



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento de Derecho Procesal.

**DEFENSA DEL IMPUTADO: GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN;
DERECHO A GUARDAR SILENCIO Y A DECLARAR EN JUICIO.**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

MARTÍN ZAROR DIUANA

Profesor guía:
Raúl Montero López

Santiago, Chile.

2024

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN.....	5
1. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	14
1.1 Sistema Procesal Vigente.....	18
1.2 Constitución Política de la República.....	22
1.3 Código Procesal Penal.....	25
1.4 Tratados Internacionales.....	33
2. DERECHO COMPARADO.....	35
2.1 Alemania.....	35
2.2 España.....	39
2.3 Estados Unidos de América.....	44
3. AUTOINCRIMINACIÓN: ÉTICA, ESTRATEGIA Y APLICACIÓN.....	48
3.1 ¿Qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del representado?	48
3.2 ¿Cómo debe aplicar esto en el caso concreto?.....	53
CONCLUSIONES.....	57
BIBLIOGRAFÍA.....	59
JURISPRUDENCIA.....	64

Resumen

En el presente trabajo, se abordará una de las principales garantías con la que cuenta el imputado, aquel interviniente respecto del cual se dirige la pretensión punitiva del Estado en el ámbito proceso penal. Esta salvaguardia se conoce como la garantía de no autoincriminación, expresada en el principio jurídico *nemo teneatur se ipsum*¹. De dicha garantía se desprenden dos derechos fundamentales que amparan al imputado durante el proceso². En primer lugar, se encuentra el derecho a prestar declaración de manera voluntaria, sin que esta esté sujeta a juramento o promesa. En segundo lugar, se reconoce el derecho a guardar silencio y abstenerse de declarar en contra de uno mismo durante el proceso.

Para empezar, se presentará una perspectiva general sobre la garantía en cuestión y del actual sistema procesal penal vigente, y como se encuentra contemplada en los diferentes cuerpos normativos. A continuación, se presentará una visión panorámica de las legislaciones de Alemania, España y Estados Unidos de América. Lo anterior, con miras a poder referir el tratamiento en dichos países sobre la garantía en comento, compararla con la legislación nacional y comentar respecto a la forma en cómo abordan la valorización que se le puede dar al silencio del imputado por el Tribunal.

Estos primeros dos capítulos permitirán entender y vislumbrar que se entiende por la garantía de no autoincriminación y nos permitirá responder a dos preguntas que tienen directa relación con la aplicación práctica del derecho a declarar en juicio y a guardar silencio, cuestión relevante ya que es a través de esta cuando la garantía cobra su mayor importancia. La primera pregunta que se contestará es ¿qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del representado?, y habiendo dado respuesta a lo anterior se contestará a la pregunta ¿cómo debe aplicarlo al caso concreto?

¹ “Nadie está obligado a acusarse a si mismo”.

² “Una serie de actividades que se deben llevar a cabo para obtener la providencia jurisdiccional”. Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editorial Depalma. Buenos Aires 1943. pág. 241.

Introducción

En el proceso penal, se encuentran en juego los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad. Por un lado, se enfrenta el interés de libertad del imputado, aquel individuo al que se le atribuye participación en un hecho punible, manteniendo dicha calidad “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra hasta la completa ejecución de la sentencia”³. Por otro lado, se encuentra el interés del Estado en hacer efectiva la pretensión punitiva, este objetivo se encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, un organismo autónomo de rango constitucional encargado de dirigir de manera exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, y que “ejercerá la acción penal pública en la forma prevista en la ley”⁴.

De esta forma, el proceso penal se constituye como un conjunto de actuaciones procesales realizadas en el marco de un debido proceso, destinados a esclarecer la comisión de delito, determinar la responsabilidad del imputado y, en última instancia, imponer una pena siempre y cuando el tribunal haya alcanzado más allá de toda duda razonable⁵ la convicción de que el imputado es culpable.⁶ De este modo, se busca equilibrar el resguardo de la libertad individual con la necesidad de preservar la seguridad y los derechos fundamentales de la sociedad.

Es en los Tribunales de Justicia con competencia criminal, ya sean los Juzgados de Garantía o los Tribunales Orales en lo Penal, en los que se materializa el “ius puniendi, o derecho penal subjetivo, es decir, “la facultad que tiene el Estado para prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar su transgresión con una pena, poder de punición que no solo tiene límites inmanentes sino también en la dignidad del hombre”⁷. La jurisdicción es un poder-deber en que se manifiesta la soberanía de los estados y permite mantener la paz social y esta está íntimamente relacionada con el ius puniendi porque permite que el ejercicio de esta última este

³ Artículo 7 Código Procesal Penal, Chile.

⁴ Artículo 83 Constitución Política de la República.

⁵ Artículo 340 Código Procesal Penal.

⁶ En este sentido, Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal penal. Tomo II. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017. pág. 769.

⁷ Enrique Cury, Derecho Penal. Parte general, 10 ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2011, pág.41.

legitimada, se garantice el cumplimiento de las normas penales y así, mantener el orden jurídico y en consecuencia el Estado de Derecho.

Los delitos que fueron cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del actual sistema procesal penal siguen siendo conocidos por los antiguos juzgados del crimen o los juzgados de letras con competencia criminal. Desde el año 2000 a 2005 fue entrando en vigor de manera diferida en las distintas regiones del país, partiendo por la IV y IX región y terminando con la Región Metropolitana, el actual sistema procesal penal que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Esto son aquellos principios y normas que inspiran las materias propias del proceso penal.⁸ El sistema procesal penal pasó de tener una inspiración eminentemente inquisitiva durante la vigencia del Código de Procedimiento Penal a uno más del tipo acusatorio con el Código Procesal Penal.

La principal diferencia de uno y otro sistema radica en que los sistemas inquisitivos concentran en un mismo sujeto las funciones de investigación, acusación y juzgamiento y las partes no se encuentran en un plano de igualdad. En cambio, los sistemas acusatorios separan en dos sujetos distintos las funciones de investigación y acusación y, la facultad de juzgar. Esta queda a cargo del órgano jurisdiccional, el tribunal, en el que las partes se encuentran en un plano de igualdad y es el juez el encomendado a resolver.

Los sistemas procesales penales no tienen una aplicación única e irrestricta en los ordenamientos jurídicos, sino que, más bien, tienen una mayor preponderancia unos sobre otros adoptando igualmente ciertas características o instituciones de los demás sistemas. Los sistemas inquisitivos puros pueden ser considerados vulneratorios de garantías básicas de las personas frente al Estado que se encuentran consagradas en diferentes tratados internacionales y, por eso, su aplicación sin matices no tiene mayor uso en los estados modernos. Se ha tendido a dar preferencia a la aplicación de sistemas de corte acusatorio, pues son más concordantes con los tratados internacionales de derechos humanos y con los fundamentos principales de un Estado

⁸ El derecho procesal penal puede ser entendido como “aquel instrumento para la aplicación del derecho penal, necesario para la vigencia del Estado de Derecho, puesto que la pena sólo puede ser cumplida una vez que se haya establecido por una sentencia condenatoria firme”. Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Legal Publishing Chile, 2010. Pág. 3.

Democrático de Derecho. Sin perjuicio de lo anterior, tal como se señaló anteriormente, no se desprenden de todos los elementos de los sistemas inquisitivos porque algunos de estos aportan a darle eficiencia y coherencia al proceso. Esto para darle una justa y pronta solución del conflicto sometido a la competencia del tribunal.

Mi elección por el tema tiene que ver en gran parte en relación con una de las mayores contradicciones del proceso penal, esta es, la necesidad del Estado de limitar ciertos derechos fundamentales de las personas en determinadas circunstancias para que puedan de forma libre y efectiva ejercer estos mismos de manera lícita. Esto dado que es razonable pensar que en una sociedad plural, diversa y cambiante como la nuestra surjan entre los miembros de la sociedad conflictos de relevancia jurídica que la ley manda a los tribunales a resolver en miras a mantener la paz social.⁹ La tensión que existe entre los conflictos que surgen entre las partes, el ejercicio legítimo de sus derechos y la necesidad del estado de restringir aquellos es algo que debe estar correctamente alineado ya que de lo contrario el sistema penal retrocede y se deslegitima.

A modo de ejemplo y en el entendido que los procedimientos tienen una mayor complejidad a la acá expresada, cuando alguien comete el delito de hurto está vulnerando el derecho de propiedad de la víctima sobre el objeto hurtado. Ante esta situación, el Estado, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional es el que debe brindar una solución al conflicto. Dicha decisión es obligatoria para las partes y puede ser mandada a cumplir incluso de manera coercitiva cuando no se ha cumplido voluntariamente.

Es un deber fundamental del Estado otorgar seguridad a la ciudadanía a través de un sistema de justicia que en un tiempo razonable logre dar respuesta ante los hechos constitutivos de delito que se logren acreditar.¹⁰ Encontrar la “verdad material” de los hechos no es posible porque nadie puede, a ciencia cierta, dar por establecido de que algo acaeció en el pasado de determinada forma sin cambiar a lo menos, en parte, lo que efectivamente ocurrió. Constatado lo anterior, es el proceso, a través de los distintos procedimientos, el encargado de poder

⁹ Artículo 76 CPR.

¹⁰ Se le atribuye al filósofo, político y pensador Séneca la célebre frase “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”.

conjugar los diferentes intereses que están en juego y dar una respuesta institucional a los conflictos que surgen en la sociedad, evitando que los ciudadanos caigan en la autotutela.¹¹.

Para lograr conjugar los diferentes intereses en juego es necesario entender que es el Estado quien tiene el monopolio de la fuerza. Por esto es él quien tiene el poder y que es el imputado quien se encuentra en la situación de mayor desventaja. Poder en cuanto es legítimo para éste el uso de la fuerza, no así para la ciudadanía, puesto que por regla general está prohibida y sancionada penal y civilmente su uso por los ciudadanos. Es esta asimetría entre los intervinientes¹² el que hace indispensable para un justo y racional procedimiento, el respeto irrestricto de los derechos fundamentales del imputado, el correcto uso de la fuerza por el órgano estatal y la responsabilidad cuando esta no se ejerce correctamente.

Si bien puede considerarse que la confesión del delito por parte del acusado es una de las pruebas con mayor peso, entendida como aquellas que logran darle el mayor grado de certeza al tribunal de la ocurrencia de un hecho. En este sentido “nunca se muestra más convencida de la culpabilidad del acusado, que cuando se sabe que ha emanado de él una confesión completa”¹³. Como garantía fundamental del debido proceso es indispensable que la declaración del imputado sea efectuada de manera libre, voluntaria y respetando una serie de requisitos mínimos para darle validez a la misma. Como es el deber de informar a éste sobre su derecho a guardar silencio, la prohibición de todo método interrogatorio que sea vulneratorio a la libertad del imputado que afecte su memoria y cualquier tipo de acto coactivo sobre el imputado. Por esto quedan completamente prohibidos cualquier tipo de amenazas, la violencia física y psíquica, la tortura, entre otros.¹⁴

En atención a la importancia que puede tener para el resultado del proceso la decisión de declarar o guardar silencio del imputado y las dificultades que esto trae aparejado, es que he

¹¹ Esta es un medio de solución del conflicto directo y unilateral mediante el que una parte no acepta subordinar su interés propio al ajeno y hace uso de la fuerza para resolverlo. En esta línea, Alvarado Velloso, Adolfo y Águila Grados, Guido (2011) Lecciones de Derecho Procesal Civil. Lima: Editorial San Marcos, 838 pp., p. 5

¹² El artículo 12 del Código Procesal Penal declara que “para los efectos regulados en este Código, se considerará interviniéndoles en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante...”.

¹³ Mittermaier, Karl Joseph Anton. Tratado de la prueba en Materia Criminal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi SRL. 2006, p. 217.

¹⁴ Artículo 195 del Código Procesal Penal.

elegido realizar esta tesis en dicho tema. Se buscará proponer soluciones ante las deficiencias de la regulación que existe actualmente para que se les otorgue la protección más efectiva posible a dichos derechos. Para exponer lo anterior se estructurará el presente trabajo en tres grandes capítulos. Los capítulos tratan sobre la legislación nacional, el derecho comparado y la aplicación práctica de la garantía de no autoincriminación.

El primer capítulo versa acerca de la regulación que encuentra la garantía en cuestión en el ordenamiento jurídico nacional. Se empezará, entregando una perspectiva general acerca de la misma y del actual sistema procesal, para poder entender de mejor manera los fundamentos y principios básicos que inspiran a éste y de la importancia del modo en que se entiende la garantía de no autoincriminación. Enseguida, en concordancia con la preponderancia de dicho cuerpo legal, se seguirá con la regulación que encuentra actualmente en la Constitución Política de la República de manera directa e indirecta la materia. Se verá además cuál ha sido la regulación de estos derechos durante la vigencia de las otras constituciones que hemos tenido en nuestra historia nacional.

El Código Procesal Penal es el cuerpo normativo en donde encuentra su regulación más extensa la garantía en cuestión y en el cual existen normas de distinta naturaleza que la regulan, dichas normas son el contorno en donde se lleva a la práctica el derecho a declarar o guardar silencio. Resulta lógico que sea a nivel legal en donde se desarrolla la materia y es importante entender en donde se sitúa la decisión de declarar del imputado. Por esto es necesario que cuente con un abogado que le permita tomar una decisión informada desde la primera actuación del procedimiento. En este sentido, “durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.”¹⁵

Esto reafirma el punto realizado anteriormente en cuanto a la importancia que puede tener para el proceso una declaración del sujeto pasivo de la persecución penal en miras a arribar a la solución del conflicto. Es habitual que los jueces le pregunten al imputado si quiere prestar declaración al empezar la audiencia de juicio oral. Se ahondará en las razones históricas y

¹⁵ Artículo 98, Código Procesal Penal, Chile.

político-criminales por las cuales se existe la obligatoriedad de informar al imputado de su derecho a declarar, las diferentes oportunidades que cuenta para hacerlo y como esto fue variando desde el Código de Procedimiento Penal al Código Procesal Penal. Gran parte de las razones para el cambio que se pueden ver en la materia se basan en el cambio de sistema procesal penal que ocurrió en nuestro país los últimos veinte años y los principios que inspiran al sistema acusatorio que actualmente predomina en nuestro país.

En este sentido podemos ver el cambio en cuanto a “la incorporación del principio acusatorio al sistema procesal penal chileno es, sin lugar a duda, la nota más distintiva de la reciente reforma. El sistema procesal penal del CdPP —en particular a partir de la supresión de los promotores fiscales del año 1927— podía ser caracterizado probablemente como uno de los sistemas inquisitivos más puros del mundo contemporáneo, ya que no solo en el hecho, sino también en el derecho, estaban entregadas a una misma persona —el juez— las funciones de investigar, acusar y decidir la acusación.”¹⁶

Finalmente, para cerrar el capítulo sobre nuestra legislación nacional se hará referencia a los tratados internacionales ratificados y que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, pues, Chile tiene importantes obligaciones internacionales en la materia que se encuentran recogidas en varios tratados de derechos humanos. Éstos dan un importante resguardo a los derechos en cuestión al formar parte de la legislación aplicable, obligatoria para el juez a la hora de fallar acorde a lo dispuesto en art. 5 de la Constitución:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”¹⁷. Un estudio sistemático de la forma en que actualmente se regula la garantía de la no autoincriminación en nuestro ordenamiento jurídico es lo que se busca en este primer capítulo para poder, dentro de la medida

¹⁶ María Inés Horvitz L. / Julián López M. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003., p. 42.

¹⁷ Artículo 5 inciso segundo Constitución Política de la República.

de lo posible, dilucidar cuáles son las deficiencias que esta tiene y proponer soluciones en el tema.

El segundo capítulo tratará sobre la regulación de la materia en el derecho comparado. Se dividirá entre el “Civil Law” y el “Common Law” para una debida comprensión de la materia. En el “Civil Law” se ahondará en la regulación existente en Alemania y España, por su parte, respecto al “Common Law” se ahondará en Estados Unidos. Es fundamental realizar un estudio de la garantía en cuestión en el derecho extranjero, teniendo en cuenta las diferencias esenciales de los sistemas procesales penales en los que se insertan. Esto para poder tener claridad en las distintas formas en que los ordenamientos jurídicos logran entregarle la debida protección al imputado y hacen efectivo el derecho a guardar silencio y a declarar en juicio.

Reconocer aquellas características básicas que se encuentran presente a lo largo de los países estudiados es una buena manera de lograr entender aquellas normas fundamentales para hacer posible un correcto ejercicio del derecho a la defensa. Sin embargo, resulta lógico reconocer que el hecho que las diferentes legislaciones tengan algún o algunos puntos en común no obsta a que se deba realizar un estudio crítico de la misma para ver si esto podría ser un problema eventualmente o si en dichos mínimos comunes existe una correcta base de la cual partir.

Dilucidado lo anterior, es necesario hacer una comparación de las distintas legislaciones extranjeras con la legislación nacional y la forma en que la jurisprudencia ha ido dando vida a la garantía de no autoincriminación en Chile. Lo anterior ya que, si bien, es determinante como la norma se encuentra recogida, son en última instancia los jueces quienes deben, en el caso práctico, dar vida a ley. En este sentido, “el juez es la voz de la ley que se hace viva por su medio. Dice en concreto lo que la ley ha prescrito en abstracto.”¹⁸ La forma en que han ido entendiendo y desarrollando la materia es primordial para ver cómo es efectivamente resguardado el derecho en cuestión.

¹⁸ Montesquieu, Charles Louis de Secondat. El espíritu de las leyes. Publicación original 1748.

Es un requisito fundamental que en vista al monopolio de la fuerza con que cuenta el Estado éste lleve adelante la persecución penal de los hechos que revisten la calidad de delitos, con un apego irrestricto a las formas y a los procedimientos que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico. De esta forma podemos hacer que aquellas personas que no lo respeten y no les den cumplimiento se hagan responsables de dichas desviaciones. Esto es, la facultad punitiva estatal, es decir, el "poder de una comunidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros"¹⁹. Sin embargo, es arduamente discutido en la doctrina el fundamento, las características y límites de dicho concepto pudiendo agrupar las diferentes posturas en dos grandes grupos: las *teorías abolicionistas* y las *teorías justificacionistas*.

El Estado de Derecho necesita que sea el proceso, la forma en que resuelvan los conflictos de relevancia jurídica que suscitan entre los miembros de la sociedad y, además, que los ciudadanos logren hacer efectivos de manera pacífica sus derechos frente al Estado y a las personas. Es por esta razón y el profundo sentimiento de que un ejercicio libre de todo acto de violencia o coacción que permita al imputado decidir voluntariamente si es que quiere o no prestar declaración son pisos mínimos para un debido proceso es que se ahonda en la materia. En esta línea se puede entender el *nemo tenetur* como "una modalidad de autodefensa pasiva, mediante la cual el sujeto puede optar por defenderse o no, o adoptar la posición que estime más conveniente a sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna a declarar contra sí mismo o a declararse culpable."²⁰

En el tercer y último capítulo de esta tesis se explora la aplicación práctica de la garantía de no autoincriminación, conocida como "*nemo tenetur se ipsum accusare*". El capítulo aborda dos cuestiones fundamentales y responde a dos interrogantes: la primera, ¿qué debe hacer un abogado frente a la autoincriminación del cliente?, y la segunda, ¿cómo debe aplicar esto en el caso concreto? Se realizará un análisis de las diferentes situaciones en que se puede encontrar un abogado a fin de responder a la primera pregunta y su obligación de proteger los intereses de

¹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 2da edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España. P. 247.

²⁰ Gomes, Andrade. 2019. La detención y el interrogatorio como acciones de instrucción que comprometen derechos fundamentales del imputado. *Editorial Vlex* (47): 50 p.

su cliente, garantizando una defensa leal empeñosa. Para esto se realizarán una serie de consideraciones que permitirán arribar a la tesis que plantea este autor respecto a dicha interrogante.

Posteriormente, habiendo respondido a dicha interrogante se buscará responder a la segunda pregunta pues es fundamental analizar cómo se aplica al caso concreto lo resuelto anteriormente, se verá cómo el abogado debe gestionar la información revelada por el cliente y qué estrategias procesales son más eficientes emplear para cumplir con el objetivo principal de toda defensa penal. Este enfoque práctico busca proporcionar una solución ética y para así, asegurar una defensa adecuada y justa para las personas.

Finalmente, se presentarán las conclusiones derivadas del análisis realizado sobre el tema central y a partir de los temas desarrollados y la investigación llevada a cabo, se sintetizarán las conclusiones más trascendentales a las que se ha llegado. Estas conclusiones buscan ofrecer un análisis descriptivo y un estándar práctica para la respuesta a las interrogantes del último capítulo, proporcionando una visión integral de la garantía de no autoincriminación.

1. Legislación Nacional

El primer capítulo de esta investigación hace referencia a la consagración que encuentra la garantía de no autoincriminación y los principales derechos que derivan de éste en nuestro ordenamiento jurídico. Para esto se hará referencia a ciertos conceptos básicos tanto de la garantía en cuestión, como de nuestro proceso penal y la consagración de esta misma en los diferentes cuerpos normativos chilenos.

Es primordial dejar establecido que se entiende por el aforismo “*nemo tenteur se ipsum accusare*” para así tener un concepto base respecto del cual ahondar en su alcance y significado. Este aforismo se traduce en que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”²¹ y “permite al imputado negarse a responder ciertas preguntas cuya respuesta pueda implicar que se le persiga criminalmente por un delito, a él o a algún miembro de su familia”.²²

Desde que existen procesos para hacer responsables a las personas frente a los delitos que cometen, la confesión por parte del acusado de los hechos que se le imputan ha sido uno de los principales medios en el que se ha enfocado y basado la persecución penal en búsqueda de la aplicación de una pena. Puesto que algunos estiman que existe una íntima relación entre encontrar la verdad de los hechos, hacer responsable por estos al imputado y que se haga justicia. Esto permite a los intervinientes utilizar los medios que estime necesarios para encontrar la verdad de lo que ocurrió, esto se ha llegado a extremar a tal punto que la tortura u otros medios coercitivos fueron ampliamente utilizados para este fin.

Estimo que esta visión se encuentra obsoleta, ya que el proceso, en concordancia con los principios fundamentales de un Estado de Derecho, busca ser un método de solución de conflictos de relevancia jurídica que requiere de procedimientos legalmente establecidos que respeten los derechos fundamentales de los intervinientes y logren conjugar los diferentes intereses en juego de manera armónica para otorgar justicia. Por esto, “la verdad” no es el

²¹ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 10.

²² González, María de los Ángeles. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Santiago, legal publishing, 2013. P. 102.

fundamento último en el cual recae nuestro sistema. Acorde a Immanuel Kant, la dignidad humana y el trato igualitario dentro de la sociedad no permite instrumentalizar a las personas, pues, este es un fin en sí mismo y no un medio para uso de otros individuos. En esta línea, “La búsqueda de la verdad no autoriza al juez a violar los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensibles a la dignidad humana”.²³

El principio *nemo tenteur* es concordante con los principios inspiradores y con las bases del sistema procesal penal que actualmente consagra nuestra legislación porque es una manifestación pasiva del principio de presunción de inocencia en materia penal. Se deriva del derecho del imputado a defenderse en juicio, desvirtuando los hechos que se le imputan. Esto no quiere decir que la carga de la prueba se invierta a él, sino que, más bien, acreditar las proposiciones de hechos en que se basa la acusación es una obligación del ente persecutor. La presunción de inocencia se encuentra consagrada de forma positiva en nuestro país “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal, en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”²⁴. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho que:

“En otras palabras, la llamada “presunción de inocencia”, como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine iudicio*). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro-reo*)”²⁵.

La presunción de inocencia ha sido entendida desde perspectivas. La primera es la dimensión procesal, la cual dicta que el trato que merece el imputado con anterioridad a la dictación de una sentencia condenatoria legalmente tramitada que lo declare responsable de él o los delitos que se le imputan es como si este fuese inocente de los hechos que se le atribuyen. Una segunda manifestación de la presunción de inocencia es como regla probatoria, en nuestro

²³ Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal penal. Tomo II. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017. Pág. 1125.

²⁴ Artículo 4 Código Procesal Penal.

²⁵ Tribunal Constitucional, Rol 1351, 20 de mayo de 2010, considerando 45.

país el Ministerio Público, a través de los fiscales, es quien debe desvirtuar dicha presunción y demostrar las aseveraciones que hace mediante las pruebas lícitas, aportadas en juicio de que el imputado es culpable. Es decir, la prueba en su contra debe ser aportada por la acusación, producida en el juicio oral y haber sido obtenida sin violación de garantía.²⁶ Finalmente, la presunción de inocencia como regla de juicio establece que el juez al momento de aplicar el estándar de prueba y dictar sentencia condenatoria o absolutoria se debe seguir ese mismo estándar.²⁷ Esto quiere decir que, si el juez no ha logrado alcanzar el grado de certeza mínimo exigido por ley, este debe absolver al acusado.²⁸

Nuestra legislación sigue el estándar probatorio norteamericano, la cual estima que se alcanza la certeza de culpabilidad mínima para condenar cuando se llega a un estado mental de convencimiento por parte del juez, más allá de toda duda razonable, que pueda tener una persona corriente, sobre la ocurrencia y participación en los hechos motivos del litigio. Hay que agregar a lo dicho anteriormente que, “si una prueba quiere ser aportada en juicio, esta debe necesariamente haber sido obtenida sin vulneración alguna a las garantías del imputado en el proceso, pues, este es un requisito de la presunción de inocencia como regla de prueba.”²⁹

La consagración del derecho de las personas a no declarar en contra de uno mismo en causa penal ha sido un camino no exento de complicaciones, pero en el cual se ha ido logrando avanzar hacia un sistema más respetuoso con las garantías procesales del imputado y los derechos humanos. En el derecho común inglés del s. XII, “existía el juramento por compurgadores, una forma de ordalía. Posteriormente, el Papa Inocencio III estableció el juramento inquisitivo: *Jusjurandum de veritate dicenda*, que implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez.”³⁰ Posteriormente, en el caso *John Lilburn v Star Chamber* en 1641 se reconoció la ilicitud de una sentencia que usaba como fundamento para condenar al imputado su negación de declarar bajo juramento en su contra. “En Francia, las Ordenanzas de

²⁶ Ferrer, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Madrid, Marcial Pons. 2010. P. 10.

²⁷ Valenzuela, Jonatan. Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno. Santiago, Rubicón Editores, 2017. P 92.

²⁸ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 12.

²⁹ Riquelme Carla. *Ibid.*

³⁰ María Francisca Zapata. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor. Santiago. Revista de Estudios de la Justicia, Nro. 6. 2005. P. 257.

agosto de 1536 y 1539 generalizaron el interrogatorio como medio de prueba, el cual encontró consagración definitiva en la Ordenanza de 1670, que dedica un título entero a reglamentar la práctica interrogatoria.³¹

Posteriormente, por medio de un Edicto Real de 1788 y gracias a la presión popular, se prohibió la tortura para obtener la confesión y para descubrir a los cómplices, y en octubre de 1789 se proscribió el juramento del indagado.³² Por su parte, la Bill of Rights agregó a la Constitución de los Estados Unidos en su Quinta Enmienda el derecho de las personas a no declarar en contra de sí mismo en un proceso penal y esta alcanzó su mayor expresión a raíz del caso *Miranda v Arizona*, en la cual la Corte Suprema declaró la ilicitud de la confesión realizada en contra de sí mismo por el imputado, el fallo aún está vigente en el ordenamiento jurídico norteamericano y ha sido ratificado con posterioridad por este mismo Tribunal.

En el fallo *Miranda v Arizona* se establecieron alguna de las garantías básicas con que cuentan las personas en una declaración ante la policía o el tribunal, esto se basa en la idea de un debido proceso en donde el control y respeto por las garantías del imputado y los derechos humanos están en el centro del proceso. Algunas de estas garantías son que: “tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; c) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio; d) su derecho a asesorarse con el abogado antes de hablar, e) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos.”³³

Con esta breve introducción sobre la garantía de no autoincriminación y su consagración en algunos ordenamientos jurídicos se pasará a dar ciertas nociones básicas a cerca del sistema procesal penal que recoge nuestro Código Procesal Penal para posteriormente ver cómo esto se ve plasmado en los diferentes cuerpos normativos vigentes en nuestro país.

³¹Hendler, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales Comparados*. Ed. Ad. Hoc. Buenos Aires, Argentina. 1996. P. 404.

³² Hendler, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales...* cit. P.406.

³³ María Francisca Zapata. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor. Santiago. *Revista de Estudios de la Justicia*, Nro. 6. 2005. P. 257.

1.1 Sistema Procesal Vigente.

Como se dijo anteriormente, el sistema procesal penal se puede entender como aquellos principios y normas que inspiran las materias propias del proceso penal. El 1.º de marzo de 1907 empezó a regir en nuestro país el Código de Procedimiento Penal. En este código se recogía un sistema procesal de corte inquisitivo en donde las funciones de investigación, acusación y fallo se encontraban a cargo de un mismo juez. El procedimiento base era el juicio ordinario de crimen o simple delito de acción penal pública.

En estos sistemas la finalidad de encontrar la verdad y la aplicación de la pena por el juez encuentra su mayor expresión y no deben ser las partes quien limitan su accionar ni impulsar el que hacer. Las partes no se encuentran en un plano de igualdad en el proceso y hay una falta grave a las garantías mínimas que requiere reunir un procedimiento para poder respetar los presupuestos básicos de un debido proceso. Esto tiene relación con que el origen histórico de los sistemas inquisitivos que se dan a contar del s. XIII bajo el imperio de regímenes absolutistas y monárquicos, con posterioridad a la aparición de los sistemas acusatorios en sociedades cuya organización política es centralizada y jerárquica.

En el Código de Procedimiento Penal el procesado por él o los delitos veía generalmente restringida su libertad individual de manera importante con el auto de procesamiento. Cuando nuestro país logra recobrar su democracia y pone fin a diecisiete años de la dictadura cívico-militar que imperaba, empieza a surgir un grupo de académicos y profesionales que buscan reformar nuestro sistema procesal penal para así dar cumplimiento con las obligaciones internacionales a cerca de las garantías de las personas en los procedimientos penales reconocidos en varios tratados, buscaban la consolidación del Estado de Derecho y la democracia liberal en nuestro país. A raíz de esto, se forma una Comisión Técnica para proponer un nuevo código procesal penal.

Para entender la necesidad del cambio en la materia puede ser útil el mensaje del ejecutivo de junio de 1995, un extracto de este dice:

“Desde el punto de vista político y constitucional, el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso. El sistema penal en Chile, en su fase procesal, contradice así una de las garantías inherentes al sistema político. Según lo acreditan diversos estudios, y la observación histórica lo pone de manifiesto, el proceso penal en Chile posee una estructura inquisitiva, absolutista y secreta, que despersonaliza al inculpado y que no se corresponde con la noción de ciudadanía propia de un Estado Democrático. La consolidación de la democracia exige la reforma al proceso penal, de modo que satisfagas las exigencias de un juicio público y contradictorio. La reforma al proceso penal que proponemos constituye, entonces, una profundización de las instituciones democráticas que conforman a Estado chileno.”

El Código Procesal Penal empezó a regir de manera diferida en las diferentes regiones de nuestro país entrando primero en vigencia en las regiones de Coquimbo y la Araucanía en diciembre del año 2000 y terminó de entrar en vigor en la Región Metropolitana de Santiago en junio del año 2005. El sistema procesal penal que recoge nuestro actual código es uno del tipo acusatorio en donde se separan las funciones de investigación, acusación y fallo, las primeras dos están a cargo del Ministerio Público y el fallo a cargo del Tribunal. El Ministerio Público es un órgano autónomo y jerarquizado de rango constitucional,³⁴ a quien corresponde la investigación y persecución penal de los hechos constitutivos de delitos y ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley.”³⁵ Debe adoptar medidas para la protección de víctimas y testigos y podrá impartir órdenes directas a las policías para llevar adelante las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos constitutivos de delito.

El Juez de Garantía tiene como objetivo principal velar por el respeto a los derechos y garantías del imputado y, además, otorgarle protección a víctima y testigos. Dicho órgano jurisdiccional tiene competencia para conocer una serie de procedimientos como el simplificado y abreviado y, además, para aprobar la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, dictar el sobreseimiento, entre otros. El procedimiento ordinario está dividido en tres etapas.

³⁴ Así lo dispone el artículo 83 de la Constitución Política de la República.

³⁵ Ibid.

La primera es la investigación, que pasa a ser formalizada con la formalización de la investigación, que no es más que la comunicación que hace el fiscal al imputado, con presencia del Juez de Garantía, de que existe una investigación en contra de él por uno o más delitos determinados. La segunda es la etapa intermedia que empieza con la acusación, la cual es el escrito mediante el cual el fiscal le señala al acusado el delito que se le imputa, la participación que tuvo en el mismo, la pena determinada que se busca imponer y la enunciación de los medios de prueba que hará valer en juicio. Posteriormente, se realiza la audiencia de preparación de juicio oral, que es una audiencia en donde lo que se busca principalmente es definir cuáles serán los medios de prueba que podrán ser aportados en el juicio oral y que culmina con el juez dictando el “auto de apertura de juicio oral”.

Finalmente, el juicio oral en nuestro país se realiza ante el Tribunal Oral en lo Penal, el cual es un tribunal colegiado compuesto por tres jueces, quienes son los encargados de juzgar si es que el acusado es culpable o inocente del delito que se le imputa basándose en las proposiciones que hacen las partes de los hechos y como logran acreditarlo mediante las pruebas lícitas que ofrecen. El juicio se desarrolla de manera pública, oral, concentrada y continua y en concordancia con el tipo acusatorio de nuestro actual sistema, este se inspira en los principios de bilateralidad, disposición, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, publicidad, orden consecutivo legal y preclusión.

En este sentido, “en el sistema procesal penal resultante de la reforma, las funciones de investigar y acusar están entregadas a un organismo autónomo, denominado Ministerio Público (art. 80 A CPR), mientras la función de decidir es entregada a un órgano jurisdiccional colegiado, integrado por tres jueces, denominado Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Por su parte, la función de controlar el respeto de las garantías individuales durante la etapa de investigación ha sido encomendada por la ley al Juez de Garantía, tribunal unipersonal distinto del llamado a decidir la controversia, a quien se priva de facultades de persecución penal y se le encomienda la etapa de preparación del juicio oral.”³⁶

³⁶ López Masle, Julián/ Horvitz Lennon, María Inés. “Derecho Procesal Penal Chileno” Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1.ª edición 2004. P 45.

Estos conceptos expuestos recientemente sobre nuestro sistema procesal penal buscan dar un marco general para entender donde se inserta la garantía de no autoincriminación. Es decir, saber cómo funciona el sistema a grandes rasgos nos otorga un panorama más claro en cuanto a no solo la consagración positiva que existe en nuestra legislación sobre la garantía, sino que también, a poder insertar está dentro de un sistema complejo como lo son los sistemas penales a raíz de la importancia que tienen estos para la sociedad y la mantención de la paz social.

Finalmente, antes de revisar la consagración de los derechos a guardar silencio y a declarar en juicio en los diferentes cuerpos normativos de nuestro país, es fundamental dejar expuesta una de las tesis expuestas en este trabajo. La decisión de declarar o de guardar silencio por parte del imputado en el proceso, teniendo la debida y oportuna intervención del letrado, es personal y busca su propio beneficio, por lo que no debe existir ningún tipo de forzamiento por parte del Estado y sus órganos en cuanto a obtener una declaración. Por el contrario, el Estado tiene la obligación de informarle al imputado a cerca de su derecho a guardar silencio y que este no será usado en su contra y a cerca de su derecho a prestar declaración voluntaria, no estando obligado a prestar juramento previo. En esta línea “por donde quiera que se mire esta moneda – cara: callar o cruz: hablar en defensa— de uso y dominio propio del imputado, se perfilará la misma idea básica: no puede forzarse a una persona a auto incriminarse”.³⁷

³⁷ María Francisca Zapata. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor. Santiago. Revista de Estudios de la Justicia, Nro. 6. 2005. P. 259.

1.2 Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República es la norma superior jerárquica del Estado de Chile. La Constitución surge como un resguardo de la ciudadanía frente al poder del Estado, más específicamente como respuesta en contra del rey en los sistemas monárquicos. La Constitución crea y limita el poder, por un lado, y por otro, resguarda los derechos fundamentales de las personas respecto de este. Estando en la cúspide de la “pirámide Kelsiana” y siendo el cuerpo normativo de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, todas las leyes (en sentido amplio y no solo a las normas con rango legal propiamente tal) deben estar sujetas a lo que esta mandata so pena de no producir efecto jurídico alguno.

En este subcapítulo se hará referencia en primer lugar a la actual regulación que existe en nuestra Constitución. Además, se hará un estudio de la garantía de no autoincriminación a lo largo de nuestra historia constitucional que ayudará a entender cómo ha ido evolucionando su consagración y si es que existe algún común denominador entre las diferentes normas fundamentales que han regido a nuestro país.

Actualmente, nuestra norma fundamental regula una serie de materias de índole tanto penal como procesal penal que sirven como sustentos básicos del sistema. Dicha regulación otorga garantías fundamentales de las personas frente al Estado en el ámbito del proceso penal. El artículo 19, numeral 3.º de la CPR asegura “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y en su inciso segundo dispone que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. Enseguida se hace una diferenciación entre la defensa jurídica del imputado y la del resto de los intervinientes.

En este sentido “ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.” Es decir, teniendo en consideración la necesidad de las personas es que el Estado les procura asesoría. En cambio, el derecho a ser asistido por un abogado no es algo disponible para el imputado, pues este debe designar uno en la oportunidad procesal pertinente y si no puede proporcionar uno es el Estado quien se lo asigna.

Enseguida, el mismo artículo, que está dentro del Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, consagra una serie de principios penales básicos que buscan resguardar a las personas frente al poder punitivo estatal. Estos son, la prohibición de ser juzgados por comisiones especiales, siendo solo el juez natural, es decir, aquel establecido por la ley con anterioridad de la perpetración de los hechos, quien puede conocer la causa. La necesidad de que la sentencia se funde “en un proceso previo legalmente tramitado”³⁸ y que los intervinientes cuenten con garantías de un procedimiento e investigación racional y justa, la prohibición de presunciones de derecho a cerca de la responsabilidad penal, y la consagración de los principios de legalidad y tipicidad.

La consagración positiva del principio de no autoincriminación en la actual CPR está en el artículo 19 N 7 letra f): “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de este sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”. Se puede ver que en la norma solo se encuentra garantizado uno de los derechos que se derivan del *nemo tenteur*, el derecho a no declarar bajo juramento y, el derecho a guardar silencio está excluido. Este último encuentra su consagración en el Código Procesal Penal y en tratados internacionales que le otorgan rango constitucional. La Corte Suprema se ha pronunciado al respecto:

“Que el derecho de un encausado a guardar silencio, a no incriminarse y a ser asistido por un abogado desde el inicio del procedimiento, son facultades no solo establecidas en la ley, particularmente en el Código Procesal Penal, sino que gozan de reconocimiento constitucional, disposición supra legal que orienta el desempeño de todas las autoridades públicas...”³⁹

La prohibición mencionada en el párrafo anterior no solo abarca los hechos propios del imputado, sino que, además, los de su familia y demás casos que establece la ley, esto deriva de la importancia y protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Aquello no es nuevo en nuestra historia constitucional porque tanto la CPR de 1833 y 1925 consagran el

³⁸ Art. 19, numeral 3.ª Constitución Política de la República.

³⁹ Excelentísima Corte Suprema Rol 6934-2009.

principio, estando vigente en nuestro ordenamiento jurídico por casi dos siglos, cuestión que solo refuerza la importancia que tiene la garantía en cuestión en nuestro país.

La Constitución de 1833 establece en su art. 144 que: “En las causas criminales no se podrá obligar al reo a que declare bajo de juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus descendientes, marido o mujer, i parientes hasta el tercer grado de consanguineidad, i segundo de afinidad inclusive.” Por su parte, la CPR de 1925 establecía en su artículo 18 que: “En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio, así como tampoco a sus ascendientes, descendientes, cónyuge y parientes hasta el tercer grado de consanguineidad y segundo de afinidad inclusive.” Se puede ver que, a lo largo de nuestra historia constitucional, la prohibición de declarar bajo juramento se ha mantenido relativamente constante, extendiéndose a hechos propios del imputado como a hechos de sus familiares cercanos, siendo extendida la prohibición a “los demás casos que establezca la ley” en la Constitución actualmente vigente.

Las propuestas constitucionales rechazadas por la ciudadanía también recogían el principio nemo tenetur, por ejemplo, la primera en su artículo 111, al declarar que: *“Toda persona tiene derecho a las siguientes garantías procesales penales mínimas: f) Guardar silencio y no ser obligada a declarar contra sí misma o reconocer su responsabilidad. No podrán ser obligados a declarar en contra del imputado sus ascendientes, descendientes, cónyuge, conviviente civil y demás personas que establezca la ley”*. Estimo que la garantía en cuestión estaba debidamente resguardada en la propuesta rechazada, basándose en la historia constitucional del país.

1.3 Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal dispone en su artículo 93 que el imputado cuenta con una serie de derechos y garantías que puede hacer valer durante el proceso. En su letra g) dicho artículo dispone que el imputado puede:

“Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: “Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra”⁴⁰.

La norma principal que concretiza el principio de no autoincriminación en nuestra legislación establece claramente los dos derechos que se derivan del principio en cuestión, el derecho a guardar silencio y el derecho a declarar sin hacerlo bajo juramento dejando claro que el ejercicio del derecho al silencio no le producirá consecuencia legal alguna y, por otro lado, todo lo que dicha en ejercicio de su derecho a declarar puede ser usado en su contra.

Durante la vigencia plena del Código de Procedimiento Penal, la garantía en cuestión estaba regulada en su artículo 320 y establecía que: “La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere” y el artículo 333 del mismo cuerpo normativo disponía que “si el examen del inculpado se prolongará mucho tiempo, o si se le ha hecho un número de preguntas tan considerables que llegare a perder la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen y se le concederá el descanso prudente y necesario para recuperar la calma”.

⁴⁰ Inciso modificado, como aparece en el texto, por el artículo único, N 2) de la Ley N 20.592, de 2 de junio de 2012.

Se puede ver una clara distinción en la consagración del derecho a no auto incriminarse en los dos códigos antes descritos, en el primero existía solo el derecho a no prestar juramento y los funcionarios públicos tenían un amplio campo discrecional para interrogar al imputado, pudiendo ser suspendido solo cuando este haya “perdido la serenidad de juicio”, siendo utilizado como método de presión⁴¹. En este proceso, la declaración por parte del imputado estaba suscrita dentro de la lógica propia de dicho sistema en donde el interés punitivo estatal y la verdad material de los hechos eran intereses primordiales estando débilmente protegida.⁴²

La consagración del derecho a guardar silencio fue introducida al ordenamiento jurídico nacional mediante la ratificación por el Estado de Chile de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1991, que consagra en su artículo 2 letra g) “el derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable”. La ley 18.857 de 1989 estableció que el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del imputado no implica un indicio de participación, culpabilidad o inocencia al modificar el artículo 484. Pero no es hasta el año 2000 con la dictación del CPP que se “vino a consagrar explícitamente el derecho al silencio con rango legal, pero lo hizo equiparándolo al derecho a prestar declaración sin juramento, como manifestaciones simultáneas y alternativas del principio de no auto incriminación.”⁴³

La forma como quedó consagrado el derecho a la no autoincriminación en el Código Procesal Penal da cuenta de la diferencia que existe entre los dos procedimientos penales que han estado vigentes desde el siglo XX en nuestro país. En el Código de Procedimiento Penal, se puede apreciar la importancia que se le daba a la búsqueda de la verdad material y la preponderancia del interés punitivo estatal en desmedro de garantías procesales, limitándose a que no sea dada la declaración bajo juramento y solo pudiendo suspenderse en los casos y forma determinados por la ley. El nuevo sistema procesal penal tiene una lógica distinta, en este el

⁴¹ Horwitz, María Inés. y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2008. 79 p.

⁴² Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 15.

⁴³ Ibid. p 83.

imputado tiene tanto el derecho a declarar, como guardar silencio y, por lo tanto, es propio de su autonomía privada ejercer dichos derechos.

El ejercicio de dichos derechos, la oportunidad procesal para hacerlo valer y la forma son cuestiones que seguramente su abogado defensor va a ir resolviendo durante el juicio y desarrollando junto al representado en la búsqueda de tener una sentencia absolutoria para él. Esto no quiere decir que sea decisión del abogado defensor el ejercicio o no de los derechos antes mencionados en atención a que son garantías del propio imputado, pudiendo disponer de ellos arbitrariamente, aun en contra de las recomendaciones dadas por el letrado. Es por esto por lo que se dice que es meramente potestativo del imputado guardar silencio y que la renuncia a dicho derecho y la consiguiente declaración debe disponer libre y voluntariamente de su derecho.

En este sentido, para que esta renuncia sea válida debe cumplir con dos requisitos: el primero de ellos, es que sea una renuncia libre; y el segundo, que sea informada.⁴⁴ Que sea libre quiere decir que no puede ser prestado bajo cualquier tipo de coacción externa, siendo una decisión completamente de él, esto no obsta a que pueda consultar con su abogado o demás personas que estime conveniente sobre si renunciar a dicho derecho es lo mejor en su estrategia para el juicio, de hecho resulta del todo beneficioso para este poder prever a cerca de las consecuencias de sus decisiones. En atención a lo anterior, está prohibida toda acto de tortura o de maltrato que busque que el imputado preste su declaración.⁴⁵

La renuncia libre del derecho a guardar silencio encuentra manifestaciones tanto a nivel nacional como internacional. La Constitución Política de la República prohíbe en su artículo 19 N° 1 “la aplicación de todo apremio ilegítimo”. El artículo 93, inciso 2 letra h) del CPP establece que el imputado cuenta con la garantía de “no ser sometido a tortura ni a tratos cúreles, inhumanos o degradantes”. Además, el artículo 195 del mismo código establece que “Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del individuo”. Esto se encuentra consagrado a nivel internacional en la

⁴⁴ González, María de los Ángeles. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Santiago, legalpublishing, 2013. 110 p.

⁴⁵ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 21.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por Chile desde 1988, el cual en su artículo 1.1 declara que “Todo acto por el cual se infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión.”

Como se dijo recientemente, la renuncia, además de libre, debe ser informada. El artículo 135 del CPP dispone que dentro de la información que se le debe otorgar al detenido se encuentra lo dispuesto en el artículo 93 letra g). En este orden de cosas, lo dispuesto por en el artículo 91 del CPP resulta relevante, este dispone que:

“Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si este no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento de esta diligencia.”

El legislador mira con desconfianza el hecho de que el imputado declare ante la policía sin contar con la presencia de un letrado en atención a la desventaja en que se encuentra este frente al órgano policial, toda vez que la situación se puede prestar para arbitrariedades y conductas contrarias al debido proceso al no contar con una adecuada defensa letrada. Se puede concluir que es un requisito indispensable la presencia del defensor para tomarle declaración al imputado, que cuando este no se encuentre la policía se debe limitar a constatar la identidad de la persona y, que si igualmente este manifieste su deseo de declarar sin la presencia de su defensor, esto solo es procedente con autorización o ante el fiscal.

Es una práctica común que el fiscal delegue la declaración en la Policía, cuestión que estimo completamente contraria a la garantía de no autoincriminación, pues, es de la esencia de la misma la posibilidad de, al menos, tener la información necesaria para tomar una decisión informada para renunciar al mismo. La declaración de un ciudadano a la policía por esencia es

intimidante y puede provocar a una persona declarar algo que le resulte perjudicial si no tiene a lo menos la ayuda de su abogado para tomar la decisión. En este sentido, el artículo 194 nos da ciertos contornos para la declaración voluntaria del imputado.⁴⁶

El imputado puede hacer uso de su derecho a declarar en cualquier momento del proceso si él lo considera procedente y beneficioso para su pretensión de libertad, lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 98 del CPP. El problema se presenta con que el código dispone la declaración del imputado al principio de la audiencia de juicio oral, posterior a los alegatos de apertura.

“Asimismo, el acusado podrá prestar la declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos. En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos.”⁴⁷

Los Tribunales Orales en lo Penal de Calama, Antofagasta y Temuco han dictado sentencia entendiendo que la oportunidad procesal para la declaración del imputado sería al inicio del juicio, podemos ver que este razonamiento se encuentra presente en un recurso de nulidad resuelto por la Itma Corte de Apelaciones de Antofagasta.⁴⁸ Creo que esta es una interpretación restrictiva de la garantía en cuestión que va en desmedro del derecho a la defensa del imputado. Además, el artículo establece que “por último, se otorgara al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación, se declarará cerrado el

⁴⁶ Artículo 194 CPP: *Declaración voluntaria del imputado*. Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere.

En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación.

⁴⁷ Artículo 326 inciso 3.º CPP.

⁴⁸ En este sentido, Riego, Cristián. La declaración del imputado en el juicio oral. Página 4.

debate”⁴⁹. En la práctica, los tribunales generalmente le dan la posibilidad de declarar al imputado tanto en el comienzo como en el final de la audiencia de juicio oral. El imputado tiene derecho a declarar en cualquier etapa del procedimiento cuando lo estime conveniente, no siendo procedente la interpretación restrictiva antes mencionada en mi opinión. Esto no obsta a que lo que diga pueda ser utilizado en su contra y que puede ser contra interrogado por los demás intervinientes. En ese caso se pueden utilizar sus declaraciones previas al juicio para refrescarle la memoria, superar contradicciones o aclarar sus dichos cuando entre estas y aquellas hay discordancia.⁵⁰

La Corte Suprema se ha pronunciado diciendo que “... De los antecedentes de la causa resulta, más bien, que el acusado prestó sus declaraciones autoinculpatorias ante la policía y también ante el fiscal libremente, sin ser obligado a ello en modo alguno, y habiendo incluso renunciado previamente al referido derecho a guardar silencio... Afirmar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculcado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella”.⁵¹

Y en cuanto al uso de declaración del imputado en etapas previas al juicio oral, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua indicó que “(...)La defensa sostiene que el testimonio de los policías que dicen haber oído al imputado ante el Fiscal, atentaría contra el derecho a guardar silencio en el juicio oral. No es así, sin embargo, porque el derecho a guardar silencio rige en todas las etapas procesales y la declaración ante el Fiscal está expresamente regulada en la ley, de suerte que es claro que si, como lo admitió el defensor, el imputado fue advertido de ese derecho y pese a ello libremente declaró ante el Fiscal, esa declaración tiene efectos en la investigación y ha sido plenamente lícita...”.⁵²

⁴⁹ Artículo 338 inciso final CPP.

⁵⁰ Artículo 332 CPP.

⁵¹ Excelentísima Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 27/04/2004 en causa ROL 992-2004.

⁵² Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia dictada con fecha 06/09/2004 en causa ROL 98-2004.

La declaración del imputado es un medio de defensa del mismo frente a la pretensión punitiva estatal y no un medio de prueba y creo que se pueden introducir por medio de la prueba testimonial de oídas las declaraciones previas del imputado al juicio para ser valorada por el tribunal, en etapas tanto extra como intra procesal, siempre y cuando se hayan obtenido con observancia de las garantías fundamentales del imputado y no fueren excluidos acorde al artículo 276 del CPP. Pero las declaraciones prestadas ante el Ministerio Público, pueden solo excepcionalmente ser introducidas al proceso en la declaración del imputado en el juicio para refrescar su memoria o desacreditarlo.⁵³ Los documentos en los que constan dichas declaraciones no pueden ser introducidos al juicio como prueba testimonial.

En este mismo orden de cosas se ha dado una discusión en la doctrina nacional respecto a si es posible que el ejercicio del derecho a guardar silencio pueda traer consecuencias negativas al imputado mediante la valoración que hace el juez de esta.⁵⁴

Una primera postura es defendida por Mauricio Duce y Cristian Riego, “Los jueces de cualquier juicio sabrán siempre que el imputado tuvo derecho a declarar y no lo hizo, y si del contexto de las pruebas ese hecho les permite hacer deducciones que refuerzan la credibilidad de la versión acusatoria, es perfectamente legítimo que lo hagan, dado que todo el juicio consiste en un conjunto de elementos de información que se producen de modo simultáneo e interactivo y es el conjunto de los mimos y de sus relaciones que los jueces deben obtener la información necesaria para su decisión”.⁵⁵

Una segunda postura es defendida por Julián López Masle y María Inés Horowitz “permitir que un tribunal extraiga conclusiones incriminatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo.”⁵⁶ Comparto la segunda postura pues creo que los

⁵³ Así lo dispone el art. 332 del CPP.

⁵⁴ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 17.

⁵⁵ Duce, Mauricio y Riego, Cristián. Proceso Penal. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2009. P 467.

⁵⁶ Horvitz, M y Lopez, J. Op cit. P 85.

jueces no pueden valorar el silencio del imputado a la hora de fallar, puesto que desnaturaliza la garantía misma. Es el imputado quien decide si declara o no, no siendo procedente que optar por la vía de no declarar le produzca consecuencias negativas.⁵⁷

El ejercicio de los derechos del imputado es una cuestión privativa de él, además esta interpretación es concordante con el artículo 93 del CPP al establecer que “el ejercicio de este derecho (a guardar silencio) no le ocasionara ninguna consecuencia legal adversa”. Junto con lo anterior, el tribunal al llegar a su convicción para condenar un acusado no puede hacerlo con su mera declaración.⁵⁸ A diferencia de lo que ha ocurrido en las demás legislaciones, en Chile no se ha dado una enriquecida discusión al respecto en la doctrina. Los tribunales fallan en ambos sentidos, por lo que se hace difícil a la hora de elegir una estrategia procesal tomar una vía. Reitero mi postura en cuanto al valor y es fundamental que esto sea zanjado por el legislador para que se garantice el ejercicio de la garantía de no autoincriminación de la mejor manera posible. Se desarrollará este tema más latamente en el capítulo sobre derecho comparado porque ahí ha tenido una mayor discusión doctrinal y resulta imperioso que esto ocurra en nuestro país.

Finalmente, es relevante decir qué hay ciertas personas que se encuentran excluidas de la obligación de declarar en contra del imputado, no así de comparecer⁵⁹. Así lo dispone el artículo 19 f) de la CPR “... Tampoco podrán ser obligados a declarar en contra en contra de este sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.” El CPP desarrolla la materia, en donde es posible distinguir las causales fundadas en motivos personales, por razones de secreto y para no autoincriminarse,⁶⁰ esto se consagra en los artículos 302, 303 y 305 del CPP respectivamente. El secreto profesional con que cuenta el abogado y el cliente es fundamental para que su relación sea útil para ambos y da tranquilidad al segundo a la hora de tomar sus decisiones procesales. Se excluye, por

⁵⁷ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 19.

⁵⁸ Art. 340, inciso final CPP.

⁵⁹ Art. 304 CPP.

⁶⁰ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 39.

ejemplo, la interceptación de sus comunicaciones telefónicas a menos que el abogado pueda ser responsable penalmente.⁶¹

1.4 Tratados Internacionales

Los tratados internacionales han jugado un rol fundamental en garantizar el derecho a guardar silencio y a declarar en juicio. Estos son “un acuerdo escrito, suscrito entre estados y que verse sobre un asunto regido por el derecho internacional”⁶². La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que es un tratado.⁶³ Los tratados integran nuestro ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la CPR⁶⁴, siendo un deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 en París señala que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia”. Es relevante dejar en claro que el juez debe respetar dichas garantías a la hora de dictar sentencia en atención a que son normas de derechos humanos que se encuentran vigente en el ordenamiento jurídico nacional y protegen bienes jurídicos de la mayor trascendencia, la infracción a dichas normas puede traer aparejado la impugnación de la sentencia mediante un recurso de nulidad.⁶⁵

El artículo 14, N 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena

⁶¹ Artículo 222, inciso 3rd o CPP “No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordenare, por estimar fundadamente, sobre la base de antecedentes de los que dejará constancia en la respectiva resolución, que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados.”

⁶² Silva Bascuñan, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, año 2000, Editorial Jurídica de Chile, tomo VII, p.296.

⁶³ Artículo 2 Convención de Viena “un acuerdo internacional celebrado por escrito Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

⁶⁴ El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

⁶⁵ Art. 373, letra a) CPP.

igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligada a declarar contra si misma ni a confesarse culpable”. Este tratado fue adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por nuestro país con misma fecha, pero fue depositado en la secretaria general el 10 de febrero de 1972. Finalmente, Chile firmó el 22 de noviembre de 1969 la Convención Americana de Derechos Humanos y posteriormente lo ratificó, prestando su consentimiento para estar obligado por este, el 21 de agosto de 1990.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la materia, por ejemplo, ha dicho que:

“Que la existencia de los contenidos esenciales indicados se constata en dos instrumentos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico chileno. Así, la garantía de la no autoincriminación reconocida, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la circunscribe a “toda persona inculpada de delito” (artículo 8, sección 2) y la extiende a cualquier declaración contra sí mismo: “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”. El tenor del artículo 8, como también la historia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratifican que esta garantía protege a personas cuya libertad puede verse amenizada por la persecución de un delito y no cualquier tipo de personas en cualquier tipo de procedimiento. (...)

Las mismas notas de la garantía de no autoincriminación constan en el artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fija como titular de esta protección a “toda persona acusada de un delito”, la que tendrá derecho a la garantía mínima de “no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. La esencia de la garantía en cuestión y que no podría ser desvirtuada por una construcción jurisprudencial que desarrolle el debido proceso es, entonces, la prohibición de forzar una declaración contra sí mismo en un procedimiento que amenaza la libertad de una persona que ha sido acusada de un delito.”⁶⁶

⁶⁶ Tribunal Constitucional en causa ROL 3094-16.

2. Derecho Comparado

A continuación se hará una breve exposición de la garantía de no autoincriminación en el derecho comparado. Se revisará la consagración que encuentra dicha garantía en Alemania, España y en Estados Unidos de América.

2.1 Alemania.

La garantía de no autoincriminación en el derecho nacional ha tenido una reciente consagración, de no más de cuarenta años de manera explícita, en el sistema alemán no estaba consagrado en sus inicios la garantía en cuestión, “a este respecto, el §136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (SPO) establecía en su redacción original de 1877 que el imputado, al momento de ser citado a prestar declaración, debía ser simplemente consultado por el funcionario a cargo si desea prestar declaración; la existencia de un derecho a guardar silencio no se encontraba consagrada expresamente a nivel legal. Dicha garantía fue recién incorporada casi 90 años después de la entrada en vigencia del referido cuerpo legal, mediante reforma introducida al mencionado §136 en 1964.”⁶⁷

Dicha norma, la cual está actualmente vigente, dispone que “primer interrogatorio. Al comienzo del primer interrogatorio se le expondrán al imputado los hechos que se le imputan, así como las disposiciones legales pertinentes. Se le deberá advertir, además, que de acuerdo a la ley es libre de declarar respecto de las imputaciones, o bien, guardar silencio, así como del derecho, aun antes de prestar declaración, de consultar al respecto a un abogado defensor.”⁶⁸ Es decir, que con dicha reforma, el derecho a guardar silencio quedo consagrada como un derecho del imputado con rango legal en la legislación alemana, en este sentido Wessels, J.⁶⁹ En ambos cuerpos normativos que regulan el proceso penal en Chile y Alemania —CPP y SPO respectivamente— existe para el imputado el derecho a guardar silencio.

⁶⁷ Correa, Carlos. 2018. Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno. Revista de derecho. XXXI (2). P. 239.

⁶⁸ Traducción realizada por mí del artículo 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana.

⁶⁹ Vid. Wessels, J., “Schweigen und Leugnen im Strafverfahren”, en JuS 1966, p. 169.

De la simple lectura del artículo 136 del SPO se puede concluir que si bien consagra el derecho a guardar silencio, no se pronunció respecto a la valoración que debe hacer el juez de esta cuando valora la prueba cuestión que a mi parecer trae mayor inseguridad jurídica. En vista de lo anterior, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria alemana⁷⁰ han realizado una distinción en cuanto al silencio total, temporal o parcial del imputado. En el sistema alemán rige la libre valoración de la prueba, el artículo 261 del SPO dispone que “principio de libre valoración de la prueba. Sobre el resultado de la prueba rendida, decidirá el tribunal libremente de acuerdo al conjunto de prueba rendida en la audiencia”⁷¹.

¿Tiene el juez algún límite a la hora de valorar la prueba? Si bien en una primera etapa el Tribunal Supremo Imperial alemán no se pronunció respecto de la valoración del silencio del imputado podemos ver que hoy en día la doctrina ampliamente mayoritaria⁷² y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal,⁷³ del Tribunal Constitucional⁷⁴ y de los Tribunales Superiores Estatal⁷⁵ sostienen que el silencio total del acusado, independientemente de las razones que lo motivan,⁷⁶ se encuentra completamente excluido del ámbito de aplicación de la libre valoración de la prueba por parte del tribunal, por lo que, no puede apreciarlo de forma alguna.⁷⁷

Esta prohibición se extiende a las declaraciones prestadas ante el fiscal, policía o juez en cualquier etapa del procedimiento. El principal argumento esgrimido por los tribunales es

⁷⁰ Schneider, H., “Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen”, en JURA 1990, pp. 273 s.

⁷¹ Traducción realizada por mí del artículo antes mencionado.

⁷² Entre otros: Beulke, Werner., Strafprozessrecht. 12. Ed., Müller, Heidelberg y otros, 2012, Rdn. 495; Dahs, H./Langkeit, J., “Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als “verdächtiger Zeuge”, en NSTZ 1993, 214 p.; Eisenberg, Ulrich., Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 9. Ed., Beck, München, 2015, Rdn. 899; Fezer, Gerhard., Strafprozeßrecht. 2. Ed., Beck, München, 1995, 233p.; Löwe- Rosenberg: “Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar”, Becker/Erb/Esner/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (coord.), de Gruyter, Berlin y otros, IV Tomo: §§112- 150, 26. Ed., 2007, Gleß §136, Rdn. 36; Grünwald, G., Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, Nomos, Baden-Baden, 1993, 66 p. En Riquelme Carla. Ibid.

⁷³ BGHSt 22, 113; 25, 365 (368); 32, 140 (144); 38, 302 (305); BGH NJW 2000, 1426; BGH NSTZ 2000, 495.

⁷⁴ BVerfG NSTZ 1995, 555; BVerfGE 56, 37 (51). En Riquelme Carla. Ibid.

⁷⁵ OLG Karlsruhe StraFo 2004, 355; OLG Düsseldorf MDR 1988, 796; OLG Stuttgart NSTZ 1986, 182; OLG Stuttgart NSTZ 1981, 272; OLG Hamm NJW 1974, 1880 s.; OLG Hamm NJW 1973, 1708; OLG Oldenburg NJW 1969, 806. Ibid.

⁷⁶ Miebach, Klaus., “Der teilschweige Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung”, en NSTZ 2000. 235 p.

⁷⁷ Riquelme Carla. En Riquelme Carla. Ibid.

entender que el derecho a guardar silencio es una manifestación de la garantía de no autoincriminación y por lo tanto se le asegura al imputado ejercer dicha garantía sin presión alguna a la hora de tomar su decisión.⁷⁸ El derecho de no autoincriminación corresponde en este sentido —de acuerdo al BVerfG— a una garantía de rango constitucional y esencial de un Estado de derecho, fundada en el respeto por la dignidad humana.⁷⁹ Un segundo argumento va en la línea de que si guardar silencio le puede ocasionar un perjuicio a su pretensión de libertad, entonces se encontraría obligado a declarar, desvirtuando la garantía.⁸⁰

El silencio temporal está dado cuando en un mismo procedimiento el imputado decide prestar declaración en ciertas etapas y luego en otras, decide guardar silencio. El silencio temporal del imputado, al igual que el silencio total, sostiene la doctrina y jurisprudencia alemana que esta está excluida de la valoración por parte del tribunal. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina mayoritaria⁸¹ considera que se puede introducir al juicio declaraciones previas del imputado por medio de la prueba testimonial.

Finalmente, el silencio parcial del imputado puede ser entendido cuando si bien decide declarar “lo hace, limitando su declaración exclusivamente respecto de algunos puntos o preguntas específicas, guardando silencio o bien dando respuestas vagas a preguntas concretas destinadas a acreditar la realización del delito y su participación en el mismo.”⁸² Tanto la doctrina como jurisprudencia mayoritaria⁸³ consideran que el silencio parcial del imputado sí puede ser valorado por el tribunal como indicio en contra del acusado.

Esto en atención a que ya habría renunciado a su derecho a guardar silencio, por lo que dice puede ser usado en su contra y además porque según las máximas de la experiencia, en determinadas situaciones “debería hablar, como forma de acreditar su inocencia, por lo

⁷⁸ Riquelme Carla. Ibid.

⁷⁹ BVerfGE 133, 168 (201); 110, 1 (31); 56, 37 (43); 55, 144 (150 s.); 38, 105 (113 s.). Al respecto pormenorizadamente: Ransiek, A./Winsel, A., “Die Selbstbelastung im Sinne des “nemo tenetur se ipsum accusare”-Grundsatzes”, en GA 2015, pp. 620 ss. en Riquelme Carla. Ibid.

⁸⁰ Ibid. p. 61.

⁸¹ BGH, NStZ 1999, 47.

⁸² Correa, Carlos. Op cit. 248, p.

⁸³ BGH NStZ 2000, 495.

que su silencio parcial sería equivalente a una confesión tácita.”⁸⁴ Cabe mencionar que existe una parte no menor de la doctrina que estima que, al igual que el silencio total y temporal del imputado, el silencio parcial se encuentra excluido de la valoración por parte del tribunal, puesto que el principio de no autoincriminación lo prohíbe.⁸⁵

Al igual que en nuestro país, el ordenamiento jurídico alemán en los artículos 52 y 53 del STPO consagran una serie de privilegios de no declarar para algunas personas. El artículo 52 (I) establece que el novio (a), cónyuge y todo pariente por consanguinidad directa o consanguíneos colaterales hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo grado gozan del privilegio. El tribunal les debe comunicar y explicar esta circunstancia, debiendo excluir la prueba obtenida con vulneración a la referida garantía. La garantía de no autoincriminación cuenta con un largo desarrollo constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal en Alemania, teniendo variadas similitudes con la regulación que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicho país la valoración por parte del juez del silencio del imputado ha sido latamente desarrollado, cuestión que debiese servir de base en nuestro país para ir zanjando las dudas que existen en nuestra doctrina y jurisprudencia. Comparto con la doctrina alemana que excluye de la valoración del juez el silencio del imputado, sin importar que sea total, temporal o parcial, en cuanto es un derecho a favor del imputado y su ejercicio jamás puede provocarle un perjuicio, puesto que de ser así, se desvirtúa la garantía.⁸⁶ En este sentido, el ejercicio de un derecho consagrado a favor del imputado, como lo es el de guardar silencio, en caso alguno, puede conducir a un detrimento de la posición jurídica de su titular.⁸⁷

⁸⁴ Günther, Hammerstein., “Strafrechtliche Beweiswürdigung und schweigender Angeklagter”, en JR 1978, 93 p.

⁸⁵ Aselmann, Maike., “Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 3.5.2000-1 StR 125/00”, en JR 2001. 81p.

⁸⁶ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 66.

⁸⁷ Schmidt, E., “§261 StPO in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung”, en JZ 1970, p.341.

2.2 España

La legislación española tiene y ha tenido a lo largo de nuestra historia un gran impacto en nuestro ordenamiento jurídico desde la época de la colonia y, por lo tanto, vemos importantes similitudes aún en gran parte de nuestro ordenamiento jurídico. En atención a que tenemos una larga tradición con este país es que creo relevante ver su regulación sobre la materia.

A lo largo de la historia, la garantía de no autoincriminación ha tenido un gran desarrollo en su legislación, la Constitución de 1812 (conocida como la Constitución de Cádiz) consagró por primera vez el derecho a prestar declaración sin juramento en su artículo 291 el cual disponía: “la declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.” Dicha constitución relativizó la idea de que el poder es absoluto y ayudo a cimentar la idea que deviene de la voluntad general de la nación.⁸⁸ No tuvo una larga vida la norma antes descrita, puesto que el artículo 8 del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 re estableció el deber de jurar⁸⁹, este disponía que “en causa criminal, así los procesados como los testigos, serán precisamente juramentados y examinados por el juez de la causa”.

El Real Decreto de 1882 aprobó la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con esta se eliminó la necesidad de prestar juramento, aun cuando su artículo 387 disponía el deber del imputado de responder conforme a la verdad. Esto llevo a un debate en la doctrina y jurisprudencia española. Una parte de la doctrina estimaba que no cabía sanción jurídica por faltar a la verdad, siendo únicamente un reproche moral el que podría estar sujeto el imputado que miente en su declaración.⁹⁰ Otra parte de la doctrina era más severa y creía que

⁸⁸ Solé Tura, J. y AJA, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Madrid. 2005. 19 p.

⁸⁹ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 70.

⁹⁰ En este sentido tanto, Aguilera de paz, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III (Artículos 259 a 455). Madrid, Hijos de Reus Editores, 1924. 556 p. También Serra, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel, 1969. 743 p.

la norma en comento era contraria a la Constitución española, el Tribunal Supremo español se pronunció en este sentido.⁹¹ Comparto con dicha postura, puesto que los reproches morales que se le puedan hacer a una persona por faltar a la verdad no pueden extenderse hasta el punto de desvirtuar el derecho a guardar silencio o a declarar en juicio.

La Constitución de 1978 dispuso en su artículo 24.2 que todos tienen derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia” es recién acá cuando se consagra la garantía de no autoincriminación aun cuando solo en una de sus fases⁹². Además, es importante mencionar que España ha suscrito, ratificado y se encuentran vigentes tanto el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos⁹³, como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁹⁴. España es parte de la Convención Europea de Derechos Humanos, pero esta no consagra explícitamente el nemo tenteur, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal de Estrasburgo ha dictaminado que “el derecho a guardar silencio y a no declarar contra si mismo son normas internacionales que subyacen a la noción del proceso equitativo establecida en el artículo 6 del Convenio”.⁹⁵

Para ir cerrando el marco normativo de la garantía en cuestión en España, es importante mencionar que el artículo 520.2. a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que dentro de los derechos de las personas detenidas está “el derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez.” El recientemente comentado artículo 387 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue derogado por la Ley Orgánica 13/2015 y constató la garantía de no autoincriminación el cual dispone un catálogo de garantías frente a la pretensión punitiva estatal en su artículo 181.1 g), “derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar alguna o algunas preguntas que se le formulen”.

⁹¹ Sentencia Tribunal Supremo, 5 de octubre del 2001. Tol 4976381

⁹² Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 71.

⁹³ El cual consagra la garantía en cuestión en su artículo 14.3).

⁹⁴ El cual consagra la garantía en cuestión en su artículo 10.

⁹⁵ SSTEDH, 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders c. Reino Unido). Tol 123777.

Al igual que en Alemania, se ha dado un intenso aunque menor debate en cuanto al valor probatorio que se le puede otorgar al ejercicio de derecho a guardar silencio, en este sentido “puede el juez extraer alguna conclusión inculpatoria o, sí, por el contrario, el ejercicio de este derecho no es de ningún modo valorable por el juez.”⁹⁶

En cuanto al silencio total del imputado, la doctrina mayoritaria española estima que el ejercicio del derecho a guardar silencio está excluido de la valoración del tribunal, ya que deviene de una garantía de rango constitucional, si se interpretara de otra manera, quedaría reducido a una mera disposición formal, en este sentido Ausencio Mellado y Ausencio Gallego⁹⁷. La posibilidad de ser usado en su contra lo que declare requiere primeramente que haya renunciado a su derecho a guardar silencio de manera libre e informada, de no ser así, no puede usarlo el juez como medio de prueba. Esta postura ha encontrado recepción en una jurisprudencia minoritaria del Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez “una inteligencia rigurosa del principio nemo tenteur, del nivel que exige su rango constitucional, impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero”⁹⁸. Sin embargo, esta no es la postura de la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores en España en que se permite darle el valor de indicio al silencio cuando el investigado debiese, en atención a las circunstancias, dar una explicación.⁹⁹

En palabras del Tribunal Supremo español: “Por tanto, no es que el silencio haya operado como elemento probatorio en contra de la acusada, sino que se está ante un supuesto en que el importante bagaje probatorio que integra la prueba de cargo, de por sí suficiente para enervar la presunción de inocencia, queda refrendado por la falta de argumentos exculpatorios de la inculpada en la vista oral del juicio (...) El silencio de la acusada a las preguntas de las acusaciones sólo opera aquí, por tanto, como elemento corroborador de una

⁹⁶ Asencio, José. El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. P. 268.

⁹⁷ Ibid. 270; Asencio, José. La prueba prohibida y prueba precoz titulada en el proceso penal. Lima.2008. 192 p.

⁹⁸ Sentencia Tribunal Supremo, 874/2013, de 21 de noviembre. Tol 4031802.

⁹⁹ Sentencia Tribunal Constitucional, 148/2008, de 17 de noviembre de 2008. Tol 1405449.

prueba de cargo previamente considerada como suficiente para enervar la presunción constitucional”.¹⁰⁰

Comparto la postura de la doctrina mayoritaria y jurisprudencia minoritaria, el silencio total del investigado jamás puede ser valorado por el juez, puesto que se desvirtúa la garantía y desnaturaliza a la misma. Si el juez va a valorar igualmente mi silencio, ¿Qué beneficio me trae no declarar? Creo que la postura de la jurisprudencia mayoritaria española es contraria a los derechos humanos en cuanto extrapola la pretensión punitiva a un extremo de desproteger las garantías básicas del ciudadano.

En cuanto al silencio temporal, se da en dos situaciones, la primera, cuando se produce silencio en la instrucción, pero declaración en el juicio oral y, la segunda, cuando se declara en la instrucción, pero se guarda silencio en el juicio oral.¹⁰¹ En la primera situación, la jurisprudencia y doctrina es uniforme en cuanto a su valoración.¹⁰² La segunda se ha prestado para un debate en cuanto a su alcance, en atención a lo dispuesto en los artículos 714¹⁰³ y 730¹⁰⁴ de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una parte de la doctrina estima que frente a esta segunda situación, declarar en la instrucción y callar en el plenario, se pueden utilizar dichas declaraciones mediante la lectura de las mismas en el acto de la vista oral.¹⁰⁵ En cambio, otra parte de la doctrina estima que no es contradictorio que el imputado declare en la instrucción y luego guarde silencio y, por lo tanto, el supuesto del artículo 714 no debiese ser aplicable.

Además, esta norma regula a los testigos y no al investigado, sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, los cuales están sujetos a regímenes jurídicos y principios diferentes.¹⁰⁶ El Tribunal Supremo español ha interpretado el 730 en el sentido de posibilitar

¹⁰⁰ Sentencia Tribunal Supremo, 474/2016, de 2 de junio de 2016. Tol 5741223.

¹⁰¹ Asencio, José. Op cit. 191 p

¹⁰² Ibid. 192 p.

¹⁰³ “Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, podrá pedirse la lectura de esta por cualquiera de las partes. Después de leída, el presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.”

¹⁰⁴ “Podrán también leerse o reproducirse, a instancia de cualquiera de las partes, las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.”

¹⁰⁵ Asencio, José. Op cit. 192 p.

¹⁰⁶ Asencio, José. Op cit. 292. P.

la lectura de la declaración que presto el investigado en la instrucción.¹⁰⁷ En este sentido, el acusado se ve privado de poder decidir correctamente en cuanto a declarar o no y en que etapa del procedimiento hacerlo, puesto que aun eligiendo callar en el juicio oral, su declaración previa puede ser integrada al juicio, pudiendo el juez valorarla para dictar sentencia.

Finalmente, en cuanto al silencio parcial, es decir, el cual el encausado responde solo a algunas de las preguntas que se le realizan o le responde al fiscal y no al juez, o viceversa.¹⁰⁸ Una primera postura establece que se puede valorar tanto las respuestas como el silencio, en atención a que es posible inferir una respuesta a raíz de la negativa a responder y las respuestas a otra. Y la segunda estima que, solo son valorarles las respuestas del encausado y no su silencio, esto es más coherente con la constitución y con la protección del derecho a guardar silencio.¹⁰⁹ Adhiero a esta segunda postura por lo expuesto a lo largo de este trabajo en cuanto a la prohibición de valoración y en este punto en particular por ser concordante con el espíritu de la ley.¹¹⁰

En cuanto al privilegio de no declarar, encontramos bastantes similitudes entre ambas legislaciones, por ejemplo en razones de parentesco (artículo 416 N.º 1 LECrim y 302 CPP), de incapacidad (417 N.º 3 LECrim y 302 CPP en cuanto a razones personales), de secreto profesional (416 N.º 2 y 417 N.º 2 y 3 LECrim, y 303 CPP) y de no autoincriminación (artículo 418 LECrim y 305 CPP) y discrepando lógicamente de los privilegios monárquicos españoles al tener nuestro país una República Democrática.¹¹¹

¹⁰⁷ Sentencia Tribunal Supremo 1443/2000, de 20 de septiembre de 2000.

¹⁰⁸ Asencio, José. Op cit. 285. P.

¹⁰⁹ San Martín, César. Derecho Procesal Penal. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003. 833 p

¹¹⁰ El artículo 33 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal priva de valor tanto al silencio total como parcial.

¹¹¹ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 83.

2.3 Estados Unidos de América.

La Constitución americana consagra en su Quinta Enmienda la garantía de no autoincriminación¹¹², "*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*"¹¹³

Es fundamental partir por comentar el fallo *Miranda v. Arizona* de 1966 mencionado al principio de este trabajo,¹¹⁴ el cual tuvo gran repercusión en el alcance e interpretación de la Quinta Enmienda consagrada en la Constitución estadounidense. El caso consiste en que una mujer de 18 años había sido secuestrada y violada en el desierto de Arizona y había proporcionado información a cerca del delincuente, al cual en una alineación no logró identificar.¹¹⁵ Esta persona era Ernesto Miranda, el que el 13 de marzo de 1963 fue llevado a una estación policial en Phoenix, Arizona, como sospechoso por el crimen cometido, él imputado alegaba su inocencia¹¹⁶ y la policía interrogó al sospechoso durante dos horas sin contar con un abogado defensor presente e inventó que la víctima lo había reconocido, ante este hecho el imputado confesó.¹¹⁷

¹¹² J. Thompson, Matthew. 2018. *Salinas v. Texas: The Fifth Amendment Self-Incrimination Burden*. *Capital University Law Review* (46): 19 p.

¹¹³ "Ninguna persona será responsable de un delito capital o de otro tipo infame, a menos que sea por presentación o acusación de un gran jurado, excepto en casos que surjan en las fuerzas terrestres o navales, o en la milicia, cuando esté en servicio efectivo en el tiempo. de guerra o de peligro público; ninguna persona podrá ser sometida dos veces a peligro de muerte o integridad física por el mismo delito; ni será obligada en ningún caso penal a declarar contra sí misma, ni será privada de su vida, libertad, o bienes, sin el debido proceso de ley; ni se tomarán bienes privados para uso público, sin justa compensación".

¹¹⁴ Ver subcapítulo sobre legislación nacional.

¹¹⁵ Majerol, Veronica. 2019. "You have the right to remain silent": the Supreme Court's *Miranda* ruling 50 years ago established key rights for criminal suspects. *New York Times Upfront*. 151 (12): 1 p.

¹¹⁶ *Miranda vs. Arizona*. (384 U.S. 436).

¹¹⁷ Majerol, Veronica. *Op cit*. P. 1.

El caso llegó a la Corte Suprema y formo un precedente importante en el país, dado que estableció una serie de garantías que tienen los imputados frente a la persecución penal. Estas garantías son conocidas como las Advertencias de Miranda o The Miranda Warnings¹¹⁸ “usted tiene derecho a permanecer en silencio, cualquier cosa que diga puede ser utilizada en su contra, tiene derecho a hablar con un abogado y a recibir asesoramiento antes de que le hagamos cualquier pregunta, tiene derecho a un abogado junto a usted en el interrogatorio, si no puede pagar un abogado se lo asignaremos. Si decide responder preguntas ahora sin la presencia de un abogado, tiene derecho a dejar de responder en cualquier momento”.¹¹⁹

En este sentido, el tribunal se ha pronunciado estableciendo la obligación de la policía de cumplir ciertos mínimos antes de interrogar a una persona sospechosa de delito, ya que “deben informarle de una serie de derechos, incluido el derecho a guardar silencio y el derecho a consultar con un abogado y tener uno presente durante el interrogatorio.”¹²⁰ Gran parte de las personas conocen, principalmente mediante películas o series, las advertencias de Miranda. Es trascendental que las personas conozcan sus derechos frente a la persecución penal para poder ejercerlo de la forma que más estime conveniente y la popularidad de la frase antes transcrita aporta en dicha dirección. En este sentido, el fallo, establece que la obligación de leer las advertencias de Miranda ayuda a equilibrar la situación entre los policías y los sospechosos de cometer un delito durante los interrogatorios, que son, de por sí, intimidantes.¹²¹

Podemos ver que la garantía de no autoincriminación está consagrada mediante la Quinta Enmienda en los EE. UU. y que el fallo antes descrito, además de establecer un mínimo de garantías procesales, ayudó a zanjar la antigua discusión acerca del derecho a guardar silencio frente a un interrogatorio policial. Cuando el acusado renuncia a su derecho a guardar silencio, pesa sobre la fiscalía la carga de la prueba respecto a que haya sido realizada voluntariamente, inteligentemente y con conocimiento.¹²² Dicho lo anterior, surge la pregunta de si es posible

¹¹⁸ La sentencia fue dictada el 13 de junio de 1966 por el presidente de la Corte Suprema en una decisión 5-4 votos a favor.

¹¹⁹ Traducción realizada por el autor de este trabajo desde la página www.mirandawarning.org.

¹²⁰ Soutter, David. 2017. Constitutional law – Massachusetts Supreme Judicial Court distinguishes Thompkins’s unambiguous invocation requirement of right to remain silent – Commonwealth v. Clarke. Suffolk University Law Review 50 (1): 1 p.

¹²¹ Majerol, Veronica. Op cit. P. 3.

¹²² Ibid. 2 p.

sacar alguna conclusión del silencio del imputado o si esto está prohibido para los jueces. Hay quienes creen que la Quinta Enmienda incorpora el derecho a guardar silencio y, por lo tanto, niegan que se puedan sacar conclusiones de su ejercicio y, otros que, creen que este derecho no se encuentra protegido por la enmienda y entonces, se pueden sacar conclusiones de esta.¹²³

La jurisprudencia norteamericana ha fallado en ambos sentidos, dándole una preponderancia, desde mi punto de vista, a la prohibición de usar el silencio del interrogado como indicio de su culpabilidad. El fallo *Griffin v California*¹²⁴ es emblemático en este sentido. La Corte Suprema revoco una sentencia condenatoria del tribunal de California al considerarla inconstitucional ya que se había vulnerado la Quinta Enmienda del recurrente.¹²⁵ La Corte esgrimió que el razonamiento utilizado vulneraba la garantía de no autoincriminación porque limitaba su ejercicio a tal extensión que resultaba excesivamente costoso su ejercicio para el imputado, desvirtuándola.¹²⁶

El tribunal del fondo argumento que: “en cuanto a cualquier evidencia o hechos en su contra que el acusado pueda razonablemente negar o explicar debido a hechos dentro de su conocimiento, si no testifica o si, aunque testifica, no puede negar o explicar dicha evidencia, el jurado puede considerar ese fracaso como una tendencia a indicar la veracidad de tal evidencia y que las inferencias que se pueden extraer razonablemente son aquellas no son favorables para el acusado.”¹²⁷

En Estados Unidos, al igual que Chile, España y Alemania, también existen privilegios para no declarar. Una relevante y presente en las legislaciones antes revisadas es la de secreto profesional, en razón de esta, está exento de testificar acerca del contenido de una comunicación cuando esta puede ser usada en contra de quien se la proporcionó.¹²⁸ Además, hay razones de

¹²³ Alschuler, Albert W. 2019. A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent. *Michigan Law Review* 117 (5): 2 p.

¹²⁴ *Griffin vs California*. (380 U.S 609).

¹²⁵ *Ibid*.

¹²⁶ J. Thompson, Matthew. *Op cit*. 26, p.

¹²⁷ *Griffin vs California*. (380 U.S 609).

¹²⁸ Kidston, Alan R. 1979. *Privileged Communications*. *The Business Lawyer* 34. 853 p

parentesco, siendo la más relevante la que se da entre cónyuges, y únicamente se excluye la situación en que se demanden civilmente mutuamente o se siga un juicio penal entre ambos.¹²⁹

En Alemania, España y Estados Unidos al igual que en Chile, los Estados han prestado su consentimiento para estar obligados por Tratados Internacionales que consagran la garantía de no autoincriminación por lo que esta se encuentra recogida en sus ordenamientos jurídicos. Chile, España y Estados Unidos consagran dicha garantía a nivel constitucional, aunque en ninguna de manera expresa, siendo la ley o el juez mediante el precedente quien desarrolla el derecho a guardar silencio y declarar en juicio.¹³⁰ Alemania no tiene dicha garantía en su constitución, pero sí la desarrolla en la ley procesal.

En los países del Civil Law, Chile, España y Alemania, la garantía en cuestión se regula mediante sus cuerpos normativos, principalmente la Constitución y los respectivos códigos de la materia. En cambio, en Estados Unidos, que pertenece al Common Law es la jurisprudencia principalmente quien está mandatada para delimitar el alcance de dicha garantía. Estimo que el nemo tenetur debe estar consagrado de manera robusta en las distintas legislaciones, dándole un claro contenido y alcance a la garantía para que se proteja efectivamente el derecho a la defensa del imputado. Es trascendental para este y su abogado saber de antemano cuáles son los efectos que se pueden producir al ejercer la garantía de no autoincriminación.

Si bien la mayoría la regula en sus constituciones, esta es deficiente, debiendo revisarse la misma por estas teniendo a la vista los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Para esto el valor que se le da al silencio del imputado es fundamental, creo que debiese estar excluido de la posibilidad de valoración por parte del juez. La jurisprudencia y doctrina alemana y española han desarrollado bastante el tema y es fundamental que nuestro país lo haga, puesto que los tribunales fallan en ambos sentidos, vulnerando la garantía al imposibilitar la previsibilidad de las consecuencias.

¹²⁹ Witness privileged communications husband and wife – asking incompetent questions. Criminal Law Magazine and Reporter 12 crim L. Mag & Rep.

¹³⁰ Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019. P. 72.

3. Autoincriminación: ética, estrategia y aplicación.

En este tercer y último capítulo se responderán dos preguntas respecto a la aplicación práctica de la garantía de no autoincriminación en busca a proponer una solución ante las siguientes interrogantes; ¿qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del cliente? y ¿cómo debe aplicar esto al caso concreto?

3.1 ¿Qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del representado?

Durante los primeros dos capítulos de esta tesis se he realizado una descripción y análisis tanto desde una perspectiva histórica como actual de la garantía de autoincriminación en la legislación nacional, pasando en el primer capítulo por varios cuerpos normativos, como posteriormente en el segundo capítulo, realizar un estudio respecto al derecho comparado, reflexionando sobre la valorización que se le puede dar al silencio por parte del órgano jurisdiccional.

En este tercer y último capítulo se desarrollará la aplicación práctica del aforismo “nemo tenteur se ipsum accusare”, pues aun cuando la forma en como está consagrada la garantía en el derecho positivo es relevante en realidad es su aplicación práctica lo que creo le da su verdadera forma. Sin perjuicio de que es el imputado el titular del derecho a guardar silencio y a declarar en juicio, es el abogado quien tiene la obligación para con el cliente de asegurar que la garantía de no autoincriminación sea ejercida de la mejor manera posible en atención a los intereses y pretensiones de este.

Para esto se responderá a la pregunta ¿qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del cliente? Es decir, cuando un abogado se enfrenta a la situación de que un cliente, sea desde un comienzo o en etapas posteriores, le confiesa haber participado de un delito, ¿qué es lo que le corresponde hacer? Intentaré responder a la pregunta, ya que estimo que las personas deben saber de antemano que esperar de su abogado al realizar el acto confesionario y no estar al vaivén de las creencias personales de los letrados pues los bienes jurídicos en juego en el proceso penal son de tal importancia que no es permisible dar respuestas disimiles.

Los abogados no pueden elegir si deben o no respetar el deber de confidencialidad, es una obligación, en este sentido “el abogado debe estricta confidencialidad a su cliente”¹³¹ y la posibilidad de revelar sin consentimiento información del cliente es reducida a una serie de casos graves como “para evitar la comisión o consumación de un delito que merezca pena aflictiva.”¹³² Una respuesta única, esta es, que lo abogados no pueden revelar información sujeta a confidencialidad sino solo bajo estrictas causales permite que el sistema jurídico funcione, si no fuese así, las personas simplemente no buscarían asesorarse jurídicamente. Es por estas mismas razones ante mencionadas, que la respuesta a la pregunta respecto a la autoincriminación del cliente debe ser única.

En este sentido, “mi convicción, sobre este punto, es que la profesión no puede aceptar que los abogados entreguen respuestas disímiles ante el problema de cómo actuar frente a una restaurante auto incriminatoria entregada por el cliente en el marco de la relación profesional, porque los valores que la intervención del defensor penal debe proteger son de entidad, que tolerar respuestas diversas supondría general diferencias inaceptables en los niveles de protección que las personas tienen derecho a recibir de quienes ejercen la función de abogado.”¹³³

Habiendo dejado claro que la respuesta debe ser única y al no existir norma legal que regule o responda lo que se deba hacer, lo razonable es encontrar la respuesta tomando en consideración el rol del abogado y la regulación de la ética profesional. Para mí, el rol del abogado penalista se debe entender como aquel en virtud del cual el profesional debe realizar todas aquellas cuestiones que permitan favorecer y maximizar el interés, los derechos y garantías del cliente y hacer efectiva su pretensión dentro del marco legal, entendido en un sentido amplio.

¹³¹ Artículo 7° Código de Ética de Profesional.

¹³² Artículo 54 letra b) Código de Ética de Profesional.

¹³³ López, Julián (2014) “La defensa del ‘culpable’ en la ética profesional del defensor penal” en VV.AA. Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, Thomson Reuters, Chile

En este sentido cobran relevancia lo dispuesto en el artículo 3º del CEP respecto a la “lealtad con el cliente y respeto por su autonomía”¹³⁴ y el artículo 4º del CEP respecto al “empeño y calificación profesional”¹³⁵

Ese mismo marco legal antes mencionado regula el deber de honradez “el abogado debe obrar con honradez, integridad y buena fe y no ha de aconsejarle a su cliente actos fraudulentos.”¹³⁶ La tensión que se produce entre dos obligaciones del abogado resulta trascendental a la hora de responder a la pregunta ¿Qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del cliente? En este sentido, “el defensor penal tiene un deber de defensa empeñosa y leal que le impone, en un extremo, maximizar los derechos de su cliente, frente al cual existe un deber de honradez ante el tribunal, que le prohíbe -a lo menos- presentar prueba falsa.”¹³⁷ Cabe hacer presente que la Corte Suprema en fallo de fecha 2014 ha declarado que el Código de Ética Profesional del año 2011 se aplica a todos los abogados de la república al constituir “ley en sentido material”.¹³⁸

Habiendo realizado un análisis somero para entender la situación a la que se ha enfrentado el abogado ante la autoincriminación del cliente es que ahora corresponde derechamente responder a la pregunta. Frente a la autoincriminación del cliente la primera opción del abogado es rechazar el asunto, históricamente se les ha permitido a los abogados, en atención a los bienes jurídicos en juego, -con mayor razón entonces a los penalistas- a decidir libremente si es que quieren o no aceptar un asunto. Este principio puede verse no solo en cuanto al fin que busca el cliente, sino que también a los medios desea emplear, dispuestos por el mismo. En este sentido, el CEP dispone “el abogado tiene libertad para aceptar o rechazar los encargos profesionales sin necesidad de expresar los motivos de su decisión”¹³⁹ y “el abogado debe

¹³⁴ “El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio.”

¹³⁵ “El abogado debe asesorar y defender empeñosamente a su cliente, observando los estándares de buen servicio profesional y con estricto apego a las normas jurídicas y de ética profesional.”

¹³⁶ Artículo 5º Código de Ética de Profesional.

¹³⁷ [https](https://)

¹³⁸ Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, Rol N° 2.582-2012.

¹³⁹ Artículo 14 Código de Ética de Profesional.

abstenerse de intervenir en un asunto cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de plantearlo o desarrollarlo.”¹⁴⁰

Frente a la autoincriminación del cliente, si el letrado no comparte los medios o el fin y por lo tanto el ejercicio de la defensa no será de manera leal y empeñosa, debilitándose el derecho a la defensa, lo que corresponde hacer es no aceptar el encargo y guardar la debida confidencialidad. Esta primera respuesta a la pregunta central de este subcapítulo tiene un problema, y es que esta posibilidad de rechazar el asunto no les es aplicable a los defensores públicos, quienes ejercen estadísticamente la defensa penal en la mayoría de los procedimientos.

El Código Deontológico del Defensor Penal Público dispone que "el defensor penal público ejerce la defensa letrada por sobre cualquier otro tipo de consideraciones. En consecuencia, desde que opta por ejercer la defensa penal pública, renuncia a su derecho a excusarse de asumir o mantener la representación de alguna persona por razones ideológicas, religiosas o de conciencia, salvo las reglas sobre conflictos de intereses dispuestas en este mismo instrumento". En concordancia con lo anterior, esta lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 19.718 y la parte final del artículo 14 del CEP, aplicables a la situación descrita.

Por tanto, la opción de rechazar la defensa ante la autoincriminación del cliente es posible solamente para los defensores penales privados, quienes ejercen la defensa en la minoría de las causas, cuando el interés y finalidad o los medios empleados para aquello no se ajusten con su interés, creencias o principios. Esto no es posible para quienes ejercen la defensa pública, por lo que, si bien esta forma es válida, posible y en muchos casos lo más razonable, al no ser aplicables a la gran mayoría de las personas no permite dar respuesta a la pregunta, ya que debe terminar siendo otro abogado quien resuelve la incertidumbre de qué hacer, y ese, seguramente sea un defensor penal público.

Ahora veamos qué pasa si el abogado debe o quiere aceptar el asunto, en este caso, debemos contestar a la pregunta para arribar a una solución del problema jurídico. Puede y, algunos lo creerán lo correcto, que frente a la autoincriminación el letrado debe aconsejarle

¹⁴⁰ Artículo 82° Código de Ética de Profesional.

denunciar el hecho a la policía y hacerse responsable así sin más de las consecuencias del acto. Esta opción solo es válida tomarla si de realizar dicho acto se obtenga alguna ventaja procesal real y segura y en cualquier otro caso no es una opción viable para el abogado pues incumpliría su deber de realizar una defensa leal y empeñosa.

Por lo tanto, lo que debe hacer el abogado es ejercer la defensa del imputado utilizando todos los medios que le emplea la ley, ejercer todos sus derechos y garantías, plantear una teoría del caso alternativa al tribunal, solicitar diligencias de investigación tendientes a eximir o atenuar la responsabilidad penal, contrainterrogar e interrogar a los testigos, presentar prueba propia o desvirtuar la prueba de los demás intervinientes, realizar alegatos que se hagan cargo de las falencias fiscales y exacerben los hechos que son favorables para el imputado, recurrir ante los tribunales superiores, si es condenado debe solicitar todos los beneficios a los que pueda optar o realizar de cualquier otra forma la defensa cumpliendo con su obligación de realizar de forma legal y empeñosa.

En síntesis, frente a la autoincriminación del cliente si es que el abogado no comparte los fines o los medios y esto le imposibilita favorecer y maximizar el interés, los derechos y garantías del cliente y hacer efectiva su pretensión, lo que corresponde es rechazar el asunto, solución que solo le es aplicable, por las razones antes expuestas, a los defensores penales privados. Si es que al abogado no le es posible rechazar o quiere aceptar el encargo solo podrá aconsejarle al cliente auto incriminarse en cuanto de aquel acto se obtenga una ventaja procesal. Por lo tanto, lo que debe hacer el abogado frente a la confesión del delito es cumplir con su obligación de una defensa leal y empeñosa ejerciendo la defensa de la mejor manera posible utilizando todos los medios legales para que el interés y la pretensión de libertad del imputado sean satisfechas.

3.2 ¿Cómo debe aplicar esto en el caso concreto?

Habiendo respondido a la pregunta, qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del cliente, el siguiente y último paso es responder a la interrogante ¿cómo se debe aplicar esto en el caso concreto? Es decir, habiendo dilucidado que debiese hacer el letrado frente a una confesión auto inculpatória de su representado, esa respuesta ahora cómo se lleva a la realidad jurídica, cómo es que se integra al proceso.

Para encontrar la respuesta es fundamental tomar en consideración varias conclusiones a la que se ha llegado en este trabajo para que exista coherencia y contenido en la respuesta y dejar claro que para mí el objetivo principal de cualquier defensa penal es lograr la absolución del representado o que si se le condene esta sea a la menor o más favorable pena posible. El letrado y el representado deben estar constantemente decidiendo si es estratégicamente correo declarar o no y, ante esa interrogante, cuando es mejor hacerlo.

No es lo mismo declarar frente a la policía que frente a un fiscal, en la investigación des formalizada o formalizada o al principio o al final del juicio oral y esto puede tener importantes repercusiones en el resultado final del juicio y ayuda a determinar el nivel de convicción que alcanza o no el juez de la ocurrencia de los hechos y la participación en los mismos.

Arribar al objetivo principal de toda defensa penal cuando se tiene conocimiento de la culpabilidad del representado, requiere implementar una estrategia procesal efectiva que permita cumplir con los intereses del cliente, realizándolo de manera leal y empeñosa y respetando el deber de honradez. En Chile el imputado que falta a la verdad ante un Tribunal con competencia penal no comete un delito, como si es por ejemplo en EE. UU, con el delito de perjurio. Sin embargo, si bien el artículo 207 del Código Penal excluye al imputado,¹⁴¹ el letrado por su deber de lealtad en la litigación tiene prohibido instruir al cliente, testigo, o peritos para que presten declaración falsa.¹⁴²

¹⁴¹ “El que, a sabiendas, presentare ante un tribunal a los testigos, peritos o interpretes a que se refiere el artículo precedente u otros medios de prueba falsos o adulterados(...)”

¹⁴² Artículo 95, inciso 2°, letra f) del CEP.

Dicho esto, la primera interrogante en la implementación es si acaso prestar declaración es una vía óptima para el objetivo procesal. Para la implementación de una correcta estrategia el abogado debiese tener desde un principio toda la información relevante para tomar decisiones trascendentales como es la de aconsejar declarar o no, esto ocurrirá en la medida en que el cliente sea honesto desde un comienzo y confiese en un primer momento, cuestión que, por las vicisitudes de la vida, puede perfectamente no ocurrir.

Se puede dar que el representado confiese la comisión del delito y diga que su voluntad es declarar falsamente, ante esto lo primero, radica en que dicha renuncia a su derecho aguardar silencio haya sido de manera libre e informada y lo que debe hacer el abogado es persuadirlo a que no realice la declaración. Si esto se torna imposible y el abogado no logra persuadir a que no declare falsamente, para algunos -aquellos que tienen permitida la renuncia- podrán ejercerla, solución que no es posible en la gran mayoría de los casos. Por lo que, frente a esto, los consejos del abogado deben ceder ante la eminente titularidad del cliente de su defensa e intereses.¹⁴³

Por otro lado, cuando el cliente desea declarar, pero diciendo la verdad, esto es, confesando la comisión del delito, el abogado debe aconsejarle que realice ese acto solo en la medida que esto le permita obtener una ventaja procesal real. De no existir ventaja alguna, debe haber sido informado oportuna y cabalmente de las consecuencias que su decisión puede tener a la hora de dictar sentencia.

¿Como saber si es lógico, eficiente o útil guardar silencio ya sea en etapas previas o en el juicio oral si no se sabe cómo el Tribunal valorará dicho silencio? Estimo que el órgano jurisdiccional tiene prohibido valorar de forma alguna el silencio del imputado ya sea en etapas previas o en juicio, sea de manera total, temporal o parcial puesto que el fundamento básico es que no se pueda coaccionar a alguien a prestar declaración, por que sino se desnaturaliza la garantía en cuestión. Esto ha tenido un importante desarrollo en las legislaciones comparadas, cuestión que no ha ocurrido en nuestro país y es del todo relevante para la resolución de esta segunda pregunta.

¹⁴³ En este sentido, el artículo 16 inciso 1) del Código Deontológico del Defensor Penal Público.

Esta postura, encuentra su fundamento en el artículo 93 del CPP “tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa.” Resulta lógico pensar que ejercer el derecho a guardar silencio no le produzca ninguna consecuencia adversa, manteniéndose la cara de probar la culpabilidad más allá de toda duda razonable en el Ministerio Público e imposibilitando al tribunal a sacar conclusiones del ejercicio mismo, lástima que la jurisprudencia nacional en esto falla en ambos sentidos. Decidir si se debe o no declara va a estar fuertemente influenciado por esto y deberá el cliente junto al abogado tomarlo en consideración a la hora de tomar la decisión ya que puede tener un fuerte impacto en el resultado el poder o no valor el silencio.

Es por lo que, frente a la confesión del representado de haber participado en la comisión un delito y estando obligado o queriendo defender a la persona, lo que corresponde hacer al abogado para cumplir con sus obligaciones y que logre el objetivo principal de la defensa penal, es plantear una teoría del caso eficiente con estos objetivos. Si es que el cliente ha decidido declarar falsamente y no ha sido posible persuadirlos a que se abstenga o no está permitida la renuncia a la defensa el abogado no debe utilizar de forma alguna dicha declaración en provecho de los intereses del cliente ya que al tener conocimiento de que dicha información es falsa el ordenamiento jurídico prohíbe que el abogado litigue de esa forma.

Una teoría del caso entendida como que “es un concepto propio de las técnicas de litigación que se asocia a la idea que el litigante (defensor, en este caso), debe presentar ante el tribunal una versión de hechos verosímil y persuasiva que permita explicar todos los hechos conocidos de una manera que resulte legalmente útil al imputado, en cuanto, si es aceptada por el tribunal como plausible determinará la absolución o la imposición de la pena menos grave al imputado de la que viene solicitada por la parte acusadora.”¹⁴⁴

¹⁴⁴ López, Julián (2014) “La defensa del ‘culpable’ en la ética profesional del defensor penal” en VV.AA. Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, Thomson Reuters, Chile. pág 533.

Lo responde que se debe hacer es aconsejar al cliente que no declare, es decir que ejerza su legítimo derecho a guardar silencio, la cual es uno de los principales medios de defensas del imputado y plantear una teoría del caso alternativa que permita que no se logre desvirtuar la presunción de inocencia. Dependiendo del caso se podrá, por ejemplo, si es que la prueba presentada por el Ministerio público y/o el querellante carece del peso suficiente para lograr la condena, guardar silencio y limitarse a desvirtuar mediante el ejercicio de todas y cada una de las formas y oportunidades procesales que se le presenten para refutar la prueba de cargos presentada por dichos intervinientes.

Si la prueba de cargos prueba aportada y reproducida legalmente en el juicio oral es de un peso sustantivo y permita alcanzar el estándar de condena, se debe plantear una teoría alternativa contradictoria con la acusación que genere una duda razonable y dicho objetivo lo deberá lograr, contrainterrogado a los testigos, aportando prueba propia, solicitando diligencias de investigación concordante con su teoría del caso, excluir la prueba que se haya obtenido ilegalmente, hacerse cargo de las falencias de los demás intervinientes en sus alegatos, buscar salidas alternativas, entre otras. Además, hay que tener en consideración que si decide declarar en una primera instancia y luego guardar silencio, los funcionarios a cargo de tomar la declaración podrán testificar respecto de la misma.

En este sentido, “mediante la formulación de proposiciones fácticas, el análisis de la evidencia circunstancial y el ofrecimiento de evidencias afirmativas, de refutación, explicativas y emocionales uno puede crear relatos que destacan los datos importantes desde el punto de vista jurídico”¹⁴⁵ y es justamente esto lo que permite cumplir con el objetivo principal de la defensa penal y lograr la absolución o la condena más favorable posible para el representado.

¹⁴⁵ Bergman P. La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad (trad. Del original Trail Advocacy in a Nutshell), Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2ª ed. 1989.

Conclusiones

La garantía de no autoincriminación es una manifestación del derecho a la defensa con que cuentan las personas que están en un proceso penal. De dicha garantía se deriva el derecho a guardar silencio y no declarar contra uno mismo y el derecho a prestar declaración voluntaria y que esta no sea hecha bajo juramento. Esta se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República,¹⁴⁶ en Tratados Internacionales de Derechos Humanos Chile¹⁴⁷ y en la ley¹⁴⁸.

El ejercicio de dichos derechos debe ser libre e informado para que sea válido, no pudiendo estar sujeto a ningún tipo de forzamiento por parte del Estado para obtener una declaración.¹⁴⁹ Anteriormente, durante la vigencia de procesos penales de cortes más bien inquisitivos la búsqueda de la verdad permitía llegar al extremo de la tortura o tratos inhumanos para obtener una declaración del imputado. Esto ya no es procedente dentro del sistema actual en atención a las garantías fundamentales con que cuenta el imputado ya que existe una asimetría sustancial entre este y el Estado dentro del proceso, por lo mismo, se han establecidos ciertas garantías de las personas frente a la persecución penal como lo es el “nemo tenteur”.

La decisión de declarar o no es privativa del sujeto pasivo del proceso penal, debiendo tener la debida y oportuna intervención del letrado y siendo esta decisión personal en miras a obtener su pretensión dentro del proceso.

Se desarrollo la regulación que encuentra dicha garantía en Alemania, España y Estados Unidos. Podemos ver las diferentes fórmulas que usan las legislaciones para reconocer dichos derechos del imputado. Las legislaciones varían en cuanto a la formula, algunas como Chile, EE. UU. y España lo integran a sus constituciones, las que igualmente creo son insuficientes en cómo consagran estos derechos. Todos los países expuestos en esta tesis desarrollan a nivel legal, existiendo ciertos consensos básicos como el derecho a guardar silencio y la posibilidad de declarar en el proceso para defenderse de las imputaciones en su contra.

¹⁴⁶ Ver subcapítulo 1.2.

¹⁴⁷ Ver subcapítulo 1.3.

¹⁴⁸ Ver subcapítulo 1.4.

¹⁴⁹ Ver nota al pie número 35.

Se desarrolló una discusión que se ha dado en el derecho comparado respecto de la valoración que puede hacer el juez del silencio del imputado. Estimo que está siempre excluida de la posibilidad de valoración por parte del juez el silencio del imputado en atención a que es fundamental a que, si esto no fuese así, la esencia misma de la garantía se desvirtúa porque, a lo menos, indirectamente se va a ver inducido a declarar.¹⁵⁰ Creo que la doctrina nacional no ha desarrollado la materia a cabalidad como este asunto merece y espero esta tesis haya dado ciertas luces para aquello.

La declaración voluntaria prestada ante la policía estimo que no debiese jamás poder realizarla sin un abogado. La forma en cómo actualmente está regulada en el Código Procesal Penal es vulneratorio de los derechos fundamentales de las personas. Si bien estimo que debiese ser obligatoria la presencia del abogado, los policías pueden testificar respecto de la declaración prestada previo al juicio si esta fue otorgada respetando los estándares democráticos mínimos. El imputado decidió declarar y si bien está excluida la declaración, no lo está la prueba testimonial. Esto no quiere decir que si el guarda silencio posteriormente en el juicio se pueda sacar conclusión alguna de esta.

La jurisprudencia en Alemania y España se ha pronunciado en la materia y por lo tanto las personas pueden prever como va a fallar el tribunal. En Chile y EE. UU. la jurisprudencia falla en ambos sentidos y por lo tanto, es difícil prever como se resolverá. Creo que la mejor forma de solucionar el tema es por parte del legislador, excluyendo la posibilidad del juez de poder valorar dicho silencio.

A la pregunta ¿qué debe hacer el abogado frente a la autoincriminación del cliente? Si el abogado no comparte los fines o los medios y esto le imposibilita favorecer y maximizar el interés, los derechos y garantías del cliente y hacer efectiva su pretensión, lo que corresponde es rechazar el asunto, solución que solo le es aplicables, a los defensores penales privados.

¹⁵⁰ En este sentido, comparto la tesis de los profesores María Inés Horwitz y Julián López Masle.

Si es que al abogado acepta el encargo o no le es posible rechazarlo o podrá aconsejarle al cliente auto incriminarse solo en cuanto de aquel acto se obtenga una ventaja procesal. Por lo tanto, lo que finalmente debe hacer el abogado ante la confesión del delito es cumplir con su obligación de una defensa leal y empeñosa, ejerciendo la defensa de la mejor manera posible utilizando todos los medios legales para que el interés y la pretensión de libertad del imputado sean satisfechas.

A la pregunta, ¿cómo debe aplicar esto al caso concreto? El objetivo principal de la defensa penal es lograr la absolución del cliente o, en caso de condena, obtener la pena más favorable posible. Para alcanzar este objetivo, el abogado debe implementar una estrategia procesal efectiva y actuar con lealtad y honestidad. Si el cliente desea confesar el delito, se le debe recomendar que lo haga solo en la medida que esta confesión ofrezca una ventaja procesal real y el cliente debe estar plenamente informado sobre las consecuencias de su decisión.

En caso de que el cliente decida declarar falsamente y el abogado no pueda persuadirlo para que no lo haga, este tiene prohibido utilizar esa declaración en la defensa, ya que el ordenamiento jurídico le imposibilita litigar con información falsa. En tales situaciones, el abogado debe aconsejar al cliente que guarde silencio y desarrollar una teoría del caso alternativa que permita no se desvirtúe la presunción de inocencia. Esto incluye cuestionar la validez de la prueba presentada por la acusación y utilizar todas las oportunidades procesales para refutar los cargos. Si la prueba es contundente, el abogado debe generar dudas razonables mediante contrainterrogatorios, prueba propia, y la exclusión de pruebas ilegales, entre otras tácticas.

Bibliografía

- Aguilera de paz, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III (Artículos 259 a 455). Madrid, Hijos de Reus Editores, 1924.
- Alejandra Mera González-Ballesteros. Justicia restaurativa y proceso penal, garantías procesales: límites y posibilidades. *Ius et praxis* 2009. Vol. 15 (2).
- Alschuler, Albert W. 2019. A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent. *Michigan Law Review* 117 (5): 1 p.
- Alvarado Velloso, Adolfo y Águila Grados, Guido (2011) *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editorial San Marcos, 838 pp., p. 5
- Aselmann, Maike., “Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 3.5.2000-1 StR 125/00”, en *JR* 2001.
- Asencio, José. *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- Asencio, José. *La prueba prohibida y prueba precoz titulada en el proceso penal*. Lima.2008.
- Aunque, Frieder; Horsfield, Philip y Parosanu, Andrea (2015): “Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States, International Juvenile Justice Observatory.”
- Bergman P. *La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad* (trad. Del original *Trail Advocacy in a Nutshell*), Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 2ª ed. 1989.
- Braithwaite, J. (2022) *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press.
- Calamandrei, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Editorial Depalma. Buenos Aires 1943. P. 241.
- Carnevali, Raúl. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de *lege ferenda*. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, No 1, 2019
- Carnevali, Raúl. Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de *lege ferenda*. *Revista Ius et Praxis*, Año 25, No 1, 2019.
- Christie, Nils, 1977: “Conflicts as Property”, *British Journal of Criminology*. Vol. 17 Nro. 1.

Correa, Carlos. 2018. Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno. Revista de derecho. XXXI (2). P. 239.

Cuadrado Salinas, Carmen (2015): “La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?” Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología (No 17-01).

Cury Enrique, Derecho Penal. Parte general, 10 ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2011.

Dignan, Understandings, cita. nota n.6.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián. Proceso Penal. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2009.

Düinkel, Frieder; Horsfield, Philip y Parosanu, Andrea (2015): “Research and Selection of the Most Effective Juvenile Restorative Practices in Europe: Snapshots from 28 EU Member States, International Juvenile Justice Observatory.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. 2da edición, 1997, Editorial Trotta, Madrid, España.

Ferrer, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Madrid, Marcial Pons. 2010.

Gavrielides, T. (2007) Restorative Justice Theory and Practice: Addressing the discrepancy, Helsinki, European Institute for Crime Prevention and Control (HEVNI, Publication series 52.

Gomes, Andrade. 2019. La detención y el interrogatorio como acciones de instrucción que comprometen derechos fundamentales del imputado. Editorial Vlex (47).

González Ramírez, Isabel (2014): “¿Es necesario incorporar formalmente mecanismos propios de la justicia restaurativa en el sistema penal chileno?”, González, Isabel (directora), Justicia restaurativa: Herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto (Santiago, Anuario del centro de mediación, negociación y arbitraje de la Universidad Central de Chile).

González, María de los Ángeles. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Santiago, legal publishing, 2013.

Günther, Hammerstein., “Strafrechtliche Beweiswürdigung und schweigender Angeklagter”, en JR 1978, 93 p.

Hendler, Edmundo S. Sistemas Procesales Penales Comparados. Ed. Ad. Hoc. Buenos Aires, Argentina. 1996.

Horwitz L. María Inés / Julián López M. Derecho Procesal Penal Chileno. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2003.

Horwitz, María Inés. y López, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2008.

J. Thompson, Matthew. 2018. Salinas v. Texas: The Fifth Amendment Self-Incrimination Burden. *Capital University Law Review* (46): 19 p.

Kidston, Alan R. 1979. Privileged Communications. *The Business Lawyer* 34. 853 p

Kleinknecht, Thomas., “Anmerkung zur Urteil des BGH 5. StS v. 26.10.65-5 StR 415/65”, en *JR* 1966.

Kleinknecht, Thomas., “Anmerkung zur Urteil des BGH 5. StS v. 26.10.65-5 StR 415/65”, en *JR* 1966. 270.

López, Julián (2014) “La defensa del ‘culpable’ en la ética profesional del defensor penal” en VV.AA. Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés, Thomson Reuters, Chile

Majerol, Veronica. 2019. “You have the right to remain silent”: the Supreme Court’s Miranda ruling 50 years ago established key rights for criminal suspects. *New York Times Upfront*. 151 (12): 1 p.

María Jesús Silva Sánchez. En búsqueda del derecho penal. Editorial B de F. Buenos Aires, 2015.

Marshall, Tony, 1999: Restorative Justice: an overview. London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.

Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Legal Publishing Chile, 2010. P 3.

Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal penal. Tomo II. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017.

Miebach, Klaus., “Der teilschweige Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung”, en *NStZ* 2000.

Mittermaier, Karl Joseph Anton. Tratado de la prueba en Materia Criminal. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi SRL. 2006.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat. El espíritu de las leyes. Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal. (2002) ECOSOC. I. 1,2, 3.

Riquelme Carla. Garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en el derecho penal: legislación chilena y breve estudio de derecho extranjero. Universidad de Chile, 2019.

San Martín, César. Derecho Procesal Penal. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003. 833 p.

Schmidt, E., “§261 StPO in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung”, en JZ 1970, p.341.

Schneider, H., “Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen”, en JURA 1990, pp. 273 s.

Serra, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel, 1969. 743 p

Silva Bascuñan, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, segunda edición, año 2000, Editorial Jurídica de Chile, tomo VII, p.296.

Solé Tura, J. y AJA, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Madrid. 2005. 19 p.

Soutter, David. 2017. Constitutional law – Massachusetts Supreme Judicial Court distinguishes Thompkins’s unambiguous invocation requirement of right to remain silent – Commonwealth v. Clarke. Suffolk University Law Review 50 (1): 1 p.

Valenzuela, Jonatan. Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno. Santiago, Rubicón Editores, 2017.

Van Ness, Daniel W. y Strong, Karen Heetderks, 2015: Retoring Justice: An Introduction to Restorative Justice, 5.ª edición, Elsevier, Wlatham, MA, USA: Anderson Publishing.

Vid. Wessels, J., “Schweigen und Leugnen im Strafverfahren”, en JuS 1966, p. 169.

Walgrave, L. (2002) “Introduction” en Walgrave, L. (ed) Restorative Justice and the Law, Devon, Inglaterra: Willan Publishing.

Walgrave, Lode, 2005: Towards restoration as the mainstream in youth justice. Elizabeth Elliot y Robert M. Gordon (Editores), New Directions in Restorative Justice Issues, Practice Evaluation, Cullompton, Devon: William Publishing.

Witness privileged communications husband and wife – asking incompetent questions. Criminal Law Magazine and Reporter 12 crim L. Mag & Rep.

Zapata María Francisca. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor. Santiago. Revista de Estudios de la Justicia, Nro. 6. 2005.

Jurisprudencia

BGH NJW 2000, 1426; BGH NStZ 2000, 495.

BGHSt 22, 113; 25, 365 (368); 32, 140 (144); 38, 302 (305).

BVerfG NStZ 1995, 555;

BVerfGE 56, 37 (51).

Corte Suprema en sentencia dictada el 27.04.2004 ROL: 992-2004.

Corte Suprema Rol 6934-2009.

Griffin vs California. (380 U.S 609)

Corte Suprema, 28 de noviembre de 2012, Rol N° 2.582-2012.

Corte de Apelaciones de Rancagua ROL 98-2004.

Miranda vs. Arizona. (384 U.S. 436)

OLG Düsseldorf MDR 1988, 796;

OLG Hamm NJW 1973, 1708;

OLG Hamm NJW 1974, 1880 s.;

OLG Karlsruhe StraFo 2004, 355;

OLG Oldenburg NJW 1969, 806.

OLG Stuttgart NStZ 1981, 272;

OLG Stuttgart NStZ 1986, 182;

Sentencia Tribunal Constitucional Rol 3094-2016-INA.

Sentencia Tribunal Constitucional, 148/2008, de 17 de noviembre de 2008. Tol 1405449.

Sentencia Tribunal Supremo 1443/2000, de 20 de septiembre de 2000.

Sentencia Tribunal Supremo, 474/2016, de 2 de junio de 2016. Tol 5741223.

Sentencia Tribunal Supremo, 5 de octubre del 2001. Tol 4976381

Sentencia Tribunal Supremo, 874/2013, de 21 de noviembre. Tol 4031802.

SSTEDH, 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders c. Reino Unido). Tol 123777.

Tribunal Constitucional en Rol 3094-16.

Tribunal Constitucional, Rol 1351, 20 de mayo de 2010.