



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

1 Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5º piso.

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el “Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)” (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **70**
2016

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2016-00076
Órgano emisor: Sala de Casación Penal
Fecha resolución: 29 de enero del 2016
Recurso de: Casación de sentencia penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Conducción temeraria**
⇒ **Restrictor:** Alcohosensor

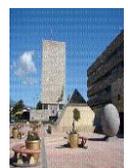
SUMARIO

- A partir de la reforma operada a la Ley de Tránsito (N° 9078) también se sanciona dentro del tipo penal la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas detectada mediante la prueba denominada “de alcohol en aire” o “de alcohol en aliento” (0.38 mg), por lo que ya no es necesario realizar la conversión de alcohol en aire a alcohol en sangre mediante la denominada “Ley de Henry”, operación que implicaba considerar un margen de error de alrededor del 30%.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“A partir de la reforma operada al artículo 261 bis del Código Penal, con la ley número 9078 de 4 de octubre de 2012 (que entró en vigencia el 26 de ese mismo mes y año), se sanciona la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con concentración en sangre superior a 0.75 gramos por cada litro, o

concentración en aire superior a 0.38 miligramos por litro. Es decir, ya no solo se prevé la medición en sangre sino en aire y por lo tanto cuando el alcohosensor refleja el resultado como concentración de alcohol en aire, no cabe la referencia al factor de conversión indicado, que aplicaría únicamente cuando el aparato





proyecta la toma para reflejar el

alcohol en sangre”.

VOTO INTEGRO N°2016-00076, Sala de Casación Penal

Resolución N°: 2016-00076. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y veinticinco minutos del veintinueve de enero del dos mil dieciséis. Recurso de Casación, interpuesto en la presente causa seguida contra [Nombre 001]; por el delito de **Conducción Temeraria**, cometido en perjuicio de La Seguridad Común. Intervienen en la decisión del recurso, los magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, José Manuel Arroyo Gutiérrez, Doris Arias Madrigal y Jorge Enrique Desanti Henderson este último en condición de magistrado suplente. Además intervienen en esta instancia, la licenciada Yessenia Vargas Villalobos en su condición de defensora pública. Se apersonó la representante del Ministerio Público, licenciada Marcela Araya Rojas.

Resultando: 1.- Mediante sentencia N° 2015-00291, dictada a las once horas y treinta minutos del quince de mayo del dos mil quince, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, San Ramón, resolvió: “*POR TANTO Se acoge el primer motivo del recurso de apelación de sentencia. Se anula la sentencia condenatoria dictada en virtud del procedimiento abreviado aludido. En aplicación del principio universal del in dubio pro reo se absuelve de toda pena y responsabilidad a [Nombre 001] por el delito de conducción temeraria que se le venía atribuyendo.- NOTIFÍQUESE.- Jorge Luis Morales García Gabriela Rodríguez Morales Martín Alfonso Rodríguez Miranda Jueces y Jueza de Apelación de Sentencia*” (sic). **2.-** Contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Marcela Araya Rojas, en su condición de representante del Ministerio Público, interpuso Recurso de Casación. **3.-** Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. **4.-** En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa el magistrado Arroyo Gutiérrez; y,

Considerando: **I.-** Mediante escrito visible de folios 45-51, la representante del Ministerio Público, Marcela Araya Rojas, presentó recurso de casación en contra de la sentencia 2015-000291, del Tribunal de Apelación del Sentencia Penal, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, de las 11:30 horas, del 15 mayo de 2015. **II.-** Único motivo: inobservancia de un precepto procesal, concretamente de los numerales 142, 184 y 465 del Código Procesal Penal. Señala que el Tribunal de Apelación de Sentencia, incurrió en una falta de fundamentación del fallo y en una incorrecta construcción de los razonamientos lógicos base de la decisión. Indica que el a quo tuvo por acreditado que el imputado conducía con una concentración de alcohol de 0.58 mg/l de alcohol en aire. Sin embargo, el ad quem decidió absolver a [Nombre 001] pues no existía una prueba que permitiera determinar cuánta concentración de alcohol tenía el imputado al conducir el vehículo, ya que la prueba se realizó mucho tiempo después de la colisión, lo cual genera incerteza en vista del margen de error que presentan la pruebas realizadas mediante alcohosensor.

Advierte que existió un grave yerro en la construcción de la sentencia, cuando se afirma que no existe prueba en el expediente para determinar la concentración de alcohol, obviando los folios 3, 4, 5 y 12, donde se daba cuenta de dos extracciones de sangre realizadas al encartado el 4 de junio de 2014. Aclara que las diferencias en cuanto el nombre en la boleta del alcohosensor, las actas de extracción de sangre, la solicitud de dictamen criminalístico y el dictamen de toxicología, se debió a la falsa identificación que dio el imputado al inicio del investigación. Expone que al momento de emisión de la sentencia impugnada, el dictamen de la Sección de Toxicología no había sido agregado al expediente, pero los documentos que antecedían la pericia, reflejaban la remisión de muestras al Laboratorio Forense y considera que lo pertinente era recabar el dictamen, atendiendo a la obligación de revisar integralmente el fallo contenido en el numeral 462 de la normativa procesal penal. Cita el dictamen 2014-[...]-TOX, donde se evidencia que la primera muestra de sangre tomada a las 19:55 horas dio como resultado una concentración de 1.25 gramos de alcohol por litro de sangre, mientras la segunda, arrojó una concentración 1.12 gramos de alcohol por litro de sangre. Asimismo, en el dictamen se realiza una proyección de la cantidad de alcohol en sangre, determinando que a las 18:49 horas era de 1.42 gramos por litro de sangre y en la respectiva ampliación del dictamen, se concluyó que la concentración de alcohol al ser las 17:30 horas (hora de la colisión), era de 1.61 gramos por litro de sangre, por lo que el imputado se encontraba en estado de ebriedad, conclusión que coincide con el dicho de la testigo [Nombre 002]. Reclama que tampoco comparte las referencias en cuanto al margen de error de las pruebas de alcohosensor, ya que no se menciona ningún respaldo científico que sustente la afirmación de que éstas tienen un margen de error de un 30%. Agrega que el margen de error existente en dichas pruebas, generó una reforma del artículo 254 bis (posterior artículo 261 bis del Código Penal), el cual además de sancionar la cantidad de alcohol en sangre, tipifica la conducción con una concentración de alcohol en aliento superior a 0,38 mg, despejando cualquier duda respecto a la validez de las pruebas en alcohosensor. Considera que si a criterio del ad quem la resolución del a quo estaba mal fundamentada, lo procedente era el reenvío de la causa. Como agravio, refiere la existencia de un perjuicio ilegítimo a las pretensiones punitivas de la Fiscalía, ya que se decidió absolver al imputado. En relación con la prueba ofrecida por el Ministerio Público: Mediante resolución de esta Sala, número 1112, de las 15:30 horas del 20 de agosto de 2015 (ver f. 79), se rechazó en su totalidad la prueba ofrecida por la representante del Ministerio Público, la cual consistía en: a) Dictamen de Análisis Criminalístico 2014-[...]-TOX y ampliación 2015-[...]-TOX; b) Constancia elaborada por el técnico jurídico Alonso Lobo y oficio 175-[...]-DSR, donde se aclaran las inconsistencias en la identidad del imputado en relación con la prueba recolectada en la etapa de investigación. Como petitoria, solicita admitir el motivo, admitir la prueba y ordenar el reenvío al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, para que se





pronuncie acerca del recurso de apelación. Por mayoría, se declara con lugar la impugnación formulada: El artículo 261 bis del Código Penal, sanciona con pena de prisión de uno a tres años, a quien “conduzca un vehículo automotor en las vías públicas bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con una concentración de alcohol en sangre superior a cero coma setenta y cinco gramos (0,75 g) por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a cero coma treinta y ocho miligramos (0,38 mg) por litro”. En el caso bajo examen, se tuvo por acreditado que el accidente ocurrió entre las 16:30 y las 17:40 horas, del día 4 de junio de 2014. La imprecisión en cuanto a la hora, obedece a las distintas versiones que se extraen de la boleta confeccionada por el oficial de Tránsito, y el dicho de la testigo [Nombre 002]. A partir de la colilla de alcoholemia, el ad quem tuvo por cierto que la medición de alcohol en aire efectuada a [Nombre 001], se efectuó a las 18:49 horas del mismo día, 4 de junio de 2014. De lo anterior tenemos que entre el momento de la colisión y la toma de la muestra de aliento, habrían transcurrido entre una hora, y dos horas y diez minutos. Entre ambas posibilidades, el Tribunal de Apelación de Sentencia se decanta por la que resulta más favorable a los intereses del inculcado, a saber: el transcurso de poco más de dos horas entre el impacto entre los dos carros, y la medición de alcohol en aliento del encartado. Lo cierto es que, para las 18:49 horas del día del suceso, a [Nombre 001] se le detectó 0,58 mg/l de alcohol en aliento. Sin embargo este dato, para los jueces de apelación, resulta insuficiente para estimar que la conducta del justiciable era constitutiva del delito de conducción temeraria. Razonan al efecto que, dependiendo de si el alcohol ingerido se encontraba en fase de absorción o eliminación, el grado de concentración en sangre pudo encontrarse en el límite del nivel prohibido en la norma para el momento del suceso (0,38 mg/l de alcohol en aire). A ello se adiciona la referencia a diversos precedentes jurisprudenciales que apoyan la tesis de la existencia de un margen de error en este tipo de mediciones, el cual ronda en un treinta por ciento. De la suma de ambas condiciones, los jueces de apelación derivan que la concentración de alcohol en aire pudo ser inferior a los 0,38 mg/l en sangre, esto para el momento en que el inculcado conducía el vehículo. En sus propias palabras: “...atendiendo al margen de error que este tipo de instrumento de medición presenta, que oscila entre +/- un 30%, el parámetro inferior de la concentración de alcohol en aliento en este caso podría haber sido 0,40 mg/L y dos horas antes, si hubiera estado en la etapa de absorción, aún mucho menos, tómesese en cuenta que con el margen de error prácticamente se estaría en el límite de la punibilidad, así que existe la real posibilidad de que en ese supuesto los márgenes de alcohol en aliento estuviesen por debajo de lo típicamente establecido para la conducción temeraria...” (f. 42 fte. y vto.). La anterior afirmación debe analizarse cuidadosamente. En relación con el margen de error del treinta por ciento con respecto a las alcoholemias efectuadas a través de medición de aliento, con alcohosensor, dicho criterio no solo no tiene basamento científico, sino que resulta inaplicable en el caso de marras. El criterio médico con base en el cual habría un margen de error de la magnitud señalada en diversos precedentes jurisprudenciales (entre ellos los fallos número 32-2011 y 1332-2011, ambos del antiguo Tribunal de Casación Penal de San José), tiene su fundamento en la tasa de conversión que los alcohosensores aplican cuando la medición se calcula en el aliento, y el aparato hace la conversión para proyectar la concentración de etílica en sangre. Al respecto,

puede consultarse el criterio técnico vertido en el dictamen de la Sección de Toxicología del Departamento de Ciencias Forenses, número [...] -TOX-2009, emitida en el expediente penal número 09-[...] -0369-PE. Pese a tratarse de un criterio pericial emitido en una causa específica, sus aclaraciones son de carácter general y por lo tanto, aplicables también para el caso bajo examen. En dicha pericia se aclaró: “...La prueba de alcoholemia, utilizando un alcohosensor, extrapola la concentración obtenida en el aliento del encausado, al nivel que el mismo tendría en su sangre. Esto se hace aplicando la Ley de Henry [...] Así mismo (sic), se ha logrado determinar que existe una correlación entre aliento y sangre aproximadamente de 2000/1. Este factor, varía de persona a persona...”. Es precisamente ese valor promedio tomado como base para la conversión (2000/1), lo que deriva en la determinación de un margen de error de alrededor del treinta por ciento, cuando el alcohosensor – que realiza la medición a partir del aliento – realiza la conversión de forma automática para reflejar el nivel de alcohol en sangre, en un aproximado. Sin embargo, no es esto lo que ocurre en relación con el encartado [Nombre 001]. A él se le realizó la medición con alcohosensor, y el valor resultante refleja en forma directa el nivel de alcohol en aliento. No debe dejar de mencionarse, que a partir de la reforma operada al artículo 261 bis del Código Penal, con la ley número 9078 de 4 de octubre de 2012 (que entró en vigencia el 26 de ese mismo mes y año), se sanciona la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con concentración en sangre superior a 0.75 gramos por cada litro, o concentración en aire superior a 0.38 miligramos por litro. Es decir, ya no solo se prevé la medición en sangre sino en aire y por lo tanto cuando el alcohosensor refleja el resultado como concentración de alcohol en aire, no cabe la referencia al factor de conversión indicado, que aplicaría únicamente cuando el aparato proyecta la toma para reflejar el alcohol en sangre. Continuando con el análisis de las razones señaladas por el ad quem para revocar la condena, tenemos asimismo que el Tribunal de Apelación opta por anular el fallo condenatorio y absolver al inculcado, en razón de que a su juicio, no existen elementos probatorios que permitan establecer con claridad si para el momento de la toma de la muestra de alcohol en aire, el imputado se encontraba en fase de absorción o eliminación de dicha sustancia. Ahora bien, con respecto a esta línea de argumentación, tal y como lo hace ver la representante del Ministerio Público al recurrir, esa afirmación no se ajusta a las pruebas con las que contaba el Tribunal de Apelación de Sentencia para dilucidar la verdad real en este asunto. En este sentido, es menester subrayar que si bien para el momento en que se dictó el fallo recurrido, no se había agregado al expediente el dictamen de la Sección de Toxicología, sí constaban en autos diversos documentos que permitían determinar con claridad el envío de muestras de sangre del encartado el día de los hechos al Departamento de Ciencias Forenses, a fin de ser analizados. En específico, en la audiencia inicial donde se negoció la aplicación del procedimiento abreviado, la Fiscalía ofreció el acta de toma de fluidos biológicos del imputado para análisis (cfr. f. 3), la solicitud de toma de muestra de fluido biológico (f. 4), así como la razón de recibido de dichos documentos en el Organismo de Investigación Judicial (f. 5). Finalmente, se ofrecieron también como prueba las copias certificadas del libro de evidencias del Organismo de Investigación Judicial, en las que también constan las extracciones de sangre practicadas al implicado (cfr. f. 12). Todos estos documentos, son el preámbulo de la pericia





en la que se aclaran las circunstancias que echan de menos los jueces de apelación. Además, como ya se adelantó, en este asunto el dictamen de análisis criminalístico 2014-[...]-TOX, no fue omitido del ofrecimiento de prueba del ente acusador por descuido u olvido. Lo que ocurre es que dicha prueba pericial, no se había concluido y enviado al ente acusador, para el momento de la realización de la audiencia inicial. Más aun, ni siquiera se encontraba disponible en el momento en que se condenó a [Nombre 001] mediante procedimiento abreviado. Pero, al existir pruebas documentales ofrecidas – y debidamente incorporadas al proceso – las cuales daban cuenta de la existencia de la realización de una pericia que permitía dilucidar el nivel de concentración de alcohol en sangre del imputado al momento del suceso, debió el Tribunal de Apelación valorar dicha prueba a fin de resolver el asunto. Al regular el proceder del Tribunal de Apelación de Sentencia en el trámite de la impugnación, nuestro Código de rito dispone en el numeral 462, lo siguiente: “...Si el recurso es admisible, el tribunal convocará, cuando corresponda, a audiencia oral y pública, admitirá la prueba pertinente y útil para la comprobación de los agravios acusados. De igual manera, ordenará traer de oficio la prueba que para los mismos propósitos estime necesaria...” (el subrayado es suplido). En razón de la prueba documental ofrecida por la fiscal, era evidente que se encontraba en proceso de elaboración, una prueba pericial que permitía dilucidar el tema puntual sobre el cual recaen las dudas del ad quem. Por ello, resulta improcedente la afirmación de que: “...En la causa no existe ningún otro elemento de prueba que nos indique alguna otra medición de alcohol en aire o en sangre, que nos permita hacer una proyección para determinar si efectivamente en el momento de la medición efectuada por los oficiales de tránsito el sujeto agente se encontraba en etapa de absorción o eliminación de alcohol...” (f. 42 fte.). La prueba que permite aclarar dicha duda sí existe, y no puede ser ignorada en esta instancia en razón de las señales de su existencia en el expediente, aún con anterioridad al momento en que fue materialmente agregadas a los autos. Aunque no corresponde a esta Sala ponderar su valor probatorio y la incidencia que la pericia pueda tener en la decisión del asunto, su mera existencia contradice la afirmación efectuada por el ad quem para revocar la condena. En virtud de lo expuesto, por mayoría, se declara con lugar el motivo único del casación formulado por la licenciada Araya Rojas. Se dispone en consecuencia, la ineficacia de la resolución 0215-00291 de las 11:30 horas, del 15 de mayo de 2015, dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Se ordena el reenvío de la causa a dicho Despacho para que, con distinta integración, se resuelva conforme a derecho corresponda. Los Magistrados Arroyo Gutiérrez y Desanti Henderson salvan el voto.

Por tanto: Por mayoría, se declara con lugar el único motivo del recurso de casación interpuesto por la Licda. Marcela Araya Rojas en su condición de fiscal del Ministerio Público. Se declara la ineficacia de la resolución 2015-00291 de las 11:30 horas, del 15 de mayo de 2015 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela. Se ordena el reenvío de la causa al Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, para que con una nueva integración, se resuelva conforme a derecho. Los Magistrados Arroyo Gutiérrez y Desanti Henderson salvan el voto. Notifíquese.- Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., José Manuel Arroyo G.,

Doris Arias M., Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. Suplente)

VOTO SALVADO DE LOS MAGISTRADOS ARROYO GUTIÉRREZ Y DESANTI HENDERSON:

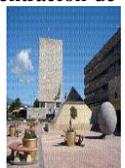
Los infrascritos, respetuosamente nos apartamos del criterio de la mayoría y optamos por declarar sin lugar el recurso de casación presentado por la Fiscalía, con sustento en las razones que procedemos a exponer: Del análisis de los argumentos planteados, se desprende que los reclamos en cuanto a la valoración de la prueba son manifiestamente infundados y aquellos relativos a la ausencia de fundamentación en relación con el margen de error de los alcohosensores, obedecen a una interpretación parcial y subjetiva de la sentencia. De previo, es necesario tomar en consideración que mediante resolución 2015-01112, de las 15:30 horas, del 20 de agosto de 2015, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se rechazó la totalidad de la prueba ofrecida por el Ministerio Público en el recurso de casación. Por otra parte, en la audiencia celebrada ante el Tribunal de Flagrancia, acto donde el Ministerio Público presentó la acusación en contra de [Nombre 001] y en la cual se pactó el procedimiento abreviado, el Ministerio Público ofreció la siguiente prueba: a) boleta o prueba directa de alcoholemia realizada al encartado al momento de los hechos, la cual dio como resultado 0.58 mg/l de alcohol en aire (f. 1) ; b) acta de depositario provisional (f. 2); c) acta de toma de fluidos biológicos para análisis (f. 3); d) solicitud de toma de muestra de fluido biológico (f. 4); e) razón de recibido formulada por el Organismo de Investigación Judicial (f. 5); f) DVD en donde consta el parte policial; g) declaración de la testigo [Nombre 002]; h) oficio DGTSR-[...]-14 enviado por la Delegación de la Policía de Tránsito de San Ramón (f. 7); i) oficio [...] -2015-DRSR realizado por la Delegación de San Ramón, donde se realiza la identificación plena del encartado; j) certificación de antecedentes penales de [Nombre 001] (f. 11); y certificación de libro de registro y cadena de custodia de indicios número 35 de la Delegación Regional de San Ramón del Organismo de Investigación Judicial (f.12). En relación con el ofrecimiento de la prueba, ver el archivo digital c0000140610210000.vgz, del minuto 21:05:57 al 21:11:06). Asimismo, al contestar el recurso de apelación, el Ministerio Público tampoco ofreció dictamen pericial que reclama como preterido (f. 34-36), razón por la cual, en atención al modelo tripartito establecido en el Código Procesal Penal de 1996, en donde se separan las funciones de investigación y juzgamiento, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal no podía corregir la omisión la Fiscalía y solicitar de oficio una prueba que no fue ofrecida por las partes con tal de dejar incólume la sentencia condenatoria. Así, aún cuando en el expediente existían indicios acerca de la solicitud del dictamen pericial y se reclama ante esta Cámara que los jueces de apelación “cometieron un grave error en la construcción lógica, al dejar de lado una prueba esencial en el proceso, consistente en el dictamen de análisis criminalístico de la sección de toxicología” (f. 49 vuelto), era imposible para el órgano jurisdiccional valorar una prueba que no constaba en el legajo de investigación y ni siquiera fue ofrecida por las partes, por lo que carece asidero probatorio los reclamos en cuanto a la falta de valoración de un elemento de convicción que para efectos del proceso, no existía al momento de la resolución del ad quem. Por otra parte, en relación con el reclamo por ausencia de respaldo científico sobre el margen de error en los





alcohosensores, debe notarse que el tema no fue introducido de manera oficiosa por la autoridad jurisdiccional, sino que fue planteado por el imputado en su recurso de apelación. Como sustento de dicha afirmación, en la impugnación presentada ante el ad quem, se citaron las resoluciones 2011-000032, de las 14:45 horas, del 15 de febrero de 2011 del Tribunal de Casación Penal de San Ramón y 2011-001332, de las 14:00 horas del 7 de octubre de 2011, del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José, en donde se pone de manifiesto la existencia de un margen de error cercano al 30% de según la literatura y jurisprudencia, advirtiendo la necesidad de realizar una proyección retrospectiva del análisis del alcohosensor para determinar si al momento del accidente, el imputado se encontraba conduciendo con una concentración superior a la establecida en el tipo penal (f. 21-27). En la contestación de la audiencia del recurso de apelación, el Ministerio Público no se pronunció acerca del margen de error existente en los alcohosensores y se limitó a señalar que la prueba de alcohosensor arrojó un resultado de 0.58 mg/l de alcohol en aire, por lo que a su criterio, el encartado condujo en estado de ebriedad. Así, al resolver el recurso planteado por **[Nombre 001]**, atendiendo al deber de fundamentación de la sentencia regulado en el artículo 142 del Código Procesal, el ad quem se encontraba en la obligación de analizar el tema del margen de error citado por **[Nombre 001]**, para lo cual consideró que: el único elemento en el cual se determina la concentración de alcohol es la colilla de folio 1, cuyo resultado es de 0.58mg/l; el parte policial que consta en DVD es inaudible parcialmente, mientras la parte audible es incomprensible por la imposibilidad de contextualización de lo narrado, ante la falta parcial del audio; el testimonio de **[Nombre 002]**, la cual expone que la colisión se produjo entre las 17:30-17:40 horas; y la transcripción del testimonio del oficial de tránsito realizado por el ad quem, donde se informa que la colisión se dio a las 16:30 horas (f. 41 vuelto-42). Así, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal estableció que “En la causa no existe ningún otro elemento de prueba que nos indique alguna otra medición de alcohol en aire o en sangre, que nos permita hacer una proyección para determinar si efectivamente en el momento de la medición efectuada por los oficiales de tránsito del sujeto agente se encontraba en etapa de absorción o de eliminación de alcohol, naturalmente que esto es esencial en el presente caso para determinar cual era la concentración de alcohol dos horas antes, cuando se produce la colisión y que era el instante en que el justiciable estaba conduciendo, para determinar así si lo hacía con una concentración que hiciera típica su conducta. En este caso este aspecto es relevante, pues atendiendo al margen de error que ese tipo de instrumento de medición presenta, que oscila entre +/- un 30%, el parámetro inferior de la concentración de alcohol en aliento en este caso podría haber sido 0.40 mg/l y dos horas antes, si hubiera estado en etapa de absorción, aún mucho menos, tómesese en cuenta que con el margen de error prácticamente se estaría en el límite de la punibilidad, así que existe la real posibilidad de que en ese supuesto los márgenes de alcohol en aliento estuviesen por debajo de los típicamente establecido para la conducción temeraria” (f. 42 frente y vuelto). A partir de lo anterior, se puede establecer con meridiana claridad que la razón principal por la cual se genera una duda, deviene de la falta de elementos probatorios que permitan determinar el grado de concentración de alcohol al momento de la colisión y no al momento de la ejecución de la prueba. Si consideramos que la boleta del

alcohosensor indica que la prueba fue realizada a las 18:49:32 horas (f. 1) y la transcripción del testimonio del oficial de tránsito referida por el ad quem da noticia que la colisión se dio a las 16:30 horas, el transcurso de 2 horas 19 minutos entre ambos momentos, hacen razonable la disyuntiva que se plantea el Tribunal de Apelaciones en cuanto al grado de concentración de alcohol, aspectos que fueron plasmados en la sentencia impugnada, según la transcripción citada supra. Ahora bien, el traer a colación la existencia de un margen de error en la medición de los alcohosensores, es una estrategia de defensa válida, máxime que para ello, el imputado fundó se reclamo en pronunciamientos de distintos órganos de apelación que abordan el tema en el mismo sentido, por lo que la ausencia de referencia expresa en cuanto a la fuente científica donde subyace el margen de error en la medición, es insuficiente para generar la ineficacia del fallo, no sólo por el reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia acerca la existencia del margen de error (aún cuando se ha tratado de casos concretos), sino también, por la relación existente entre el tiempo transcurrido entre el accidente de tránsito, la ejecución de la prueba y la cercanía al límite establecido en el tipo penal del grado de concentración de alcohol que arrojó la prueba, ya que se reitera, no existen elementos de convicción para realizar una proyección retrospectiva del grado de concentración de alcohol al momento de la colisión (f. 42). Aunado a lo anterior, de manera adecuada el ad quem señala que debieron tomarse en cuenta otros factores que inciden en el resultado obtenido con el alcohosensor, como si el sujeto se encuentra en fase de absorción o eliminación, porque “la ingesta alcohólica no es una situación estática, sino por el contrario, dado que es una condición metabólica, es esencialmente dinámica y varía con el transcurso del tiempo” (f. 43), aspectos que generan una duda favorable al encartado, que pudo ser evacuada si el Ministerio Público hubiese aportado en el momento procesal oportuno, el Dictamen de Toxicología que fue traído al proceso de forma extemporánea. Por último, es importante mencionar que la reforma introducida mediante la Ley N° 9078 Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, publicada en el Diario Oficial La Gaceta 207 del 26 de octubre de 2012, es inidónea para solventar la existencia del margen de error, pues se trata de un problema probatorio que el recurrente confunde aspectos de interpretación de la norma. En este orden de ideas, en atención al principio de legalidad criminal (art. 39 de la Constitución Política y 1 del Código Penal), del cual se deriva el subprincipio de lex certa, la conducta constitutiva del delito debe ser encontrarse debidamente descrita en la norma, sin que puedan realizarse interpretaciones analógicas a la misma (art. 2 del Código Penal). En este sentido, el artículo 261 bis de la normativa sustantiva, cumple con dichas características y es clara al afirmar que incurre en conducción temeraria quien “conduzca un vehículo automotor en las vías públicas bajo la influencia de bebidas alcohólicas, con una concentración de alcohol en sangre superior a cero coma setenta y cinco gramos (0,75 g) por cada litro de sangre o con una concentración de alcohol en aire superior a cero coma treinta y ocho miligramos (0,38 mg) por litro”. Desde esta perspectiva, para la imposición de la sanción, se debe acreditar la conducción con los grados de alcohol antes referidos, lo cual se puede realizar por cualquier medio atendiendo al principio de libertad probatoria (art. 182 del Código Procesal Penal). Sin embargo, distinto es el inconveniente que surge en relación con los márgenes de error del medio elegido para acreditar los grados de concentración de





alcohol, en este caso, el alcohosensor, aspecto que obedece a un problema producto del medio elegido para la determinación del grado de concentración de alcohol, que no se resuelve con la modificación legal. En este sentido, la reforma legal lo que hizo fue una ampliación de la conducta típica del delito de conducción temeraria, estableciendo una sanción no solo por conducir con una concentración de alcohol en sangre superior 0,75 g por cada litro de sangre, sino también, por la conducción con alcohol en aire superior 0,38 mg por litro, lo cual incide en la construcción del tipo penal, sin solventar los inconvenientes relacionados con los márgenes de error. Por estas razones, considerando que los reclamos en cuanto a la ausencia de valoración de pruebas son manifiestamente infundados y que el

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal fundamentó de manera adecuada la ausencia de elementos probatorios susceptibles de acreditar la conducción con un grado de concentración de alcohol superior al establecido en el tipo penal, atendiendo a que la duda en cuanto a los márgenes de error en la pericia no pudo ser desvirtuada por el Ministerio Público, sin poder afirmarse que la modificación del artículo 261 bis del Código Penal haya solventado los problemas de los márgenes de error en el uso de los alcohosensores, el recurso debe ser declarado sin lugar. Por las razones expuestas, optamos por declarar sin lugar el único motivo del recurso presentado por la representante del Ministerio Público. **-José Manuel Arroyo G., Jorge Enrique Desanti Henderson (Mag. Suplente).**

