

**EL DELITO DE CONDUCCIÓN EMBRIAGADA Y BAJO LA INFLUENCIA DE
BEBIDAS ALCOHÓLICAS, DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O
SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS: PRINCIPALES PROBLEMAS PRÁCTICOS,
CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS CONTROLES DE DROGAS TRAS LA
CIRCULAR 10/2011 FGE Y LA NUEVA REDACCIÓN DE LA LEY DE
SEGURIDAD VIAL POR LA LEY 6/2014.**

Mario Sanz Fernández-Vega

Fiscal Adscrito al Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial
De la Fiscalía General del Estado

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un estudio de determinadas cuestiones prácticas que se plantean en torno al tipo del art. 379.2 del Código Penal, especialmente en lo referido a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, tras la Circular 10/2011 FGE y la reforma de la Ley de Seguridad Vial por la Ley 6/2014. En concreto se dedica a los siguientes aspectos:

1.- En relación con el tipo de tasa objetivada del art. 379.2 último inciso: la problemática del momento en que ha de concurrir la tasa típica y si es necesario que lo sea en las dos pruebas de alcoholemia; la incidencia de la curva de alcoholemia y su relevancia para discutir la fiabilidad de los instrumentos y analíticas de detección de alcohol; la influencia de la toma de medicamentos en la determinación de la tasa; y los problemas que presenta la deducción del margen de error de los etilómetros.

2.- En cuanto a la conducción bajo la influencia de drogas tóxicas: sustancias incluidas en el tipo y la espinosa cuestión de su prescripción facultativa; posibilidad de acreditación del elemento típico de la influencia a partir de una determinada tasa de concentración de droga e importancia de la diligencia de signos externos, así como algunas cuestiones prácticas relativas a los controles de detección de drogas conforme a los arts. 796.1.7ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 12 de la Ley de Seguridad Vial tras la Ley 6/2014.

3.- Tras la reforma del art. 12 de la LSV, el estudio de la problemática relativa a los reconocimientos médicos y análisis clínicos como pruebas subsidiarias de detección de alcohol o drogas, con especial referencia a las analíticas de sangre, doctrina constitucional sobre éstas y jurisprudencial en cuanto a la cadena de custodia de las muestras.

4.- Finalmente, en cuanto al tipo del art. 383 del Código Penal, el estudio de algunos supuestos concretos que pueden generar dudas de tipicidad.

SUMARIO

1.- EL DELITO DE CONDUCCIÓN CON TASA OBJETIVADA DEL ART. 379.2 ÚLTIMO INCISO DEL CÓDIGO PENAL: CUESTIONES PRÁCTICAS TRAS LA CIRCULAR 10/2011. 1.1.- ¿ES NECESARIO QUE LA TASA TÍPICA CONCURRA EN LAS DOS PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA O HAY QUE ATENDER AL MOMENTO DE LA CONDUCCIÓN? 1.2.- ¿QUÉ INCIDENCIA TIENEN LAS PERICIALES SOBRE CURVA DE ALCOHOLEMIA EN LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS Y, EN CONCRETO, PARA DISCUTIR LA FIABILIDAD DE LOS ETILÓMETROS O DE LAS ANALÍTICAS DE CONTRASTE EN SANGRE? 1.3.- ¿QUÉ INCIDENCIA TIENE EL DENOMINADO ALCOHOL EN BOCA O LA TOMA DE CIERTOS MEDICAMENTOS EN LA MEDICIÓN DE LA TASA Y TIPIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS? 1.4.- ¿QUÉ MARGEN DE ERROR HAY QUE APLICAR A LA MEDICIÓN DEL ETILÓMETRO?: MARGEN NORMATIVO *VERSUS* DESVIACIÓN DEL CONCRETO APARATO. ¿CUÁNTOS DECIMALES SE PUEDEN CONSIDERAR UNA VEZ APLICADO ESE MARGEN? 2.- EL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO

LA INFLUENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DEL ART. 379.2 DEL CÓDIGO PENAL: CUESTIONES PRÁCTICAS. 2.1.- ¿CUÁLES SON LAS DROGAS INCLUIDAS EN EL TIPO? ¿QUÉ CRITERIO HAY QUE SEGUIR A EFECTOS DE TIPICIDAD CON LAS SUSTANCIAS PRESCRITAS FACULTATIVAMENTE CON FINALIDAD TERAPÉUTICA? 2.2.- ¿SE PUEDE ACREDITAR EL ELEMENTO TÍPICO DE LA INFLUENCIA A PARTIR SÓLO DE UN DETERMINADO GRADO DE CONCENTRACIÓN DE DROGA EN SALIVA? IMPORTANCIA DE LA DILIGENCIA DE SIGNOS EXTERNOS EXTENDIDA POR LOS AGENTES CON FORMACIÓN ESPECÍFICA. 2.3.- LOS CONTROLES DE DROGAS DE LOS ARTS. 796.1.7ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS. 2.3.1.- Obligatoriedad del test indiciario y de facilitar la segunda muestra de saliva. Valor del test indiciario salival. 2.3.2.- La prueba de contraste: ¿el interesado puede elegir la matriz de la prueba de contraste? 2.3.3.- ¿Mantienen vigencia tras la Ley 6/2014 los requisitos de homologación de laboratorios y formación específica de los agentes? 3.- LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y ANÁLISIS CLÍNICOS COMO PRUEBAS SUBSIDIARIAS A LAS DE AIRE ESPIRADO PARA DETECCIÓN DE ALCOHOL O A LAS SALIVALES PARA DETECCIÓN DE DROGAS: EL NUEVO ART. 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL. ANALÍTICAS DE SANGRE Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE. 3.1.- LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y ANÁLISIS CLÍNICOS COMO PRUEBAS SUBSIDIARIAS A LAS DE AIRE ESPIRADO PARA DETECCIÓN DE ALCOHOL O A LAS SALIVALES PARA DETECCIÓN DE DROGAS: EL NUEVO ART. 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL. ANALÍTICAS DE SANGRE Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO. 3.2.- LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE. 4.- LA NEGATIVA A LOS CONTROLES DE ALCOHOL O DROGAS: SUPUESTOS TÍPICOS. 4.1.- ¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE SIGNOS EXTERNOS PARA APLICAR EL TIPO DEL ART. 383? 4.2.- ¿ES TÍPICO EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE MUESTREO EN ETILÓMETRO DIGITAL Y LA NEGATIVA A LAS DE PRECISIÓN EN ETILÓMETRO EVIDENCIAL? ¿Y LA NEGATIVA A LAS DE MUESTREO NO SEGUIDAS DE REQUERIMIENTO PARA REALIZAR LAS DE PRECISIÓN? ¿Y LA NEGATIVA A LA SEGUNDA PRUEBA DE PRECISIÓN? 4.3.- ¿Y LA NEGATIVA A LOS TESTS SALIVALES DE DETECCIÓN DE DROGAS? 4.4.- ¿Y LA NEGATIVA AL TRASLADO HOSPITALARIO PARA RECONOCIMIENTO MÉDICO Y ANÁLISIS CLÍNICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ANÁLISIS DE SANGRE?

1.- EL DELITO DE CONDUCCIÓN CON TASA OBJETIVADA DEL ART. 379.2 ÚLTIMO INCISO DEL CÓDIGO PENAL: CUESTIONES PRÁCTICAS TRAS LA CIRCULAR 10/2011

1.1.- ¿ES NECESARIO QUE LA TASA TÍPICA CONCURRA EN LAS DOS PRUEBAS DE ALCOHOLEMIA O HAY QUE ATENDER AL MOMENTO DE LA CONDUCCIÓN?

En una primera aproximación, la tesis general, tanto de la jurisprudencia menor como de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) en la Circular 10/2011 FGE, se orienta hacia la necesidad de que la tasa típica –superior a 0,60 miligramos por litro- esté presente en las dos pruebas que forman el test de alcoholemia en aire espirado, conforme a la redacción actual del art. 23.1 del Reglamento General de Circulación (en adelante RGCir), de suerte que, cuando aquella tasa típica se objetiva sólo en una de las dos pruebas, no podrá dar lugar a la apreciación del tipo del último inciso del art. 379.2 del Código Penal (en adelante CP), sin perjuicio, claro está, de la posible aplicación del primer inciso del mismo precepto –tipo tradicional de influencia-, si ésta queda acreditada aunque la tasa de impregnación alcohólica no alcance la típica del último inciso. Ello es así –necesidad de que la tasa típica se alcance en las dos pruebas- por entender que la segunda prueba en aire espirado, según la dicción literal del art. 23 del RGCir, es *para una mayor garantía y a efecto de contraste*, es decir, que para la valoración criminal de los hechos en el presente ilícito, en que la sola concurrencia de la tasa se convierte en elemento típico de la infracción, se requiere que aquella haya sido constatada con todas las garantías, por lo que sólo se considera fiable la incriminación penal de la conducta cuando la tasa medida en una de las dos pruebas queda avalada por la obtenida en la otra.

Como decíamos, esta es la tesis principal de la Circular 10/2011 FGE, sin perjuicio de las matizaciones y criterios de flexibilidad a que luego nos referiremos, cuando señala, por las razones expuestas, que *el resultado no se considera lo suficientemente fiable si la tasa obtenida en una de las mediciones no queda avalada por la arrojada en la otra*.

Es también la opinión prácticamente unánime de la jurisprudencia menor sostenida, entre otras muchas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Tarragona 318/2012, de 21 de junio, y en la SAP de Lugo 170/2011, de 6 de octubre. La primera, con el sustrato fáctico de un resultado de 0,65 miligramos por litro de aire espirado en la primera prueba de alcoholemia, y de 0,64 miligramos en la segunda, señala que *el resultado de las pruebas practicadas, puesto en relación con el margen de error del 7,5% al que se refiere la ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, para concentraciones mayores de 0,400 mg/l y menores o iguales a 1 mg/l, nos situaría en una segunda tasa inferior a 0,60 mg/l y por lo tanto, en la exigencia de que resulte acreditada la influencia de la ingesta de alcohol reconocida por el acusado en la conducción*. La segunda, con pruebas, respectivamente, de 0,65 y 0,60 miligramos por litro de aire espirado, afirma que *la segunda medición no sobrepasaba el límite establecido en el citado precepto -que regula que la tasa debería de ser superior a 0,60 miligramos- debiendo de tenerse en cuenta, además, el margen de error no discutido, que llevaría a una evidente disminución de tal tasa, por debajo de 0,60 miligramos, advirtiendo de que en la realización de las pruebas de alcoholemia con el*

correspondiente etilómetro, ha de optarse, por la más favorable al reo, ya que tal prueba abarca las dos pruebas que deben de realizarse, precisamente para garantizar el derecho de la persona a quien afecta, a la necesaria seguridad jurídica.

Ahora bien, este criterio general puede ser objeto de matizaciones. Ya la Circular 10/2011 FGE introdujo otro criterio específico, consistente en la posibilidad de atender, no ya a la circunstancia de que las dos tasas sean superiores a la típica al tiempo de realizarse la prueba, sino a la concurrente en el momento de la conducción para el concreto supuesto de que la realización de las pruebas se dilate en exceso respecto de aquél momento. Señalaba la citada Circular que pueden darse *supuestos excepcionales (...) en que, por causas distintas a incumplimientos policiales, ya sea por causas reprochables al imputado o por otras circunstancias impeditivas, la realización de la prueba de alcoholemia se dilate, alejándose en exceso del momento de la conducción*, de suerte que las tasas resultantes sean inferiores a las previstas en el art. 379.2, segundo inciso, pero pueda inferirse que en el momento de la conducción ésta se hacía con tasas superiores a las previstas en el tipo, sugiriendo la posibilidad de ejercicio de la acción penal por el tipo estudiado tras la previa práctica de la pertinente prueba pericial sobre la curva de alcoholemia.

En similar posición, existen recientes sentencias de la jurisprudencia menor que parecen abrir una nueva línea interpretativa, siguiendo la marcada por la Circular, en el sentido de que, a la vista de que la dicción literal del tipo no exige la concurrencia de más de una tasa superior a la prevista, sino mejor que la tasa típica esté presente en el momento de la conducción, ha de atenderse a la denominada curva de alcoholemia y a la tasa concurrente en ese momento para valorar la subsunción de la conducta en el tipo, siempre bajo la premisa de que no exista una absoluta discordancia o falta de correlación entre las dos tasas que permita dudar del correcto funcionamiento del etilómetro:

Así, la SAP de A Coruña 496/2014, de 17 de septiembre, con cita de otra de la misma Sección de 20 de diciembre de 2011, confirma la condena por el delito que nos ocupa con tasas respectivas de 0,67 y 0,63 miligramos de alcohol por litro de aire espirado (la segunda tasa sería inferior a 0,60 una vez deducido el margen de error) en control preventivo, argumentando que *frente a la tesis expuesta en el recurso de que es necesario, para la comisión del delito tipificado en el último inciso del artículo 379.2 del Código Penal, que el resultado ofrecido por ambas pruebas sea superior al 0,60, esta Sección Segunda en resolución de fecha 20 de diciembre de 2011 señaló que "Y, en segundo lugar, que la segunda prueba no haya rebasado la referida tasa no empaña la realidad de que, previamente, al momento de materializarse la conducción, ese índice existía. Esa segunda prueba, como se expone en el artículo 23 del Real Decreto 1428/2003, se establece como una garantía del conductor. Si como en el caso que nos ocupa el resultado arrojado por una y otra prueba (a practicar en un tiempo mínimo de 10 minutos, que aquí se ha superado, como resulta del atestado)son homogéneos de forma que no dan unas cifras absurdas o contradictorias, sino que reflejan, en el presente caso, que la incidencia del alcohol ya estaba en un tramo descendente, ello debe servirnos de dato acreditativo del buen funcionamiento del aparato empleado. Además el tipo penal no exige que se rebase ese tope en dos o en número concreto de de pruebas, sino que sea rebasado con ocasión de circular al volante de un vehículo a motor".* Y el mismo criterio sigue, en sentido contrario, la SAP de Burgos 31/2013, de 24 de enero, al no considerar típica la conducción con resultados positivos en el test de

alcoholemia de 0,61 y 0'65 miligramos de alcohol por litro de aire espirado en pruebas llevadas a cabo prácticamente una hora después del siniestro acaecido, por cuanto *el grado de alcohol detectado es ascendente, dando un índice de 0'61 a las 11'52 horas y de 0'65 a las 12:07 horas, y consta que el accidente se produjo sobre las 11:00 horas (folio 2), por lo que lo lógico es que un hora antes de la práctica de las pruebas el índice de alcohol fuese inferior al de 0'60 legalmente fijado.*

1.2.- ¿QUÉ INCIDENCIA TIENEN LAS PERICIALES SOBRE CURVA DE ALCOHOLEMIA EN LA TIPIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS Y, EN CONCRETO, PARA DISCUTIR LA FIABILIDAD DE LOS ETILÓMETROS O DE LAS ANALÍTICAS DE CONTRASTE EN SANGRE?

Últimamente, en procedimientos relativos al tipo estudiado, se producen con relativa frecuencia alegaciones defensivas, que en algunas ocasiones han dado también lugar a sentencias absolutorias¹, consistentes en discutir el correcto funcionamiento de los etilómetros de precisión con los que se practica la prueba de alcoholemia en aire espirado o la fiabilidad de las analíticas sanguíneas de contraste, en base a ciertas interpretaciones de la curva de alcoholemia y de los signos externos de embriaguez que presentaba el imputado. Las alegaciones se basan, generalmente, en tres tipos de argumentos: la falta de compatibilidad o correlación entre las dos tasas en aire espirado, o bien entre éstas y la tasa de alcohol en sangre en la analítica sanguínea de contraste, o incluso en la inexistencia de coincidencia o correlación entre los signos externos del sujeto y las tasas constatadas. Para la adecuada valoración de tales alegaciones y la

¹Pueden citarse las siguientes: A/ Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal nº2 de Valladolid de 17 de mayo de 2013 tras la práctica de prueba en aire espirado con resultados de 0,71 mg/l a las 3.32 horas y 0,65 mg/l a las 4.15 horas, con prueba de contraste en sangre realizada a las 5.15 horas que arrojó un resultado de 1,43 gramos de alcohol por litro de sangre, por entender que la conductora se hallaba en fase de eliminación de la curva de alcoholemia y no de distribución o meseta, y que en aquella fase eran incompatibles los resultados obtenidos en sangre con los medidos en aire espirado en base a las periciales de parte. Posteriormente revocada por SAP de Valladolid 388/2013, de 14 de octubre, (que a su vez fue revocada por STC en base a otros argumentos relativos a valoración vedada de pruebas personales en segunda instancia), señalando que la prueba en aire espirado *es totalmente válida, se efectúa con todas las garantías legales y el resultado es positivo* y, en cuanto a las muestras de sangre, que *conservadas perfectamente, las muestras se analizan como se especifica a los folios 294 y 298 de autos, empleando una técnica perfectamente aceptada y considerada científica, cual es la enzimática, según obra en informe del Instituto Nacional de Toxicología. De este modo, no resultan acreditados ninguno de los "factores exógenos", que se recogen en la sentencia como invalidante del resultado del análisis.(...) Parece que la finalidad de estas especulaciones es concluir que no es posible que se arrojara un resultado de 1,43 cuando la acusada se hallaba en lo que se ha denominado curva descendente de la ingesta. Como hemos dicho antes, es posible que haya que aplicar un margen de error al resultado, pero en modo alguno invalidarlo.* B/ Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal nº5 de Las Palmas de 10 de junio de 2013, posteriormente confirmada por SAP sin entrar en el fondo, tras la práctica de las pruebas de alcoholemia en aire espirado que dieron resultados de 0,91 mg/l la primera de ellas y 0,83 mg/l la llevada a cabo poco más de media hora después, y ello por entender en base a las periciales practicadas que, estando el acusado en fase de eliminación de la curva de alcoholemia y aplicando el coeficiente de etiloxidación, la segunda prueba era incompatible con la primera debido a la alta velocidad de eliminación del alcohol, incompatible con aquél coeficiente, lo que hace, en unión con otras circunstancias, que la Juzgadora dude del correcto funcionamiento del etilómetro. C/ SAP de Burgos de 6 de marzo de 2009 que absolvió al acusado con tasas de alcohol en aire espirado de 1,26 mg/l y 1,05 mg/l a las 1.43 y 1.59 horas respectivamente y tasa en sangre por prueba de contraste de 0,64 gr/l a las 3.00 horas, y ello por entender que era más fiable la prueba en sangre efectuada por el INTCF que la prueba en aire espirado mediante etilómetro, sin plantearse cuestión alguna sobre la curva de alcoholemia y la posibilidad de compatibilidad de ambos resultados aplicando aquélla.

correcta interpretación de las periciales sobre la curva de alcoholemia es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1.- De las tres fases de la curva de alcoholemia –absorción, distribución o meseta y eliminación-, la fase de distribución o de meseta –en que existe equilibrio entre la absorción y la eliminación alcohólica-, según reputados forenses, tiene una duración media de entre 45 a 75 minutos, siempre que no haya más ingesta y existiendo variabilidad interindividual que puede determinar una mayor duración de esta fase de meseta por encima de los 75 minutos (dependiendo del sexo del interesado, comida previamente ingerida y modo de ingestión, del estómago, hígado, consumo de medicamentos, existencia de enfermedades).

Esta circunstancia tiene relevancia para la tipificación de las conductas porque, a pesar de que transcurra un período de tiempo en principio elevado entre las pruebas en aire o entre éstas y las pruebas en sangre y haya una persistencia en las tasas, ello explicaría la correlación o compatibilidad entre las mismas a pesar del tiempo transcurrido por la posible durabilidad de la fase mesetaria.

2.- La fase de absorción, también dependiendo de una alta variabilidad interindividual, concluye en torno a una hora después del último consumo con el estómago vacío –con rangos de variación de 30 minutos a dos horas- y al menos tres horas después con el estómago lleno –se llega a decir que hasta seis horas en algunos casos si hay alimentos ingeridos-, de suerte que la mitad del alcohol ingerido se absorbe rápidamente durante los primeros 15 minutos posteriores a la ingesta y el resto en hasta al menos una o tres horas o incluso seis².

Por ello, debido a esa variabilidad interindividual, entendemos que consumiciones o ingestas de alcohol inmediatamente anteriores a la primera prueba en aire espirado podrían estar absorbiéndose durante las una o tres o seis horas siguientes y dar lugar a una “persistencia” en la fase mesetaria, lo que también tiene relevancia para la tipificación de las conductas porque puede explicar la correlación o semejanza entre las tasas a pesar del tiempo transcurrido.

La variabilidad interindividual en la duración de la fase de absorción puede depender de muy diferentes factores³: sexo, raza, edad, proporción grasa/agua corporales (diferente según sexo y edad), presencia de alimentos en el estómago, consumo de bebidas carbonatadas y frías, existencia de operaciones de estómago, concentración de etanol de las bebidas ingeridas, forma de la ingesta, consumo de medicamentos o tabaco.

3.- En cuanto a la fase de eliminación, el coeficiente de etiloxidación es constante y equivale a 0,15-0,20 g/l/ por hora en adultos de 70 kilos de peso de raza

²Manual de Criminalística y Ciencias Forenses, Ed. Tebar, 2010, Cap. III, Toxicología Forense 1, Intoxicaciones por alcohol etílico, págs. 78 a 114, autora María José Anadón (Directora del Departamento de Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid).

³Manual de Criminalística y Ciencias Forenses, Ed. Tebar, 2010, Cap. III, Toxicología Forense 1, Intoxicaciones por alcohol etílico, págs. 78 a 114, autora María José Anadón (Directora del Departamento de Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid) y Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Ed. Bosch, 2012, Tomo II, Cap. 69 y 70, Intoxicaciones originadas por el alcohol etílico, págs. 207 a 286, autores Fernando Bandrés Moya, Santiago Delgado Bueno y Carmen Jurado Montoro.

caucásica sanos y no habituados -se trata de una media entre varones y mujeres de peso medio (70 kilos)-, pero la bibliografía señala variaciones de hasta un 20% en ese coeficiente, de suerte que aunque el coeficiente es constante ello no quiere decir que sea igual para todas las personas, ya que el metabolismo del etanol tiene una elevada variabilidad interindividual dependiendo de edad, habituación o patrón de consumo, polimorfismos genéticos y estado enzimático del sujeto (variables según sexo o grupos sociales y étnicos) y tamaño o peso proporcional del hígado, consumo de fructosa o de tabaco o uso de determinados fármacos, y sólo se puede aplicar en fase de eliminación de la curva de alcoholemia, es decir, una vez concluida la fase de absorción, y con coeficientes de variación o error elevados que pueden llegar hasta un 21,2%⁴.

Ello tiene igualmente relevancia en cuanto a la tipificación de las conductas y puede privar de eficacia a hipotéticas alegaciones defensivas sobre la incompatibilidad entre las tasas del caso concreto, pues los cálculos basados en ese coeficiente de etiloxidación para impugnar la correlación entre las tasas, a la vista de lo expuesto, tienen un alcance relativo y han de valorarse con las debidas cautelas, siendo sólo aplicables, por otra parte, cuando quede efectivamente acreditado que la curva de alcoholemia se encontraba en su tercera fase de eliminación.

4.- La correlación entre las tasas y los signos clínicos también presenta una gran variabilidad interindividual y depende en gran medida de la habituación⁵.

Consecuencia de ello es que las impugnaciones de las tasas fundadas en su incompatibilidad con los signos clínicos que presentaba el sujeto en el momento de la práctica de la prueba deben tener unos efectos muy relativos, lo que deberá acreditarse en el procedimiento, con las consiguientes consecuencias en la tipificación de las conductas.

5.- La relación sangre/aire espirado se suele estimar en 1/2100 pero oscila entre 1/1900 y 1/2400⁶.

Por ello, cuando se alegue la falta de correlación entre las tasas en aire espirado y la tasa en sangre, deberán tenerse en cuenta estos márgenes de error en las relaciones entre las dos matrices –aire espirado y sangre- para valorar si existe o no correlación o compatibilidad entre las tasas, lo que afecta igualmente a la tipificación de las conductas.

En definitiva, las periciales sobre curva de alcoholemia, aportadas al procedimiento para discutir la fiabilidad de los etilómetros de precisión o de las

⁴*Manual de Criminalística y Ciencias Forenses*, Ed. Tebar, 2010, Cap. III, Toxicología Forense 1, Intoxicaciones por alcohol etílico, págs. 78 a 114, autora María José Anadón (Directora del Departamento de Toxicología de la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid) y *Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, Ed. Bosch, 2012, Tomo II, Cap. 69 y 70, Intoxicaciones originadas por el alcohol etílico, págs. 207 a 286, autores Fernando Bandrés Moya, Santiago Delgado Bueno y Carmen Jurado Montoro.

⁵*Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, Ed. Bosch, 2012, Tomo II, Cap. 69 y 70, Intoxicaciones originadas por el alcohol etílico, págs. 207 a 286, autores Fernando Bandrés Moya, Santiago Delgado Bueno y Carmen Jurado Montoro.

⁶*Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses*, Ed. Bosch, 2012, Tomo II, Cap. 69 y 70, Intoxicaciones originadas por el alcohol etílico, págs. 207 a 286, autores Fernando Bandrés Moya, Santiago Delgado Bueno y Carmen Jurado Montoro.

analíticas sanguíneas de contraste, han de valorarse con las debidas cautelas y criterios de relatividad, teniendo en cuenta las matizaciones y modulaciones señaladas, que revelan una alta variabilidad interindividual en todos los factores expuestos.

1.3.- ¿QUÉ INCIDENCIA TIENE EL DENOMINADO ALCOHOL EN BOCA O LA TOMA DE CIERTOS MEDICAMENTOS EN LA MEDICIÓN DE LA TASA Y TIPIFICACIÓN PENAL DE LOS HECHOS?

En cuanto al denominado efecto “alcohol en boca” es descartado con los actuales modelos de etilómetro evidencial o de precisión –por ejemplo Drager Alcotest 7110 que es el más frecuentemente utilizado- que garantizan que la medición se efectúa sobre aire alveolar o pulmonar, al descartar los dos tercios iniciales de aire espirado y, por ello, minimizan una posible contaminación de la cavidad bucal. Igualmente descartan todo tipo de posibilidad de efectuar la prueba cuando existe alcohol en el ambiente. Tales consideraciones son acogidas, entre otras, por la SAP de Albacete 127/2008, de 30 de diciembre, que recoge la distinción entre el Alcotest 7410 –etilómetro digital, de muestreo o indiciario- y el Alcotest 7110 –etilómetro evidencial o de precisión-⁷.

Tal circunstancia resulta relevante para descartar o negar virtualidad a algunas alegaciones defensivas, todavía frecuentes, sobre la posibilidad de que el alcohol en boca haya podido afectar a la medición del etilómetro de precisión.

Por otra parte, en relación con lo anterior, suelen producirse también en este tipo de procedimientos alegaciones referidas a la toma de colutorios orales o medicamentos con contenido alcohólico antes de las pruebas para negar fiabilidad a la medición del etilómetro de precisión. No obstante, en base a dictámenes periciales, suelen también ser rechazadas de forma casi unánime por la jurisprudencia menor, bien por no quedar probada su ingesta, por tener una mínima incidencia en el grado de concentración alcohólica, por no afectar a la medición del etilómetro, o bien por la riqueza y calidad de los signos externos de ingesta acreditados. En el caso del conocido Listerine, pueden citarse, entre otras, las SSAP de Alicante 425/2000, de 12 de junio⁸, de Madrid

⁷*“Dichas pruebas se practicaron con un etilómetro no evidencial, de los llamados “portátiles”, que otros cuerpos policiales (como la Guardia Civil) utilizan solo para “filtrar” a los candidatos a someterse al etilómetro evidencial. La mayor parte de las sentencias de Audiencias Provinciales analizadas se han inclinado por no dar validez plena a las pruebas practicadas con el etilómetro Drager Alcotest 7410, aunque, ciertamente, como explica el Sr. Juez de lo Penal en la sentencia recurrida, esa postura no es unánime.*

La falta de precisión y fiabilidad del etilómetro 7410, frente al modelo 7110 de la misma marca, radica en su incapacidad para detectar y discriminar el etanol en boca de manera automática, por lo que en sus mediciones se producen interferencias del etanol volátil presente en las mucosas y cavidades del tracto superior del aparato respiratorio e incluso del aparato digestivo con el procedente del aire alveolar. Siendo ello así, no se puede saber a ciencia cierta cuál era el grado de impregnación alcohólica de la apelante, por lo que, por aplicación del principio “in dubio, pro reo”, procede estimar el recurso y dictar sentencia absolutoria.”

⁸*“Fundamenta el apelante su recurso en (...) haber tomado antes de la colisión un colutorio bucal denominado «Listerine», utilizado para el enjuague de la boca, y de alto contenido alcohólico, por lo que se negó a la diligencia de medición de aire espirado, pues sabía que iba a dar positivo. (...) Respecto del segundo fundamento de su recurso, es obvio decir que tal como dice la juzgadora, la existencia del colutorio bucal no implica que se dieran unos signos en la cantidad y «calidad» en que se dieron.*

562/2002, de 8 de noviembre⁹, de Sevilla 211/2002, de 24 de septiembre¹⁰, de Soria 3/2004, de 14 de enero¹¹. O en el caso del Elixifilin, las SSAP de Cádiz 24/2004, de 28 de enero¹², de Madrid 385/2011, de 7 de noviembre¹³, de Madrid 655/2002, de 19 de

También podría haberlo alegado el recurrente a los agentes, pero no lo hizo. Por otro lado, lo único acreditado es lo que el acusado afirma, dado que en ningún momento se ha acreditado el haber ingerido dicho enjuague bucal.”

⁹*“Frente a tan contundente prueba de cargo el hoy apelante pretendió en su día desvirtuar la prueba de alcoholemia, alegando que la ingesta del producto Listerine, afirmación que el Juez de lo penal no estimó como probada, amén de verse desvirtuada su pretendido efecto alterador del etilómetro a tenor del informe forense unido al folio nº 59 de las actuaciones.”*

¹⁰*“Formula recurso de apelación la parte alegando, en primer lugar, error en la apreciación de las pruebas al entender que, por una parte, no se consideró acreditado que el alcohol que arrojaron las pruebas de alcoholemia practicadas fueran consecuencia del consumo de alcohol, considerando la parte que fue consecuencia del consumo de Listerine; y, por otra, que los síntomas descritos no acreditan que el acusado se hallase bajo el influjo del alcohol.*

El motivo debe ser desestimado. Sustenta su tesis la parte en el informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología, documentado al folio 49 de las actuaciones, en tanto que si bien es cierto que en el mismo se concluye que " 1ª.- "el Listerine es un antiséptico bucal que contiene, entre otras sustancias, un 28,4 % de alcohol". la parte parece omitir las otras consideraciones que realiza el instituto, que concluye explicando que "2ª.- Tras un uso terapéutico, y durante un plazo aproximado que comprende los 10-15 minutos inmediatamente posteriores, podría resultar positiva una prueba realizada con el etilómetro.. 3ª.- Si la causa de la positividad de una primera determinación hubiera sido la utilización terapéutica del Listerine, debería haber una diferencia muy significativa con el resultado de una segunda prueba realizada unos minutos más tarde".

Si advertimos que el acusado fue detenido a las 8,15 horas (folio 2) y que se le practicaron las pruebas en el etilómetro a las 8,20 y 8,40 horas (folio 7), no es posible que el elevadísimo resultado que arrojaron las pruebas correctamente practicadas, 0,88 y 0,85 mg/l de aire espirado se debiera al consumo de Listerine porque no concurren ninguno de los presupuestos exigidos por el Instituto Nacional de Toxicología, pues no sólo necesariamente habían transcurrido mucho más de 10 minutos desde el hipotético consumo sin que, tampoco había descendido sustancialmente el índice arrojado en la segunda prueba.”

¹¹*“el hecho no acreditado de que el acusado hubiera utilizado un enjuague bucal que contiene alcohol no justifica los síntomas que evidenciaba, pues si se usa correctamente dicho producto no se ingiere, sino que se expulsa, y el test de alcoholemia lo es sobre el aire espirado durante varios segundos, con lo cual, de haberse usado dicho producto, no podría tener reflejo alguno en el resultado.”*

¹²*“la toma del medicamento Elixifilin, según el médico forense, no afecta a la capacidad del sujeto, esto es, no produce los efectos propios de haber ingerido alcohol, solo si se toman cervezas puede potenciar el índice de alcohol, es precisa la previa ingesta de alcohol, pues el mero hecho de tomar el jarabe no produce efectos de embriaguez.”*

¹³ *“Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo referente a la supuesta vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, por ausencia total de prueba de cargo. Lo alegado en este punto es que el recurrente había tomado el fármaco denominado Elixifilin, que tiene alcohol en su composición, lo que provocó que arrojase un resultado positivo en las pruebas realizadas con el etilómetro, así como otros medicamentos que, junto con aquel, podrían provocar la conducta del recurrente descrita por los agentes, no habiéndose producido, por otro lado, riesgo alguno para la circulación.*

Aunque la sentencia del Juzgado de lo Penal, basándose en el dictamen pericial médico-forense evacuado en el plenario niega incidencia alguna en la prueba etilométrica a la toma de los medicamentos citados por el acusado, sosteniendo que el Elixifilin no contiene alcohol, asiste la razón al recurrente al poner de relieve que, conforme a la composición que consta en el prospecto obrante en las actuaciones, uno de los ingredientes de dicho medicamento es el etanol. Ahora bien, no puede perderse de vista, a la hora de valorar la incidencia de la toma del fármaco en cuestión en el resultado de las pruebas de alcoholemia, que la proporción de etanol es mínima (1'6 mililitros por dosis, 26'66 ml. en

junio¹⁴, de Málaga 474/2003, de 1 de septiembre¹⁵, de Segovia 34/2001, de 28 de septiembre¹⁶).

todo el envase), lo que resulta casi irrelevante en relación con las tasas registradas en el etilómetro, la menor de las cuales era de 0'76 miligramos por litro de aire espirado, equivalente a alrededor de 1'51 gramos por litro de sangre."

¹⁴“El recurrente trata de desmontar esta prueba alegando que la ingesta de medicamentos para tratamiento de una afección bronquial podría haber alterado tanto la medición alcohólica efectuada como las facultades del acusado.

Explica cómo el acusado sería un prestigioso médico especialista en enfermedades hepáticas. Pero el enjuiciamiento penal desconoce las cualidades o atributos personales en tanto en cuanto no tenga relación con el hecho delictivo. En el presente caso el recurrente alega que se automedicaba y menciona los fármacos usados adjuntando los correspondientes prospectos. A la vista de los mismos sorprende que tan prestigioso médico no fuera más prudente para abstenerse del consumo alcohólico en tales circunstancias puesto que el prospecto del medicamento bisolvon en el apartado de "interacciones" advierte que el contenido en codeína del fármaco puede potenciar el efecto sedante de los depresores del SNC (sistema nervioso central), como el alcohol, y que el prospecto del medicamento elixifilin advierte de que por su contenido en etanol se recomienda no conducir.

En cualquier caso el recurrente alega una dosificación muy alta de estas sustancias que ha de considerarse mera alegación de parte no sustentada con prueba alguna y utilizada con fines autoexculpatorios”

¹⁵“PRIMERO.- Se alega error en la apreciación de la prueba, dado que por los medicamentos que tomaba, pudo resultar alterado el resultado, no considerando prueba el test dado que el certificado de revisión no fue ratificado en juicio.

SEGUNDO.- En cuanto a los síntomas este Tribunal debe declarar que:

- Tanto la testigo Silvia como el Agente NUM002 manifestaron que olía a alcohol.,*
- Pese a que los medicamentos tuviesen un contenido de etanol, no consta la elevación que ello pueda generar en el test de alcoholemia.*
- Si la curva de alcohol era ascendente, debió ser porque ingirió mas alcohol de lo que declaró y en momentos muy próximos y previos a la inmovilización, no constando prueba pericial sobre el tiempo durante el que la curva se eleva, y cuando se sitúa en fase de meseta o descendente.*

En cualquier caso, la tasa es tan elevada que una ligera elevación derivada de la medicación (pues no consta otra influencia mayor) no excluiría la ilicitud penal de la conducta.

· Entre los síntomas e indicios, estaban;

Olor a alcohol

Habla titubeante

Habla pastosa

Deambulacion vacilante

Respuestas embrolladas

Repeticiones en la expresion

Que provocó un accidente de circulación

Por último, la verificación metrológica del aparato con el que se practicó el test, consta aportada a los autos y en cuanto documento oficial es constitutivo de prueba, por lo que concurren todos los elementos del tipo del artº 379 del CP pues conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas en tasa superior a la permitida que de hecho alteró su conducta ante el volante generando riesgo.”

¹⁶“Frente a ello, la tesis o pretendidas pruebas de descarga, en nada evitan las anteriores conclusiones; pues la ingesta del medicamento resulta prácticamente irrelevante en la tasa de alcohol resultante; ya que la dosificación recetada del preparado Elixifilin es de 30 ml, tres veces al día (folio 40) y el contenido de etanol cada 15 ml es de 1'6 ml (folio 39 donde se aporta el prospecto farmacéutico); y por tanto aún cuando computáramos toda la dosis del día, resultarían 9'6 ml de etanol; es decir una cantidad

1.4.- ¿QUÉ MARGEN DE ERROR HAY QUE APLICAR A LA MEDICIÓN DEL ETILÓMETRO?: MARGEN NORMATIVO *VERSUS* DESVIACIÓN DEL CONCRETO APARATO. ¿CUÁNTOS DECIMALES SE PUEDEN CONSIDERAR UNA VEZ APLICADO ESE MARGEN?

El criterio de la FGE que cristaliza en la Circular 10/2011 FGE y el uniforme de las Audiencias Provinciales entiende que, para la aplicación del tipo de tasa objetivada del art. 379.2, segundo inciso, del CP, es necesario deducir del valor medido por el etilómetro el margen de error de éste. Así, entre otras muchas, las SSAP de Burgos 31/2013, de 24 de enero, de Valladolid 388/2013, de 14 de octubre, y de A Coruña 496/2014, de 17 de septiembre. Ambas sedes acuden para ello al margen de error normativo o error máximo permitido (EMP) previsto en la regulación metrológica constituida por la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre, concretamente el Anexo II de la misma. La Circular 10/2011 FGE se refiere específicamente a la necesaria deducción del margen de error contemplado en tal norma –margen de error normativo o EMP- por remisión al citado Anexo, distinguiendo entre (i) etilómetros nuevos y que no han sufrido reparación o modificación en su primer año en servicio y (ii) etilómetros que lleven más de un año en servicio y/o han sido reparados o modificados.

No obstante, puede plantearse la duda de si, en lugar del EMP previsto en la norma, es posible aplicar la desviación máxima del específico etilómetro –inferior al error normativo- que puede derivarse de los certificados de verificación emitidos por el Centro Español de Metrología (en adelante CEM).

No parece que esta posibilidad pueda deducirse, al menos explícitamente, de la Circular 10/2011 FGE, que atiende al error normativo, y las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial del año 2014 descartan expresamente tal posibilidad¹⁷.

La justificación es la que sigue: la desviación máxima del concreto etilómetro se obtiene de los ensayos llevados a cabo en el propio CEM al verificar el aparato en el caso concreto y, en principio, tiene en cuenta la incertidumbre del instrumento de medida; ahora bien, si se repiten los ensayos, debido al propio margen de incertidumbre de aquél, nada impediría que en los nuevos ensayos se alcanzasen desviaciones máximas mayores por debajo del EMP previsto en la norma. Es decir, lo que garantizan los ensayos metrológicos y la certificación de conformidad del CEM es que la medición del concreto etilómetro, teniendo en cuenta la incertidumbre del aparato, se va a situar

tan insignificante, que ni siquiera alcanza un centilitro; tanto más cuando el propio médico que la receta, informa que su ingesta podría ocasionar ojos brillantes, pero en absoluto halitosis alcohólica y deambulación titubeante.”

¹⁷*El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379.2 CP. a) Margen de error de los etilómetros. No debe confundirse el margen normativo de error del etilómetro concreto regulado en la Orden ITC/3707/2006, que es al que debe atenderse, con la desviación máxima del aparato. Fundamento: En relación con el margen de error de los etilómetros, esto es, si es posible atender no al EMP previsto en la norma, sino al margen de error del concreto etilómetro, se ha planteado la misma cuestión que para los cinemómetros. La respuesta por idénticas razones y por resultar así de los informes del CEM ha de ser del mismo tenor.*

por debajo del EMP previsto en la norma, sin descartar que en caso de que se produzcan nuevas mediciones éstas superen la desviación máxima anteriormente alcanzada. En definitiva, que lo que ofrece las garantías y seguridad jurídica de la medición, sobre todo a efectos sancionadores penales, es el error máximo permitido previsto en la norma y no la desviación máxima del aparato obtenida en los concretos ensayos, por lo que habría de atenderse a aquél y no a ésta.

Por otra parte, una vez determinado el margen de error que ha de aplicarse al valor medido por el etilómetro, se plantea el problema adicional de cuántos decimales del resultado de la operación matemática de deducción del error pueden tomarse en cuenta para determinar la tipicidad de la conducta. Se trata de una cuestión no baladí que puede afectar a numerosas actuaciones policiales a la hora de instruir atestado, sobre la que no existen criterios uniformes en la jurisprudencia menor y que tampoco aparece explícitamente resuelta por la Circular 10/2011 FGE.

Debe partirse de la Orden ITC/3707/2006, que distingue dos supuestos: (i) etilómetros nuevos y que no han sufrido reparación o modificación en su primer año en servicio: para concentraciones $\geq 0,4$ mg/L y ≤ 2 mg/L el EMP es igual al 5% del valor medido. Si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor o igual que 0,4 mg/L y menor o igual que 2 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,95 por el valor de lectura obtenido. Si la tasa de alcohol medida es de 0,64 mg/L la operación será la siguiente: $0,64 \text{ mg/L} \times 0,95 = 0,608 \text{ mg/L}$. De apreciarse más de dos decimales la conducta sería típica a partir de la tasa de 0,64 mg/L por cuanto, una vez deducido el margen de error, el resultado numérico obtenido sería superior a 0,60 mg/L, mientras que de poderse apreciar sólo dos decimales la conducta sería típica a partir de 0,65 mg/L ($0,65 \text{ mg/L} \times 0,95 = 0,6175 \text{ mg/L}$, que superaría el 0,60 tomando en consideración sólo estos dos decimales). (ii) etilómetros que lleven más de un año en servicio y/o han sido reparados o modificados: para concentraciones $> 0,4$ mg/L y ≤ 1 mg/L el EMP es igual al 7,5% del valor medido. Si la lectura del instrumento declarado conforme resulta mayor que 0,4 mg/L y menor o igual que 1 mg/L se puede garantizar que la concentración real de alcohol en el aire espirado por el sujeto sometido al control de alcoholemia es de, al menos, el resultado de multiplicar 0,925 por el valor de lectura obtenido. Si la tasa de alcohol medida es de 0,65 mg/L la operación será la siguiente: $0,65 \text{ mg/L} \times 0,925 = 0,60125 \text{ mg/L}$. De apreciarse más de dos decimales la conducta sería típica a partir de la tasa de 0,65 mg/L por cuanto, una vez deducido el margen de error, el resultado numérico obtenido sería superior a 0,60 mg/L, mientras que de poderse apreciar sólo dos decimales la conducta sería típica a partir de 0,66 mg/L ($0,66 \text{ mg/L} \times 0,925 = 0,6105 \text{ mg/L}$, que superaría el 0,60 tomando en consideración sólo los dos decimales).

La primera posición –posibilidad de considerar más de dos decimales- puede encontrar apoyo en que el tipo sólo exige que el valor numérico resultante sea superior a 0,60, no siendo claro que el criterio del legislador fuera excluir los decimales sucesivos a los dos primeros, sin que tampoco existan razones objetivas para contemplar dos decimales en aire espirado y sólo uno en sangre, pues ello supondría destipificar las tasas en sangre situadas entre 1,21 y 1,29 gramos por litro. Exponente de esta primera interpretación es la SAP de Tarragona 488/2009, de 4 de noviembre, señalando que *se constata que el margen de error ha sido debidamente aplicado por el juzgador a quo, arrojando, por aplicación de dicho porcentaje, una tasa de 0,60125, por tanto, superior a la que fija el tipo legal, sin que su pretensión, respecto a que debe ser superior a 0,61*

pueda tener favorable acogida, por cuanto el tipo únicamente requiere la conducción con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro en aire espirado o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro, resultando evidente que la arrojada, aplicando incluso el porcentaje del margen de error del 7'5% legalmente admisible, es superior a la prevista legalmente, sin que conste acreditado, en modo alguno, que dichos aparatos redondeen al alza, como alega el recurrente.

No obstante, la mayoría de las resoluciones más recientes de la jurisprudencia menor acogen la postura contraria y sólo toman en consideración dos decimales. Así, la SAP de Valladolid 388/2013, de 14 de octubre: *Cierto, si entendiéramos de aplicación el segundo inciso del párrafo 2 del art. 379 del Código Penal, deberíamos aplicar a dichas muestras el margen del error correspondiente, y ello se haría respecto al resultado de 0,65, lo más beneficioso para el acusado. Y así, la orden del Ministerio de Industria y Energía de 22 de noviembre de 2006, admite la existencia de unos márgenes de error y fija unos errores máximos permitidos. Así, aun cuando el etilómetro estuviera, como es el caso, perfectamente homologado y revisado, el resultado medidor 0.65, considerando que, en concentraciones superiores a 0,4 y menores o iguales a 1 mgr se aplica el 7,5%, solo garantizaría que el conductor, en el momento de someterse a las pruebas, presentaba una tasa de 0.602, pero como el inciso 2º del número 2 del art. 379 del Código Penal sólo recoge dos decimales, el tercero no se puede considerar, con lo que el resultados sería 0,60, y ello implica que es necesario, además acreditar la concurrencia de influencia del consumo etílico en la conducción.*

La SAP de Tarragona 187/2014, de 10 de abril, que sólo toma en consideración un decimal para la tasa en sangre en base a una interpretación literal del precepto, aunque añade argumentos adicionales poco sólidos, al convertir la tasa en sangre en tasa en aire espirado y aplicar sobre esta última el margen normativo de error de la citada Orden ITC, cuando es claro que los etilómetros no operan con las mismas técnicas analíticas que los laboratorios, sin que el instrumental de estos últimos se halle sometido a la misma Orden que aquéllos; dice así la sentencia: *no puede entenderse sobrepasada la tasa que establece el art. 379.2 del Código Penal para que la conducta sea considerada como constitutiva de delito. En efecto, el art. 379.2 establece una tasa de alcohol en sangre superior a 1'2 gramos por litro. La tasa que arrojaba el acusado fue de 1'284 gramos por litro. El redactado del precitado artículo resulta inequívoco en el sentido de que la condena procede por conducir con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0'60 mg/l o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1'2 gr/l. Debemos tener en cuenta, consecuentemente, única y exclusivamente las cifras en los términos que han sido establecidos expresamente por el legislador, y entender consumado el delito cuando se constata, respectivamente, una tasa de 0'61 mg/l en aire espirado o una tasa de 1'3 gr/l en sangre o superiores. Si resultara exigible una tasa superior a 1'2, así se habría consignado en el artículo. El inciso segundo del apartado 2 del art. 379, sólo recoge dos decimales en cuanto a la tasa en aire espirado (0'60), y sólo uno en cuanto a la tasa en sangre (1'2), por lo que de haber un tercero en la tasa en aire espirado o un segundo en la tasa en sangre, no podría ser tenido en cuenta a los efectos que nos ocupan, so riesgo de realizar una interpretación contra reo. Pero no sólo eso, sino que la Juez de instancia razona que el equivalente en sangre a 0'60 mg/l en aire espirado, es de 1'20, cuando la realidad es que es de 1'2. El art. 20 del R.G.C (RD 1428/03), establece la equivalencia entre 0'5 gr/l en sangre con 0'25 mg/l en aire espirado, por lo que con una simple regla de tres partiendo de 0'60 mg/l en aire*

espirado, se obtiene el resultado de 1'2 gr/l en sangre. Y todavía más, resulta que aun de ser como razona la Juez, procedería la aplicación del margen de error a los 0'60 mg/l en aire espirado, que evidentemente arrojaría una tasa inferior a la delictiva. En cualquier caso, partiendo de las cifras reales obtenidas en la analítica de sangre (1'284 gr/l), y aplicando la misma regla de tres, obtenemos una tasa equivalente en aire espirado de 0'64 mg/l, como acertadamente se hace constar en el atestado (folio 7 de la pieza de Instrucción), a la que aplicando el margen de error reconocido del 7'5 %, obtendríamos una tasa en aire espirado de 0'59 mg/l, por lo que tampoco así aparece sobrepasada la tasa penal.

La SAP de Navarra 173/2012, de 26 de octubre: Hecha la anterior salvedad se estima el segundo de los motivos del recurso, conforme a la doctrina de esta Sección expuesta en sentencia de 23 de septiembre de 2010 (JUR 2011, 110182), aplicando el margen de error del 7,5% establecido en la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre (RCL, 2006/2174), que regula el control metrológico del estado sobre los aparatos de determinación del alcohol en sangre, por lo que para cometer el delito es necesario que se dé al menos 0#642 ml de alcohol por litro de aire expirado (sic) y como los aparatos de precisión no tienen centésimas debe condenarse por encima de 0#65 ml de alcohol, nivel que no se alcanzó en el caso ahora enjuiciado al arrojar la primera prueba un resultado de 0,65 miligramos de alcohol por litro de aire aspirado (sic). El criterio expuesto es también seguido por otros Tribunales, como la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 29 septiembre de 2009 (JUR 2009, 491406).

La SAP de Barcelona 317/2012, de 29 de marzo: La tasa de alcoholemia arrojada en primer lugar y que debe prevalecer por ser más beneficiosa para el acusado es de 0,65 Mg. /l. Si se le aplica el error permitido legalmente (Orden ITC 3707/2006 de 22 de noviembre) a los etilómetros incluso a los correctamente autorizados y revisados, del 7,5% para una concentración como la obtenida, el resultado podría no ser superior a 0,60 MG/l. límite que debe excederse de acuerdo con lo previsto en el tipo penal. El 7,5% de 0,65 es de 0,048 MG/l si redondeamos la cifra a dos decimales resultaría 0,05 MG/l. que restada de 0,65 da un resultado de 0,60 MG/l. Pero es que además, no conocemos como efectúa el redondeo el etilómetro para una tasa por ejemplo de 0,646 MG./l. Si la convierte en 0,65 mgr/l. resultaría que el 7,5% de 0,646 mgr/l. sería 0,048 mgr/l con parecido resultado práctico: 0,646mgr/l-0,048 mgr/l en ese caso inferior a 0,60 mgr/l. que exige la norma. Es decir existe una hipótesis razonable al reo que debe aplicarse con preferencia a la tesis acusatoria, también razonable, en aplicación del principio en dubio pro reo. En definitiva, no consideramos que se haya acreditado que la tasa de alcohol en aire espirado que presentaba el acusado fuera superior a 0,60 miligramos por litro.

Y, finalmente, la SAP de Girona 52/2011, de 28 de enero: En el caso que aquí se somete a nuestra consideración se considera probado (y ello no es objeto de contradicción) que el condenado, sometido a las oportunas pruebas, dio un resultado de 0,71mg/l de alcohol en aire en la primera prueba efectuada, y de 0,65 mg/l en la segunda, de contraste. Ahora bien, dicho resultado, por las razones que se dirán y aunque a simple vista parezca lo contrario, no puede entenderse superior a 0,60 mg/l a los efectos legales. En primer lugar, porque el Reglamento General de Circulación (RD 1428/2003, de 21/11) prevé en su artículo 23 apartado 1 que, cuando la primera prueba practicada dé un resultado superior a 0,25 mg/l de alcohol en aire espirado -lo que es aquí el caso-, "...el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a

efecto de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por el aire espirado". Teniendo, pues, dicha segunda prueba un carácter legal de garantía para el investigado, no cabe sino interpretar su resultado del modo más favorable para aquél: esto es, teniendo en cuenta el resultado de la primera prueba cuando sea inferior al de la segunda y, a sensu contrario, considerando que, cuando en la segunda prueba se obtenga un valor inferior que en la primera medición, ése segundo valor será el de su tasa de impregnación alcohólica. Visto que el resultado de la prueba efectuada al recurrente, a efectos legales y por las razones arriba expuestas, es el de 0,65 mg/l de alcohol en aire, deberá aún aplicarse una corrección a dicho dato. Y ello porque la normativa administrativa que regula el control de los etilómetros (Orden del Ministerio de Industria y Energía de 22 de noviembre de 2006) admite la existencia de unos márgenes de error en los resultados de las mediciones efectuadas por tales aparatos, y fija unos errores máximos permitidos en la verificación periódica: tratándose de concentraciones mayores de 0,4 mg. por litro y menores o iguales a 1 mg. por litro, del 7.5% del valor verdadero de la concentración, según se establece en el Anexo II de la citada Orden. Es decir, que aún cuando el aparato estaba debidamente homologado y revisado, el resultado medido -de 0,65 mg/l únicamente garantiza que el imputado, en el momento de someterse a las pruebas, presentaba una tasa de 0,602 mg/l de aire espirado (aplicando el margen de error de 7,5 % de 0,65). Ahora bien el tercer decimal no hay que tenerlo en consideración dado que los resultados arrojados por el etilómetro así como el tipo del art. 379. 2 del C. P. únicamente recogen dos decimales por lo que la tasa de alcohol es de 0,60 mg/l de alcohol en aire espirado y por tanto un resultado, pues, inferior o igual a 0,60 mg/l, implica que, para apreciarse su acción como típica, resultará necesario probar que, además, el recurrente, quien admitió que había bebido, así como que conducía, lo hacía bajo la influencia de las bebidas alcohólicas que había consumido.

2.- EL DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS DEL ART. 379.2 DEL CÓDIGO PENAL: CUESTIONES PRÁCTICAS

2.1.- ¿CUÁLES SON LAS DROGAS INCLUIDAS EN EL TIPO? ¿QUÉ CRITERIO HAY QUE SEGUIR A EFECTOS DE TIPICIDAD CON LAS SUSTANCIAS PRESCRITAS FACULTATIVAMENTE CON FINALIDAD TERAPÉUTICA?

Partimos anticipando que la doctrina penal no es unánime sobre esta materia y que las escasas resoluciones de la jurisprudencia menor sobre el tipo estudiado tampoco ofrecen criterios unívocos, sin que los instrumentos de la FGE, específicamente la Circular 10/2011 FGE, se hayan pronunciado sobre el tema, sin perjuicio de tomar en consideración alguna conclusión de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial, a la que luego nos referiremos, que puede servir también para proporcionar pautas interpretativas, al menos sobre el segundo interrogante planteado.

En cuanto a la interpretación del concepto de *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas* a efectos del tipo que nos ocupa, pueden distinguirse dos posturas principales en la doctrina penalista, una estricta y otra amplia. Como exponentes de la primera interpretación, algunos autores¹⁸ entienden que el concepto, de

¹⁸ Entre otros VARGAS CABRERA, Bartolomé. "El delito de conducción bajo la influencia de

acuerdo con el principio de legalidad, debe ser igual al de los delitos contra la salud pública recogido en el art. 368 del CP, por cuanto ambos preceptos emplean fórmulas idénticas. Habría que referirlo, por tanto, a las drogas de abuso o sustancias objeto de fiscalización que se recogen en los instrumentos o tratados internacionales sobre represión del tráfico ilícito de drogas, es decir, el Convenio Único de las Naciones Unidas de 30 de marzo de 1961 sobre estupefacientes que, entre otras sustancias, recoge el cannabis y sus resinas, la cocaína y los opiáceos -heroína, metadona, morfina, opio y codeína- (algunas de las cuales, como puede verse, no son exclusivamente drogas de abuso sino que tienen aplicaciones farmacológicas, como la morfina o la codeína) y el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, que recoge, entre otras, los barbitúricos, las anfetaminas y metanfetaminas y los alucinógenos. Entendemos que este criterio restrictivo es más acorde con las exigencias del principio de legalidad penal, por cuanto una interpretación sistemática del CP pone de manifiesto, como se han encargado de señalar los citados autores, que, cuando el legislador penal ha querido incluir otras sustancias, lo ha hecho expresamente en otros preceptos del CP, empleando cláusulas de analogía, como por ejemplo la del art. 20.2 al referirse a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas *u otras que produzcan efectos análogos*. Por otra parte, tampoco esta tesis supone una restricción desmesurada del tipo, si se tiene en cuenta el amplio catálogo de sustancias que contienen los dos Convenios citados, y es más ajustada al principio de seguridad jurídica que deriva de la catalogación de las sustancias, lo que puede no ocurrir con la segunda postura a la que a continuación nos referimos.

Por el contrario, otro sector de la doctrina¹⁹, bajo el prisma del bien jurídico protegido por el tipo penal, siguen un concepto lato o amplio de drogas tóxicas, como cualquier sustancia que introducida en un organismo puede modificar una o varias de sus funciones con capacidad para influir de tal modo sobre las condiciones psicofísicas del conductor que pueda poner en peligro la seguridad vial. Esta posición determinaría la inclusión en el tipo de otras sustancias o medicamentos que, sin ser estupefacientes o psicotrópicos incluidos en las listas internacionales, influyen en la capacidad de

bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del art. 379 del CP". Estudios de Derecho Judicial, núm. 114. 2007; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María (en obra colectiva) "Protección Penal de la Seguridad Vial"; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia, 2009; págs. 78-81. El primero de los autores citados señala que *Para algunos autores no ha de manejarse un concepto de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas basado sólo en la remisión a las listas de los convenios internacionales (art. 368 CP) que se utilizaría como mero criterio interpretativo. Se razona que el bien jurídico protegido no es la salud pública sino la seguridad del tráfico. La afectación o incidencia relevante para el tipo no es la que influye en las facultades o condiciones del sujeto relativas a su salud sino a la capacidad para la conducción. Pese al fundado discurso argumental, creo que deben primar las exigencias del principio de legalidad. La fórmula típica es idéntica a la del art. 368 CP y diferente a la del art. 20.2 que incluye expresamente a "otras que produzcan efectos análogos". La comparación con las normas administrativas que prohíben conducir bajo la influencia de sustancias y someterse a pruebas imponiendo sanciones, conduce a la misma conclusión. En efecto los arts. 12 y 65 del RD 339/90 y 27 y 28 del RD 1428/03 (RCL 2003, 2997) que aprobó el Regl. de Circulación se refieren a "... estupefacientes, sicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas...". La legislación administrativa incluye una cláusula de analogía que permite barajar un concepto material de sustancias afectantes a las facultades para la conducción, ausente en el tipo estudiado. El legislador penal que como vimos formula el juicio de peligrosidad en base a un criterio material de riesgo sólo reconoce o valora el derivado de la influencia de determinadas sustancias en la conducción y no de otras, acotando el ámbito de la prohibición administrativa. Sería conveniente una reforma legal para la inclusión de otros medicamentos no sicotrópicos y sustancias y productos cuyo consumo genere similar riesgo para el tráfico.*

¹⁹ Entre otros, GÓMEZ PAVÓN, Pilar. "El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y estupefacientes". Ed. Bosch, Barcelona, 2010, págs. 44 a 47.

conducción del sujeto y pueden generar similares riesgos para el tráfico. No obstante, entendemos que, aparte de los inevitables reparos desde el punto de vista de la seguridad jurídica, esta tesis es menos amable con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal conforme a la interpretación sistemática expuesta *supra*.

Descendiendo ya a la jurisprudencia menor, las escasas resoluciones recaídas sobre la materia tampoco ofrecen criterios de interpretación unívocos, sobre todo porque la práctica totalidad de sentencias de las Audiencias Provinciales se dictan por la conducción bajo la influencia de drogas de abuso, sustancias que no plantean problemas interpretativos en cuanto a su subsunción en el tipo al hallarse incluidas en las listas internacionales citadas.

Se ha citado como exponente de la postura doctrinal amplia la SAP de Málaga de 9 de febrero de 2001, al referirse a cualquier sustancia que pueda influir en la capacidad de conducción del autor, en cuanto el tipo no contiene una remisión tácita a listas cerradas. No obstante, se trata de una resolución aislada que no permite extraer conclusiones definitivas. También se ha hecho referencia en apoyo de esta tesis a la SAP de Zaragoza 171/2004, de 27 de mayo, que confirmó la condena por el tipo estudiado del conductor que había ingerido dos pastillas del medicamento “Myolastan”, derivado de las Benzodiazepinas y que, según el Forense, podía producir somnolencia, afectaba a la capacidad de exponer, deambulación, lentitud de movimientos, etc. Ahora bien, el medicamento en cuestión tenía como principio activo el Tetracepam, Benzodiazepina incluida en la Lista IV Anexa al Convenio de Viena de 1971 por Orden de 30 de mayo de 1984, por lo que, en nuestra opinión, esta resolución podría también citarse en apoyo de la primera postura doctrinal estricta. Por el contrario, como dijimos, la práctica totalidad de las sentencias de Audiencias Provinciales condenan por el tipo estudiado en base a que la sustancia consumida se incluye en las listas internacionales, aunque no se pronuncian expresamente sobre la cuestión planteada, esto es, si cabe incluir en el tipo sustancias distintas de las catalogadas en aquéllas. En definitiva, no existe una línea de doctrina de la jurisprudencia menor que pueda ser exponente suficiente de alguna de las dos posturas doctrinales citadas.

En cuanto a los medicamentos psicotrópicos incluidos en las listas internacionales, son múltiples las sentencias, más recientes que las citadas *supra*, que entienden incluidos en el tipo estudiado medicamentos del grupo de las Benzodiazepinas, excluyendo algunas la posibilidad de descartar la comisión del delito por el hecho de que la sustancia en cuestión haya sido prescrita facultativamente con una finalidad terapéutica. Así, la SAP de Oviedo 425/2014, de 18 de septiembre, que confirma la condena por conducción bajo los efectos del Lorazepam, igualmente incluido en la Lista Anexa a la Convención de Viena citada, precisamente porque la acusada venía siguiendo un tratamiento con la mencionada sustancia y conocía sus efectos, con valoración de la *actio libera in causa*: *Verdaderamente la parte recurrente no cuestiona que Débora, el día de autos condujese un vehículo a motor previa ingesta de benzodiazepinas, lo que así resulta de los informes médicos obrantes en la causa, sino que sostiene que no se encontraba bajo la influencia de estupefacientes de manera aleatoria ni irresponsable, por cuanto su estado era consecuencia del tratamiento al que estaba sometida, tratándose el Lorazepam de un fármaco normal, extremo que no puede prosperar, pues dando por probado que la recurrente desde meses antes venía siguiendo un tratamiento por crisis de ansiedad que comprendía la ingesta de Lorazepam, no debe olvidarse que dicho fármaco está incluido en el Real Decreto*

2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regula la fabricación, distribución, prescripción y dispensación de sustancias y preparados psicotrópicos, en la Lista IV del Anexo I, añadiendo que el hecho de estar recibiendo un tratamiento médico en modo alguno justifica la conducción en las condiciones en que lo hizo, y, por el contrario, dicha prueba, que no hace más que acreditar el efectivo consumo por la recurrente de benzodicepinas, resalta más, si cabe, la dolosa conducta de la recurrente pues nos encontramos ante un manifiesto supuesto de "actio libera in causa", es decir de provocación intencional de un posterior estado de semi-inimputabilidad, por cuanto en el plenario reconoció que era conocedora de los efectos y la finalidad de los medicamentos en cuestión, y es claro que si había leído el prospecto -como voluntariamente reconoció- sabía perfectamente los efectos de dichas sustancias, y entre otros que "la capacidad para la conducción puede verse mermada por la sedación, amnesia y dificultad en la concentración", como se consigna tanto en el prospecto del medicamento de 5 mg. como en el de 1 mg., ingiriéndolo conscientemente, a sabiendas de los efectos que podía originar, sabiendo que iba a coger un vehículo, reconociendo que se quedó dormida y tuvo un accidente, siendo por ello correcto vincular la pérdida de control del vehículo por parte de la acusada, con la ingesta del referido fármaco, lo que afectó al grado de control, reacción o atención de la actividad desarrollada, impidiéndole conducir con seguridad, estimando que la versión de la acusada, referida al error, si bien es fruto de su derecho a no declararse culpable no reviste credibilidad alguna, por lo que se estima acertado desestimarla. De esta sentencia cabe deducir que el hecho de que la sustancia incluida en la lista internacional haya sido prescrita facultativamente no impide la subsunción en el tipo estudiado.

También la SAP de Córdoba 327/2014, de uno de julio, que confirma la condena tras resultado positivo al consumo de benzodicepinas y tetrahidrocannabinol, señalando que *el consumo de benzodicepinas produce como efecto propio sedación, somnolencia, ataxia y alteraciones de la conducta, mientras que el de los cannabinoles (sic), que actúan también sobre el sistema nervioso central, genera igualmente somnolencia y ataxia, entre otros efectos*, aunque parece apuntar de forma tangencial a una cierta relevancia de la prescripción facultativa, al decir que la narración fáctica *lo que viene en realidad a confirmar es la ingestión de determinadas sustancias, sin que haya acreditado, lo que estaba en su mano hacer, que hubieran sido prescritas por facultativo alguno.*

Por su parte, la SAP de Sevilla 182/2014, de 28 de abril, confirma la condena por conducción tras haber ingerido una dosis elevada de pastillas de Myolastan (Tetrazepam) al parecer con el propósito de suicidarse. Dice la sentencia que *el medicamento ingerido- así ha podido comprobarse en los manuales médicos correspondientes- tiene como principio activo el tetrazepam, perteneciente al grupo de las benzodicepinas y que actúa como ansiolítico y relajante muscular. Se trata, por tanto, de una sustancia psicotrópica y como tal incluida en la lista IV de la Convención Única de 1961.*

No obstante, alguna resolución aislada sigue un criterio más restrictivo para la aplicación del tipo cuando concurre prescripción facultativa de la sustancia. Así, la SAP de Barcelona 409/2014, de 12 de mayo, revoca la condena dictada en la instancia, esencialmente por problemas de cadena de custodia pero tratando también de forma tangencial el tema que nos ocupa. La sentencia parece dar a entender que la subsunción

de las anfetaminas en el tipo se referiría sólo a las de uso ilegal y no a las prescritas facultativamente, lo que, en la tesis de la Audiencia, excluiría una medicación con contenido anfetamínico como la que al parecer había consumido la acusada por prescripción de su psiquiatra.

O la SAP de Zaragoza 144/2014, de 24 de septiembre, que confirma la condena del conductor que dio positivo en el test salival a benzodiacepinas y opiáceos, no atendiendo a la alegación del acusado de que ingirió tales sustancias como medicación, por entender que la dosis terapéutica de opiáceos –medicamento Buprex- no habría dado resultado positivo en el detector, de donde deduce que los ingirió como droga tóxica y no como mero medicamento. *A sensu contrario*, parece, por tanto, seguir la tesis de la anterior sentencia en el sentido de que el consumo de la sustancia en el marco de una prescripción facultativa y en dosis no superiores a la terapéutica, podría excluir la comisión del ilícito. Señala la sentencia que *practicada la prueba correspondiente mediante el uso del detector indiciario salival, el mismo indica la presencia de opiáceos y benzodiacepinas en el cuerpo del conductor del vehículo, sustancias que influyen en la conducción del citado como es el caso. Ha alegado el recurrente que tomaba esas sustancias como medicación por lo que admite la ingestión de benzodiacepinas y opiáceos, y como quiera que al folio 40 de las actuaciones, y como pericia no discutida, consta que la ingestión de opiáceos como medicación, en concreto Buprex, en las cantidades descritas, no da resultado positivo en el detector utilizado, la lógica conclusión es que el recurrente consumió opiáceos como droga tóxica hecho específicamente contemplado en el artículo 379.2 del Código Penal, lo que le influyó a la hora de conducir tal y como queda reflejado en la ficha técnica obrante al folio 7 de las actuaciones y que ha sido debidamente ratificada por los agentes actuantes en el Plenario lo que implica la plena existencia de prueba para alcanzar el fallo condenatorio en primera instancia.*

Por otra parte, aunque relacionado con la cuestión que nos ocupa, debe tenerse presente la nueva redacción del art. 12 del *texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo*, (en adelante LSV), en la nueva redacción dada por la *Ley 6/2014, de 7 de abril*, por la que se modifica aquella, así como la interpretación que de aquél artículo se hizo en las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial del año 2014.

El nuevo art. 12 de la LSV recoge un concepto genérico de drogas no coincidente con la dicción empleada por el CP, al prohibir la conducción con la mera presencia de *drogas* en el organismo, sin mayores especificaciones en cuanto al término drogas, sancionando en el art. 65.5.c/ de la LSV la correlativa infracción administrativa de mera presencia –lo que la distingue del tipo penal en que en éste es exigible el plus de la influencia más allá de aquella, clarificando los contornos entre el ilícito penal y el administrativo-. Ahora bien, el propio art. 12 de la LSV excluye del concepto de drogas, entendemos que como causa de atipicidad en el ámbito sancionador administrativo, *aquellas substancias que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica, siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 9*. Ahora bien, entendemos que tal exención carece de relevancia jurídico-penal. Esta tesis fue recogida como Conclusión en las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial de 2014, que expresamente dispuso: SÉPTIMA. *Los controles de drogas y la nueva*

regulación del art. 12 de la Ley de Seguridad Vial en la redacción dada por la Ley 6/2014. Los criterios de interpretación que se proponen son los que siguen: A.- La exención prevista en el actual art. 12.1 LSV de que las sustancias “se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica” carece de relevancia jurídico-penal en el delito de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas y estupefacientes y sustancias sicotrópicas del art 379.2 CP. El actual art. 12.1 párrafo 2 LSV excluye de la infracción administrativa, como causa de atipicidad en el ámbito sancionador-administrativo, a las sustancias “que se utilicen bajo prescripción facultativa y con una finalidad terapéutica” en relación con la prohibición de esta norma que reza en la primera parte de la frase “... tampoco podrán circular por las vías objetos de esta ley los conductores con presencia de drogas en el organismo de las que quedarán excluidas ..”. El precepto utiliza la expresión drogas sin mayores precisiones, por lo que es necesario realizar la puntualización que sigue. En los casos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas del art. 379.2, la exención carece de relevancia jurídico-penal si se tiene en cuenta que el propio art. 12.1 establece como presupuesto “siempre que se esté en condiciones de utilizar el vehículo conforme a la obligación de diligencia, precaución y no distracción establecida en el artículo 9”. El requisito se incumplirá en todos los casos porque el tipo se estructura sobre la base de una influencia constatada en la conducción y en tal caso el sujeto “no está en condiciones de utilizar el vehículo ..” en los términos reseñados. De esta Conclusión cabe deducir la tesis de que, en caso de influencia e indicios, por tanto, de comisión del art. 379.2 del CP, la prescripción facultativa de la sustancia no excluye la posible subsunción en el tipo.

2.2.- ¿SE PUEDE ACREDITAR EL ELEMENTO TÍPICO DE LA INFLUENCIA A PARTIR SÓLO DE UN DETERMINADO GRADO DE CONCENTRACIÓN DE DROGA EN SALIVA? IMPORTANCIA DE LA DILIGENCIA DE SIGNOS EXTERNOS EXTENDIDA POR LOS AGENTES CON FORMACIÓN ESPECÍFICA

En materia de bebidas alcohólicas, el legislador español introdujo en el año 2007 el nuevo tipo de tasa objetiva del art. 379.2, segundo inciso, del CP, a partir de la cual aparece la sanción penal, que fue trasunto de una serie de decisiones jurisprudenciales que entendían que a partir de determinada tasa de alcoholemia quedaba acreditada necesariamente la afectación de las facultades psicofísicas del sujeto para una conducción segura y, por ello, el elemento típico de la influencia. Eran a su vez fruto del estado de los conocimientos científicos que concluían que, por la propia toxicocinética del alcohol y por la correlación entre las tasas de alcohol en aire espirado y sangre, a mayor tasa de alcohol en aire espirado y, por tanto, en sangre, mayor afectación de las facultades del sujeto.

Ahora bien, en cuanto a las drogas tóxicas el panorama se muestra completamente diferente. El legislador español, tanto en el art. 796.1.7ª de la LECrim como en el art. 12 de la LSV, opta por establecer como matriz principal para las pruebas de detección de drogas la saliva o fluido oral. Ello ofrece indudables ventajas, pues facilita su recolección *in situ* por los agentes de tráfico con formación específica, sin necesidad de pruebas especialmente injerentes de carácter medicalizado, y, a la vez, disminuye en extremo las posibilidades de manipulación de la muestra en cuanto se toman a presencia del agente. No obstante, la matriz elegida también presenta algunas disfunciones desde el punto de vista de la acreditación del ilícito penal. Esto es así porque el estado actual de los conocimientos científicos no permite tener por acreditada

la influencia en las aptitudes psicofísicas del sujeto a partir de un determinado nivel de concentración de la droga en saliva, entre otras razones por la diferente toxicocinética de cada droga, a la vez diferente de la del alcohol, y, sobre todo, porque no se ha conseguido establecer científicamente, al menos para la mayoría de sustancias estudiadas, una correlación entre los niveles de concentración en fluido oral –matriz elegida por el legislador- y la sangre, que es la matriz idónea para valorar el grado de afectación de facultades del sujeto pero sobre la que tampoco existen estudios definitivos en cuanto a niveles de concentración de cada droga en sangre de los que quepa inferir *per se* influencia, sin olvidar la multiplicidad de sustancias que podrían tener cabida en el tipo, con las consiguientes dificultades para la determinación de una tasa punible de influencia para cada una de ellas. La conclusión no puede ser otra que la simple acreditación de una determinada concentración de droga en saliva no permite inferir por el momento el elemento típico de la influencia, con la consecuencia práctica de que, para acreditar éste, será necesario acudir a elementos adicionales como veremos²⁰.

En definitiva, en cuanto a las drogas, el art. 379.2 contiene un tipo de influencia para cuya apreciación no basta con acreditar la presencia de drogas en el organismo del sujeto, ni siquiera un determinado nivel o tasa de concentración en nanogramos de la droga presente en sangre o fluido oral, sino que es requisito típico, además, la influencia de tal ingesta en las facultades físicas y/o psíquicas del conductor. Para acreditar esta última serán esenciales, en la mayoría de los casos, los signos externos que presentaba el conductor, lo que revela la importancia del acta o diligencia de signos que extiende el agente y justifica su formación específica legalmente exigida por el art. 796.1.7ª de la LECrim y, por otra, las anomalías, irregularidades o infracciones detectadas en la conducción o la presencia de un accidente.

²⁰DRUID.INFORME FINAL Project No: TREN-05-FP6TR-S07.61320-518404-DRUID 1/8/2012: (En el original en inglés) *Los estudios experimentales calculan la correlación de las concentraciones fluido oral/sangre total tomando en paralelo muestras de ambas matrices a conductores. Los cocientes calculados mostraron una alta variabilidad interindividual. Habitualmente los coeficientes de variación (desviación estándar negativa) se hallaban entre 50-100%. Por ello, no se pueden utilizar estos factores para estimar la concentración en sangre a partir de la concentración en fluido oral.*

En la misma línea “Conducción bajo los efectos de sustancias psicoactivas: correlación de las concentraciones en fluido oral y sangre” García-Repetto, Rosario; Pérez Torres, Ángeles; Soria-Sánchez, María Luisa. *Revista Española de Medicina Legal*. 2012; 38:91-9-vol.38 núm 03: *La primera conclusión a la que se llega tras el examen de la bibliografía científica existente hasta el momento, es que existe una gran variabilidad inter e intraindividual en las concentraciones de sustancias psicoactivas en FO. La concentración en FO puede estar afectada por numerosos factores, entre los que cabe destacar el modo en el que se efectúa la toma de la muestra. En segundo lugar, debido a que la sangre es la matriz ideal para establecer la posible afectación de un conductor, resulta muy interesante conocer la posible correlación de concentraciones entre FO y sangre, para así poder calcular la presente en esta última en el momento de los hechos. Sin embargo, a pesar de que tanto mediante estudios experimentales como epidemiológicos se ha intentado establecer los cocientes, persiste una gran inseguridad en los resultados obtenidos que es menor cuando se considera una población en su conjunto, según los autores. En este sentido, a pesar de que es conocido que el consumo de drogas de abuso afecta a la conducción, no se ha podido establecer una relación directa entre una determinada concentración o nivel en sangre y la posibilidad de sufrir un accidente de tráfico. Por tanto, aunque se pudiera establecer la correlación entre niveles en FO y sangre, no sería posible establecer ni la dosis consumida ni la afectación del conductor.*

Al respecto, véase también “Detection of drugs of abuse in simultaneously collected oral fluid, urine and blood from Norwegian drug drivers”; V. Vindenes, H.M.E. Lund, W. Andresen, H. Gjerde, S.E. Ikdahl, A.S. Christophersen, E.L. Oiestad. *ForensicScience International*. 2012.

Analizamos, a continuación, algunos de los casos que se han presentado en la praxis jurisprudencial de las Audiencias Provinciales. Véase, en este sentido, por ejemplo, la SAP de Badajoz 112/2010, de uno de octubre, que no considera probada la influencia por el mero hecho de que el conductor arrojara un determinado nivel de concentración, alto, de droga en el organismo, en el caso concreto 231 nanogramos de cocaína por mililitro de saliva, si no iba acompañado de signos externos o anomalías en la conducción. Es frecuente, por tanto, que las resoluciones de las Audiencias Provinciales den especial relevancia a las diligencias de signos externos levantadas por los agentes actuantes y la declaración de éstos en el juicio oral; así, por ejemplo, la SAP de Barcelona 904/2013, de 11 de octubre, revoca la condena por el tipo estudiado en un caso de accidente, no sólo por no existir analítica cuantitativa del nivel de concentración de la droga ingerida de la que se pudiera inferir un consumo reciente, sino esencialmente por la escasa sintomatología del sujeto, que era compatible con rasgos de carácter ajenos al efecto de la cocaína ingerida, sin que la producción del accidente valga *per se* para la acreditación de la influencia. No obstante, en otras ocasiones la jurisprudencia menor confirma condenas por este tipo, aun sin contar con diligencia de signos externos por el traslado al hospital del acusado, al entender acreditada la influencia con el dato de la ingesta y la conducción desplegada que devino en accidente: así, la SAP de Barcelona de 13 de junio de 2014 confirma la condena de la conductora que ocasionó un accidente al efectuar una maniobra de triple adelantamiento sin suficiente espacio, sólo con los datos fácticos de la analítica sanguínea acreditativa de la ingesta más la maniobra claramente imprudente llevada a cabo que revelaba una conducción desinhibida plenamente compatible con el efecto de la droga (cannabis) consumida; o la SAP de Barcelona 665/2013, de 19 de julio, que, sin referencia a signos externos, confirma la condena del conductor que había ingerido cannabis, infringiendo una señal de ceda el paso que ocasionó la colisión con otro vehículo.

En definitiva, si en algunos casos la acreditación del tipo se facilita por la producción del accidente que acompaña a la ingesta de drogas acreditada con la correspondiente prueba de detección, cuando no concorra aquélla circunstancia será imprescindible una diligencia de signos externos lo suficientemente expresiva que acompañe al dato objetivo del grado de concentración de la droga ingerida por el sujeto.

2.3.- LOS CONTROLES DE DROGAS DE LOS ARTS. 796.1.7ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL Y 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL: ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS

2.3.1.- Obligatoriedad del test indiciario y de facilitar la segunda muestra de saliva. Valor del test indiciario salival

En el marco del proceso penal los controles de drogas para la acreditación del tipo del art. 379.2 del CP se hallan regulados en el art. 796.1.7ª de la LECR, según la redacción dada por la LO 5/2010, de 22 de junio²¹. El precepto impone al sujeto dos obligaciones sucesivas:

²¹ La dicción literal del precepto es la que sigue:

La práctica de las pruebas de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial.

Las pruebas para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores serán realizadas por agentes de la policía judicial de tráfico con formación específica y sujeción, asimismo, a lo previsto en las normas de

En primer lugar, la de someterse al test indiciario salival (*obligatoriamente* dice el precepto); se trata de una primera prueba indiciaria que se practica *in situ*, a pie de calle o carretera, con dispositivos portátiles capaces de detectar varios tipos de sustancias. Se trata de instrumentos “multitest” que generalmente detectan –cualitativa pero no cuantitativamente- THC (cannabis, marihuana), cocaína, opiáceos (heroína, morfina, metadona), anfetaminas, metanfetaminas y, en ocasiones, benzodiazepinas. La prueba tiene un carácter, como dice el precepto, meramente indiciario, pues utiliza técnicas inmunológicas que requieren de una prueba confirmatoria posterior en laboratorio y no acreditan por sí solas el consumo de la correspondiente sustancia de forma fehaciente desde un punto de vista penal; ello es así porque estos dispositivos indiciarios no están exentos, aunque sea en un mínimo porcentaje, de falsos positivos y falsos negativos. Falsos positivos que no aparecen avalados en ocasiones por las pruebas de laboratorio efectuadas con técnicas cromatográficas confirmatorias; y falsos negativos porque el conductor puede estar influenciado por drogas no incluidas en el catálogo de las que es capaz de detectar el dispositivo. La conclusión no puede ser otra que sostener que el resultado positivo de este primer test sólo sirve como un primer indicio pero carece de valor para la acreditación fehaciente en el proceso penal de la ingesta de la sustancia, para lo que sí será de utilidad la analítica del laboratorio homologado sobre la segunda muestra de saliva.

Por tales razones el art. 796.1.7ª de la LECrim impone al sujeto una segunda obligación (*estará obligado* según el precepto) que surge, bien si el primer test indiciario salival arroja un resultado positivo, o bien si, aun cuando arroje un resultado negativo, el sujeto presenta signos de consumo de drogas: esta segunda obligación consiste en facilitar una segunda muestra suficiente de saliva que deberá ser analizada ya no *in situ* sino en un laboratorio homologado. La analítica del laboratorio, en la que se emplean técnicas más precisas que las utilizadas por los dispositivos portátiles y que generalmente deberá cuantificar el grado de concentración de la sustancia, es la que tiene carácter evidencial o confirmatorio y la que sirve, por tanto, de prueba fehaciente en el proceso penal para acreditar la presencia de las drogas en el organismo del sujeto.

En definitiva, a la vista de la redacción del precepto, ambas pruebas –test indiciario y facilitación de la segunda muestra de saliva en cantidad suficiente- tienen carácter obligatorio para el sujeto y la negativa a cualquiera de ambas, como luego veremos, posibilita la subsunción en el ilícito del art. 383 del CP. Este es el criterio que sigue la Circular 10/2011 FGE, al señalar que *se ejercerá la acción penal conforme al art. 383 del CP en los casos de negativa a someterse al test indiciario salivar o de negativa a facilitar saliva en cantidad suficiente cuando el resultado del test indiciario sea positivo o haya signos de haber consumido sustancias estupefacientes*, cuando, sigue diciendo la Circular, tales signos deriven de la exploración llevada a cabo por los

seguridad vial. Cuando el test indiciario salival, al que obligatoriamente deberá someterse el conductor, arroje un resultado positivo o el conductor presente signos de haber consumido las sustancias referidas, estará obligado a facilitar saliva en cantidad suficiente, que será analizada en laboratorios homologados, garantizándose la cadena de custodia.

Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análisis. Cuando se practiquen estas pruebas, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

agentes especializados y tengan entidad, valorados en su conjunto, como para hacer surgir el deber de sometimiento.

2.3.2.- La prueba de contraste: ¿el interesado puede elegir la matriz de la prueba de contraste?

De conformidad con el art. 796.1.7^a de la LECrim el conductor tiene derecho a solicitar una prueba de contraste que consistirá en análisis de sangre, orina o análogos (*Todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas*). Ello requerirá el traslado del sujeto a un centro sanitario para su práctica. Entendemos que el derecho al contraste surge no sólo cuando el test indiciario arroja un resultado positivo y el sujeto facilita la segunda muestra de saliva para ser analizada en laboratorio, sino también cuando el test indiciario arroja un resultado negativo pero el sujeto presenta signos que motivan la exigencia de esa segunda muestra de saliva para su análisis en laboratorio, pues el derecho lo es a contrastar la analítica de la muestra salival que se practica en el laboratorio, que es la que sirve de prueba en el proceso.

Por otra parte, la nueva redacción del art. 12.5 LSV regula la prueba de contraste a solicitud del interesado, tanto en el caso de drogas como en el de alcohol, previendo la novedad de que la misma consistirá “preferentemente en análisis de sangre, salvo causas excepcionales debidamente justificadas”, superando la anterior regulación contenida en el ya derogado art. 12.2 LSV y en los arts. 23.3 (alcohol) y 28.a/ (drogas) actualmente vigentes del RGCir que hablaban de análisis de sangre, orina u otros análogos. Ello tiene fundamento en el estado actual del conocimiento científico, por la diferente ventana de detección de tóxicos en sangre y fluido oral –prácticamente idéntica en ambas matrices-, por una parte, y orina y otros fluidos o vestigios corporales por otra – en las que difiere en mucho la ventana de detección respecto de las dos primeras matrices citadas-, de suerte que sólo éstas, sangre y fluido oral, permiten inferir un consumo reciente del tóxico, debiendo descartarse otras matrices como la orina, que pueden dar lugar a falsos positivos (al detectar drogas ya metabolizadas no consumidas necesariamente en un período reciente) y falsos negativos (al no detectar drogas presentes en saliva o sangre pero todavía no metabolizadas).

El problema que se detecta es que la nueva regulación del art. 12.5 LSV parece entrar en contradicción con la contenida en el art. 796.1.7^a LECrim, cuando dispone que “todo conductor podrá solicitar prueba de contraste consistente en análisis de sangre, orina u otras análogas”. Entendemos que la contradicción es sólo aparente por cuanto de la interpretación literal de este último precepto se infiere que el derecho del conductor es a solicitar la prueba de contraste (“podrá solicitar prueba de contraste”) pero no a elegir la matriz concreta en que ésta ha de practicarse. Por ello, dada la remisión expresa del propio art. 796.1.7^a a las normas de seguridad vial, podemos interpretar que el art. 12.5 complementa en esta materia a aquél precepto y que la prueba de contraste también en el ámbito del proceso penal consistirá preferentemente en análisis de sangre salvo causas excepcionales debidamente justificadas.

Esta es la misma tesis que se advierte en las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial 2014, que son del siguiente tenor: *Dada la remisión expresa del propio art. 796.1.7^a LECR a las normas de seguridad vial, se puede interpretar válidamente que el art. 12.5 complementa en materia de prueba de*

contraste a aquél precepto y que también en el ámbito del proceso penal ésta consistirá preferentemente en análisis de sangre salvo causas excepcionales debidamente justificadas. El fundamento de la Conclusión se justifica en razones de interpretación literal del art. 796.1.7ª de la LECR, de la que se infiere que el derecho del conductor es a solicitar la prueba de contraste (“podrá solicitar prueba de contraste”) pero no a elegir la matriz concreta en que ésta ha de practicarse.

2.3.3.- ¿Mantienen vigencia tras la Ley 6/2014 los requisitos de homologación de laboratorios y formación específica de los agentes?

Por otra parte, el nuevo art. 12.2 LSV en la redacción dada por la Ley 6/2014 prevé que las pruebas se practicarán por agentes encargados de la vigilancia del tráfico, omitiendo la previsión del art. 796.1.7ª LECrim de que tales agentes ostenten formación específica en la detección de signos externos de consumo de drogas conforme al modelo DRE (*Drugs Recognition Expert*) del derecho comparado. Asimismo, la nueva redacción del art. 12.3 LSV, en cuanto al contenido de la prueba de drogas, dice que consistirá en una prueba salival mediante un dispositivo autorizado y en un posterior análisis de una muestra salival en cantidad suficiente, sin recoger las especificaciones del art. 796.1.7ª LECrim en el sentido de que el primer test salival tiene carácter indiciario y que el posterior análisis, de carácter confirmatorio, ha de efectuarse en laboratorio homologado, ni los supuestos en que surge la obligación de facilitar la segunda muestra salival, que la LECrim concreta en el resultado positivo del test indiciario o en la presencia de signos externos de consumo.

A la vista de lo expuesto cabe preguntarse si, a efectos jurídico-penales, ha desaparecido la necesidad de la formación específica de los agentes y el requisito de que la analítica confirmatoria se practique en laboratorio homologado. Entendemos que la respuesta ha de ser negativa: por una parte, desde el plano de la competencia y jerarquía normativa, el art. 796.1.7ª LECrim tiene categoría de Ley Orgánica y por tanto no puede ser modificado o derogado por Ley Ordinaria como lo es la Ley 6/2014; por otra parte, ambos preceptos se mueven en planos distintos, la LECrim en el ámbito del procedimiento penal mientras que la LSV en el marco del procedimiento administrativo y sancionador-administrativo, de suerte que, aunque el art. 796.1.7ª LECrim contiene asimismo una remisión específica a las normas de seguridad vial, contempla adicionales exigencias –formación específica y laboratorios homologados- que seguirán siendo de aplicación en el proceso penal. Igual cabe decir de la doble obligación de someterse al test indiciario salival y, en caso de resultado positivo o presencia de signos, facilitar saliva en cantidad suficiente, de suerte que, como dijimos, el incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones seguirá constituyendo delito del art. 383 CP, en consonancia con los criterios mantenidos en la Circular 10/2011 FGE.

Una interpretación diversa puede dar lugar a problemas prácticos: puede suceder, en primer lugar, que los controles se organicen con la intervención de agentes sin formación específica y que con ocasión del control surjan indicios de delito en alguno de los conductores, lo que obligará a recabar la participación, a efectos de instruir atestado, de los agentes con la formación específica requerida por el art. 796.1.7ª LECrim, con las dificultades prácticas que ello puede conllevar una vez organizado el control. O bien puede suceder que en caso de accidente con resultados lesivos o fallecimiento el agente instructor entienda que no existe influencia de drogas en la conducción a pesar del resultado positivo del test indiciario e instruya el atestado sólo por el delito de resultado, de suerte que el análisis confirmatorio no se lleve a cabo

por laboratorio homologado, con la consecuencia de que en tales casos la analítica del laboratorio homologado se tendrá que practicar ya en el seno del procedimiento penal, con las consiguientes dificultades de orden práctico para un nuevo análisis de una muestra ya analizada y posiblemente consumida en el primer análisis.

La misma respuesta negativa ofrecen las Conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial del año 2014, que literalmente señalan: *La nueva regulación del art. 12 de la LSV no deroga las exigencias específicas del art. 796.1.7ª de la LECR en relación con la necesidad de formación específica de los agentes y de laboratorio homologado para la práctica de la analítica confirmatoria, que seguirán siendo de aplicación en el proceso penal. Igual cabe decir de la doble obligación de someterse al test indiciario salival y, en caso de resultado positivo o presencia de signos, facilitar saliva en cantidad suficiente, de suerte que el incumplimiento de cualquiera de las dos obligaciones seguirá constituyendo delito del art. 383 CP, en consonancia con los criterios mantenidos en la Circular 10/2011 FGE. Desde que se inicia el control para la detección de drogas han de aplicarse íntegramente las prescripciones del precepto citado que es de preferente aplicación sobre el art. 12 LSV²².*

3.- LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y ANÁLISIS CLÍNICOS COMO PRUEBAS SUBSIDIARIAS A LAS DE AIRE ESPIRADO PARA DETECCIÓN DE ALCOHOL O A LAS SALIVALES PARA DETECCIÓN DE DROGAS: EL NUEVO ART. 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL. ANALÍTICAS DE SANGRE Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO. LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE

3.1.- LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS Y ANÁLISIS CLÍNICOS COMO PRUEBAS SUBSIDIARIAS A LAS DE AIRE ESPIRADO PARA DETECCIÓN DE ALCOHOL O A LAS SALIVALES PARA DETECCIÓN DE DROGAS: EL NUEVO ART. 12 DE LA LEY DE SEGURIDAD VIAL. ANALÍTICAS DE SANGRE Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL. EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO

En otro orden de cosas, el actual art. 12.3 -segundo párrafo- de la LSV, tras la redacción dada por la Ley 6/2014, prevé que *cuando existan razones justificadas que impidan realizar estas pruebas* –las de aire espirado para la detección de alcohol o las salivales para la detección de drogas-, *se podrá ordenar el reconocimiento médico del*

²² La propia Conclusión de las Jornadas ofrece una fundamentación adicional a la citada que es la siguiente: *la regulación de las pruebas de detección de drogas, a diferencia de las de alcoholemia, la lleva a cabo la LECR que como razonamos es de preferente aplicación sobre la LSV. Aun cuando se remite a los preceptos de esta última, lo hace después de regular determinados aspectos e imponer exigencias como las que venimos comentando. Las pruebas o controles de detección de drogas, según se deduce del texto del art. 796.1.7ª y de la realidad de las cosas son como las de alcoholemia, únicas. No hay unas “administrativas” y otras “penales”. La regulación jurídica de ellas, por tanto ha de ser unitaria. No cabe imponer unos requisitos al inicio y otros en la continuación según se detecten indicios de infracción administrativa o penal. Desde el momento en que se somete al afectado a la obligación, impuesta por el art. 796.1.7ª LECR, único texto legal legitimado constitucionalmente para imponer tal sometimiento de cuya negativa se deriva infracción penal, de facilitar saliva para el test, son de aplicación todas sus prescripciones. Tanto la formación específica como la homologación del laboratorio son garantías añadidas en el contexto de una regulación que se hace por ley orgánica en función de la naturaleza constitucional de la materia como se deduce de los debates parlamentarios de la Reforma del CP de 2010 en que se introdujo.*

sujeto o la realización de los análisis clínicos que los facultativos del centro sanitario al que sea trasladado estimen más adecuados. Es decir, que el nuevo precepto configura los reconocimientos médicos y análisis clínicos como prueba de carácter subsidiario cuando concurren razones justificadas que impidan la práctica del test salival para la detección de drogas. El precepto supone una nueva cobertura normativa, ya con rango de ley y no sólo de carácter reglamentario, para los reconocimientos médicos y análisis clínicos previstos en el hasta ahora vigente art. 28 del RGCir, extendiendo la ley esta previsión para los casos no sólo de controles de detección de drogas sino también de alcohol.

Ahora bien, la nueva normativa no especifica en qué consisten esas razones justificadas que dan cobertura al reconocimiento médico y análisis clínicos, sino que se limita a decir que en tales casos *se podrá ordenar* el reconocimiento o los análisis, sin que tampoco concrete la nueva redacción de quién puede emanar esa orden, aunque en principio parece estar aludiendo a los propios sujetos activos de los controles, es decir, a los agentes encargados de la vigilancia del tráfico.

En nuestra opinión, es claro que se podrá acudir a los reconocimientos médicos y análisis clínicos por razones médicas justificadas (caso de heridos en accidente o supuestos de enfermedades) que impidan la práctica de la prueba de detección de drogas en saliva o de alcohol en aire espirado. En materia de alcoholemia así se deduce del contenido del actual art. 22 del RGCir (*Cuando las personas obligadas sufrieran lesiones, dolencias o enfermedades cuya gravedad impida la práctica de las pruebas, el personal facultativo del centro médico al que fuesen evacuados decidirá las que se hayan de realizar*).

En materia de de detección de alcohol, entendemos que dentro de esta previsión pueden incluirse, entre otros supuestos posibles, los casos de heridos en accidente evacuados a centros sanitarios que por razones médicas o de falta de consciencia no pueden practicar la prueba en aire espirado (*lesiones o dolencias*), o bien de sujetos con padecimientos -por ejemplo pulmonares- que impiden la insuflación suficiente y les incapacitan para la práctica de la prueba en aire espirado (*enfermedades*). Pero en nuestra opinión también serían susceptibles de incluirse en el precepto otras situaciones, como el caso de heridos conscientes en siniestro de tráfico, evacuados a un centro sanitario, que no tienen impedimento para realizar la prueba en aire espirado por razones médicas pero ello no es posible por el alcohol en el ambiente del propio centro sanitario, que impide el correcto funcionamiento de los etilómetros evidenciales, caso que se plantea también en la praxis policial y que entendemos que quedaría en la órbita de las *razones justificadas u otra causa excepcional debidamente justificada* de que hablan los preceptos citados.

En cuanto a la detección de drogas, cabrían los mismos supuestos (heridos en accidente evacuados a centros sanitarios o sujetos con padecimientos que impiden las pruebas salivales), pero también otros como, por ejemplo, los no infrecuentes casos en que el conductor no puede salivar de modo suficiente para la práctica de la prueba, precisamente por efecto de las drogas ingeridas.

Por tanto, cumpliéndose los presupuestos de las razones impeditivas justificadas, surge la obligación del sujeto de someterse al traslado al centro sanitario para que se practique su reconocimiento médico y, en su caso, los análisis clínicos pertinentes. El

reconocimiento médico es una diligencia superficial y no invasiva en la que el médico haría constar los signos externos del sujeto y que, por tanto, no requiere de adicionales exigencias. Ahora bien, en cuanto a los análisis clínicos, debe tenerse presente la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia contenida, especialmente, en las SSTC 207/1996, 234/1997, 25/2005 y 206/2007: si se trata de la extracción de una muestra de sangre para su análisis clínico sobre presencia de alcohol o drogas a un sujeto consciente nos encontramos en presencia de una intervención corporal que afecta a su derecho a la integridad física, de suerte que, si no se cuenta con el consentimiento de aquél, deberá acordarse mediante una previa resolución judicial motivada; e igual ocurrirá para incorporar al proceso el análisis de una muestra de sangre previamente extraída a un sujeto inconsciente para fines exclusivamente terapéuticos, pues en este caso, si bien no existirá injerencia en el derecho a la integridad física, sí la habrá en el derecho a la intimidad personal. En cuanto al consentimiento del interesado (para la extracción o para el análisis), parece que no podrá obtenerse bajo apercibimiento de delito del art. 383 del CP, pues en tal caso estaría viciado, como señala la SAP de Valencia 748/2014, de 3 de septiembre, según el criterio de que el delito del art. 383 sólo podría ser cometido una vez que, a falta del consentimiento del sujeto, existiera resolución judicial habilitante para la intervención que injiere en el derecho a la integridad física o intimidad personal, según los casos. Según la citada SAP de Valencia, la interesada *fue advertida indebidamente de la eventual comisión de un hecho ilícito si se negaba a la extracción de sangre como prueba de contraste o incluso a la utilización de la sangre extraída con el fin de que sirviera de contraste a la prueba practicada con el etilómetro carente de toda validación (...) no consta la autorización judicial, que hubiera sido la única forma de sustituir aquel consentimiento en los términos a que se refiere la STC 206/2007.*

No obstante, también ha reconocido el Alto Tribunal que, si bien la regla general es que la medida limitativa del derecho se acuerde en estos casos mediante resolución judicial motivada, *no existe en la Constitución en relación con las inspecciones e intervenciones corporales, en cuanto afectantes a los derechos a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y a la integridad física (art. 15 C.E.), reserva absoluta alguna de resolución judicial por lo que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la Policía judicial para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad, debiendo acreditarse esas razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata, que el Tribunal Constitucional entendió no concurrían en el caso concreto de la muestra de sangre ya extraída con fines terapéuticos (STC 206/2007), pues podría entenderse que era necesario (...) y urgente solicitar al centro hospitalario que se adoptasen las medidas necesarias para la custodia y conservación de tales muestras al efecto de que pudiera realizarse sobre ellas la correspondiente analítica si ésta fuera ordenada judicialmente. Pero no puede afirmarse, sin la concurrencia de otras circunstancias, que resultara imprescindible también que los propios agentes policiales ordenaran la práctica de la analítica sin acudir previamente al Juez de guardia.* A la luz de esta doctrina del Tribunal Constitucional se plantea la duda de si el nuevo art. 12.3, segundo párrafo, de la LSV constituye una habilitación suficiente para la policía judicial para ordenar sin intervención judicial la práctica de análisis de sangre: dados los términos imprecisos del precepto, que no concreta el sujeto activo de la orden que prevé y se limita a utilizar el impersonal *se podrá ordenar*, nos inclinamos por una respuesta negativa, al no haber

una previsión legal clara y precisa que legitime y habilite a la policía judicial en estos casos, teniendo en cuenta, por otra parte, que la norma del art. 12.3, segundo párrafo, de la LSV tiene rango de Ley ordinaria sin cobertura por Ley Orgánica, por lo que persiste, entendemos, la necesidad de intervención judicial en los casos expuestos.

Ahora bien, sentado lo anterior, se plantea la cuestión de si, además de en esos supuestos de razones médicas, se puede acudir a los reconocimientos médicos y análisis clínicos en caso de carencia de dispositivos indiciarios de detección de drogas *in situ*. La cuestión fue tratada, antes de la reforma de la LSV por Ley 6/2014, por la Conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2012, que dio una respuesta afirmativa a la misma, en determinadas condiciones, por aplicación subsidiaria del art. 28 del RGCir vigente, ante la situación generalizada de carencia de dispositivos por la inmensa mayoría de policías de tráfico y atendiendo a la existencia de indicios delictivos suficientes. La citada Conclusión decía así: *PRIMERA. Sobre los controles de drogas. Se aprueba por unanimidad que los arts. 796.1.7 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 28 del Reglamento General de Circulación son complementarios y en consecuencia, ante la falta de dispositivos salivares, si los agentes detectasen síntomas o indicios del consumo previo de drogas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes, podrán recurrir a lo dispuesto en el art. 28 RGCir siempre y cuando se hagan constar en las diligencias policiales los referidos indicios y síntomas identificados en el conductor que recomienden el reconocimiento médico para la sanción penal, en su caso, de estos comportamientos. En tales supuestos, la negativa a ser sometido al reconocimiento médico previsto en el art 28.a) del RGCir, siempre y cuando se efectúen los apercibimientos legales, será constitutiva de delito del art. 383 CP²³.*

²³ La justificación de la Conclusión 1ª era la siguiente: *Sin perjuicio de que ante la situación general de impunidad en la aplicación del delito del art 379.2 CP (conducción bajo la influencia de drogas tóxicas), la acción penal pueda ejercitarse ante los resultados positivos de los controles de drogas regulados en el art 796.7 Lecr con los criterios y en los términos previstos en la Circular 10/11 FGE, su coste y la actual situación económica los convierten en un instrumento de escasa operatividad real para atajar el fenómeno de impunidad señalado ante conductas generadoras de tantos riesgos para la seguridad vial . Los reconocimientos médicos se convierten, por tanto con frecuencia en la única herramienta para obtener datos probatorios de la comisión de las infracciones penales de referencia.*

La Circular los contempla facultativamente integrados en los citados controles. La primera afirmación que ha de hacerse es que el art 796.7 Lecr no ha derogado al art 28.1 del Reglamento de Circulación que en relación con las pruebas para la detección de estupefacientes y personas obligadas dice en su apartado 1a) que “..Consistirán normalmente en el reconocimiento médico de la persona obligada y en los análisis clínicos que el médico forense u otro titular experimentado o personal facultativo del centro sanitario o instituto médico al que sea trasladada aquella estimen más adecuados“. En definitiva, los controles no son el único medio probatorio y los reconocimientos pueden constituir otra alternativa de prueba pudiendo practicarse al margen de ellos. El art 28.1 .d) RGCir ofrece suficiente fundamento normativo.

Sin embargo la primacía del art 796.7 Lecr conduce a que la Policía Judicial de tráfico deba utilizar los test salivares como primer instrumento de detección, del mismo modo que los controles de alcoholemia lo son para la del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art 379.2 CP. Por ello al reconocimiento médico sólo debe acudirse ante la carencia de los aparatos necesarios para llevarlos a cabo. En consecuencia el atestado de la Policía Judicial de Tráfico debe reflejar que se acude a la vía del art 28.a) al carecerse de ellos o ser imposible o muy dificultosa su utilización.

El traslado a centro médico se llevará a cabo en los supuestos reglados del art 21 a, b, y c a los que remite el art 28 b). No cabe sin embargo la aplicación automática de estos casos que son los que dan lugar a los controles de alcoholemia. Por ello, para que el agente pueda requerir al traslado y correlativamente surja la obligación de aceptarlo es preciso acudir a los siguientes criterios cuya

Posteriormente, una vez que entró en vigor la reforma del art. 12 de la LSV con la redacción dada por la Ley 6/2014, se planteó en las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial del año 2014 la cuestión de si mantenía vigencia la Conclusión de las Jornadas de 2012 a la luz de la nueva regulación introducida en el art. 12.3, segundo párrafo, de la LSV.

Suscitada así la cuestión, se aprobó en las citadas jornadas del año 2014 la siguiente Conclusión que daba una respuesta positiva a aquélla, al señalar que *mantiene vigencia la Conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2012 de manera que, en los supuestos del actual art. 21.a/, b/ y c/ RGCir. (accidente, síntomas evidentes o conducción irregular, e infracción de normas), con exclusión del art. 21.d/ RGCir. (programas de controles preventivos), la presencia de signos externos y evidentes de consumo que constituyan base indiciaria suficiente de comisión de un delito del art. 379.2 CP cumplen el requisito de las “razones justificadas” a que alude el actual art.12.3 –segundo párrafo- LSV para que, ante la carencia de dispositivos de detección salival in situ, se acuda a la medida subsidiaria y con cobertura legal de los reconocimientos médicos y, en su caso, análisis clínicos.*

El fundamento de la citada Conclusión era el siguiente:

(...) se plantea la cuestión de si, además de en esos supuestos, mantiene su vigencia y justificación la Conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de 2012 y se puede acudir a los reconocimientos médicos y análisis clínicos en caso de

conurrencia conjunta no es precisa: 1) maniobras irregulares en la conducción; 2) signos reveladores del consumo de drogas y no de alcohol (bien por no ser propios de éste o por resultar negativa la prueba de alcoholemia); 3) otras circunstancias probatorias concurrentes como la posesión de drogas en el vehículo, signos de su reciente utilización, declaraciones testimoniales.

Los agentes deben hacer una cuidada valoración en conjunto de los datos referidos, pero en todo caso es inexcusable la presencia de signos a los que se refiere el art 28.1.c). Cuando concurren, la negativa del sujeto la hace subsumible en el tipo del art 383 CP, pues nos hallamos ante “...pruebas legalmente establecidas para la comprobación de (...) la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas...” El agente ha de hacer al sospechoso el requerimiento para ser trasladado al establecimiento sanitario con apercibimiento expreso de que en caso de negarse puede incurrir en el delito indicado. La negativa abierta originará la instrucción de diligencias por el tipo citado.

De aceptar ser conducido al establecimiento, el interesado está obligado a someterse al reconocimiento médico que es la razón del traslado. Por ello con identidad de razón, la negativa a ser reconocido es constitutiva asimismo del tipo del art 383, debiendo practicarse similares apercibimientos. El facultativo hace constar los signos o síntomas que aprecia sobre el consumo o la influencia de drogas en el individuo. Su intervención es obligatoria cuando se produce el traslado a que venimos haciendo referencia. Es el que decide las analíticas (sangre, orina u otros análogos) que han de practicarse. Así como el reconocimiento es prueba superficial y no invasiva, las analíticas lo son y requieren autorización judicial.

Para el ejercicio de la acción penal ha de estarse a los criterios de la Circular 10/2011. Aun cuando no se hayan practicado las analíticas, no puede descartarse la acción penal en casos de signos manifiestos e inequívocos objetivados por los agentes o el facultativo reveladores de que la conducción se ha realizado bajo la influencia de drogas tóxicas o estupefacientes. Siempre con las debidas garantías y una cuidada valoración de todo el material probatorio.

carencia de dispositivos indiciarios de detección de drogas in situ. La respuesta ha de ser afirmativa por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, la citada Conclusión 1ª de las Jornadas 2012 establecía la complementariedad del art. 28 RGCir. respecto del 796.1.7ª LECrim, que se puede seguir predicando en cuanto al actual art. 12.3 –segundo párrafo- LSV, de mayor rango normativo que la regulación reglamentaria y al que se remite la LECrim al prever que las pruebas de detección de drogas se sujetarán “a lo previsto en las normas de seguridad vial”.

En segundo lugar, la Conclusión 1ª de las Jornadas 2012 es extremadamente restrictiva, en cuanto sólo permite el acceso a los reconocimientos médicos y análisis clínicos en los supuestos del actual art. 21.a/, b/ y c/ RGCir. (accidente, síntomas evidentes o conducción irregular, e infracción de normas), mas no para la organización de programas de controles preventivos del art. 21.d/ RGCir, y siempre con el requisito inexcusable de la presencia de signos externos y evidentes de consumo. Con tales premisas se cumpliría el requisito de las “razones justificadas” a que alude el actual art.12.3 –segundo párrafo- LSV, pues lo serían en tales casos la presencia inequívoca de signos externos de consumo que se manifiestan en accidente, infracción normativa o conducción irregular, con la concurrencia, por tanto, de indicios de delito del art. 379.2 CP. En estos supuestos la carencia de dispositivos de detección salival in situ no puede suponer la renuncia al fin constitucionalmente legítimo de perseguir el delito indiciariamente cometido y adoptar medidas cautelares de inmovilización para evitar riesgos a terceros. En definitiva, en estos casos las razones justificadas vendrían dadas por la existencia de indicios delictivos que, como causa suficiente, permiten acudir a la medida subsidiaria y con cobertura legal de los reconocimientos médicos y, en su caso, análisis clínicos ante la ausencia de otros medios materiales –dispositivos indiciarios de detección- para perseguir el delito y prevenir riesgos a terceros.

Se cumpliría en estos casos el juicio de proporcionalidad como lo entiende la doctrina constitucional, en cuanto la medida sería idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo consistente en el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal. Es necesaria a tal fin, esto es, que no existen otras medidas menos gravosas que sean igualmente aptas para conseguirlo y es proporcionada en sentido estricto en cuanto no resulta desmedida en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

Lo dicho es claro por lo que al reconocimiento médico se refiere al ser prueba superficial, no invasiva y que no implica intervención corporal alguna. Y lo mismo cabría decir de los análisis clínicos, aunque en este caso, al tratarse de intervenciones corporales y por aplicación de la doctrina constitucional contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, 234/1997, 25/2005 y 206/2007, se requeriría autorización judicial al afectar al derecho a la integridad física o intimidad corporal en el caso de análisis o extracciones a sujetos conscientes que no consienten o al derecho a la intimidad personal en el caso de incorporación al proceso de los resultados de los análisis efectuados con fines terapéuticos a heridos inconscientes.

3.2.- LA CADENA DE CUSTODIA DE LAS MUESTRAS DE SANGRE

Suelen ser relativamente frecuentes alegaciones de ruptura de la cadena de custodia de las muestras de sangre extraídas con fines terapéuticos a los presuntos infractores, alguna de las cuales ha dado lugar a pronunciamientos absolutorios, en ocasiones posteriormente revocados. Citamos algunos supuestos:

A/ SAP de Burgos de 26 de febrero de 2013, que revoca la condenatoria del Juzgado de lo Penal, negando validez a la analítica de sangre al considerar que ésta había sido extraída con fines terapéuticos dentro de un proceso curativo ajeno a la investigación penal y sin haberse observado las garantías necesarias para su utilización como prueba de cargo válida dentro de ese proceso, esencialmente por la aplicación de un protocolo clínico-hospitalario en la extracción, pues entre otras razones, no se había guardado la cadena de custodia establecida para extracciones judiciales con fines de alcoholemia, que sólo se cumplimentó desde la intervención judicial.

B/ Sentencia del Juzgado de lo Penal nº6 de Sevilla de 24 de abril de 2013, posteriormente revocada por SAP de Sevilla 624/2013, de 11 de diciembre, rechazando la ruptura de la cadena de custodia apreciada en la instancia por aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo a la que luego nos referimos. La sentencia del Juzgado de lo Penal absolvió por el delito del artículo 379.2 del CP por no entender acreditado que la muestra analizada fuera la del acusado al no haberse probado la cadena de custodia de la misma, pues el protocolo seguido para la conservación y traslado de las muestras fue meramente clínico-hospitalario y no se corresponde con el establecido en la *Orden JUS/1291/2010, de 13 de mayo, por la que se aprueban las normas para la preparación y remisión de muestras objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, de suerte que no se documentó la cadena de custodia con los diferentes intervinientes hasta la intervención del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (en adelante INTCF), ni se había cumplimentado el formulario de remisión de muestras de la Orden JUS/1291/2010.

Las disfunciones se producen fundamentalmente en los casos anteriores por la aplicación de protocolos meramente clínico-hospitalarios en el momento inicial de la extracción, cumpliéndose el Protocolo de la Orden JUS/1291/2010 sólo en momentos posteriores tras la intervención judicial. Hay que tener en cuenta que en estos casos de heridos graves inmediata o urgentemente trasladados al centro sanitario se aplica el protocolo hospitalario *ab initio*, ya que en ese momento inicial no existe una intervención policial o judicial que haga posible la aplicación de los artículos 22.2 y 26 del RGCir.

Además de los anteriores supuestos, que atañen a muestras de sangre extraídas con fines terapéuticos en casos de heridos graves, también se han detectado otros supuestos en que se discute la cadena de custodia de la muestra de sangre, que en este caso no se había extraído con aquéllos fines, sino en el marco de la prueba de contraste a la de aire espirado del artículo 23.3 del vigente RGCir., en relación con el artículo 26 del mismo. Así:

C/ Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal nº2 de Valladolid de 17 de mayo de 2013, posteriormente revocada por la SAP de Valladolid 388/2013, de 14 de octubre, citada *supra*. La absolución del Juzgado de lo Penal vino determinada, entre otras razones, al entender acreditada la ruptura de la cadena de custodia por cuanto, si bien es cierto que se hallaba documentada la extracción en el hospital, la recepción en el laboratorio del propio hospital y la recepción en el laboratorio de referencia en que se practicó la analítica, no se había documentado el traslado de la custodia entre los

diferentes doctores de guardia del laboratorio del hospital desde que la muestra había ingresado en él hasta que se había remitido al laboratorio de análisis.

Al hilo de esta frecuente problemática relativa a la cadena de custodia, se hace necesario exponer la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la materia, que se puede sintetizar así:

a/ La cadena de custodia tiene un carácter meramente instrumental:

Así lo afirman las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) 347/12, de 25 de abril, y 629/11, de 23 de junio, que señalan que la cadena de custodia tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada (lo que las sentencias llaman la “mismidad” de la prueba).

b/ Existe una presunción de regularidad de la cadena de custodia que sólo cesa cuando se produce una sospecha razonable de que ha habido algún tipo de posible manipulación, sin que la irregularidad de la cadena de custodia equivalga a su nulidad; habrá de ser valorada la idoneidad de la irregularidad para despertar dudas razonables:

Lo dicen las mismas SSTS 347/12, de 25 de abril, y 629/11, de 23 de junio, al afirmar que existe la presunción de que lo recabado por el Juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación; la irregularidad de la cadena de custodia no constituye de por sí vulneración de derecho fundamental alguno, de modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En el mismo sentido, la STS 506/2012, de 11 de junio, señala que cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas razonables habrá que prescindir de esa fuente de prueba; que la irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad, sino que habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar, ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba.

c/ Como consecuencia de lo anterior, las meras irregularidades formales no dan lugar *per se* a la ruptura de la cadena de custodia y no basta la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se hubiera roto, ya que debe exigirse prueba de la manipulación efectiva:

Así lo señalan las SSTS 347/2012²⁴, de 25 de abril -con cita asimismo de las SSTS 312/2011, de 29 de abril y 776/2011, de 20 de julio-, y STS 629/11²⁵, de 23 de junio.

²⁴ “Ahora bien existe la presunción de que lo recabado por el juez, el perito o la policía se corresponde con lo presentado el día del juicio como prueba, salvo que exista una sospecha razonable de que hubiese habido algún tipo de posible manipulación.

Por ello en STS 4.6.2010 hemos dicho que la irregularidad de la “cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías

Aplicando la doctrina sentada en esas sentencias a nuestros supuestos de muestras sanguíneas en el ámbito del delito del artículo 379.2 del CP, puede concluirse que cuando se detectan meras irregularidades formales en la documentación de la cadena de custodia de las muestras de sangre extraídas con fines terapéuticos o en el cumplimiento de los protocolos establecidos, ello no significa *per se* la ruptura de la cadena de custodia, esto es, la simple posibilidad de manipulación no equivale a manipulación efectiva, siendo exigible esta última para entender rota la cadena de custodia de la muestra de sangre y no valorar la analítica de ésta como prueba válida.

Por ello, puede entenderse que cuando se trata de muestras de sangre extraídas con fines terapéuticos y se aplican protocolos hospitalarios o meramente clínicos que no se corresponden con el médico-legal establecido en la Orden JUS/1291/2010, produciéndose irregularidades consistentes, en vía de ejemplo, en no documentar todos y cada uno de los intervinientes en la cadena de custodia o no cumplimentar el formulario de remisión de muestras (Anexo I) al que se remite el artículo 3 de la Orden

esenciales del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar, que las "formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen, que es el proceso al que denominamos genéricamente "cadena de custodia", no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e íntegra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

En el caso presente, con independencia de que no se especifica en qué momento en concreto entiende el recurrente rota la cadena de custodia, lo cierto es que un examen de las diligencias, permisible vía art. 899 LECrim permite constatar:

- las distintas actas de intervención a Miguel, Romualdo, el día 19.7.2010, y a Carlos Manuel, Cayetano; Mihai Mardare, Ovidio, y Carlos José, el día 21.7.2010 (folios 11 a 17), quedando las sustancias en las Dependencias del Grupo de Estupefacientes de la UDEV de Málaga.

- Al folio 47 diligencia de remisión de la droga a la Brigada Provincial de Policía Científica, constando (folios 73 a 78) la entrega con fecha 23.7.2010 de lo intervenido a los distintos compradores en la Brigada Provincial, efectos intervenidos en el atestado policial NUM000, estando firmada por el Inspector Jefe del Grupo n. NUM005 y obrando el recibí del Laboratorio Químico de la Brigada, firmado por el funcionario NUM006, practicándose con fecha 23.8.2010 los correspondientes análisis cualitativos y cuantitativos de las sustancias (folios 200 a 213).

Siendo así no se entiende producido rotura alguna de la cadena de custodia. Que en el acto del juicio no compareciera el agente n. NUM007, identificado como quien llevó al Laboratorio la sustancia incautada, no permite apuntar por ello la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se hubiera roto, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva (SSTS 312/2011, de 29.4; 776/2011, de 20.7.)"

²⁵ *"En el caso presente se fundamenta la rotura de la cadena de custodia del contenedor referido en que sometido a entrega vigilada por auto judicial, llegó al Puerto de Santurce el 30.5.2007 y hasta el 12.6.2007 no empezó a ser vigilado por autoridad competente.*

Queja infundada por cuanto de la testifical practicada en el plenario, del Instructor y agentes, la custodia del contenedor mientras permaneció en el puerto se realizó por la Guardia Civil. Es cierto que al juicio oral no comparecieron los agentes que específicamente la llevaron a cabo, pero apuntar por ello a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no parece aceptable, ya que debe exigirse la prueba de la manipulación efectiva, y en este caso en el factum se recoge expresamente que una vez el camión con el contenedor llegó a la nave, se procedió a la rotura del precinto y a la descarga de su contenido, tal como declaró uno de los agentes que estaba en la nave en el momento de iniciarse materialmente la descarga, en concreto el n° NUM044."

JUS/1291/2010, se trata en todos los casos y en principio de meras irregularidades formales y de ellas no deriva sin más la acreditación de la manipulación efectiva de la muestra para entender rota la cadena de custodia. En este sentido, la STS 545/2012, de 22 de junio, niega relevancia –al menos desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia- al hecho de que no se hubiera rellenado el formulario de remisión de muestras o cualquiera de los documentos exigidos por la Orden JUS/1291/2010.

d/ Tales irregularidades formales y el apartamiento de los protocolos pueden suplirse mediante otros medios de prueba que evidencien el cumplimiento de la cadena de custodia:

Así, en el caso resuelto por la STS 53/2011, de 10 de febrero, mediante la declaración en el plenario de los policías que custodiaron la droga depositada en la caja fuerte de Comisaría en el lapso temporal desde que se acordó su remisión al Laboratorio hasta la recepción en el organismo competente (en este lapso temporal no se había documentado la cadena de custodia); o el supuesto tratado por la STS 629/11, de 23 de junio, que entiende acreditada la custodia del contenedor que contenía la sustancia estupefaciente a través de las testificales en el plenario del Policía Instructor y de determinados agentes, aunque no comparecieran los agentes que específicamente la llevaron a cabo.

e/ No se produce la rotura de la cadena de custodia por el traslado entre organismos públicos aunque no se documente:

Así sucede en el caso resuelto por la STS 629/11, de 23 de junio, que se refería al traslado de sustancia estupefaciente que no se documentó en diligencia alguna entre el Área de Sanidad de Toledo y el Laboratorio de la Agencia Española de Medicamentos de Madrid, en cuanto se trata, como dice la sentencia, de organismos públicos que responden de la integridad de la muestra, estando la sustancia siempre bajo la vigilancia y responsabilidad de aquéllos organismos, por lo que no cabe cuestionar, sin más pruebas que la simple afirmación y sin acreditar una manipulación concreta, que no hicieran lo correcto.

Esta doctrina entendemos que puede ser igualmente aplicada a los supuestos de muestras de sangre extraídas con fines terapéuticos cuando la muestra se traslada también ente organismos públicos, por ejemplo los traslados de muestras producidos dentro del mismo Hospital público entre diferentes servicios del mismo -normalmente desde el Servicio de Urgencias al de Hematología o al Laboratorio del Hospital- o bien desde el Hospital al INTCF como organismo igualmente público.

Estas ideas aparecen confirmadas por las más recientes sentencias del Tribunal Supremo que han tratado la materia. Así, pueden citarse las siguientes:

A/ STS 1/2014, de 21 de enero, específicamente referida a un delito contra la seguridad vial del art. 379.2 del CP en concurso con uno de lesiones imprudentes. En materia de cadena de custodia señala: *En relación a la nulidad de las analíticas por no haberse seguido el protocolo y, en definitiva, no haberse garantizado la cadena de custodia, recordar que la misma no es un fin en sí mismo, sino que tiene un valor instrumental, lo único que garantiza es la indemnidad de las evidencias desde que son*

recogidas hasta que son analizadas, lo que en caso de quiebra puede afectar a la credibilidad del análisis pero no a su validez. SSTS 129/2011 de 10 de Marzo; 1190/2009 de 3 de Diciembre ó 607/2012 de 9 de Julio. En el presente caso el recurrente sólo efectúa meras alegaciones. En efecto, en esta parte del motivo se hace referencia a la jurisprudencia de esta Sala a la que ya hemos hecho referencia en el sentido de que lo que se cuestiona no es la nulidad de la prueba sino su autenticidad. El recurrente cita como datos del quebrantamiento del protocolo a seguir que no consta la identidad de las personas intervinientes ni los conservantes utilizados o tipo de embalaje o si la sangre es arterial o venosa a que hace referencia la orden JUS/1291/2010 de 13 de Mayo. Al respecto debe decirse que estos datos son exigidos para la remisión de muestras para su análisis por el Instituto Nacional de Toxicología. No fue este el caso, pues la segunda analítica se llevó a cabo en otro laboratorio. A ello hay que añadir que de la omisión de estos datos no se deriva sic et simpliciter que se hubiera roto la cadena de custodia o que pudiera haber confusión en la identidad de la sangre analizada. No basta con la mera alegación de posible irregularidad, es preciso argumentar con un mínimo de consistencia al respecto. En el caso de autos consta por la declaración en el Plenario del médico que le atendió que se siguieron los protocolos correspondientes tanto para el primer análisis que se llevó en la propia Policlínica como en el posterior.

B/ STS 544/2014, de 3 de julio: ninguna duda ofrece la cadena de custodia de la droga intervenida. Para que alegatos de esta naturaleza puedan prosperar deben ser aptos para despertar algún tipo de dudas sobre posible contaminación o alteraciones de la sustancia. No basta con la ausencia de algún documento o una firma o un sello para invalidar la prueba. No es un problema de validez probatoria, sino de fiabilidad. Lo resume de forma clara el Fiscal: "El hecho de que no se incorpore a las actuaciones el acta de entrega y recepción de la sustancia estupefaciente en el laboratorio con la firma de los intervinientes, no pone en cuestión la integridad de la cadena de custodia, cuando en el informe del folio 42 se hace constar la fecha de recepción, la unidad aprehensora, el procedimiento y el Juzgado de Instrucción competente, la identidad del imputado, la descripción del material recibido y el peso neto de la sustancia intervenida, sin contar los envoltorios, datos que coinciden en su integridad con los detallados en el atestado". No se pueden burocratizar las garantías. La manipulación o contaminación de la droga o sustancia es compatible con que estén acreditados todos y cada uno de los pasos y conste nombre; firma y DNI de cuantos han tenido alguna relación con la sustancia desde su ocupación hasta su análisis habiéndose recogido y consignado escrupulosamente cada uno de esos datos. Y, en el reverso, la falta de alguno de esos datos no permite dar sin más irrazonablemente el salto a presumir que ha existido manipulación.

C/ Finalmente, la STS 587/2014, de 18 de julio: En otras palabras, no se pueden confundir los dos planos. Irregularidad en los protocolos establecidos como garantía para la cadena de custodia no equivale a nulidad. Habrá que valorar si esa irregularidad (no mención de alguno de los datos que es obligado consignar; ausencia de documentación exacta de alguno de los pasos...) es idónea para despertar dudas sobre la autenticidad o indemnidad de la fuente de prueba. No es una cuestión de nulidad o inutilizabilidad, sino de fiabilidad (cfr. STSS 195/2014, 3 de marzo; y 506/2012, 11 de junio y 884/2012, 8 de noviembre, entre otras). En palabras del Fiscal que la Sala haya suyas, la cadena de custodia constituye un sistema formal de garantía que tiene por finalidad dejar constancia de todas las actividades llevadas a cabo por

cada una de las personas que se ponen en contacto con las evidencias. De ese modo la cadena de custodia sirve de garantía formal de la autenticidad e indemnidad de la prueba pericial. No es prueba en sí misma. La infracción de la cadena de custodia afecta a lo que se denomina verosimilitud de la prueba pericial y, en consecuencia, a su legitimidad y validez para servir de prueba de cargo en el proceso penal. Por ello la cadena de custodia constituye una garantía de que las evidencias que se analizan y cuyos resultados se contienen en el dictamen pericial son las mismas que se recogieron durante la investigación criminal, de modo que no existan dudas sobre el objeto de dicha prueba pericial. A este respecto resulta evidente la relación entre la cadena de custodia y la prueba pericial, por cuanto la validez de los resultados de la pericia depende de la garantía sobre la procedencia y contenido de lo que es objeto de análisis.(...) La defensa centra su argumentación en el itinerario de los restos óseos desde su intervención en el escenario del crimen hasta su puesta a disposición del perito que dictaminó su origen humano. Se subraya el incumplimiento de la Orden del Ministerio de Justicia 1291/2010, 13 de mayo, por la que se aprueban normas por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. También ahora resulta obligado insistir en que la nulidad probatoria que se reivindica no puede hacerse depender del cumplimiento de una orden ministerial, cuya importancia resulta decisiva para la ordenación de la tarea de recogida y traslado de muestras que van a ser objeto de análisis científico, pero que en modo alguno determina la validez o nulidad de los actos procesales de prueba. Una vez más, nos vemos obligados a recordar que la prueba de ese recorrido de las piezas de convicción y de su mismidad es una cuestión fáctica, que no queda subordinada al estricto cumplimiento de una norma reglamentaria que, por su propia naturaleza, no puede mediatizar la conclusión jurisdiccional acerca de la integridad de esa custodia. De la observancia de esa norma reglamentaria se sigue una mejor ordenación de la actividad administrativa de preparación y remisión de las muestras que hayan de ser objeto de análisis por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Es indudable que la gestión de esas muestras no puede quedar abandonada a la iniciativa individual de cada una de las unidades orgánicas de policía. De ahí la justificación de esa norma. Y es indudable también que su observancia contribuirá –como anuncia la Exposición de Motivos de la referida O.M- a encauzar correctamente los análisis y a despejar cualesquiera dudas acerca del mantenimiento de la cadena de custodia. Sin embargo, la infracción de alguna de las previsiones reglamentarias de la OM 1291/2010, con la consiguiente cuestión acerca de si las muestras intervenidas son las mismas que las que han sido objeto de análisis, no puede resolverse conforme a una concepción burocratizada, con arreglo a la cual cualquier omisión de las previsiones de aquella norma haya de conducir de forma irremediable a la nulidad probatoria. Insistimos, esa norma reglamentaria impone uniformidad en las labores administrativas de recogida y envío de muestras, pero no tiene por objeto integrar el régimen de nulidades probatorias. La vulneración de alguno de los dictados de aquel reglamento actúa como llamada de aviso acerca de la necesidad de reforzar las cautelas a la hora de concluir la integridad de las muestras, pero no se impone a la tarea jurisdiccional relacionada con la fiabilidad de la prueba.

4.- LA NEGATIVA A LOS CONTROLES DE ALCOHOL O DROGAS: SUPUESTOS TÍPICOS

4.1.- ¿ES NECESARIA LA EXISTENCIA DE SIGNOS EXTERNOS PARA APLICAR EL TIPO DEL ART. 383?

La redacción del precepto anterior a la LO 15/2007 (que entonces se ubicaba en el art. 380 del CP), que se refería a las “pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior” (que a su vez castigaba la conducción bajo la influencia del alcohol o drogas), dio lugar a una línea doctrinal y jurisprudencial iniciada por la STS 3/1999, de 9 de diciembre, en el sentido de que la comisión del delito de negativa exigía que el sujeto presentase signos externos de consumo, pues la negativa lo era a las pruebas para comprobar la conducción bajo la influencia del alcohol o drogas, de suerte que, según la jurisprudencia citada, el tipo era aplicable en los supuestos 1 y 2 del entonces vigente art. 21 del RGCIR (sujeto implicado en accidente de circulación o conducción con síntomas evidentes de influencia de bebidas alcohólicas), mientras que en los casos 3 y 4 del mismo precepto (comisión de infracción administrativa o controles preventivos) se requería, para subsumir los hechos en el tipo penal, apreciar en el sujeto síntomas o signos de conducción influenciada por bebidas alcohólicas, debiendo derivarse los hechos a la vía sancionadora administrativa *ex art. 65.5.d/ de la LSV* en caso contrario. Ahora bien, la nueva redacción del art. 383 modifica aquella referencia y alude a las “pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” (ya no para la comprobación del delito del art. 379), lo que plantea la duda de si debe seguirse la misma interpretación anterior.

En sentido contrario se manifiesta la Fiscalía en la Circular 10/2011 FGE y parte de la jurisprudencia menor, entre las más recientes las SSAP de Barcelona 719/2014, de 23 de julio, de Bilbao 90293/2014, de 15 de julio, de Madrid 260/2014, de 29 de mayo, y de Sevilla 223/2014, de 20 de mayo; según esta interpretación el delito de negativa a las pruebas de alcohol o drogas se cometería sin necesidad de que concurrieran en el sujeto signos externos de consumo indiciarios de una conducción influenciada por el alcohol o drogas, comprendiendo todos los supuestos del art. 21 del RGCir, de suerte que bastaría para cometer el delito que el sujeto, sin signos y sin conducción anómala o irregular, se negare a someterse a las pruebas cuando es parado en un control preventivo aleatorio. Apoya esta tesis la interpretación literal de la nueva redacción del precepto, además del argumento de que, en la actualidad, el sujeto sin signos puede incurrir en el tipo de tasa objetivada sin necesidad de que exista una conducción influenciada, de manera que la falta de sumisión al control para la comprobación de la propia tasa sin más aditamentos debería incluirse en el tipo de negativa por los propios argumentos de la doctrina jurisprudencial surgida al hilo del tipo anterior. Ahora bien, tampoco faltan exponentes actuales de la tesis contraria, la tradicional de la STS 3/1999, que siguen exigiendo la existencia de signos indiciarios previos para la aplicación del tipo sin mayores matizaciones o argumentos, por simple referencia a la citada STS: entre las más recientes cabe citar las SSAP de Coruña 214/2014, de 17 de septiembre, de Tenerife 361/2014, de 9 de septiembre, y de Pontevedra 193/2014, de uno de septiembre.

4.2.- ¿ES TÍPICO EL SOMETIMIENTO A LA PRUEBA DE MUESTREO EN ETILÓMETRO DIGITAL Y LA NEGATIVA A LAS DE PRECISIÓN EN ETILÓMETRO EVIDENCIAL? ¿Y LA NEGATIVA A LAS DE MUESTREO NO SEGUIDAS DE REQUERIMIENTO PARA REALIZAR LAS DE PRECISIÓN? ¿Y LA NEGATIVA A LA SEGUNDA PRUEBA DE PRECISIÓN?

Para resolver las cuestiones de tipicidad planteadas en lo relativo a la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia, debe partirse de la premisa de que *las pruebas legalmente establecidas* a que se refiere el tipo del art. 383 son las verificadas con los etilómetros evidenciales o de precisión oficialmente autorizados (art. 12.3 de la LSV y 22.1 del RGCir.) y sujetos a control metrológico (art. 70.2 de la LSV), por contraposición con las pruebas de cribado o muestreo que suelen llevarse a cabo con carácter previo mediante etilómetros digitales portátiles distintos de los de precisión.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, puede entenderse que si el conductor se somete a la prueba de muestreo pero se niega a practicar las del etilómetro de precisión incurre en el delito estudiado. Este es el criterio que sigue la línea más reciente de la jurisprudencia menor, entre otras SAP de Bilbao 90293/2014, de 15 de julio, SAP de Las Palmas 177/2014, de 30 de junio, y SAP de Tarragona 249/2014, de 29 de mayo, con base en la STS 1/2002, de 22 de marzo, a la que luego nos referiremos.

Por iguales razones, en cuanto a la negativa a las pruebas de muestreo con etilómetro portátil que no van seguidas de requerimiento de los agentes para efectuarlas en el de precisión, creemos al menos dudoso que colme la tipicidad del art. 383 del CP, al no ser aquéllas las *legalmente establecidas*. Este criterio se acoge, en vía de ejemplo, por la SAP de Barcelona de 20 de junio de 2014.

Si nos circunscribimos a la negativa a realizar las pruebas en el etilómetro de precisión, resulta obvio que el delito del art. 383 del CP se comete cuando el conductor se niega a practicar las dos pruebas en aire espirado de que se compone el test. No obstante, el caso que presenta mayores dificultades a la hora de dar una respuesta unívoca es aquél en que el sujeto se somete a la primera prueba en aire espirado en el etilómetro de precisión pero se niega a efectuar la segunda, supuesto en que existe amplia división doctrinal y jurisprudencial de criterios: así, un sector de la jurisprudencia menor –entre las más recientes las SSAP de Las Palmas 145/2014, de 12 de junio, o las de Barcelona 476/2014, de 13 de mayo, y 388/2014, de 28 de mayo– entiende que esta negativa no integra el tipo del art. 383 del CP pues esta segunda prueba en aire espirado, por remisión al art. 23 del RGCir, es de garantía o contraste, como salvaguarda de los derechos del sometido a ella, por lo que cabe la renuncia u oposición del conductor a esta segunda prueba, aunque las resoluciones suelen entenderlo así sólo para el caso de que aquél se aquiete con el primer resultado y no si luego lo impugna o cuestiona. La cuestión no aparece resuelta por la STS 1/2002, de 22 de marzo, frecuentemente citada, pues, si bien ésta establece que *la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 380 del CP* (hoy 383), la misma contenía un supuesto fáctico distinto al que nos ocupa ya que, en el caso resuelto por aquélla, el conductor se había sometido a la prueba de muestreo con etilómetro manual y negado a practicar las del etilómetro de precisión. Por el contrario, otra línea jurisprudencial de las Audiencias Provinciales considera típica y subsumible en el art. 383 del CP la negativa a la segunda prueba en el etilómetro evidencial, por cuanto el art. 23 del RGCir establece la obligatoriedad de someterse a esta segunda prueba: en este sentido, como más reciente, SAP de Barcelona 530/2014, de 4 de junio, y SAP de Valencia 187/2014, de 3 de marzo. El mismo criterio sigue la Fiscalía en la Circular 10/2011 FGE: *la segunda prueba no es (...) un derecho del interesado de ejercicio potestativo. Ambas pruebas son obligatorias y están orientadas a garantizar el acierto en el resultado. En definitiva, se puede concluir que la negativa a someterse a*

cualquiera de ellas constituye una conducta subsumible en el tipo estudiado. El carácter garantista y voluntario corresponde, en realidad, a las analíticas de sangre (...)

4.3.- ¿Y LA NEGATIVA A LOS TESTS SALIVALES DE DETECCIÓN DE DROGAS?

Por lo que se refiere a la negativa a someterse a los controles de detección de drogas, podemos entender que el ilícito penal del art. 383 se comete tanto cuando el conductor se niega a realizar el test salival indiciario *in situ*, como cuando se niega a facilitar la segunda muestra de saliva en cantidad suficiente para su análisis en laboratorio homologado cuando el test indiciario arroja resultado positivo o el conductor presenta signos externos de consumo de drogas, aun cuando el resultado del test indiciario fuera negativo. Este criterio deriva de una interpretación literal del art. 796.1.7ª de la LECrim, en cuanto ambas pruebas –test indiciario salival y facilitación de la segunda muestra de saliva en los casos dichos– son las *pruebas legalmente establecidas* por el precepto y tienen carácter obligatorio según su propia dicción literal, y lo mismo cabe deducir de la regulación contenida en el art. 12.2 y 3 de la LSV.

Es el criterio que sigue la Circular 10/2011 FGE, Conclusión 11ª. En el plano jurisdiccional, son pocas las resoluciones judiciales que abordan esta cuestión, pero las existentes sostienen la misma tesis; así, pueden citarse las siguientes: SAP de Barcelona 202/2012, de 7 de febrero, que confirma la condena por el delito del art. 383 en supuesto en que el conductor se negó a facilitar la segunda muestra de saliva en cantidad suficiente tras someterse al test indiciario salival con resultado positivo y presencia de signos, interpretado que las pruebas salivales del art. 796 de la LECrim son las legalmente establecidas y obligatorias para el sujeto; la SAP de Las Palmas 59/2013, de 17 de abril, que, si bien de forma genérica y sin entrar en mayores matices, entiende subsumible en el tipo la negativa a las pruebas de detección de drogas del art. 796 de la LECrim; y, finalmente, la SAP de Barcelona 400/2014, de 6 de mayo, que, si bien se refiere a la regulación del entonces vigente art. 28 del RGCir obviando cualquier referencia al art. 796 de la LECrim, da a entender que la negativa al segundo test salival después de una primera prueba positiva sería subsumible en el tipo, aunque absuelve en el caso concreto por aplicación de la ya aludida doctrina de la STS 3/1999 antes citada al no existir signos de consumo de drogas en el sujeto.

4.4.- ¿Y LA NEGATIVA AL TRASLADO HOSPITALARIO PARA RECONOCIMIENTO MÉDICO Y ANÁLISIS CLÍNICO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ANÁLISIS DE SANGRE?

Por último, debemos hacer referencia a los casos antes estudiados en que, por aplicación de la nueva redacción del art. 12.3 de la LSV, se requiera al conductor, por razones justificadas que impidan practicar las pruebas de alcoholemia en aire espirado o las de drogas en saliva, al traslado hospitalario para reconocimiento médico o análisis clínicos, en los que se plantea la duda de si la negativa del sujeto sería subsumible en el tipo del art. 383 del CP.

En tales casos las pruebas legalmente establecidas, aunque con carácter subsidiario, serían éstas por estricta aplicación del art. 12.3 de la LSV, por lo que, si el traslado para reconocimiento médico y análisis clínico se halla válidamente acordado al

concurrir los presupuestos legales, nada impediría entender que, en estos casos, sería subsumible en el tipo del art. 383 del CP la conducta del conductor que se niega al traslado al centro sanitario para tal reconocimiento o bien, una vez en el mismo, se niega a ser reconocido. No obstante, esta postura favorable a la tipicidad resulta más convincente en el caso de detección de drogas que en el del alcohol, pues en aquéllas el reconocimiento sí tendría por objeto comprobar su presencia en el organismo en cumplimiento de lo señalado por el tipo penal del art. 383, pero resulta más difícil entender que en el caso del alcohol el simple reconocimiento médico sirva para comprobar o determinar la tasa de alcoholemia como exige el mismo tipo, lo que sí sería perfectamente predicable de los hipotéticos análisis clínicos subsiguientes.

Ahora bien, en cuanto a los análisis clínicos de sangre, exige tener en cuenta especiales consideraciones y cautelas; debe tenerse en cuenta la doctrina constitucional relativa a éstos citada *supra*, en cuanto los considera intervenciones corporales afectantes al derecho a la integridad física, por lo que se requerirá previa autorización judicial para su práctica en caso de que el sujeto no consienta. Entendemos por tanto que la interpretación correcta del precepto conforme a la citada doctrina constitucional sería la de entender atípica *ex art.* 383 del CP la conducta del sujeto que se niega a la extracción sanguínea si no existe autorización judicial para su práctica; en el supuesto de existir ésta podría entenderse factible la subsunción de la conducta del sujeto que se niega en el tipo del art. 383 del CP o, en su caso, en el de desobediencia a la autoridad judicial del art. 556 del CP, entendemos que en concurso de normas a resolver por el principio de especialidad del art. 8.1ª del CP a favor del art. 383.

No obstante, no podemos desconocer que la materia de los traslados hospitalarios para reconocimiento médico y análisis clínicos no es desde luego pacífica. En cuanto a los controles de drogas, la Circular 10/2011 FGE parece apuntar en su Conclusión 11ª a que la negativa al reconocimiento médico debidamente acordado es subsumible en el tipo, y en el mismo sentido se manifiesta la Conclusión 1ª de las Jornadas de Fiscales Delegados de Seguridad Vial 2012 por aplicación supletoria del art. 28 del RGCIR, así como la 7ª de las de 2014 en este caso por aplicación del vigente art.12.3 de la LSV -ambas citadas y reproducidas *supra*-. No obstante, en el plano jurisdiccional las soluciones no son unívocas, muchas sin entrar en mayores consideraciones respecto a la interpretación de los preceptos del RGCir y de la LSV que contemplan estas pruebas subsidiarias: así, la SAP de Madrid 84/2012, de 14 de marzo, relativa a un caso de control de drogas pero que hace una interpretación extensiva también a los de alcohol, confirma la condena por el tipo del art. 383 del CP en la negativa del conductor a ser trasladado a un centro sanitario, aunque la resolución no se refiere ni a la norma del art. 796 de la LECrim, que ya estaba vigente, ni a la posible aplicación supletoria del entonces vigente art. 28 del RGCIR; por el contrario, las posteriores sentencias de la misma AP de Madrid 330/2014, de 17 de junio, y 260/2014, de 29 de mayo, niegan la subsunción en el ilícito del art. 383 de la misma conducta de negativa al traslado hospitalario para pruebas médicas al entender que las pruebas de detección de drogas legalmente establecidas eran las salivales del art. 796 de la LECR, sin siquiera plantearse la posible aplicación del nuevo art.12. 3, segundo párrafo, de la LSV, que ya se encontraba vigente.