penal para responder por esta clase de comportamientos (para que los delitos de peligro abstracto no quebranten valores, principios y derechos constitucionales, es indispensable que la conducta prohibida, al menos origine un peligro mediato para los bienes jurídicos.)”²⁸ Este tipo delitos, de los cuales es un perfecto ejemplo la infracción de la prohibición de manejar embriagado, pues no se afecta ningún bien jurídico, pero existe la posibilidad de que suceda, por tanto esta teoría requiere que medie un peligro cercano o mediático, verbigracia, el posible choque y la pérdida de vidas humanas en el accidente.

Esta teoría no se podría llegar al extremo de inscribirla como un delito dentro del derecho penal del enemigo²⁹, pues, aunque tenga una elevada desproporción en su sanción que irrespeta el principio de proporcionalidad y contraria a la garantías procesales como anteriormente se expuso, no tiene los otros elementos requeridos por este y además, la falta de garantías es más por falta de desconocimiento de

²⁵ URBINO MARTÍNEZ, José Joaquín, et al. Op. Cit., 33 p.

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. 2º reimpresión de la 3º edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013. 125 p.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-070) (31, octubre, 2002), M.P. Gabriel Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-939) (22, febrero, 1996), M.P.: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo. En: Revista Penal Colombia. septiembre, 2010. No. 1, 144 p.

ciertos errores que puede poseer la prueba y las personas que realizan esta prueba.

Por esto mismo comenta la doctrina sobre esta teoría así: “si se hace descansar la razón de ser de la punición de estas figuras en la peligrosidad, quedan notorias dudas en torno a la constitucionalidad de semejantes descripciones típicas”³⁰.

CONCLUSIÓN

I. La Policía nacional no es el personal idóneo para practicar este tipo de pruebas, pues, no cuentan con la suficiente experticia técnica para realizarlo

II. El deber ser de la prueba sería que fuera enteramente manipulada por personal como Medicina Legal, es decir, que encada reten de policía, se cuente con, por lo menos, una persona de esta entidad que practique la prueba

III. Si no es materialmente posible que esto suceda, es factible que apenas se practique la prueba con alcohosensor y marque positivo, se traslade inmediatamente a Medicina Legal para una segunda prueba practicada por expertos y por vía sanguínea directa

IV. Para hacer este tipo de prueba de intervención corporal, deberá estar regulado por una ley, y siempre que sean conductores con la investigación, segundo, que no impliquen un trato inhumano o degradante, tercero, que se practique por personal cualificado (generalmente sanitario) y con las garantías suficientes y que en ningún caso puedan poner en peligro la vida o salud del intervenido.

V. El Congreso de la Republica ha desconocido al expedir este tipo de sanciones, principios como el de proporcionalidad y jerarquía de las leyes al otorgar altas multas a los contravienen esta ley.

BIBLIOGRAFÍA

ARBELOA VALLEJO, Mario. Código penal anotado. 35 ed. Bogotá D.C.: Leyer, 2014.

BOONE, Dan, Factores que dan una lectura falsa en el alcoholímetro, 2014, <http://www.ehowenespanol.com>

CONSEJO DE ESTADO, Sección tercera de lo Contencioso administrativo, auto de la sala plena (13, febrero, 2014) M.S. Dr. Enrique Gil Botero. Expediente 11001-03-26-000-2013-00127-00(48521) y auto de ponente 11001-03-26-000-2013-00094-00(47831).

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-070) (31, octubre, 2002), M.P. Gabriel Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-939) (22, febrero, 1996), M.P.: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia (C-980) (1, diciembre, 2010), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia (C-530). (3, julio, 2003). Bogotá, D.C., 1995 M.P.: Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-340 (3, mayo, 2006). Bogotá, D.C., 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M. P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez, Sentencia: 25 de octubre de 2010,

³⁰ VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 1995. 360 p.

Referencia: Expediente 32964. Salvamento de voto del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

GARCÍA, Ignacio. et al. Influencia de la utilización de inhaladores antiasmáticos en la estimación del nivel de etanol en aire espirado medido por alcoholímetros.

MARTÍNEZ, Ángel Martín, Modulo 2: alcohol, conducción y accidentes de tráfico, Febrero del 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Los orígenes ideológicos del derecho penal del enemigo. En: Revista Penal Colombia. septiembre, 2010. No. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría general del delito. 2º reimpresión de la 3º edición. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2013.

REBOIRAS, M. D., Química: la ciencia básica, 1era edición, Ed: Thomson Ediciones Paraninfo, S.A, Madrid, España, 2006.

SUAREZ OCHOA, Yenny. La prueba violatoria del debido proceso en Colombia. En: Revista Principia Iuris. Julio – diciembre, 2012, No. 18.

URBINO MARTÍNEZ, José Joaquín, et al. Lecciones de derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. 2011.

VELÁZQUEZ, Fernando. Derecho penal. Parte general. 2 ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A. 1995.

VIVEROS CASTELLANOS, Yezid, et al. Derecho penal general casuístico. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2011.