



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN Y
PRIVILEGIOS DE NO DECLARAR EN EL DERECHO
PENAL: LEGISLACIÓN CHILENA Y BREVE ESTUDIO DE
DERECHO EXTRANJERO**

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

CARLA FRANCISCA RIQUELME REYES

Profesor guía:

Jesús Ezurmendia Álvarez

Santiago, Chile

2019

*Para todos aquellos que han estado a mi lado,
apoyándome en este camino de aprendizaje y desafío personal
que culmina en la escritura y realización de esta tesis.*

Tabla de Contenidos

Resumen.....	VII
Introducción.....	1
Parte primera: garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en Chile	9
Capítulo I: Derecho de no autoincriminación.....	9
1. ¿Qué es el principio <i>nemo tenetur</i> ?	10
2. Desarrollo de este principio en la legislación chilena	13
2.1. Cuerpos normativos donde se consagra	13
2.2 Derechos involucrados.....	14
2.3 Algunas problemáticas de este principio en su aplicación y resguardo	26
3. Exclusiones de prueba	32
Capítulo II: Privilegio de no declarar.....	35
1. Breve referencia a la prueba testimonial	35
1.1 Concepto y requisitos	35
1.2 Deberes de los testigos.....	37
2. Privilegio de no declarar en Chile.....	38
2.1 Causales fundadas en el parentesco o razones personales (artículo 302 CPP).....	39
2.2 Causales fundadas en razón del secreto (artículo 303 CPP)	41
2.3. Causales fundadas en la no autoincriminación (artículo 305 CPP).....	44
3. Sistematización del tratamiento del <i>nemo tenetur</i> y privilegios de no declarar en el derecho chileno.....	48
Parte segunda: estudio de derecho extranjero	55
Capítulo III: estudio de derecho extranjero en países del Sistema Continental.....	55
1. Alemania.....	57
1.1. Garantía de no autoincriminación	57
1.2. Privilegios de no declarar.....	66
2. España	69
2.1. Garantía de no autoincriminación	69
2.2. Privilegios de no declarar.....	80
3. Perú	83

3.1. Garantía de no autoincriminación	84
3.2. Privilegios de no declarar.....	89
Capítulo IV: estudio de derecho extranjero en países del <i>Common Law</i>	94
1. Inglaterra.....	943
1.1. Garantía de no autoincriminación	943
1.2. Privilegios de no declarar.....	1021
2. Estados Unidos.....	1076
2.1. Garantía de no autoincriminación	1076
2.2. Privilegios de no declarar.....	1154
3. Sistematización sobre el tratamiento del <i>nemo tenetur</i> y privilegios de no declarar en los países recientemente desarrollados y contraste con la legislación chilena.	12019
Conclusiones	1298
Bibliografía.....	1332
Jurisprudencia chilena	1410
Jurisprudencia extranjera.....	1410

Resumen

En el presente trabajo se tratarán dos de las principales garantías que encontramos en el juicio penal con la finalidad de resguardar a quienes intervienen en él, ya que sus derechos se encuentran en peligro. Así, la primera de ellas es la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur* que tiene por finalidad proteger al imputado, que es el sujeto más vulnerable del proceso, puesto que contra él recae toda la pretensión punitiva estatal, razón por la cual se crea esta garantía que le confiere dos principales derechos, a saber, el de no prestar juramento al momento de declarar, y el de guardar silencio.

Por otro lado, encontramos los privilegios de no declarar de los que gozan algunos testigos en el juicio penal, debido a vínculos que los ligan con el imputado del juicio, como son las razones de parentesco y de secreto profesional. Finalmente, encontramos una causal que no dice relación con el vínculo con el imputado, si no que es una extensión del *nemo tenetur* del imputado hacia el testigo, es la llamada causal de no autoincriminación, es decir, el testigo no estará obligado a responder a las preguntas que se le hagan si de ello se puede derivar su propia incriminación en un juicio de carácter penal.

Primero hablaré de ambos temas en el ordenamiento jurídico chileno, y finalmente, tomaré estos dos derechos, es decir, la garantía de no autoincriminación y los privilegios de no declarar de los testigos y me referiré a su desarrollo en otras legislaciones seleccionadas a este respecto, a saber, Alemania, España, Perú, Inglaterra y Estados Unidos. Esto tiene por finalidad comparar la legislación chilena con aquellas y ver si nuestro ordenamiento jurídico resguarda efectiva y eficazmente estos derechos, y en caso de no ser así, ver cómo se puede mejorar, para lo cual se deben vislumbrar las principales problemáticas al respecto.

Introducción

Esta tesis es sobre derecho procesal penal, puesto que lo considero una materia interesante y muy importante, ya que es en este tipo de procedimientos donde están en juego los bienes jurídicos más valiosos para la sociedad, así, se disputa tanto sus resguardos como el debido castigo a sus vulneraciones. Asimismo, están en riesgo los derechos fundamentales más básicos del sujeto pasivo del proceso penal, ya que, en caso de haber sentencia condenatoria en su contra, puede incluso llegar a perder su libertad. Así, “encontramos un conjunto de normas jurídicas que asocian a ciertas conductas sanciones de gran trascendencia en la vida del condenado, que van más allá del pago o la simple reparación civil,”¹ y, en este contexto es que, en el transcurso del proceso, hasta llegar a una sentencia definitiva ya sea de condena o de absolución, el imputado tiene a todo el aparato punitivo estatal sobre sus hombros, por lo cual se encuentra en una situación desventajada y vulnerable, razón por la cual se han establecido diversos derechos y garantías, con la finalidad de equiparar lo desbalanceada de la situación.

Estas garantías son extremadamente importantes dentro de un Estado de Derecho, puesto que se debe velar por el cumplimiento de ellas con la finalidad de no vulnerar los derechos humanos consagrados en diversos cuerpos normativos que buscan proteger al imputado. Sin embargo, esto no está exento de problemáticas, puesto que los distintos entes del Estado, así como la misma sociedad, y el aparato persecutor en sí, tienden a tener una visión más sesgada al respecto, ya que consideran que aquellos que quebrantan normas tan importantes como las penales, no deben tener un amplio catálogo de derechos, pues son vistos como sujetos que no aportan a la sociedad, por el contrario, solo la dañan.

Es así que, históricamente se ha privilegiado la obtención de la verdad a cualquier precio, puesto que la gente empatiza con la víctima ya que también se sienten como posibles víctimas, por lo que la opinión pública y los legisladores han tomado el miedo colectivo como criterio de legitimación de estas prácticas, así como de la rigurosidad del derecho penal en sí, a lo cual se le ha denominado como Derecho penal del miedo, en que

¹ Politoff, Sergio y Matus, Jean. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. México D.F, Jurídica de las Américas, 2009. 55 p.

se ha buscado la seguridad subjetiva, es decir, la percepción por parte de la ciudadanía de ausencia de riesgo, lo cual se logra a través de estos procesos en que el imputado tiene menos derechos, penas más altas, y todo en virtud de esta idea de que con ello la sociedad estará a salvo.²

Este fenómeno cobra fuerza en la primera mitad del siglo XX, en que alumbró la denominada defensa social, la cual se encuentra explícitamente anclada en la idea de defender a la mayoría buena y honrada frente al creciente peligro encarnado en los desviados, entonces es que la ciudadanía empieza a solicitar mayor seguridad como una necesidad social, quedando desplazados los derechos de los sujetos pasivos del derecho penal.³ Por fenómenos como este, que siguen presentes en el ideario colectivo de nuestra sociedad es que ha costado tanto la consagración de los derechos para resguardar al imputado, aunque de todas formas se ha logrado, puesto que, desde postulados garantistas, se sostiene que la orientación a la seguridad subjetiva que caracteriza el Derecho penal del miedo y la instrumentalización política que se deriva de la misma, suponen una funcionalización ilegítima, puesto que abre la puerta a la perversión de las funciones y fines del Derecho penal y del derecho Procesal Penal, como la vulneración de derechos y garantías, en ocasiones encubierta, por el principio de protección de bienes jurídicos.⁴

En este contexto, es que en la presente tesis me referiré a dos grandes temas del derecho procesal penal que han tenido especial relevancia, así, en primer lugar, hablaré de la garantía de no autoincriminación, también conocida por su máxima latina como *nemo tenetur*. Y, en segundo lugar, hablaré de los privilegios que gozan ciertos testigos para eximirse de la obligación de declarar en el juicio penal. En este sentido, para sistematizar de mejor manera esta tesis en que la dividiré en dos partes, a saber, en la primera trataré la garantía de no autoincriminación y los privilegios de no declarar en Chile, y en la segunda parte, haré un estudio de derecho extranjero respecto de estos dos tópicos.

Comenzando la primera parte de esta tesis, desarrollaré el derecho de no autoincriminación ya que, como veremos a lo largo de la misma, es una garantía establecida

² Marqués, María. 2017. Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo. Revista de Política Criminal 12 (24): 693 p.

³ Ibid. 695 p.

⁴ Ibid. 690 p.

para resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, que como acabo de mencionar, se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad al tener todo el aparato persecutor estatal sobre él, lo que históricamente se ha traducido en fuertes abusos contra aquel sujeto. Así, el *nemo tenetur* ha sido consagrado en los distintos ordenamientos jurídicos para evitar abusos, que en sus inicios eran grotescos, como la tortura y tratos inhumanos o degradantes contra el delincuente, con la finalidad de lograr una confesión de su parte y así usarla como prueba para dictar una sentencia condenatoria. En este contexto, el primer derecho en el cual se manifestó la no autoincriminación fue el de que se suprimiera la obligación de prestar juramento al momento de declarar, ya que, si bien estaba obligado a responder a las preguntas, podía responder lo que le pareciera más conveniente con la finalidad de no aportar pruebas en su contra, sin que por ello cometiera perjurio.

Con el pasar de los años, se consideró que este derecho de no jurar al momento de declarar no era suficiente para resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, por lo que se comenzó a consagrar paulatinamente el derecho a guardar silencio, así, el imputado no puede ser obligado a declarar si es que decide que la mejor estrategia para él es no hacerlo. Para resguardarlo con mayor ímpetu se estableció que para renunciar a este derecho es necesario que aquel acto sea libre e informado, y en caso de que no se cumpla con estos requisitos, la información aportada con vulneración de derechos humanos, que en este caso es el derecho a guardar silencio, debe ser excluida de la prueba que usa el juez al momento de fallar.

Lo anterior tiene como causa que las declaraciones que haga el imputado en el juicio penal “tienen la naturaleza de un derecho de defensa, y no de un medio de prueba de cargo que pueda ser calificado como una confesión; situación que al ser así comprendida, provocará disminuir actuaciones policiales o de investigación en esa búsqueda de confesiones, pues si la autoridad judicial no valora en ese sentido las declaraciones, se logrará disminuir el interés de obtener la declaración a toda costa.”⁵

El *nemo tenetur* manifestado en los derechos recientemente mencionados debe tomarse como “una modalidad de autodefensa pasiva, mediante la cual el sujeto puede

⁵ Eloy, José. 2014. ¿Defensa o autoincriminación? Sobre la declaración del imputado en el sistema penal acusatorio. Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales (20): 125 p.

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 confesarse culpable.”⁶

Sin embargo, importa ciertas dificultades en su aplicación y el alcance que se le da, por ejemplo, en el caso de la problemática debatida de si el juez puede valorar el ejercicio del derecho a guardar silencio ejercido por el imputado, lo cual ha suscitado diversas interpretaciones. Así, la garantía de no autoincriminación es un resguardo fundamental del sujeto pasivo del proceso penal, por lo cual se ha consagrado en diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero su integración a los diversos ordenamientos jurídicos y su aplicación en la práctica jurisprudencial no ha estado exenta de controversias, por lo cual me parece un tema muy interesante de tratar y analizar, lo que pasaré a hacer en el primer capítulo de esta tesis, donde hablaré de cómo se ha tratado y la evolución que ha tenido en Chile.

Como ya mencioné, el segundo gran tema que trataré en esta tesis son los privilegios de no declarar en el juicio penal que tienen ciertos testigos, puesto que como veremos, ellos, por regla general, tienen la obligación de comparecer ante el tribunal y testificar bajo juramento cuando hayan sido citados previamente y en la forma establecida por la ley. En este contexto, hay testigos que, si bien siguen teniendo el deber de comparecer en el juicio, por diferentes motivos, se les exime del deber de testificar en él, debiendo hacer valer el privilegio en vez de declarar.

En el segundo capítulo de esta tesis, desarrollaré y analizaré los motivos por los cuales un testigo puede gozar de este derecho de rehusarse a testificar en Chile, y aquí encontramos diferentes causas, dentro de las cuales están las razones personales del testigo, la relación de parentesco entre el testigo y el imputado, la relación profesional que lo vincula con el imputado, en virtud de la cual obtuvo la información que se le quiere preguntar en el momento en que declare, o, finalmente, por motivos de no autoincriminación, es decir, que de responder el testigo, podría aportar información que lo incrimine, o sea, que lo transforme a él en el sujeto pasivo del proceso penal, por lo cual en

⁶ Gomes, Andrade. 2019. La detención y el interrogatorio como acciones de instrucción que comprometen derechos fundamentales del imputado. Editorial Vlex (47): 50 p.

este caso estamos frente a una extensión de la no autoincriminación del imputado, que se le confiere también al testigo.

Posteriormente, doy paso al inicio de la segunda parte de esta tesis, donde en el tercer y cuarto capítulo haré un breve estudio de derecho extranjero, es decir, tomaré cinco países en virtud de los cuales explicaré y analizaré el desarrollo y tratamiento que han dado tanto a la garantía de no autoincriminación como a los privilegios de no declarar de los testigos. Para ello, primero los dividiré entre países que tienen su tradición jurídica en el sistema continental o *Civil Law*, y los que la tienen en el *Common Law*, así, el tercer capítulo se tratará de los países del Sistema Continental y, el cuarto capítulo, tratará los países del *Common Law*.

Chile pertenece al sistema continental, por lo que obviamente es importante desarrollar el *nemo tenetur* y los privilegios de no declarar de los testigos en países que también integren esta tradición jurídica para ver cómo lo han tratado y si nuestro ordenamiento se encuentra suficientemente desarrollado a este respecto, y analizar cómo podemos mejorar haciendo una comparación crítica entre las legislaciones.

Además, también me parece interesante tomar países de otro sistema jurídico, es decir, del *Common Law*, con la finalidad de ver qué tantas diferencias hay efectivamente entre unos y otros, puesto que, si bien anteriormente estaban fuertemente marcadas las disimilitudes entre ambos sistemas, en las últimas décadas esto se ha ido aplacando. De todas formas, creo que es menester señalar en esta parte de la tesis los puntos en que difieren más ambas tradiciones jurídicas, para luego, en el tercer capítulo, entrar de lleno al desarrollo de las legislaciones de los países seleccionados a exponer y analizar.

Así, dentro de las enunciaciones más genéricas, suele decirse, en primer lugar, que los sistemas del *Common Law* se definen por un carácter más acusatorio o adversarial, lo que suele traducirse en la ausencia de una fase de instrucción como pieza del proceso en sentido propio; y, por su parte, los sistemas del *Civil Law*, suelen tener un modelo de proceso penal mixto, con tintes inquisitivos en la fase preliminar del proceso.⁷ En segundo lugar, desde el punto de vista de quiénes son los protagonistas, se puede sostener que el

⁷ Gascón, Fernando. Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado. Cuadernos de formación. Madrid, 2011. 5 p.

modelo adversarial propio del *Common Law* da lugar a un proceso penal de partes, con una investigación preliminar policial que no está judicializa, en cambio, el rasgo más característico de los ordenamientos de corte continental es la existencia de una fase de instrucción, bajo control judicial, que tiene como objetivo efectuar una investigación que conduzca a una reconstrucción exhaustiva de lo acontecido.⁸

Y, en tercer y último lugar, otra diferencia importante y que quedará de manifiesto en el tercer capítulo es en cuanto a la regulación en sí misma del proceso penal, ya que el Sistema Continental se ha caracterizado siempre por poseer genuinos códigos procesales penales;⁹ en cambio, en el sistema del *Common Law* no ha habido el mismo suceso, es decir, no han experimentado un real proceso de codificación, lo que tiene como importante antecedente el valor primordial que se le atribuye al precedente judicial, así, países como Inglaterra ni siquiera cuentan con un Código Penal ni Código Procesal Penal.¹⁰

Establecido todo lo anterior, es que elegí tres países del Sistema Continental, los cuales son: en primer lugar, Alemania, puesto que este país ha tenido un importante desarrollo en el área penal, por lo que me pareció atingente e importante ver cómo ha tratado el *nemo tenetur* y los privilegios de no declarar de los testigos. En segundo lugar, desarrollaré España debido a la fuerte influencia que ha tenido históricamente en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que el sistema penal sea la materia en que menos similitudes hay, por eso mismo, me parece importante ver si en cuanto a estas dos garantías también hay tantas diferencias o no. Y, en tercer lugar, expondré y analizaré a Perú, ya que, al ser un país vecino, es decir, también latinoamericano, que ha tenido un desarrollo parecido al de Chile, es importante reflexionar sobre cómo ha tomado aquel estos derechos, y así, compararnos con un país con similares condiciones a las nuestras.

Para continuar, me referiré a dos países del *Common Law*, que son los más emblemáticos de este sistema, a saber, en primer lugar, Inglaterra, que es el estandarte de esta corriente jurídica, y que, como veremos, realmente difiere bastante del resto de los países recientemente mencionados, puesto que el tratamiento de estas garantías ha tenido un desarrollo principalmente jurisprudencial, y su aplicación es bastante restringida, por lo

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

cual me parece importante desarrollarlo, conocerlo y analizarlo. Y, en segundo y último lugar, me referiré a Estados Unidos, que al haber sido colonia inglesa tiene fuertes influencias de aquel país en su ordenamiento jurídico, pero que, aun así, tiene una Constitución y, a pesar de que el alcance y determinación de estos derechos ha tenido principalmente un desarrollo jurisprudencial, encuentra su primera consagración en la ley.

Luego, en un tercer y último punto de este gran tercer capítulo, reflexionaré, opinaré y compararé la información obtenida sobre los países seleccionados, haciendo una sistematización de qué derechos se consagran y dónde se regulan, para hacer un contraste entre aquellos Estados y Chile, y con ello arribar a la conclusión de qué lugar ocupa nuestro ordenamiento jurídico en el resguardo de los derechos expuestos.

Finalmente, y para cerrar esta investigación es que pasaré a las conclusiones, donde hablaré de la importancia de la garantía de no autoincriminación y de los privilegios de no declarar, y cómo lo han tomado y qué tanta relevancia le ha dado Chile en comparación a los otros países desarrollados, para lo cual haré un análisis crítico del reconocimiento y respeto que efectivamente se le ha dado a estos derechos fundamentales que deben estar presentes con fuerza en los ordenamientos jurídicos de los países que se consideran como Estados de Derecho.

Parte primera: garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar en Chile

Capítulo I: Derecho de no autoincriminación

El presente capítulo explicará qué es el principio de no autoincriminación y su importancia, para luego situarlo en el contexto de la legislación chilena, es decir, cómo se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico y en qué cuerpos normativos lo podemos encontrar. Luego, hablaré de los derechos en los cuales vemos manifestado al *nemo tenetur* o garantía de no autoincriminación, los cuales son principalmente el derecho de prestar declaración sin jurar decir la verdad y el derecho a guardar silencio.

Posteriormente, hablaré de un tercer derecho en el cual se manifiesta el *nemo tenetur* pero que ha sido objeto de bastante controversia, el cual es el derecho a que su persona no sea utilizada como fuente auto incriminatoria contra él mismo, y esto se ha debatido porque no se permitiría llevar a cabo ningún tipo de procedimiento en que se pudiera desprender la culpabilidad, ni siquiera la alcoholemia, lo cual ha generado bastante polémica, y por ende, se desarrollará con profundidad en el capítulo.

Para continuar, hablaré de ciertas problemáticas a las cuales se ha visto enfrentado el *nemo tenetur* en la práctica, con la finalidad de evidenciarlas y de que se reflexione a este respecto, puesto que las legislaciones deben encaminarse al mayor resguardo posible de este derecho. Finalmente, hablaré de las exclusiones de prueba, las cuales vienen a solucionar el problema de que se haya obtenido prueba con vulneración de derechos fundamentales, como es la garantía de no autoincriminación, razón por la cual no se podrá usar en el juicio.

1. ¿Qué es el principio *nemo tenetur*?

El derecho o garantía de no autoincriminación, también conocido como *principio nemo tenetur se ipsum accusare* (nadie está obligado a declarar contra sí mismo),¹¹ es aquel que “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”,¹² y tiene su base en la manifestación de autoconservación del ser humano, lo cual se ve reflejado anteriormente en el *Corpus Iuris Canonici*, con la máxima romana, *nemo tenetur prodere seipsum* (nadie está obligado a traicionarse a sí mismo).¹³

Entendiendo que el concepto de prueba es “la demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico, mediante las formas establecidas en la ley”,¹⁴ o más precisamente en sede penal “la comprobación en el juicio penal de la verdad o falsedad de un hecho o circunstancia relacionado con la conducta humana que sea pertinente y relevante para acreditar la existencia del delito y establecer la identidad del delincuente”,¹⁵ es que el principio *nemo tenetur* se ha consagrado como límite a esta búsqueda de la demostración de la existencia de un hecho, puesto que si bien es cierto que a lo que se quiere llegar es a encontrar evidencia suficiente y necesaria para que el juez llegue al convencimiento y posteriormente falle, este proceso no puede transgredir las garantías establecidas en favor del imputado,¹⁶ es decir, la búsqueda de la verdad no autoriza al juez ni a las partes a violar los límites éticos y legales colocados por un proceso penal sensibles a la dignidad humana.¹⁷

¹¹ Muñoz, Francisco. 2009. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. *Passim. Revista penal* (23): 74 p.

¹² González, María de los Ángeles. La carga dinámica de la prueba y sus límites. Santiago, legalpublishing, 2013. 102 p.

¹³ Horvitz, 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. 78 p.

¹⁴ Gorphe, Francois. De la apreciación de las pruebas. Buenos Aires, Ediciones Europa América, 1955. 24p.

¹⁵ Núñez, J. Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral. México D.F. Jurídica de las Américas, 2009. 324 p.

¹⁶ González, M. Op cit. 99 p.

¹⁷ Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Santiago, Editorial Librotecnia. 2017. 1125 p.

Se protegen mayormente las garantías del imputado, puesto que es en el interrogatorio de aquel sujeto donde se ve en más riesgo el cumplimiento de los derechos en cuestión, puesto que, en los primeros tiempos, para llegar a conocer la verdad de los hechos en un proceso, la confesión era el principal medio para lograrlo, por lo tanto, se validaban métodos terribles para ello, incluso era común la tortura como medio para lograr la confesión.¹⁸

Con todo esto, “se ha entendido que la garantía de no autoincriminación es una manifestación concreta de la presunción de inocencia y el derecho a la defensa”.¹⁹ En este sentido, la presunción de inocencia nos dice que “hasta que no se pruebe mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”.²⁰ Por ende, es importante que mediante el principio *nemo tenetur*, no se puede invertir la carga de la prueba hacia el imputado, es decir, no puede ser obligado a aportar pruebas que produzcan su autoincriminación, lo cual es una manifestación de su derecho a defenderse en el juicio, y además, a su presunción de inocencia, pues debe ser tratado como tal hasta que se pruebe lo contrario, y claramente no será él quien le ponga fin a la presunción.

En este sentido, la presunción de inocencia tiene especial relevancia, la cual es consagrada como un principio básico por el artículo 4 del Código Procesal Penal, y se ha desarrollado desde tres perspectivas o áreas distintas. En un primer lugar, dentro de una dimensión procesal, la encontramos como regla de trato.²¹ Esto indica que durante el proceso penal el imputado debe ser tratado como si fuera inocente, esto hasta que no se arribe a una decisión concreta que permita sustituir este trato de inocente por el trato de culpable.²²

¹⁸ Hendler, Edmundo. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004. 34 p.

¹⁹ Nogueira, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano: doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Librotecnia, 1ª Edición, 2007. 152 p.

²⁰ Ferrajoli, Luigi. Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado. Valladolid, Editorial Trotta, 2000. 549 p.

²¹ Ferrer, Jordi. Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. Madrid, Marcial Pons, 2010. 3 p

²² Valenzuela, Jonatan. Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno. Santiago, Rubicón Editores, 2017. 54p.

Por otro lado, encontramos la presunción de inocencia como regla probatoria, la cual es especialmente relevante respecto de la garantía de no autoincriminación, puesto que, como toda presunción, invierte la carga de la prueba, lo cual quiere decir que pone de cargo de una de las partes la necesidad de destruir el estado de cosas en que la presunción pone a los hechos.²³ Entonces, para que esta presunción sea derrotada, la prueba en su contra debe ser aportada por la acusación, producida en el juicio oral y haber sido obtenida sin violación de garantías.²⁴ Es así que, la presunción de inocencia se condice con el principio *nemo tenetur*, puesto que el imputado no tiene por qué probar su inocencia, y menos someterse a procedimientos que vayan encaminados a probar su propia culpabilidad. Y, además, al estar consagrado como una garantía fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, su vulneración hace que el tercer requisito para derribar una presunción de inocencia, es decir, que la prueba sea obtenida sin violación a garantías no se cumpla, y que, por lo tanto, haya una violación a la garantía de presunción de inocencia en su proyección como regla de prueba, y que no debiera ser admitido en el juicio.

Por último, encontramos la presunción de inocencia como regla de juicio, la cual se sitúa en el momento en que de aplicación del estándar de prueba y la decisión de condena o de absolución justificada en este mismo estándar.²⁵ Así, si la prueba obrante en autos no resulta concluyente para demostrar la culpabilidad del imputado, se debe fallar en favor de su inocencia, entonces, la presunción de inocencia como regla de juicio implica el aseguramiento del juez de haber vencido por un medio institucional determinado a la presunción de inocencia como regla de prueba.²⁶

Es así como la garantía de no auto incriminarse representa un límite al ejercicio de la coacción por parte de las autoridades, puesto que se debe respetar los derechos que provienen de ella, y al ser una manifestación concreta de la presunción de inocencia, también se debe respetar esta última en sus tres perspectivas, sobre todo en la de prueba, puesto que excluye al imputado la carga de la prueba, por lo que no tiene la obligación de presentar ninguna, menos alguna que vaya en el sentido contrario a estas garantías. Además, el principio *nemo tenetur* es una garantía que implica restricciones, por un lado,

²³ Ibid. P. 90.

²⁴ Ferrer, J. Op Cit. 10 p.

²⁵ Valenzuela, J. Op Cit. 92 p.

²⁶ Ibid. 93 p.

una restricción que opera en forma absoluta y en forma relativa. En forma absoluta puesto que protege a cualquier persona ante coacciones abusivas o indebidas, como sería la tortura o tratos degradantes.²⁷ En forma relativa, puesto que protege al imputado como fuente de prueba en el juicio penal, por lo cual se asegura que la coacción ejercida sobre él no afecte sus declaraciones o confesiones, evitando pruebas viciadas.²⁸

2. Desarrollo de este principio en la legislación chilena

2.1. Cuerpos normativos donde se consagra

En primer lugar, encontramos Pactos Internacionales que ha suscrito Chile, y que en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de nuestro país es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Dentro de ellos, encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 8 inciso segundo letra g) establece que “toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.²⁹

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 N° 3 letra g) estipula que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.³⁰

Y, por último, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia”.³¹

²⁷ Sarró, Jorge. El derecho a no autoinculparse del contribuyente. Barcelona, Bosch Editor, 2009. 141 p.

²⁸ Ibid.

²⁹ Chile firmó la Convención Americana de Derechos Humanos con fecha 22 de noviembre de 1969, sin embargo, la ratificó el 21 de agosto de 1990.

³⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, misma fecha en que fue suscrito por Chile. El instrumento de ratificación fue depositado en la Secretaría General de las Naciones Unidas el 10 de febrero de 1972.

³¹ La Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París.

En cuanto a las normas provenientes de nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos en primer lugar la Constitución Política de la República, la cual en su artículo 19 N° 7 letra f) establece que:

“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 éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.”

Por su parte, el Código Procesal Penal (en adelante CPP), en su artículo 93 letra g) establece como garantía del imputado el “guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”.

2.2 Derechos involucrados

Para comenzar, hay que señalar que todos los derechos involucrados tienen como finalidad que se haga efectiva la garantía de no autoincriminarse, y es importante aclarar que un sujeto se autoincrimina cuando presta una declaración en la cual reconoce total o parcialmente la existencia del hecho punible o su participación en él.³² Este principio ha ido mutando a lo largo del tiempo, no teniendo el mismo alcance y significación en todas las épocas y lugares. Es así que, mirando la normativa de nuestro país, veremos tres perspectivas (y con ello tres derechos) desde las cuales se ha tomado el principio *nemo tenetur*.³³

Estas perspectivas son las siguientes: en primer lugar, se ha identificado con el derecho de no prestar juramento al momento de declarar; desde una segunda perspectiva, se ha identificado con el derecho a guardar silencio o a permanecer callado; y, en tercer lugar, se le ha identificado con el derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma.³⁴ Ahora pasaré a analizar estos tres derechos.

³² Sáez, Jorge. Forma y garantías de la autoincriminación. Revista Procesal Penal N° 44, Santiago, 2006. 44 p.

³³ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 79 p.

³⁴ Ibid.

2.2.1. Derecho a no prestar juramento al momento de declarar

Este derecho está expresamente consagrado en la Carta Fundamental de nuestro país, puesto que, como señalé anteriormente, lo consagra en su artículo 19 N° 7 letra g), vinculándolo de manera directa a la garantía contra la autoincriminación.³⁵ Esta norma se encuentra en perfecta armonía con el antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906, en el cual se regulaba en su artículo 320 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.”

En este sentido, hasta la dictación del Código Procesal Penal, la única consagración del derecho de no autoincriminación en nuestro ordenamiento jurídico interno era este derecho a no prestar juramento, el cual parecía suficiente para resguardar esta garantía, por lo que las autoridades de persecución penal tenían amplio derecho a interrogar al imputado, sin que se pudiera hacer cesar el interrogatorio, el cual se utilizaba como método de presión.³⁶ Al respecto, solo se encuentra una norma que incorporaba débiles protecciones, a saber, el artículo 333 del Código de Procedimiento penal establecía que:

“si el examen del inculpado se prolongare 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.”

Con esto vemos que el único motivo para poner pausa al interrogatorio era que se perdiera la serenidad de juicio, lo cual era muy probable, puesto que es consecuencia habitual del interrogatorio como mecanismo de presión psicológica y física.

Este derecho tiene su explicación u origen histórico en la concepción predominante en los siglos XVI, XVII y XVIII de que la obligación de prestar juramento era una forma de coacción psicológica, puesto que el imputado, de no inculparse, estaría cometiendo

³⁵González, M. Op cit. 107 p.

³⁶ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 80 p.

perjurio.³⁷ Así, Estados Unidos fue quien resolvió este problema, el cual denominó como “*cruel trilemma*”, ya que al imputado se le presentaban tres opciones, todas ellas perjudiciales para sí: en primer lugar, podía acusarse a sí mismo; en segundo lugar, podía mentir y cometer perjurio; y, en tercer lugar, podía negarse a declarar y con ello cometer desacato.³⁸

Para solucionar este dilema se creó el derecho a no prestar juramento, el cual, sin embargo, trae como efecto negativo que se deba entender como un derecho a mentir, lo cual trae problemas éticos tanto para el imputado como para el defensor,³⁹ y, además, afecta al propio imputado, pues su declaración carece de crédito ante los ojos del tribunal, es por eso que en el siglo XIX, y con la introducción del siguiente derecho a analizar, es decir, el de guardar silencio, es que se permite que el imputado preste declaración bajo juramento, si es que así lo expresa, debido a que este derecho no es el más idóneo para materializar el derecho a la no autoincriminación.⁴⁰

2.2.2. Derecho a guardar silencio

Este derecho estuvo ausente en la legislación chilena hasta el año 1991, en que se incorporó indirectamente con la ratificación por parte de Chile de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como señalé anteriormente, en su artículo 8 inciso 2º letra g) consagra “el derecho a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable”. Sin embargo, este derecho no estaba contemplado en la legislación interna, puesto que ni la Constitución Política de la República ni el Código de Procedimiento Penal lo estipulaban.

Su primera regulación en nuestra legislación interna fue por vía reglamentaria, puesto que se necesitaba dar cumplimiento a la Ley N° 19.567, cual establece la obligación de leerle sus derechos al detenido, por lo que se dicta el Decreto Supremo N° 668 en el año 1998, el cual consagraba el derecho de “guardar silencio para no inculparse”.⁴¹ Así, el

³⁷ Alschuler, A. The prosecutor’s Role in Plea Bargaining. En University of Chicago Law Review, vol 36, 1968. 190 p.

³⁸ *Murphy v. Waterfront*, 378 U.S. 52.

³⁹ Gómez del Castillo y Gómez, M. El comportamiento procesal del imputado. (Silencio y falsedad). Barcelona, Librería Bosch, 1979. 78 p.

⁴⁰ González, M. Op cit. 109 p.

⁴¹ Ibid.

poder ejecutivo le imponía a la policía el deber de informarle un derecho al detenido que no tenía consagración expresa ni de rango constitucional ni legal en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se aplicaba por el Pacto Internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente.⁴²

Posteriormente, se reforma el sistema procesal penal, con la dictación del Código Procesal Penal en el año 2000, con la incorporación del ya mencionado artículo 93 inciso 2º letra g), “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 autoincriminación.”⁴³

El cambio introducido por el CPP es muy importante y ha tenido lugar puesto que con el antiguo Código de Procedimiento Penal la declaración del imputado estaba ligada con la búsqueda de la verdad y el sometimiento del sujeto al interés estatal. Sin embargo, con este nuevo cuerpo normativo se crea una lógica completamente distinta, en que el principal valor es la participación del imputado en el juicio, por lo que su declaración o silencio son expresiones de su autonomía y, sobre todo, de su derecho a defensa, por lo que es muy importante que se ejerciten de manera completamente voluntaria.⁴⁴

Con todo, este derecho a guardar silencio trae consigo una problemática importante, y es que muchas veces el juez a cargo del procedimiento valora negativamente el uso de este derecho a guardar silencio, puesto que ve en esta decisión un miedo a responder las preguntas, y que con el contra examen se evidencien contradicciones que lo puedan perjudicar. Por esto surge una interrogante fundamental, la cual es: ¿vulnera el derecho a guardar silencio el hecho de que el hacerlo efectivo conlleve consecuencias negativas en contra de la misma persona que lo utilizó en virtud de su garantía de no autoincriminación?⁴⁵

En cuanto a la respuesta a estas preguntas, hay distintas opiniones por parte de la doctrina, es así como encontramos una primera postura, en los autores Mauricio Duce y Cristián Riego que responden de manera negativa, pues señalan que los jueces sí pueden

⁴² Horvitz, M. y López, J. Op cit. 83 p.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Duce, Mauricio y Riego, Cristián. Proceso Penal. México, D.F. Jurídica de las Américas, 2009. 461 p.

⁴⁵ Ibid. 476 p.

entender este silencio como apoyo a la verosimilitud de la acusación del juzgador, puesto que:

“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 del conjunto de los mismos y de sus relaciones que los jueces deben obtener la información necesaria para su decisión.”⁴⁶

Para los autores que sostienen esta postura, el ejercicio del derecho al silencio es una renuncia de la posibilidad de responder las preguntas y con ello defender su postura y aclarar las interrogantes que tengan relevancia en el juicio, por lo que concluyen que algo oculta el imputado, y que el juez está en todo su derecho de valorar este hecho al momento de llegar a la convicción y dictar sentencia. Esta postura la recoge también el sistema inglés, en el cual se modificó el régimen legal que regula este tema para ampliar las posibilidades de valoración del silencio del imputado por parte de los sentenciadores, lo cual se tratará con mayor profundidad más adelante en esta tesis.

Por otro lado, encontramos una segunda postura, por los autores Julián López y María Inés Horvitz, los cuales sostienen la hipótesis contraria a lo anteriormente mencionado. Así, señalan que el derecho al silencio es una forma de ejercer el derecho a defensa, por lo que usarlo en su contra al momento de fallar sería establecer una presunción que proviene de un acto de defensa del imputado, y significaría una vulneración al mismo.⁴⁷ Este mismo criterio se ha adoptado en Estados Unidos, consagrado por la Suprema Corte, como analizaré más adelante en esta tesis.

En este sentido, los autores recientemente mencionados estipulan que:

“permitir que un tribunal extraiga conclusiones incriminatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a

⁴⁶ Ibid. 477 p.

⁴⁷ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 85 p.

declarar, lo que está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo.”⁴⁸

En esta misma línea se pronuncia el autor Humberto Nogueira Alcalá. Éste señala que el hecho de que el imputado haga uso del derecho de guardar silencio no debe ser calificado como indicio o contradicción y, por ende, no debiera traer ninguna consecuencia jurídica, ni favorable ni desfavorable, ya que es un derecho garantizado por las leyes y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile.⁴⁹

Yo adhiero a la segunda postura, puesto que el derecho a guardar silencio es una manifestación directa del principio de no autoincriminación, por lo que si se le agrega una consecuencia negativa tan grave como que los jueces lo puedan utilizar como prueba para alcanzar la convicción más allá de toda duda razonable, es decir, que se use como soporte para la hipótesis del acusador, implicaría una coacción muy fuerte para renunciar a él y prestar declaración, puesto que de lo contrario, el propio silencio se estaría usando en contra del imputado, y ya no sería un derecho que se pueda ejercer libremente, con lo cual se vulneraría el principio de no autoincriminación. Además, considero que el hecho de presumir que el único motivo para hacer valer este derecho es el que la defensa sea falsa y el miedo a que ello quede evidenciado en el juicio va contra la presunción de inocencia, puesto que se está catalogando al imputado como culpable antes de probarlo, y como ya vimos, la presunción de inocencia y el principio *nemo tenetur* están fuertemente ligados, y en este caso se estarían vulnerando ambos, lo cual me parece extremadamente gravoso y preocupante dentro del contexto de un Estado de derecho.

Por otro lado, esta misma postura es completamente sesgada, ya que se está ignorando una multiplicidad de factores que podrían llevar al imputado que realmente es inocente a tomar la decisión de ejercer su derecho a guardar silencio “el temor a represalias, el deseo de proteger a otros, de resguardar aspectos reservados de su vida privada y, en especial, el peligro de perjudicar su propia defensa con un mal desempeño al momento de la declaración.”⁵⁰ Finalmente, me parece que el solo hecho de que el juez hiciera este ejercicio mental de tratar de vislumbrar el motivo por el cual un imputado toma la decisión de hacer

⁴⁸ Ibid. 83 p.

⁴⁹ Nogueira, H. Op cit. 155 p.

⁵⁰ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 85 p.

válido este derecho ya atenta contra el mismo, puesto que es una garantía consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y por ello, su ejercicio no debiera ser juzgado ni cuestionado, si no que debiera tomarse como una estrategia totalmente válida y libre dentro del proceso penal.

Saliendo del ordenamiento jurídico chileno, debido a que este tema ha sido objeto de debate a nivel mundial, es que me gustaría mencionar un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, para luego mencionar el acontecer dentro de los tribunales de justicia de nuestro país.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en su jurisprudencia más reciente que no se puede sostener la culpabilidad del imputado basándose exclusivamente en inferencias provenientes del ejercicio al derecho a guardar silencio, pero que, el solo hecho de extraer estas inferencias no vulnera el artículo 6.1 que establece el derecho a un proceso equitativo, ni tampoco al artículo 6.2, que establece la presunción de inocencia, ambos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵¹ Con todo, el fallo que quiero mencionar es el de *John Murray v. United Kingdom*,⁵² el cual establece que:

*“el derecho de usar el silencio en su contra no siempre será una “coacción impropia”, por lo que la decisión debe tomarse a la luz de todas las circunstancias del caso, teniendo particularmente en consideración la situación de la cual se extrae la inferencia, el peso asignado por el tribunal al valorar la evidencia y el grado de coacción inherente a la situación.”*⁵³

De esto se puede extraer que deja a discrecionalidad del juez, según las consideraciones del caso concreto, el tomar en contra del imputado el derecho de guardar silencio, por lo que afecta intensamente la efectividad y el respeto a la garantía de no autoincriminación. Además, vulnera el derecho a la defensa, puesto que con este nuevo criterio difícilmente podrá el imputado y su defensor prepararse para el juicio, puesto que genera incertidumbre,

⁵¹ Ibid. 86 p.

⁵² *John Murray v. United Kingdom*, solicitud N° 18731/91, 08/02/1996, Reports 1996-I, considerandos 40 a 58.

⁵³ Ibid.

por lo que, “condicionar el valor del silencio a las circunstancias de cada caso concreto es, a nuestro juicio, tanto como desconocer su existencia.”⁵⁴

En cuanto a nuestros tribunales, se observan prácticas heterogéneas en las diversas regiones y diversos tribunales, lo cuales fallan de forma distinta en cuanto a diferentes tópicos, dentro de ellos la valoración del silencio del imputado, lo cual es muy complejo puesto que en muchos casos las decisiones se distancian de manera extrema y hace que los defensores e imputados no sepan qué estrategia utilizar en el juicio.⁵⁵ Es por eso que la primera tarea de parte de la justicia de Chile es unificar los criterios jurisprudenciales, para darle homogeneidad y seguridad a los actores dentro del proceso penal, y lograr una sintonía y concordancia dentro del actuar de los tribunales. Sin embargo, me parece muy importante que el legislador se pronuncie respecto de si es posible o no valorar negativamente el silencio del imputado, puesto que, si en la práctica se hace, finalmente se estaría vulnerando este derecho y, por consiguiente, su consagración en la ley no tendría ningún valor real, sería una norma meramente programática.

Por otro lado, como se puede extraer del artículo 93 inciso 2° letra g) del Código Procesal Penal, el ejercer este derecho a guardar silencio es una opción que queda a la voluntad del imputado, por lo cual, es un derecho renunciabile, y puede prestar declaración cuando lo estime conveniente.⁵⁶ Con todo, 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.⁵⁷

D) Que la renuncia sea libre

Este requisito trae como consecuencia la imposibilidad de emplear cualquier forma de tortura o maltrato para obtener la declaración, lo cual se consagra en diversas normas. La primera de ellas es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por Chile desde 1988, el cual prohíbe la tortura, tratos inhumanos o degradantes, y define en su artículo 1.1 la tortura como “todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sea físicos o

⁵⁴ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 86 p.

⁵⁵ Duce, M y Riego, C. Op cit. 461 p.

⁵⁶ González, M. Op cit. 110 p.

⁵⁷ Ibid.

mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión...”. En cuanto a lo que se debe entender por tratos inhumanos y degradantes, esta convención no se ha pronunciado, pero la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que el primero de ellos puede entenderse como “el que acarree sufrimientos de especial intensidad”,⁵⁸ y el segundo, “el que ocasione al interesado ante los demás o ante sí mismo una humillación o envilecimiento de carácter grave.”⁵⁹

La segunda norma importante es el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, el cual prohíbe “la aplicación de todo apremio ilegítimo”. En tercer lugar, encontramos el artículo 93 inciso 2° letra h) del CPP, el cual establece el derecho del imputado a “no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Por su parte, el artículo 195 del mismo Código menciona expresamente que: “Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del individuo para declarar”.

En conclusión, que la renuncia sea libre se refiere a que no haya ningún factor externo que inste al imputado a prestar declaración, siendo los casos más graves los de tortura, los cuales están abiertamente prohibidos en todos los ordenamientos jurídicos. Por otro lado, también se ha prohibido el uso de técnicas como el *narcoanálisis*, el cual consta de una inyección de sustancia química que lleva a un efecto de relajación de conciencia, por lo que elimina la represión al momento de declarar.⁶⁰ A su vez, se prohibió el uso del *polígrafo*, más conocido como detector de mentiras, el cual es un aparato de funcionamiento eléctrico que pretende captar modificaciones fisiológicas del individuo al momento de la interrogación, que indicarían que está mintiendo.⁶¹ Ambos mecanismos se prohibieron por la inexactitud de sus resultados, y porque afecta y anula la renuncia libre del derecho a guardar silencio, el cual es un requisito esencial para ello.

⁵⁸ STC 65/1986, citado por Huertas Martín, M.I. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. 375 p.

⁵⁹ STC 120/1990, considerando 9, siguiendo la doctrina del TEDH en *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71 y *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72.

⁶⁰ Lluís Navas y Brusí, J. El llamado suero de la verdad y los problemas de su aplicación judicial. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1960. 3 p.

⁶¹ Huertas Martín, M.I. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999. 326 p.

Sin embargo, hay otros casos en que no queda tan claro el límite, como sería que los tribunales valoren en contra del imputado el ejercicio de este derecho, puesto que habría una coacción, una presión para que el sujeto renuncie a su derecho a guardar silencio y que con ello preste declaración en el juicio, por lo cual hay un problema en el cumplimiento de este requisito, y que al no haber un criterio uniforme en la práctica jurisprudencial de nuestros tribunales de justicia, los cuales fallan en ambos sentidos, y el legislador al no hacerse cargo, estaríamos frente a una renuncia de este derecho a guardar silencio solo informadamente, pero no libre.

II) Que la renuncia sea informada

Este requisito se ha asociado a que la comunicación deba cumplir con ciertas formalidades, utilizándose como pauta a lo establecido en el caso *Miranda vs Arizona*,⁶² de la Corte Suprema de Estados Unidos. Este fallo contiene las denominadas advertencias de Miranda (*Miranda warnings*), que se basan en requisitos de admisibilidad de la evidencia obtenida en interrogatorios bajo custodia policial.⁶³

Dentro de la normativa interna de Chile, encontramos consagración de este requisito en el artículo 135 del Código procesal penal, en que establece la obligación de informar los derechos del imputado entre las formalidades del procedimiento de detención. Además, en virtud del artículo 91 inciso 1° del mismo cuerpo normativo, la policía solo puede interrogar al imputado en presencia de su defensor, de lo contrario, solo puede dejar constancias de las declaraciones del imputado sin poder formular preguntas.⁶⁴ Con todo, las declaraciones consignadas en virtud del artículo recientemente mencionado carecen de todo valor probatorio en el juicio oral, y no pueden ser incorporadas ni invocadas como medio

⁶² *Miranda vs. Arizona*. (384 U.S. 436).

⁶³ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 92 p.

⁶⁴ González, M. Op cit. 111 p.

de prueba, así como tampoco las declaraciones prestadas ante el fiscal y el juez de garantía, todo ello en conformidad con el artículo 332 en relación al artículo 334 del CPP.⁶⁵

A modo de conclusión, el derecho a guardar silencio es una consagración muy importante del principio *nemo tenetur*, puesto que viene a dar una opción a quien no se quiere autoincriminar y que, para ello, solo tenía la posibilidad de falsear su confesión, puesto que estaba obligado a prestar declaración de todas formas, y la única garantía que había para materializar este principio era que fuera sin juramento. Por eso, tiene consagración tanto en el ordenamiento interno de nuestra legislación como en los diversos Tratados Internacionales ratificados por Chile. Por lo tanto, para renunciar a este derecho, es fundamental que se cumpla con los requisitos de libertad e información, los cuales están resguardados en distintas normas, las que deben tener aplicación estricta con la finalidad de que el imputado ejerza libremente este derecho o su renuncia a él.

2.2.3. Derecho a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma

Este derecho es una interpretación amplia del de guardar silencio, lo que implica incorporar dentro de la garantía de no autoincriminación, la prohibición de utilizar al imputado como medio de prueba.⁶⁶ Esto quiere decir, la utilización del imputado como órgano de prueba en su contra, y aquí se incluye un amplio campo de intervenciones corporales, las cuales son “la utilización del cuerpo del propio imputado mediante actos de intervención en él a los efectos de investigación y comprobación de delitos”.⁶⁷

En el fondo, el cuestionamiento que se plantea es si el principio de no autoincriminación incluye el derecho al silencio no verbal, es decir, si incluye la posibilidad de que el imputado se resista a que su propio cuerpo entregue información relevante para determinar su culpabilidad.⁶⁸

⁶⁵ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 93 p.

⁶⁶ González, M. Op cit. 112 p.

⁶⁷ Gómez, Luis. Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal. Thompson-Arazandi, 2003. 25 p.

⁶⁸ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 94 p.

Así, hay autores como Asencio Mellado, que establecen una diferenciación en cuanto a la colaboración activa y pasiva por parte del imputado.⁶⁹ Así, no tiene ninguna obligación de colaborar activamente en su condena, pero “sí puede ser obligado a soportar pasivamente, esto es, sin exigirle colaboración activa, actos que recaigan en su persona o bienes”.⁷⁰ Hay otros autores, como María de los Ángeles Gonzales Coulon⁷¹, que sostienen que la distinción entre colaboración activa y pasiva del imputado no es fundamental, sino que lo importante es la ponderación de derechos fundamentales que se ven afectados con este procedimiento. Yo adhiero a la postura de la autora recientemente mencionada, puesto que en un juicio penal está en juego y se han visto afectados los valores más importantes de la sociedad, por lo que es importante dilucidar el hecho del delito en sí, y quién o quiénes son los autores del mismo, y para ello en algunas circunstancias es imprescindible el examen corporal del imputado, con la finalidad de que su cuerpo sea utilizado para obtener algunas pruebas, lo cual puede ser invasivo y lesionar sus derechos, pero por lo mismo, hay que estudiar en el caso concreto si es proporcional el procedimiento o la revisión que se debe llevar a cabo sobre el imputado, respecto de la importancia de las pruebas que se pueden obtener con esto y la importancia con que impacte el juicio, y con ello determinar si sus derechos han sido afectados o no, y si lo han sido, porque claramente hay una colisión en este caso, si ha sido proporcional y necesario para el curso de la investigación.

En este entendido, al utilizar el cuerpo del imputado como medio de prueba, se están afectando garantías constitucionales como el derecho a la intimidad o privacidad y la dignidad, que está consagrado en ciertos Pactos Internacionales ratificados por Chile, como es el artículo 17 inciso 1° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 11 inciso 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos. También está consagrado en nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 4 inciso 1° que menciona la protección de la vida privada y pública, así como el artículo 19 N° 5, que se refiere a la inviolabilidad del hogar. Además, se afecta el derecho a la integridad física o psíquica, consagrado en el artículo 19 N° 1 de la CPR.

⁶⁹ Asencio, José. Derecho procesal penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. 167 p.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ González, M. Op cit. 112 p.

Por su parte, el artículo 197 del Código Procesal Penal se refiere a estos procedimientos, estableciendo que, si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación del hecho punible el proceder a practicar intervenciones corporales está permitido, siempre que no menoscabe la salud o dignidad del interesado.

Generalmente será el imputado quien sea sometido a estas intervenciones, pero para ello se deben cumplir ciertos requisitos, a saber:

“que esté contemplada en la ley; que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con el fin constitucionalmente legítimo. Sumando a esto, que la práctica sea efectuada por personal médico o sanitario para resguardar la integridad física; y no ponga en riesgo la salud y que a través de ella no se ocasione un trato inhumano o degradante.”⁷²

Así, es importante cómo se realiza la intervención, pero, sobre todo, para resguardar las garantías fundamentales ya mencionadas es necesario que haya sido proporcional el procedimiento, es decir, que haya cumplido con los criterios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad. Además, la autoridad judicial que autorice esta actividad debe argumentarla. Con todo ello, las intervenciones estarían justificadas.

2.3 Algunas problemáticas de este principio en su aplicación y resguardo

2.3.1. Valor probatorio de declaraciones prestadas ante la policía

Este punto hace referencia a si se pueden utilizar en el juicio oral las declaraciones que el imputado haya prestado ante la policía, y si la respuesta es concordante con el principio *nemo tenetur*.

Las declaraciones prestadas ante la policía no pueden ser utilizadas como medio de prueba en el juicio oral, y aquí hay dos artículos importantes, el primero de ellos es el 332 del CPP, el cual da la posibilidad de leer como apoyo de memoria o para demostrar una contradicción en la declaración del imputado, declaraciones prestadas ante el fiscal o el juez

⁷² Gómez, L. Op cit. 30 p.

de garantía, por lo cual, esto procede solo si el imputado decide renunciar a su derecho a guardar silencio, y de todas formas, no se contempla la posibilidad de usar las declaraciones prestadas ante la policía, por lo cual no se podrán leer ni incorporar directamente en ningún caso.

Sin embargo, aquí nace una problemática, puesto que, si bien está solucionado el tema de la inadmisibilidad del registro de la declaración prestada ante la policía, existe la pregunta sobre la admisibilidad de la declaración como testigos de los policías que oyeron la confesión del imputado, actuando como testigos de oídas sobre esa confesión en el juicio oral.⁷³ En el fondo, la pregunta es si es inadmisibile el registro de la declaración, o la declaración misma del imputado.

Para responder esta interrogante es necesario hacer una distinción primero, la cual es si la confesión ha sido obtenida con infracción a garantías fundamentales o no. Sería obtenida mediante la infracción de derechos fundamentales, en el caso de que, por ejemplo, no se haya informado al imputado los derechos de los cuales es titular, o que se le haya coaccionado física o psicológicamente, lo cual va en contra del principio de no autoincriminación. En esta situación, la prueba en sí será excluida en virtud de lo dispuesto en el artículo 276 del CPP, y, por ende, no podrá ser incorporada al juicio mediante el testimonio de la policía, puesto que infringió y vulneró garantías fundamentales.⁷⁴

Por el contrario, si la confesión fue obtenida con observancia a las garantías fundamentales contenidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y por ende, no cabe su exclusión en virtud de lo establecido en el artículo 276 del CPP, no habría ninguna razón establecida en la ley para declarar inadmisibile el testimonio de oídas del policía ante el cual se prestó declaración, ya que de hecho, los registros policiales no pueden reemplazar la declaración del policía en el juicio oral, los cuales pueden versar sobre diligencias que les fueron encomendadas o que hayan podido llevar a cabo puesto que el legislador les ha facultado para ello, y en este último caso encontramos la posibilidad de que consigne declaraciones que el imputado haya querido hacer (en virtud del artículo 91 del CPP), con

⁷³ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 93 p.

⁷⁴ Ibid.

lo cual renuncia libre e informadamente a su derecho a guardar silencio, y el artículo 332 sólo excluye el acta escrita, es decir, el soporte material de la declaración.⁷⁵

Si bien esta conclusión es correcta conforme a la ley, no debiera ser suficiente ni dejar tranquilos, puesto que el principio *nemo tenetur*, y principalmente, su manifestación en el derecho a guardar silencio, están consagrados con la finalidad de evitar abusos policiales que busquen a toda costa una confesión para condenar al imputado. Sin embargo, estos abusos no se ven tan desalentados como debiera si es que se permite que el policía testifique posteriormente en el juicio oral y, aún menos, si el tribunal de juicio oral posteriormente les diera un valor decisivo para fallar, puesto que se violaría la idea misma de la prueba debe ser producida durante el debate contradictorio y desaparecerían las salvaguardas que el artículo 91 del CPP ha establecido, precisamente, para evitar estos abusos.⁷⁶

Finalmente, si la ley no ha establecido la inadmisibilidad del testimonio de oídas del policía que tomó la declaración del imputado con resguardo al procedimiento y garantías establecidos en la ley, es porque finalmente el juez es quien debe valorar esta prueba en su justa medida, es decir, que es solo un testimonio de oídas más. Así, es muy importante que la jurisprudencia delimite el valor que tendrá en el juicio, puesto que de lo contrario hay un incentivo para que la policía cometa abusos y obtenga declaraciones, y si estas ilegalidades no se pueden demostrar, lo cual ocurre con frecuencia, no se podrá excluir la declaración en sí, y con ello, no se estaría respetando la garantía de no autoincriminación, que es fundamental para resguardar los derechos fundamentales básicos del sujeto sometido al juicio penal.

2.3.2 Obligación de someterse a alcoholemia

Este punto está ligado con el tercer derecho en que se manifiesta el principio *nemo tenetur*, es decir, el del imputado a que su cuerpo no sea utilizado como medio de prueba contra sí mismo. En este sentido, el artículo 189 de la Ley de Tránsito establece que “Carabineros podrá someter a cualquier conductor a una prueba respiratoria o de otra

⁷⁵ Maturana, C y Montero, R. op cit. 247 p.

⁷⁶ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 94 p.

naturaleza destinada a detectar la presencia del alcohol en el organismo o acreditar el hecho de conducir bajo la influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas”, es decir, la facultad de Carabineros de hacer la prueba de alcoholemia, intervención que puede ser realizada de modo respiratorio o por examen de sangre.

Aquí se establece la contradicción con la garantía de no autoincriminación, puesto que se está obligando al sujeto a prestar prueba en contra sí mismo, es decir, prueba que lo puede incriminar y derivar en un posterior juicio penal. Al respecto, y en concordancia con lo planteado cuando desarrollé este punto, nuestra legislación lo ha zanjado como que no se debe considerar contrario al derecho de no declarar contra sí mismo, puesto que no se está obligando al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino que simplemente a tolerar ser objeto de una pericia, colaboración que no es comparable con la de prestar declaración que lo incrimine.⁷⁷

Por tanto, una interpretación amplia del derecho a guardar silencio incluye el tema de las intervenciones corporales como un perjuicio para la garantía de no autoincriminación, pero para poder evaluar el tema de una mejor manera, se debe ponderar la intervención corporal en virtud del principio de proporcionalidad. Es así, que en este caso en concreto, el hecho de que un conductor vaya manejando bajo la influencia del alcohol, o peor aún, en evidente estado de ebriedad, haría que, en virtud del principio de proporcionalidad, el hecho de someterlo al examen de alcoholemia, y que deba soplar en una máquina o en el peor de los casos, que le hagan un examen de sangre, hace que sea totalmente justificado su procedimiento, puesto que el riesgo que trae un conductor que ha bebido alcohol, tanto para sí como para el resto de la sociedad, es muy grande y abala este procedimiento.

En este mismo sentido, el 16 de septiembre del año 2014 se publicó y entró en vigor la Ley N° 20.770, más conocida como “Ley Emilia” la cual modificó la Ley del Tránsito (en adelante LT) en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o con resultado de muerte. Una de estas modificaciones importantes es la creación de un nuevo delito, el cual consiste en la negativa del conductor

⁷⁷ González, M. Op cit. 115 p.

a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas.⁷⁸

Es decir, con esta modificación, el legislador zanja totalmente la discusión de si el examen de alcoholemia vulnera la garantía de no autoincriminación, puesto que el artículo 182 de la LT, establece tajantemente la obligación tanto del conductor de un vehículo como de cualquier persona respecto de la cual se tema fundadamente que se apresta a conducir un vehículo y que no está en plenitud de sus facultades de someterse a prueba respiratoria o de otra naturaleza, y a su vez, otorga a Carabineros la facultad de practicarles este examen, es decir, un examen de detección, puesto que el examen de alcoholemia lo hace un funcionario del Servicio Médico Legal, ya que implica la extracción de sangre, y quienes están obligados a someterse a ese examen están señalados en los artículos 183 incisos 2° y 4° y en el 197 del mismo cuerpo legal, dentro de ellos cabe destacar al conductor y peatón que se hayan visto envueltos en un accidente en que haya lesionados o muertos⁷⁹, lo cual me parece importante mencionar, puesto que dentro de la obligación de someterse a estos procedimientos no encontramos solo al conductor, sino también a peatones, lo cual refleja la rigurosidad con la cual se trata el peligro que crea en la sociedad el que personas transiten en estado de ebriedad.

Con todo, el legislador al crear la Ley Emilia hace la ponderación de los derechos vulnerados con esta intervención, que por lo demás es muy poco invasiva, y que sirve para determinar si un conductor o peatón han transitado en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol, poniendo en riesgo su vida e integridad física y psíquica y la de la comunidad toda, por lo que resulta totalmente justificado y proporcional la intervención frente al bien que se intenta proteger. Así, en esta situación el juez no tiene la labor de ponderar los derechos, puesto que el legislador ya dio la solución a este tópico al crear un delito respecto de la negativa de someterse a este procedimiento.

2.3.3. Problema derivado de declaraciones en materia tributaria

⁷⁸ Falcone, Diego. 2015. El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detección de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho* (44): 144 p.

⁷⁹ *Ibid.* 150 p.

Para plantear esta problemática, es necesario partir definiendo el concepto de renta según el Decreto Ley 824 sobre Impuesto a la Renta, la cual en su artículo 2 establece que se debe entender “Por renta, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades o incrementos de patrimonio que se perciban, devenguen o atribuyan, cualquiera sea su naturaleza, origen o denominación.”

En este sentido, al establecer que cualquier aumento de patrimonio, sin importa su naturaleza u origen, es renta, y que la renta debe ser declarada por el contribuyente a efectos de calcular el impuesto que le corresponda, es que entra en colisión con la garantía de no autoincriminación, puesto que una actividad que repute utilidades, aunque provenga de un acto ilícito, debe ser declarada, lo cual puede derivar en una futura acción penal en que el imputado fue obligado a presentar las pruebas y declaraciones en su contra.

A este respecto, cobra mucha importancia el artículo 21 del Código Tributario, el cual establece que “corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios y obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deban servir para el cálculo del impuesto.”

Así, ha habido algunas acciones de inaplicabilidad interpuestas ante el Tribunal Constitucional respecto de los artículos 34 y 161 N° 10 del Código Tributario, puesto que, el primero de ellos establece que “Están obligados a atestiguar bajo juramento sobre los puntos contenidos en una declaración, los contribuyentes”, es decir, el propio afectado por la declaración debe atestiguar bajo juramento sobre la misma, la cual puede ser el fundamento de un posterior juicio penal, puesto que según el artículo 161 N° 10 y 162, si de las declaraciones y documentos recopilados se desprende que corresponde a alguna infracción que el Código sanciona con multa y pena privativa de libertad, corresponde al Servicio de Impuestos internos recopilar más antecedentes, y tiene el monopolio para querrellarse y así iniciar una acción penal. Así, el hecho de que estén obligados a declarar bajo juramento de hechos que puedan revestir caracteres ilícitos, y que quede a discreción del SII el dar el inicio a una acción penal, vulnera gravemente el principio *nemo tenetur*.

En este mismo sentido se expresa el recurrente de una acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, al señalar que “Agrega que las facultades que los artículos 34 y

161 N°10 del Código Tributario le otorgan al Servicio de Impuestos Internos, permiten que practique actuaciones administrativas, sin audiencia, en forma paralela a la investigación del Ministerio Público, sin gozar de las mismas garantías que se hubiera tenido siendo objeto de una investigación ordenada por el Ministerio Público y tramitada ante un juez de garantía.”⁸⁰ Dentro de estas garantías que no se gozan frente al SII encontramos la de no autoincriminación, puesto que efectúa actuaciones propias del Ministerio Público, pero sin respetar los derechos a través de los cuales se materializa esta garantía, ya que se obliga a prestar declaración, vulnerando el derecho a guardar silencio, y además, debe ser bajo juramento, y, como ya expliqué anteriormente, el SII tiene el monopolio de la acción penal en materia tributaria, por lo cual nada le garantiza al contribuyente que sus declaraciones solo se utilizarán en sede tributaria y no se expandirán a sede penal.

3. Exclusiones de prueba

Todo lo desarrollado es la consagración de la garantía de no autoincriminación en nuestra legislación, establecida como un control *ex ante*, es decir, como un resguardo al respeto del principio *nemo tenetur* en el proceso penal. Sin embargo, en caso de que se vulnere la normativa que envuelve este derecho, encontramos las denominadas exclusiones de prueba, que desarrollaré sucintamente a continuación.

En todo proceso encontramos tres etapas de la actividad probatoria, en las cuales intervienen las partes y el tribunal y que impactan en lo que se debe tener como probado.⁸¹ La primera de ellas es la etapa de conformación del material probatorio; la segunda, la etapa de valoración; y, finalmente, la tercera etapa es la de aplicación de un estándar de prueba, que en derecho penal es más allá de toda duda razonable.⁸² En la primera etapa encontramos el proceso de exclusión de prueba.

⁸⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, 31 de diciembre del 2009. Rol 1406.

⁸¹ Taruffo, Michele. La prueba. Artículos y Conferencias. Santiago, Editorial Metropolitana. 2008. 37 p.

⁸² Ezurmendia, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia. En ponencia JEA. Chile, 2018. 1 p.

Así, me debo referir al concepto de las prohibiciones de pruebas, el cual se ha desarrollado principalmente en Estados Unidos y Alemania, y que se ha introducido a nuestro ordenamiento jurídico, aunque hay algunas diferencias en ambos Estados, se le ha definido como los límites establecidos a las actividades de investigación y prueba.⁸³ Este concepto está fuertemente ligado al respeto de los derechos humanos y las garantías fundamentales, dentro de ellas la de no autoincriminación, que sobre todo en un proceso penal se ven expuestos a ser vulnerados con la finalidad de que se esclarezcan los hechos y se lleve a cabo la interposición de una pena en caso de ser declarado culpable el imputado.⁸⁴

A diferencia de lo que sucede en los dos países anteriormente mencionados, en que la exclusión de prueba tiene principalmente desarrollo jurisprudencial, en nuestro país ha sido la ley la que establece imperativamente este principio,⁸⁵ siendo el Código Procesal Penal el que establece una norma de carácter general en el inciso tercero del artículo 276. En éste se establecen dos hipótesis alternativas que definen la prueba que en virtud de su ilicitud debe excluirse del proceso:⁸⁶ en primer lugar, encontramos la prueba que provenga de “actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas” y, en segundo lugar, encontramos la prueba que “hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”.

Me voy a detener en la segunda hipótesis, puesto que el principio *nemo tenetur* está vinculado con el respeto a los derechos y garantías fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico, enmarcándolas en las que están consagradas en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile.⁸⁷ Muchas de estas garantías fundamentales pueden efectivamente verse vulneradas con las actuaciones de los órganos de la persecución penal, como sería la trasgresión al derecho a la defensa, que como dije anteriormente, está íntimamente vinculado al principio

⁸³ Bofill, Jorge. Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, RDPUCV 1988, 225-243. Guerrero, Oscar. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. Ediciones biblioteca digital UNAM. México. 2006. 226 p.

⁸⁴ Ibid. 227 p.

⁸⁵ Hernández, Héctor. La exclusión de la Prueba Ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Editorial Alberto Hurtado, 2005. 43 p.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid. 52 p.

en comento, lo cual se produciría, por ejemplo, si es que se perturba la debida intervención del abogado, razón por la cual el material probatorio debe ser excluido del proceso.⁸⁸

Aquí tiene especial relevancia la garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos, que consagra el artículo 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política de la República, es decir, la garantía del debido proceso. Es muy importante puesto que se trata de un haz de garantías procesales, cuyo contenido no es pacífico, y, sin embargo, hay algunos principios que ya están consagrados clara y específicamente en la Carta Constitucional, como es el caso del derecho a no declarar bajo juramento sobre el hecho propio,⁸⁹ que se encuentra en el artículo 19 N° 7 y en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este derecho es precisamente una de las manifestaciones del principio *nemo tenetur*, por lo tanto, estaría recogido de manera evidente bajo la segunda hipótesis del artículo 276 del Código Procesal Penal, ya que cualquier prueba obtenida de manera que vulnere el derecho a no declarar contra sí mismo y con ello aportar pruebas que lo incriminen, debe ser excluido del material probatorio que se debe usar en un proceso penal.

Así, aunque sea amplia y controvertida la segunda hipótesis del artículo 276 del Código Procesal Penal, puesto que se discute qué garantías están recogidas y cuáles no, ya quedó esclarecido que el principio *nemo tenetur* se encuentra consagrado dentro de este artículo y, por ende, las pruebas obtenidas bajo su inobservancia debieran ser excluidas.⁹⁰ Por lo tanto, los tribunales tienen un rol muy relevante en cuanto al desarrollo y el cumplimiento de este artículo que contiene una norma de especial importancia, y que a nivel mundial su alcance está en desarrollo.

A modo de conclusión de este capítulo, la garantía de no autoincriminación consagrada en nuestro ordenamiento jurídico viene a resguardar al imputado dentro de un proceso penal, puesto que antes de su consagración había muchos incentivos para lograr la confesión del delito por cualquier medio coactivo, tanto físico como psicológico, que vulneraban diversos derechos fundamentales del individuo. Es así que, hay diversas

⁸⁸ Ibid. 54 p.

⁸⁹ Horvitz, María Inés y López, Julián. Derecho Procesal Penal chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002. 66 p.

⁹⁰ Hernández, H. Op Cit. 55 p.

disposiciones en nuestra legislación, que tienen una consagración expresa y de control *ex ante*, así como un *ex post* a través de la exclusión de pruebas, todo lo cual me parece especialmente importante. Su aplicación por parte de nuestros tribunales debe tener el mayor respeto y ceñirse a estas normas con rigurosidad, puesto que están en juego derechos fundamentales básicos, que de no cumplirse no sería propio de un Estado de derecho como el de Chile.

Capítulo II: Privilegio de no declarar

1. Breve referencia a la prueba testimonial

1.1 Concepto y requisitos

Para comenzar, y debido a que es el sujeto que rinde este tipo de prueba y que por tanto le da el nombre, es que me referiré al concepto de testigo, el cual es “la persona que, habiendo tenido presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración en juicio acerca del mismo.”⁹¹

⁹¹ Couture, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Depalma Ediciones, 1998.

De esta definición se pueden desprender tres requisitos que se deben cumplir para que una persona tenga el carácter de testigo dentro de un proceso:⁹² en primer lugar, encontramos que debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso, es decir, que no se pretenda hacer efectiva en su persona la pretensión punitiva estatal⁹³, así, se afirma que no podrían ser testigos dentro de un proceso todos los que tuvieren carácter de partes, pero dentro del proceso penal, solo debemos estimar como parte para estos efectos al imputado, puesto que solo respecto a él se está pidiendo que se haga efectiva la pretensión punitiva estatal.⁹⁴ Así, hay autores como Chahuan,⁹⁵ que no están de acuerdo con el requisito de que se trate de un tercero ajeno al procedimiento, puesto que afirma que la calidad de interviniente y testigo no es incompatible, ejemplo importante de ello es la víctima, quien según el artículo 12 del CPP es interviniente, y además puede tener la calidad de testigo en el procedimiento penal, y su testimonio puede llegar a ser clave y necesario en el juicio.⁹⁶

El segundo requisito es que debe declarar sobre hechos precisos, en este sentido, se ha entendido que “la prueba testimonial es admisible en forma amplia cuando tiene por objeto un hecho, entendiéndose como tal todo suceso de orden físico o moral que de alguna manera produce efectos jurídicos,”⁹⁷ es decir, solo se puede declarar sobre cuestiones fácticas, nunca sobre derecho. Además, debe solo declarar sobre hechos ciertos, precisos y determinados, lo que implica que no pueda incluir opiniones o apreciaciones en sus declaraciones, pues le corresponde al tribunal o a los peritos efectuarlas.⁹⁸ Por último, el artículo 309 del CPP nos dice que el testigo puede declarar sobre algo que dedujere según sus conocimientos, no sólo de lo que hubiere presenciado a través de sus sentidos.⁹⁹

Y, el tercer requisito es que debe conocer los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos, a quien se le llama testigo presencial, o bien, conoce los hechos por el

⁹² Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1255 p.

⁹³ Ibid. 1256 p.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Chahuan, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. 318 p.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Rodríguez, Ignacio. Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010. 166 p.

⁹⁸ Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1256 p.

⁹⁹ Inciso segundo artículo 309 del CPP: “todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declare, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas”.

dicho de otro, a quien se le llama testigo de oídas. También encontramos un tercer tipo de testigo, el testigo instrumental, que es aquel que interviene en la suscripción de un documento, acreditando la veracidad de la firma de los otorgantes de acuerdo con lo prescrito por la ley.¹⁰⁰ Esta última distinción tiene relevancia en el grado de credibilidad que puede atribuirse a la declaración del testigo y a la mayor o menor necesidad de corroborar sus dichos con otros medios de prueba.¹⁰¹

1.2 Deberes de los testigos

Los testigos tienen principalmente tres obligaciones fundamentales: comparecer ante el tribunal, prestar declaración y decir la verdad.¹⁰² Así, en principio, todos están obligados a concurrir al llamamiento judicial, previa citación, para declarar oralmente cuando tuvieren conocimiento sobre los hechos que constituyen objeto del procedimiento, esto en virtud del deber general que tiene toda persona de colaborar con la autoridad pública comprometida en el esclarecimiento y sanción de los delitos.¹⁰³

En el artículo 90 del CPP se establece que durante la etapa de investigación, el fiscal puede citar a declarar a los testigos ya sea de oficio o a petición de parte, y los que sean citados estarán obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo o ante su abogado asistente, salvo aquellos exceptuados únicamente de comparecer a que se refiere el artículo 300. Luego, durante la audiencia de preparación del juicio oral se determinan los testigos que deben presentarse a declarar en el juicio oral. Por lo tanto, en el juicio oral encontramos la oportunidad procesal donde se rinde la prueba testimonial ofrecida con anterioridad, en la forma y oportunidad prevista por la ley.¹⁰⁴

En el caso de que no se cumpliera con este deber de comparecer o declarar encontramos el artículo 298 CPP, que estipula que toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial, además de concurrir, está obligada a declarar la verdad y

¹⁰⁰ Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1255 p.

¹⁰¹ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 274 p.

¹⁰² Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1266 p.

¹⁰³ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 274 p.

¹⁰⁴ Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1266 p.

no ocultar hechos. También regula la situación de casos urgentes, en que los testigos podrán ser citados por cualquier medio, haciéndose constar el motivo de la urgencia. Sin embargo, en estos casos no proceden los apercibimientos previstos en el artículo 33 del mismo cuerpo normativo, sino una vez practicada la citación con las formalidades legales.

Luego, el artículo 299 inciso primero del CPP nos da la norma en caso de que el testigo no compareciere sin justa causa, situación en la cual procede imponerle las medidas de apremio previstas en aquel inciso, es decir, que el fiscal podrá pedir al tribunal que disponga su arresto hasta la realización de la actuación, por un máximo de veinticuatro horas, e imponer además una multa, todo ello sin perjuicio de imponerle el pago de las costas provocadas por su inasistencia.¹⁰⁵ Por su parte, el inciso segundo de este artículo estipula que si el testigo comparece y se niega injustificadamente a declarar, se le impondrán las medidas de apremio allí señaladas, que se refiere a la pena prevista en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, es decir, reclusión menor en su grado medio a máximo.¹⁰⁶

Por otro lado, el artículo 313 del CPP establece una norma con la finalidad de que el deber de comparecer no perjudique al testigo cuando tuviese otras obligaciones, así, estipula que el cumplimiento de este constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para realizar obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza, así, por ejemplo, un empleador no podría despedir a un trabajador que se ausentó de su trabajo por comparecer a declarar.

Con todo, en el artículo 300 del CPP encontramos excepciones al deber de comparecer, y en el mismo código encontramos otras normas relativas a excepciones al deber de declarar, las cuales denominamos privilegios de no declarar, que pasaré a desarrollar en el siguiente punto.

2. Privilegio de no declarar en Chile

¹⁰⁵ Silva, Rodrigo. Manual de Procedimiento Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011. 80 p.

¹⁰⁶ Ibid.

Como señalé recientemente, toda persona que reciba el llamamiento conforme a la ley para declarar está obligado a hacerlo, sin embargo, en el proceso penal, hay personas que se encuentran exentas esta obligación, mas no de la de comparecer, puesto que deben ir ante el tribunal a hacer valer su excusa.¹⁰⁷ En este sentido, aparte del Código Procesal Penal en que se desarrollan las hipótesis en que procede este privilegio, es la misma Constitución la que lo consagra, ya que en el artículo 19 N° 7 letra f) dice que: “tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste (el imputado) sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.” A continuación, pasaré a analizar las personas autorizadas para no declarar y los motivos para ello:

2.1 Causales fundadas en el parentesco o razones personales (artículo 302 CPP)

Este artículo comienza en su inciso primero hablando de causales de parentesco, por lo que estipula que no estarán obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o guardador, su adoptante o adoptado. Esta norma tiene como fundamento que el interés público por el esclarecimiento de la verdad en el proceso penal cede ante otro interés considerado superior en este caso, el cual es la conservación de los vínculos familiares y afectivos inmediatos del imputado,¹⁰⁸ que evidentemente se verían afectados si se obligara a sus seres cercanos a declarar en su contra, lo cual sucedería de no existir esta excepción a la obligación de declarar, puesto que estarían bajo amenaza penal.¹⁰⁹

En el inciso segundo de este artículo, encontramos la causal basada en razones personales, puesto que estipula que, si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración en sus facultades mentales, no comprendiera el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Agrega que, si el representante interviniera en el proceso se deberá nombrar un curador, quien debe resguardar los intereses del testigo. La sola

¹⁰⁷ Maturana, C. y Montero, R. Op cit. 1269 p.

¹⁰⁸ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 278 p.

¹⁰⁹ Ibid.

circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configura necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso.¹¹⁰

Finalmente, el inciso tercero y final señala que las personas comprendidas en este artículo deberán ser informadas acerca de su facultad de abstenerse de prestar declaración, y no dice expresamente de quién es el deber de informar de este derecho, pero hay autores como María Inés Horvitz,¹¹¹ que señalan que debiera recaer en el juez presidente del tribunal, sin perjuicio de que la parte que representa al testigo también debiera informárselo.

Yo estoy de acuerdo con esta postura, puesto que el juez presidente del tribunal es quien tiene la principal responsabilidad y quien dirige el curso del juicio, así, en virtud del artículo 292 del CPP se establecen las facultades que recaen en él, y el inciso primero señala la de dirigir el debate, ordenar la rendición de pruebas y exigir el cumplimiento de las solemnidades que correspondieren, además de moderar la discusión. En este sentido, como es su responsabilidad dirigir el debate, es él quien debe asegurar que se cumplan las condiciones necesarias para que éste se lleve a cabo, y una condición necesaria es precisamente la de informarle a los testigos que gozan de este privilegio, de su titularidad sobre este derecho de abstenerse de declarar, por tanto, recae dentro de los deberes del juez presidente. Además, el autor Silva montes,¹¹² señala que dentro de las atribuciones del juez presidente de cada sala está el de fijar las cuestiones que hayan de debatirse y las proposiciones sobre las cuales haya de recaer la votación¹¹³, por lo que, al fijar los puntos de prueba, se le ofrecen los distintos medios de prueba que se utilizarán en el juicio, y es el momento de advertir que ciertos testigos caben dentro de las categorías de personas que gozan de la posibilidad de no declarar, siendo por tanto, su responsabilidad el comunicárselos.

¹¹⁰ Artículo 302 inciso segundo: “Si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprendieren el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante interviniera en el procedimiento, se designará un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo. La sola circunstancia de que el testigo fuere menor de edad no configurará necesariamente alguna de las situaciones previstas en la primera parte de este inciso”.

¹¹¹ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 278 p.

¹¹² Silva, Rodrigo. Op cit. 14 p.

¹¹³ Ibid.

Además, dentro de las labores de un juez está el asegurar el resguardo a las garantías y derechos que tienen los sujetos que intervienen en un proceso penal de una u otra forma, ya que la mayoría de las veces no tienen ningún conocimiento sobre el proceso en el cual se ven involucrados, no conocen las reglas del proceso, por tanto el juez debe asegurar que en su actuación no se vulneren sus derechos, como sería en este caso el privilegio de no declarar, sin perjuicio de que cualquier representante del testigo con una diligencia mínima se lo hubiese informado, esto no exime al juez de su deber de hacerlo.

Además, este inciso estipula que el testigo podrá retractar en cualquier momento el consentimiento que hubiere dado para prestar su declaración, y cuando se trate de los sujetos mencionados en el inciso segundo de este artículo, la declaración se llevará siempre a cabo en presencia del representante legal o del curador.

2.2 Causales fundadas en razón del secreto (artículo 303 CPP)

Este artículo nos da la segunda causa que se puede esgrimir en un proceso penal para no cumplir con la obligación general de prestar declaración, y esta razón es en virtud del secreto profesional. Señala esta norma que tampoco estarán obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto.

Para entender mejor de qué se trata el secreto profesional conviene definir primeramente lo que la doctrina ha entendido por el concepto de secreto, puesto que el legislador chileno no lo ha definido. Así, para Etcheberry:¹¹⁴

“es aquel hecho que es conocido solo de un círculo restringido de personas y respecto del cual existe, por parte de alguien, un interés legítimo en que el conocimiento del mismo se mantenga limitado a ese círculo de personas, porque su conocimiento por otros afectaría

¹¹⁴ Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1999. 269 p.

adversamente un bien de que es titular (como sería su honor, intereses, tranquilidad, etc).”¹¹⁵

Esto tiene su base en que “con el surgimiento de la especialización de las actividades aparecen las profesiones en que las personas comienzan a depositar distintos tipos de intereses, desde aquellos con carácter patrimonial, espiritual, hasta físicos.”¹¹⁶ Así, surgen los abogados, sacerdotes y médicos en quienes son confiados diversos aspectos de la intimidad de las personas y como consecuencia con ellas se establece un vínculo más estrecho.¹¹⁷

Es por ello que el motivo por el cual el testigo es conocedor del secreto es por el vínculo profesional que lo liga con el imputado, es decir, éste último confió en alguien con un conocimiento profesional sobre un ámbito en el que necesitaba ayuda, respecto del cual no había otra forma de llegar a un resultado eficiente más que contándole algo que podría ser usado en su contra, en este caso, en un proceso penal. Entonces aquí vemos un interés colectivo en el establecimiento de los privilegios de no declarar en razón del secreto, puesto que el adecuado desempeño de la profesión requiere un flujo desinhibido de información por parte de quien necesita el servicio profesional, por lo que la confidencialidad y la exención de declarar en un juicio es así una compensación normativa del incremento de riesgo que conlleva la difusión de la información que pueda serle perjudicial.¹¹⁸

Todo esto se condice con el establecimiento de sanciones penales a quienes, ejerciendo alguna de sus profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado, lo cual tiene justificación en que, si la sociedad no tuviera absoluta certeza de que los secretos que se hubiesen confiado en este contexto van a ser mantenidos en absoluta intimidad, nadie recurriría a este tipo de asistencia.¹¹⁹ Así, los intereses que están en juego tanto en la necesidad de tener asistencia profesional como el contenido del secreto en sí pueden representar bienes de alto contenido, por lo que los regímenes jurídicos

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Marchetti, Laura. 2017. Protección pena del secreto de particulares. Estudio comparativo de los artículos 231 y 247 del código penal y justificación del secreto profesional del abogado como un tipo penal diferenciado. COADUC. Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC (4): 15 p.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Bascuñán, Antonio. 2011. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado. Revista de Estudios de la Justicia (2015): 227 p.

¹¹⁹ Islas, Olga. Delito de revelación de secretos. México D. F, Talleres gráficos de la nación, 1962. 47 p.

se vieron en la necesidad de encuadrar estos intereses dentro de los bienes jurídicamente tutelados, por lo que en los códigos penales se ve la revelación del secreto como un delito,¹²⁰ lo cual está establecido en el artículo 247 inciso segundo del Código Penal.

Entonces hay ciertas profesiones como la de los médicos, los abogados, psicólogos o periodistas, entre otros, que para poder llevar a cabo un buen ejercicio de su labor necesitan crear un ambiente de confianza con el cliente, por ende, existen códigos deónticos y normativas especiales para los distintos profesionales, que les regulan sus deberes de sigilo, que son especialmente necesarios para crear la relación profesional-cliente.¹²¹

Este deber de secreto profesional tiene tanta importancia que, como mencioné anteriormente, se crearon códigos deónticos para regular los deberes de los distintos profesionales, y a este respecto y a modo de ejemplo, mencionaré el Código de Ética profesional del 2011 del Colegio de Abogados, el cual se refiere a este punto en su artículo 7, al tratar la confidencialidad y secreto profesional, para lo cual establece que:

“El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad debida se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión.”

Cabe recalcar que estamos frente a una de las materias más relevantes de la ética profesional de los abogados, la cual dice relación, precisamente, con el secreto profesional, el cual es un derecho-deber que es uno de los pilares fundamentales del ejercicio de la profesión, y que resguarda el debido proceso a que toda persona tiene derecho.¹²² Entonces, en virtud de los recientemente señalado y del artículo citado del Código de Ética profesional, es que queda de manifiesto que hay una explícita distinción conceptual entre el deber ético de confidencialidad y el derecho legal al secreto profesional, entonces el abogado tiene un deber de confidencialidad para con su cliente y un deber de hacer valer el reconocimiento legal de su deber ético de confidencialidad como derecho.¹²³ Es esencial esta confidencialidad en la relación abogado-cliente, así como también, por ejemplo, lo es

¹²⁰ Ibid. 4 p.

¹²¹ Horvitz, M. y López, J. Op cit. 279 p.

¹²² Correa, Mario. Ética profesional del abogado. Santiago, Universidad de los Andes, 2013. 255 p.

¹²³ Bascuñán, Antonio. Op cit. 226 p.

en la relación médico-paciente, periodista-entrevistado, etc, por lo que el ejercicio del privilegio de no declarar no es facultativo para el profesional, puesto que este derecho “es consecuencia del reconocimiento legal de la preponderancia del deber de confidencialidad respecto de los deberes de declarar o informar en colisión.”¹²⁴

Hay que recalcar que no sólo el secreto es respecto de los profesionales, sino que también incluye las personas que por su estado o función legal tuvieren el deber de guardar secreto, como ocurre con los funcionarios públicos que en razón de su cargo deben hacerlo.

Con todo, el inciso segundo de este artículo estipula que las personas comprendidas en el inciso anterior no podrán invocar la facultad allí reconocida cuando se las relevare del deber de guardar secreto por aquel que lo hubiere confiado.

Luego, el artículo 304 del CPP nos habla de los dos artículos recientemente mencionados, puesto que como ya señalé, el privilegio es de no declarar, sin embargo, no los exime del deber de comparecer en el juicio, y a esto se refiere la norma invocada. A saber, este artículo dice que los testigos comprendidos en los dos artículos precedentes deberán comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren. El tribunal podrá considerar como suficiente el juramento o promesa que los mencionados testigos prestaren acerca de la veracidad del hecho fundante de la facultad invocada.

Además, como son causales relacionadas a su relación con el imputado, el inciso segundo de este artículo señala que, de igual manera, los testigos estarán obligados a declarar respecto de los demás imputados con quienes no estuvieren vinculados de alguna manera de las allí descritas, a menos que su declaración pudiese comprometer a aquellos con quienes efectivamente existiere dicha relación.

2.3. Causales fundadas en la no autoincriminación (artículo 305 CPP)

Finalmente encontramos la norma del artículo 305 del CPP, que se funda en la no autoincriminación, y en este sentido señala que “todo testigo tendrá derecho a negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiese acarrearle peligro de persecución

¹²⁴ Ibid.

penal por un delito.”¹²⁵ Esta norma es una derivación a la garantía de no autoincriminación que tiene el imputado de un proceso penal, así, en el Capítulo I de esta tesis traté el principio *nemo tenetur* respecto del sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, y especialmente en el número 2.2. en que hablo de los derechos en los cuales se materializa esta garantía, señalé y traté el derecho a guardar silencio, que es en este caso el que se está extendiendo al testigo con la finalidad de no aportar pruebas que puedan perjudicarlo, ya que, a pesar de no tener la calidad de imputado, si estuviese obligado a responder preguntas que lo puedan transformar en sujeto de la pretensión punitiva estatal, se estaría vulnerando el principio *nemo tenetur*, y el ordenamiento jurídico debe resguardarlo de todas las formas en que se pudiere ver transgredido, como sería este caso si el testigo estuviese obligado a declarar en su contra, puesto que “la no autoincriminación constituye un Derecho humano, en que el imputado, o en este caso el testigo, posea la facultad de no responder, sin que pueda emplearse ningún medio coactivo ni intimidatorio en su contra.”¹²⁶

Por todo, es un gran resguardo a los testigos que se haya hecho una norma expresa que les reconozca también a ellos esta garantía, puesto que, de otra forma, se les pondría en la disyuntiva de declarar bajo juramento obligatoriamente e inculparse y con ello dar la información necesaria para que se inicie un proceso penal en su contra, o bien, mentir en la declaración, lo cual también puede traer consecuencias.

En términos del Tribunal Constitucional al referirse a la inaplicabilidad por inconstitucional de una norma que vulnera el *nemo tenetur*:¹²⁷

“lo relevante de la prohibición de autoincriminación no es el eventual delito de perjurio que podría significar la declaración en juicio, sino que persigue resguardar la alta vulnerabilidad en términos inculpatorios a la cual queda expuesto quien es compelido a contribuir -activamente, en este caso concreto- a su propia condena.”¹²⁸

Como señalé recientemente, el testigo debiera cometer perjurio o entregar antecedentes que podrían llevar a su propia condena, por todo, la extensión del *nemo tenetur* a los

¹²⁵ Silva, Rodrigo. Op cit. 210 p.

¹²⁶ Zuluaga, Andrés y Zuluaga Jaramillo, Nancy. 2015. Implicaciones del derecho de no autoincriminación en el sistema jurídico colombiano. Pensamiento y Poder (4): 35 p.

¹²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de octubre del 2018. Rol 4610-18, considerando trigésimo octavo.

¹²⁸ Ibid.

testigos vino a solucionar un problema muy grave, y a demostrar que este principio rige todo el derecho penal, principalmente respecto del imputado puesto que es el sujeto más vulnerable del proceso, pero también respecto de los testigos. El inciso segundo y final de este artículo consagra que el testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero. Es decir, en esta hipótesis el imputado no es ninguno de los parientes que menciona el artículo 302 inciso primero, pero la declaración del testigo podría afectar a quien efectivamente tenga ese vínculo con él, lo cual provocaría su incriminación y que quizás sea imputado posteriormente en virtud del testimonio. Esta limitación tiene un fundamento político-criminal similar a la exclusión de pena del encubrimiento entre parientes o la excusa legal absoluta que establece el artículo 489 del Código Penal, en el cual el que comete un delito de hurto respecto de alguno de los familiares que se mencionan en ese artículo, solo responderán civilmente por aquel hecho, mas no penalmente, puesto que para el legislador es más importante el resguardo y unidad de los vínculos afectivos entre parientes que la pretensión punitiva estatal.

Hay un principio en materia probatoria que se llama principio general de inclusión, conforme al cual se debe considerar en el marco de la actividad probatoria toda evidencia que resulte relevante o pertinente para la verificación de una determinada hipótesis de hecho.¹²⁹ Sin embargo, esto no puede extrapolarse al contexto jurídico, puesto que no se puede admitir sin filtros, ya que “el proceso de determinación de la verdad a través de la prueba, propio del contexto jurídico, supone la consideración de reglas contra epistémicas que derechamente dificultan el acceso a la verdad.”¹³⁰ En este sentido, existen reglas en el proceso que obedecen a valores distintos a la averiguación de la verdad, y dentro de ellos encontramos los derechos fundamentales de las personas, entre los cuales se encuentra el *nemo tenetur*, por lo que el hecho de que un testigo se pueda autoincriminar o aportar pruebas incriminatorias contra sus parientes, es un valor superior al de la obtención de la verdad, y por ese motivo es que gozan del privilegio de no declarar.

¹²⁹ Valenzuela, Jonatan. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho, Defensoría Penal Pública, 2015. 25 p.

¹³⁰ Ibid. 26 p.

Esta categoría de testigo es especial, puesto que como todos los anteriores, tiene el deber de comparecer en el juicio, pero aquí hay una diferencia, puesto que los otros, es decir, los testigos que gozan de este derecho en razón de parentesco o causas personales, y secreto profesional, tienen de antemano esta calidad, por lo que antes de comenzar a declarar se establece que pueden abstenerse de hacerlo (el tribunal incluso tiene la obligación de informarle a los parientes que gozan de este derecho, y los amparados por secreto profesional, tienen el deber de representárselo al juez). En cambio, en razón de no autoincriminación, estamos frente a un testigo que no cabe dentro de alguna de las categorías recientemente mencionadas (porque incluso en el caso en que fuese un testigo del artículo 302 del CPP y consintiera en declarar, puede retractarse sin dar mayor explicación), entonces, este es un sujeto llamado a testificar que no goza del privilegio anteriormente, sino que aquel surge cuando le hacen preguntas que lo puedan incriminar personalmente o a alguno de los parientes mencionados en el artículo 302, y en virtud de ello puede negarse a responder aquellas preguntas que lo pongan a él o sus familiares en riesgo. Sin embargo, puede suceder que el juez que esté tomando su declaración le insista en que responda, y así se vulnera este privilegio de abstenerse de declarar, y aún peor, así se vulnera esta garantía constitucional de la no autoincriminación, y que como vimos en el Capítulo I, número 3. respecto de las exclusiones de prueba, este testimonio no debería estar dentro de las pruebas que se rinden en el juicio oral y, por ende, que valora el juez al momento de fallar.

A modo de conclusión, los denominados privilegios de no declarar son facultades de abstenerse de prestar declaración que tienen ciertas personas en un proceso penal por su vínculo con el imputado, así no estarán obligados a testificar los parientes de aquel, los cuales están nombrados en el artículo 302 inciso primero, puesto que se privilegia la relación del sujeto pasivo del proceso con sus seres cercanos, evitando poner a los testigos en la situación horrible de testificar contra su pariente o ser sancionados penalmente por no cumplir con la obligación de declarar, por lo cual se les releva de ella. Por otro lado, están quienes en virtud de su estado, función legal o profesión han obtenido información que puede afectar al imputado de un juicio penal, pero esto viene a responder a una realidad, ya que de no existir esta norma no se podría lograr la confianza necesaria para que se

conforme debidamente la relación entre quien se ha enterado del secreto y quien lo ha revelado.

Finalmente, tenemos la no autoincriminación, es decir, el testigo está facultado para no declarar para no aportar pruebas en su contra o contra algún pariente, con la finalidad de no ser objetos posteriormente de una acusación penal, lo cual está relacionado con el capítulo anterior de esta tesis, pues es una derivación del principio *nemo tenetur*.

Por todo lo anterior, es que los privilegios de no declarar tienen un rol significativo para resguardar los derechos y garantías primeramente del testigo, a quien se le estaría poniendo en una encrucijada al obligarle a declarar, pues se afectaría a alguien con quien tiene un vínculo protegido por el derecho, que confío en él en razón de una relación específica que da pie para ello, o se afectaría a sí mismo, y por otro lado, salvaguarda al imputado, pues personas especialmente vinculadas a él podrían abstenerse de declarar y con ello ser compelidos a dar testimonio perjudicial para el juicio.

3. Sistematización del tratamiento del *nemo tenetur* y privilegios de no declarar en el derecho chileno

Como he mencionado, la garantía de no autoincriminación tiene un rol esencial en la defensa y resguardo de los derechos básicos del sujeto pasivo del juicio penal, puesto que le permite negarse a responder ciertas preguntas de las cuales se pueda derivar la culpabilidad del imputado o de sus familiares. Así, es tan relevante esta garantía en un Estado de Derecho que se ha consagrado en los diversos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que ha suscrito y ratificado Chile y que se encuentran vigentes, y que en virtud del artículo 5 de la Constitución Política de la República, los derechos en ellos consagrados deben ser respetados y promovidos por el Estado chileno, y, por ende, tienen rango supra legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, en cuanto al derecho interno, encontramos la garantía de no autoincriminación en el artículo 19 N° 7 letra f) de la Constitución Política de la República, donde se establece que, en las causas criminales, no se podrá obligar al imputado a que declare bajo juramento sobre hecho propio. Y, por su parte, el artículo 93 letra g) del CPP establece como garantías del imputado el derecho a guardar silencio, o en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

Entonces, tenemos definido qué es el *nemo tenetur*, su importancia para resguardar derechos de quien está en la situación más vulnerable dentro del proceso penal, el marco jurídico por el cual se integra este derecho en la legislación chilena y con ellos los artículos de los diversos cuerpos normativos en que se consagra. Por lo que, ahora hay que mencionar los derechos en los cuales se manifiesta esta garantía, los cuales son: en primer lugar, prestar declaración sin jurar; en segundo lugar, el de guardar silencio; y, en tercer lugar, el derecho a que el cuerpo del imputado no sea usado como prueba incriminatoria contra él mismo.

Respecto al derecho a no prestar juramento al momento de declarar, podemos ver que es el único que está expresamente consagrado con rango constitucional, ya que el artículo 19 N° 7 letra g) así lo establece, y, además, también se recoge expresamente en el artículo 93 letra g) del CPP, por lo cual, es la garantía del *nemo tenetur* mejor resguardada, ya que este derecho fue consagrado como la manera más básica de resguardar en este sentido al imputado, puesto que así se terminó con el dilema ante el cual se enfrentaba, de que si declaraba y decía la verdad incorporaba al juicio la prueba necesaria para su propia condena, y en caso de mentir para no ser considerado culpable, cometía perjurio, razón por la cual se ponía en una encrucijada al sujeto pasivo del juicio penal, y este derecho vino a dar una solución a este tema.

Sin embargo, luego se consideró que no era suficiente para resguardar al imputado, si bien fue un gran avance, sigue siendo precario, por lo que se creó el derecho a guardar silencio, es decir, en caso de que el imputado considere que la mejor estrategia para su juicio es no prestar declaración y con ello no responder ninguna pregunta que se le haga, puede permanecer en silencio y así ejercer su derecho a ello, el cual, en nuestro ordenamiento jurídico tiene valor supra legal debido a los Tratados Internacionales de

Derechos Humanos ratificados por Chile e incluso se incorporó por primera vez en el derecho chileno por la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual lo consagra en su artículo 8 inciso 2° letra g). Y, en cuanto al derecho interno, solo lo recoge el artículo 93 letra g) del CPP, pero no la Constitución Política de la República, que solo sienta las bases del *nemo tenetur* y recoge el derecho de no prestar juramento, siendo la ley la que desarrolla y amplía el alcance de la garantía de no autoincriminación.

La consagración de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico es un gran avance, pero trae un problema en su aplicación práctica, y es que muchas veces los jueces valoran negativamente el legítimo ejercicio de este derecho, puesto que consideran que hay miedo en el imputado de contestar las preguntas que se le hagan, por lo cual sería indicio de su culpabilidad.

Ante esta problemática, ha habido distintas posturas por parte de la doctrina y jurisprudencia chilena, lo que se ha traducido en fallos contradictorios, y por tanto, en una vulneración al legítimo ejercicio de este derecho, puesto que el imputado no sabe si el tribunal va a respetar el hecho de que calle o lo usará en su contra, por lo que no se puede preparar una estrategia de juicio libremente, y además, provoca la falta de uno de los requisitos necesarios para renunciar al derecho a guardar silencio y con ello prestar declaración, el cual es que esta renuncia sea libre, lo que no se cumple en este caso, puesto que muchas veces se va a optar por prestar declaración, ya que, de otro modo, el silencio puede ser valorado negativamente por parte del tribunal, trayendo consecuencias negativas para quien lo ejerce, entonces, el imputado renuncia a él, pero a base de la amenaza de un perjuicio para sí mismo, es decir, mediante coacción de cierta manera, por lo cual, la renuncia ya no es libre, y se cae en un sinsentido, puesto que el ordenamiento jurídico consagra este derecho pero los tribunales le quitan valor y eficacia, provocando la vulneración de este derecho fundamental tan importante para resguardar al imputado, el cual es el tema de mayor relevancia en la parte primera de esta tesis.

Respecto del tercer derecho por el cual se manifiesta el *nemo tenetur*, es decir, que su persona no sea utilizada como prueba incriminatoria en contra de sí misma, tenemos que se trata de una interpretación amplia de la garantía de no autoincriminación, en el sentido de la prohibición de utilizar al imputado como medio de prueba, por lo que aquí se incluyen las

intervenciones corporales para obtener evidencia necesaria para la resolución del juicio, como sería prueba de ADN, alcoholemia, y cualquier otro procedimiento en su cuerpo.

Sin embargo, este derecho no está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se ha dicho que no se vulnera el *nemo tenetur*, sino que se afectan otras garantías constitucionales como son el derecho a la intimidad o a la privacidad y la dignidad, pero muchas veces es realmente fundamental para el juicio el llevar a cabo estos exámenes corporales, por lo cual, debido a que nos encontramos frente a una colisión de derechos, es necesario ver en cada caso concreto si se justifica este tipo de procedimiento o no, y para ello hay que revisar criterios de que sea idóneo, necesario y proporcionado en relación con el fin constitucionalmente legítimo.

También pudimos vislumbrar especiales problemáticas que podrían poner en riesgo el efectivo resguardo de la garantía de no autoincriminación, como es el valor probatorio de declaraciones prestadas ante la policía, la obligación de someterse a alcoholemia, y ciertos problemas derivados de declaraciones en materia tributaria.

Finalmente hablé de las exclusiones de prueba, que se encuentran recogidas en el artículo 276 del CPP, y cuya finalidad es resguardar de manera ex post los derechos fundamentales, como es el *nemo tenetur*, entonces, cuando no se ha resguardado como corresponde a lo largo del procedimiento, el juez debe excluirla de la prueba que realmente valorará para luego ver si llega al estándar de convicción más allá de toda duda razonable o no.

Luego pasé al segundo gran tema de esta tesis, el cual es los privilegios de no declarar de que gozan ciertos testigos en el juicio penal, puesto que como ya señalé, por regla general los testigos, cuando hayan sido citados conforme a lo que establecen las leyes, están obligados a comparecer ante el tribunal y prestar declaración, sin embargo, hay algunos casos en que, a pesar de tener que comparecer en juicio, lo hacen para presentar algunas de las causales que los eximen del deber de testificar.

Es un tema bastante importante, y que, por ello, en Chile está consagrado en la Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 7 letra f), es decir, a continuación de la consagración del *nemo tenetur*, ya que dice que tampoco podrán ser

obligados a declarar contra el imputado sus familiares y las demás personas que establezca la ley. Así, vemos que nuestra Carta Fundamental deja consagrados los privilegios de no declarar de ciertos testigos, y recoge expresamente una de las causales, que es la de parentesco, pero deja a la ley que desarrolle estas garantías de los testigos, siendo el CPP el que trata bastamente el tema y da todas las normas al respecto.

En este sentido, el primer artículo relevante es el 302 del CPP, el que desarrolla con mayor profundidad la causal de parentesco, así, no están obligados a declarar contra el imputado su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o guardador, adoptante o adoptado. Esta norma tiene como fundamento que se privilegian otros valores por sobre la obtención de la verdad en el juicio, el cual es el proteger el vínculo de las relaciones de familia, ya que la familia es la base de la sociedad y el hecho de que se obligara a integrantes de un mismo grupo a testificar en contra de otro sería especialmente dañino para esas relaciones y además provocaría mucho dolor en el imputado y su pariente, por lo cual, se les exime de esta obligación que tienen los testigos por regla general.

Luego, vemos que, en el inciso segundo de este artículo, encontramos la causal basada en razones personales, puesto que estipula que, si se tratare de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración en sus facultades mentales, no comprendiera el significado de la facultad de abstenerse, se requerirá la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Esto es para proteger a las personas que no puedan comprender cabalmente su intervención en el juicio.

Además, el inciso tercero dice que las personas de este artículo deben ser informadas de este derecho del que son titulares, pero no se dice de quién es este deber de informar, pero se ha concluido que es del juez presidente del tribunal, porque se condice con las funciones que recaen en él. Por otro lado, este inciso dice que, si se consintiera en prestar declaración, luego, en cualquier momento se puede retractar de ello y, por ende, dejar de testificar.

En segundo lugar, encontramos en el artículo 303 del CPP las causales fundadas en el secreto profesional, ya que, para que ciertas relaciones surtan los efectos deseados por las partes, es necesario un vínculo de confianza, y para que este vínculo de confianza se pueda crear en una base sólida, quien busca un servicio profesional debe saber que aquel

profesional no podrá usar posteriormente la información obtenida en virtud de esta especial relación, para ningún efecto, mucho menos usarlo para incriminar a aquel sujeto en un juicio penal. Así, se benefician ambas partes, puesto que el profesional necesita ejercer su profesión y la otra parte necesita de esa asesoría profesional. Ejemplo fundamental y emblemático de esto es el secreto abogado- cliente, donde el abogado además de tener el derecho de no declarar en juicio contra su cliente, también lo tiene como obligación, es deber del abogado abstenerse de testificar en estos casos.

De todas formas, hay que precisar que no solo se trata de profesionales, sino que también se aplica a personas que por su estado o función legal tuvieren el deber de guardar secreto, como los funcionarios públicos. De todas formas, si fuesen relevados de guardar el secreto, estarán obligados a testificar.

Finalmente, encontramos en el artículo 305 del CPP la causal fundada en razones de no autoincriminación, puesto que se establece que todo testigo se puede negar a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle el peligro de persecución penal por un delito. Entonces, podemos ver que es una extensión del *nemo tenetur* del imputado al testigo, puesto que en caso de que testifique y se incrimine a sí mismo, la principal evidencia cuando se transforme en imputado será justamente aquella que él mismo proporcionó anteriormente, por lo cual, de todas formas, se vulneraría la garantía de no autoincriminación. Esta norma es muy importante, puesto que el legislador fue más allá y se puso en una hipótesis en que se pudiera haber trasgredido de todas formas este derecho fundamental, aunque el sujeto no tuviese el rol de imputado, sino que, de testigo, por lo que tomó las medidas necesarias para resguardarlo de todas formas.

Además, esto aplica cuando el testigo, en caso de responder a las preguntas, incrimine a uno de los parientes del artículo 302, es decir, ese pariente no es el imputado, pero en caso de contestar, pudiera entregar información que lo pudiera poner en la calidad de imputado, por lo cual, puede abstenerse de testificar.

Así, en estos dos capítulos desarrollé los dos temas fundamentales de esta tesis, lo que son, su importancia, cómo se recoge en la legislación chilena, y en qué derechos se materializa así como su aplicación en la práctica, para luego hacer una sistematización que ayude a tener el contenido expuesto en estos capítulos de manera clara y esquematizada

para luego dar paso a la parte segunda de esta tesis, en la cual me refiero a los mismos dos temas respecto de otros países, para ver cómo lo recogen y luego compararlos con Chile.

Parte segunda: estudio de derecho extranjero

Capítulo III: estudio de derecho extranjero en países del Sistema Continental

Como ya he mencionado, he tratado los dos pilares de esta tesis, es decir, la garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar, respecto a qué son y cómo se recogen en el sistema jurídico chileno, por lo que ahora me parece necesario hacer un breve análisis sobre estos mismo puntos en otras legislaciones, para ver la situación en la que se encuentra nuestro país respecto a otros sistemas jurídicos, si tenemos avances significativos, o bien

estamos en deuda en el tratamiento de estos derechos, que son fundamentales para un debido proceso penal.

En este sentido, y como ya expliqué en la introducción de esta tesis, es que tomaré países de las tradiciones jurídicas más importantes del mundo, es decir, el *Civil Law* y el *Common Law*, con la finalidad de ver las diferencias entre uno y otro. Y, en este capítulo hablaré de tres legislaciones que he escogido de nuestro mismo sistema jurídico, es decir, el sistema continental, a saber, Alemania, España y Perú.

Elegí Alemania puesto que es un país que ha tratado extensamente el principio de no autoincriminación, ya que, tanto doctrina como jurisprudencia se han dedicado a discutir y establecer criterios uniformes respecto de ciertos vacíos que deja la legislación, que como veremos, de todas formas, es muy completa. Entonces, en cuanto al *nemo tenetur*, está totalmente consagrado en su ordenamiento jurídico, y han ido más allá, creando toda una categorización respecto del silencio del imputado, tema que en nuestra legislación es bastante vago hasta ahora, por lo que me parece sumamente importante analizar, como lo haré en el siguiente punto de esta tesis, la discusión alemana y sacar conclusiones respecto de si en Chile debiera recoger este debate o desarrollar el propio en base a lo que nos entrega esta mirada a la legislación comparada. Respecto a los privilegios de no declarar, tenemos un tratamiento bastante similar.

En cuanto a España, decidí hablar sobre el tratamiento que ha dado este país a la garantía de no autoincriminación y privilegios de no declarar, debido a la influencia histórica en diversos sentidos que ha tenido sobre Chile, puesto que, al haber sido colonia española, hemos recogido e imitado en muchos ámbitos su legislación. Sin embargo, en sede penal encontramos la rama de derecho en que menos parecido hay entre España y Chile, y aun así podremos ver que en la consagración de estas garantías hay muchas semejanzas, por lo que encuentro interesante estudiar cómo recoge el ordenamiento jurídico español estos derechos y luego concluir y vislumbrar las similitudes y diferencias que hay entre ambos, a pesar de los distintos aparatos de persecución penal en uno y otro.

Para continuar, me referiré al tratamiento de la garantía de no autoincriminación y de los privilegios de no declarar en Perú, puesto que tienen nuestro mismo Sistema jurídico, y lo han desarrollado a la par que Chile, ya que hemos tenido la misma evolución histórica, es

decir, nuestras independencias con solo tres años de diferencia (Chile en 1818 y Perú en 1821), por lo tanto, nuestro desarrollo legislativo data desde la misma época y con las mismas influencias, principalmente española pero también del resto de Europa, además de tener un desarrollo socio-económico parecido, y en el fondo, condiciones materiales para el progreso de las sociedades y con ello del derecho, por lo cual considero importante hablar de esta legislación y con ello ver el avance de nuestro país vecino y así tener una referencia acorde con nuestra realidad como país.

1. Alemania

1.1. Garantía de no autoincriminación

En Alemania, la consagración del principio *nemo tenetur* tuvo que recorrer un largo camino, sobre todo para llevar a rango legal el derecho a guardar silencio, puesto que el § 136 de la Ordenanza Procesal Penal alemana (en adelante 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 sobre “si desea prestar declaración”, por lo que el derecho a guardar silencio no se encontraba consagrado expresamente a nivel

legal.¹³¹ Luego de casi 90 años desde la dictación de la SPO, con la reforma introducida al § 136 en 1964 es que se consagró finalmente el derecho a guardar silencio en la legislación alemana, norma que sigue vigente hasta el día de hoy, y que señala el derecho del acusado a ser informado “si desea libremente prestar declaración o guardar silencio”.¹³² Así, con esta reforma, la posibilidad reconocida al imputado de no prestar declaración en un proceso seguido en su contra se erige propiamente como un derecho establecido a su favor.¹³³

Como acabo de señalar, el principio *nemo tenetur* tiene consagración legal en la legislación alemana, sin embargo, ha sido objeto de fuertes debates el hecho de si el ejercicio del derecho a guardar silencio trae como consecuencia jurídica el ser una prueba y con ello, ser objeto de valoración. En este sentido, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria alemana¹³⁴ ha hecho una distinción en el tratamiento del silencio del imputado, clasificándolo en total, temporal y parcial, lo cual pasaré a desarrollar a continuación.

1.1.1. Silencio total del imputado

La reforma al § 136 SPO consagró expresamente el derecho del imputado a guardar silencio, pero no se refirió respecto de la forma en la que el juez debe tratar el silencio del acusado al momento de valorar la prueba.¹³⁵ Así, del tenor literal de la disposición no se puede derivar automáticamente una prohibición de asignar al silencio un valor probatorio determinado, así se podría considerar, por ejemplo, como un indicio de responsabilidad.¹³⁶ En el fondo, lo que se quiere saber es si existen o no límites al § 261 SPO, el cual establece el principio de libre valoración de la prueba, por ello, si existiesen límites no se podría valorar el ejercicio del derecho a guardar silencio, y por el contrario, si no existiesen, sí se podría valorar.¹³⁷

¹³¹ Correa, Carlos. 2018. Valoración del silencio del imputado en el proceso penal. Derecho alemán y derecho chileno. Revista de derecho. XXXI (2): 239 p.

¹³² Ibid.

¹³³ Wessels, Johannes., “Schweigen und Leugnen im Strafverfahren”, en JuS 1966. 169 p.

¹³⁴ Por todos: Schneider, Helmuth., “Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen”, en JURA, 1990, 273 p.

¹³⁵ Stree, Walter., “Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren”, en JZ, 1966. 593 p.

¹³⁶ Roxin, Claus. y Schünemann, B., Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch. 28. Ed., Beck. München, 2014, §15, Rdn. 31 p.

¹³⁷ Correa, Carlos. Op cit. 240 p.

Así, para dar respuesta a esta pregunta, encontramos una primera corriente doctrinal, en la que se encuentra el autor Kleinknecht,¹³⁸ quien ya en 1966 señalaba que el silencio del imputado “constituye sin lugar a duda una confirmación desde un punto de vista criminalístico, que la policía persigue a la persona correcta.” Así, para este autor se podría hacer una generalización para todos los casos en que el imputado decidiera guardar silencio y con ello abstenerse de prestar declaración.

El silencio total del imputado tiene lugar cuando éste guarda silencio en todas y cada una de las etapas del procedimiento y respecto de todas las preguntas a él dirigidas.¹³⁹ Respecto a esto, el Tribunal Supremo Imperial alemán (en adelante RG)¹⁴⁰ no resolvió directamente el tema de la valoración del silencio total del imputado, sin embargo, sí se refirió a la valoración del silencio ejercido por los testigos en uso de su derecho a no prestar declaración en contra de sus familiares, ante lo cual, inclinó su jurisprudencia a derivar conclusiones de este silencio, lo cual tiene como fundamento una interpretación amplia del principio de libre valoración de la prueba, según el cual, el juez no tendría ninguna limitación al momento de apreciarla.¹⁴¹

Actualmente, la doctrina ampliamente mayoritaria¹⁴² y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (en adelante BGH, el cual es el sucesor del antiguo RG)¹⁴³, del Tribunal Constitucional (en adelante BVerfG)¹⁴⁴ y de los Tribunales Superiores Estatales (en adelante OLG)¹⁴⁵, sostienen que el silencio total del acusado, independientemente de las

¹³⁸ Kleinknecht, Thomas., “Anmerkung zur Urteil des BGH 5. StS v. 26.10.65-5 StR 415/65”, en JR 1966. 270p.

¹³⁹ Correa, Carlos. Op cit. 241 p.

¹⁴⁰ RGSt 55, 20; RG HRR 1939, 729

¹⁴¹ Correa, Carlos. Op cit. 241 p.

¹⁴² 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/Esser/Graalman-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.

¹⁴³ BGHSt 22, 113; 25, 365 (368); 32, 140 (144); 38, 302 (305); BGH NJW 2000, 1426; BGH NStZ 2000, 495.

¹⁴⁴ BVerfG NStZ 1995, 555; BVerfGE 56, 37 (51).

¹⁴⁵ 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.

razones que lo motivan,¹⁴⁶ se encuentra completamente excluido del ámbito de aplicación de la libre valoración de la prueba por parte del juez, por lo cual, no los puede apreciar de manera alguna.

Esta prohibición de valoración rige respecto del silencio prestado por el imputado en cualquier etapa del procedimiento y no solo ante el juez, sino que también frente a la policía o el fiscal.¹⁴⁷ Además, si una persona es imputada por distintos delitos, y decide declarar respecto de algunos guardando silencio respecto de preguntas referidas a otras imputaciones, su silencio no podrá ser interpretado en su perjuicio.¹⁴⁸

Un primer argumento en este sentido es que el derecho a guardar silencio debe ser entendido como una manifestación concreta de la garantía de no autoincriminación, la cual está contenida en diversas normas, tales como los §§ 136 inciso 1°, 163 letra a) inciso 3°, 243 inciso 5° de la SPO, y el artículo 14 inciso 3° letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, el *nemo tenetur* asegura al imputado la posibilidad de ejercer el derecho a guardar silencio sin ninguna presión al momento de su decisión. Así, este derecho tiene rango constitucional, y, por tanto, es esencial de un Estado de Derecho, por lo que su resguardo, manifestado en la imposibilidad de valorar el silencio, es un deber inexcusable por parte del Estado.¹⁴⁹

Un segundo argumento esgrimido es que la valoración del silencio del imputado implicaría una verdadera obligación de declarar.¹⁵⁰ Esto se condice con la problemática que vislumbré en el Capítulo II de esta tesis, en relación con el requisito de libertad que se requiere para que la renuncia al derecho a guardar silencio sea válido, ya que el hecho de que se pueda valorar este ejercicio de no prestar declaración en contra del imputado haría que se vea coaccionado a renunciar a él, por lo cual no sería con libertad, faltando este requisito y vulnerando la efectividad de un derecho consagrado en la ley y en los pactos internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, dejando en la práctica esta garantía como una norma programática pero sin incidencia en la realidad. Así, ante la

¹⁴⁶ Miebach, Klaus., “Der teilschweige Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung”, en NStZ 2000. 235 p.

¹⁴⁷ Eisenberg, Ulrich. op cit.

¹⁴⁸ Beulke, Werner. op cit.

¹⁴⁹ BVerfGE 38, 105 (113); 56, 37 (43).

¹⁵⁰ Park, Tido., “Die prozessuale Verwertbarkeit verschiedener Formen der Beschuldigteneinlassung im Strafverfahren”, en StV 2001. 589 p.

amenaza de una interpretación del silencio contraria a los intereses del imputado, su decisión de guardar silencio o declarar carecería por completo de libertad.¹⁵¹ En este sentido, la vigencia del derecho a no autoincriminarse sería entonces meramente ilusoria¹⁵², por lo que Rogall¹⁵³ señala que el sistema de libre valoración de la prueba resultará compatible con el respeto a las garantías del imputado cuando tenga como límite los derechos de los cuales es titular, y dentro de ellos está el de no contribuir activamente al establecimiento de su responsabilidad penal, lo cual se manifiesta en su derecho a guardar silencio.

Un tercer fundamento en contra esgrimido para justificar esta postura de la no valoración del ejercicio de guardar silencio por parte del imputado es la “imposibilidad práctica de determinar su valor probatorio, puesto que existen motivos muy diversos por los cuales el imputado puede decidir guardar silencio, los cuales no pueden ser reconducidos indistintamente a un indicio de contenido idéntico,”¹⁵⁴ es decir, no pueden ser subsumidos en una regla jurídica que contemple una máxima de la experiencia que señale que un acusado solo calla cuando es culpable.¹⁵⁵

En cuanto al contenido mismo del silencio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán señalado que el silencio total del imputado no se debe entender como una absoluta omisión de emitir cualquier declaración en el proceso penal¹⁵⁶, si no que como una negativa del imputado de dar respuesta total o parcial a imputaciones concretas dirigidas en su contra.

Estoy de acuerdo con esta postura que señala que el silencio total del imputado es un límite a la libre valoración de la prueba, por lo que no puede ser objeto de prueba el ejercicio de este derecho, y con ello el juez no lo debe considerar al momento de tomar su decisión, puesto que de lo contrario el imputado estaría obligado a declarar, lo cual no es propio de un Estado de Derecho, que debe velar por el cumplimiento de las garantías fundamentales que el propio ordenamiento jurídico otorga a las personas. Por otro lado, el

¹⁵¹ Correa, Carlos. Op cit. 244 p.

¹⁵² Aselmann, Maïke., “Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 3.5.2000-1 StR 125/00”, en JR 2001. 81p.

¹⁵³ Rogall, Klaus., Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozeß. Duncker & Humblot, Berlin, 1977. 249 p.

¹⁵⁴ Aselmann, Maïke. Op cit. 81 p.

¹⁵⁵ Meyer, Kurt., “Anmerkung zum Urteil des BGH 4. StS v. 3.12.65-4 StR 573/65”, en JR 1966. 352 p.

¹⁵⁶ BGH NStZ 97, 147.

concluir que toda persona que opte por no declarar tiene como motivación la culpabilidad no tiene ninguna lógica, ya que existen miles de razones por los cuales el imputado tome esta decisión, y no es tarea del juez tratar de descifrar las motivaciones tras el silencio dentro del juicio, puesto que además al ser fundamentos internos, muy difícilmente se podría saber cuál es realmente la justificación. Por todo ello, y con la finalidad de resguardar y respetar el *nemo tenetur* es que el silencio total del imputado no debiera ser valorado.

1.1.2. Silencio temporal del imputado

El silencio temporal del imputado tiene lugar en aquellos casos en que él es citado a declarar en distintas etapas del procedimiento, y opta por declarar en algunas y guardar silencio en otras, o bien, también tiene lugar cuando es citado a declarar varias veces dentro de una misma etapa, y decide efectivamente prestar declaración en alguna(s) y callar en otra(s).¹⁵⁷

A este respecto, la doctrina y jurisprudencia alemana ha sostenido que no se puede interpretar el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del imputado,^{158 159} lo cual debe ser así, independientemente del momento en el cual el titular de este derecho decida callar. En este sentido, cuando el imputado presta declaración en la fase de investigación, ante la policía, por ejemplo, y luego decide guardar silencio en el juicio, este ejercicio del derecho no debe ser valorado por el tribunal. Lo mismo pasa en el caso de que el imputado no haya prestado declaración ante la policía, pero luego decida hacerlo en el juicio.¹⁶⁰

Esto encuentra su fundamento en que un componente esencial del derecho a guardar silencio es la libertad de ejercerlo en cualquier instancia del procedimiento.¹⁶¹ Por ello, si se

¹⁵⁷ Correa Robles, Carlos. Op cit. 246 p.

¹⁵⁸ Beulke, Werner., Strafprozessrecht. 12. Ed.; Müller, Heidelberg y otros, op cit. 495p.; Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 9. Ed.

¹⁵⁹ BGH NStZ 2014, 667; BGHSt 20, 281; 25, 365 (368); 38, 302 (305); BGH NStZ 1999, 47.

¹⁶⁰ Miebach, Klaus. Op cit. 239 p.

¹⁶¹ Kühl, Klaus., “Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsweigerung eines angehörigen Zeugen - BGHSt 32, 140”, en JuS 1986, 120 p.

permitiera la valoración del ejercicio por el imputado en un momento determinado del proceso, se estaría restringiendo inaceptablemente el alcance del derecho.¹⁶²

Esto, sin embargo, no impide que se incorpore en el juicio a través de otros medios de pruebas, las declaraciones previamente prestadas por el imputado.¹⁶³ Así, la declaración que prestó en la etapa de investigación ante la policía, pero respecto de la cual posteriormente optó por guardar silencio y no volver a declarar, puede ser válidamente introducida en el juicio oral, por ejemplo, con el testimonio del policía que tomó la declaración o los funcionarios que estuvieron ahí en el momento en que declaró el imputado.¹⁶⁴

Estoy totalmente de acuerdo con la postura de la doctrina y jurisprudencia alemana a este respecto, puesto que por diversos motivos se puede llegar a la decisión de declarar o no en las distintas etapas del proceso, ejemplo de estas motivaciones es el hecho de que la declaración ante la policía haya sido prestada sin pensarlo mucho, y luego, como imputado, considera que la mejor estrategia procesal era guardar silencio y que por ello decida callar en juicio, o al revés, que quizás por nervios guardó silencio en la etapa de investigación y luego considera que la mejor estrategia es efectivamente declarar. Es por ello, que como bien se señaló anteriormente, uno de los elementos esenciales del derecho a guardar silencio es ejercerlo libremente, lo cual no se cumpliría si es que se pudiera valorar el hecho de guardar silencio previamente a prestar una declaración o posteriormente a ella, lo cual va absolutamente contra el principio *nemo tenetur* que ya se ha explicado su importancia, y que, como vemos, cuesta mucho establecer los límites para poder resguardarlo como corresponde.

Respecto a que un policía o funcionario pueda prestar testimonio en el juicio sobre lo que declaró el imputado en la etapa de investigación, lo cual también se puede hacer en nuestra legislación y práctica jurisprudencial, y como lo señalé en esta tesis,¹⁶⁵ lo encuentro cuestionable, ya que este principio fue establecido para evitar los abusos contra el imputado

¹⁶² Correa, Carlos. Op cit. 247 p.

¹⁶³ BGH NJW 66, 1524.

¹⁶⁴ Kühn, Klaus. Op cit. 120 p.

¹⁶⁵ Esto lo señalé en el Capítulo primero, en su punto 2.3.1. sobre algunas problemáticas de este principio (*nemo tenetur*) en su aplicación y resguardo, donde hablo del valor probatorio de declaraciones prestadas ante la policía.

con la finalidad de obtener la prueba necesaria para su condena, lo cual no se estaría logrando plenamente al admitir esta posibilidad.

De todas formas, me parece que la legislación alemana ha desarrollado a mayor cabalidad este punto su contraparte chilena, ya que nuestros tribunales no han llegado a un consenso ni siquiera respecto de si se puede valorar o no el ejercicio del derecho a guardar silencio, en cambio, en Alemania se ha discutido bastamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por lo tanto ya hay criterios establecidos y con ello el imputado puede ejercer confiadamente su derecho y así ampararse bajo el *nemo tenetur* con mayor propiedad. Respecto del testimonio de oídas de la policía, es el juez quien debe valorarlo discrecionalmente, a la luz de la garantía de no autoincriminación.

1.1.3. Silencio parcial del imputado

Este concepto tiene lugar en el caso de que el imputado que, si bien decide declarar (en cualquier etapa del procedimiento), “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”.¹⁶⁶

Tanto la doctrina¹⁶⁷ como jurisprudencia¹⁶⁸ alemana mayoritaria, estima que este derecho parcial del imputado sí puede ser valorado por el tribunal como indicio contra aquel, por diversos motivos: en primer lugar, se argumenta que en el momento en que el sujeto comienza a declarar renuncia completamente a su derecho a guardar silencio, por lo cual, se transforma voluntariamente en medio de prueba.¹⁶⁹ En segundo lugar, esta valoración derivaría de una máxima de la experiencia, la cual establece que en determinadas situaciones el imputado “debería hablar, como forma de acreditar su inocencia, por lo que su silencio parcial sería equivalente a una confesión tácita”.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Correa, Carlos. Op cit. 248 p.

¹⁶⁷ Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, Nomos, Baden-Baden, 1993, 66p.; Müller-Christmann, Bernd., “Aktuelles Strafprozessrecht”, en JuS 2001, 61p.; Kleinknecht, T. Op cit. 270 p.

¹⁶⁸ BGH NSTZ 2000, 495; OLG Oldenburg NJW 1969, 806 s.

¹⁶⁹ Rüping, Hinrich., “Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten”, en JR 1974, 138 p

¹⁷⁰ Günther, Hammerstein., “Strafrechtliche Beweiswürdigung und schweigender Angeklagter”, en JR 1978, 93 p.

Finalmente, se ha dicho que el silencio parcial del imputado debe entenderse como un todo, es decir, como una unidad normativa que se compone por lo efectivamente declarado y por lo callado, y, por tanto, debe ser valorado por el juez.¹⁷¹ Así, los posibles vacíos en la declaración serían componentes negativos de la misma, y además, no se le puede pedir al juez, desde un punto de vista psicológico, que al momento de fundamentar su razonamiento ignore los vacíos del imputado.¹⁷²

Otro sector de la doctrina mayoritaria,¹⁷³ postula que sí se debe valorar el silencio parcial del imputado, sin embargo, no debe ser necesariamente en su contra, sino que debe valorarse en aquel sentido solo cuando se pueda atribuir a circunstancias específicas que le den aquel valor, de no ser así, el juez se debe abstener de apreciar el silencio en perjuicio del sujeto.

Sin embargo, contra esta postura, un sector importante de la doctrina,¹⁷⁴ ha sostenido que el silencio parcial del imputado no puede ser objeto de valoración alguna por parte del tribunal. Esto se fundamenta, al igual que en el silencio total y temporal, en el principio de no autoincriminación.¹⁷⁵ En este sentido, la garantía recientemente mencionada tiene carácter indivisible, por lo que le confiere al imputado la plena libertad de elegir la forma y oportunidad en que declarará o guardará silencio dentro del procedimiento, por lo que concederle valor al silencio parcial haría que quede en entredicho el *nemo tenetur*.¹⁷⁶ Por otro lado, el imputado solo se convierte en medio de prueba respecto de lo que declara, por lo que, en el momento en que decide guardar silencio, deja de serlo.¹⁷⁷

Respecto a los argumentos esgrimidos por la doctrina mayoritaria, se responde que, en primer lugar, el silencio no puede ser interpretado como componente negativo de una declaración, puesto que ambos son actos contrapuestos que no pueden ser lógicamente considerados globalmente, como sucede en el caso del silencio temporal, en que silencio y

¹⁷¹ Wessels, Johannes. Op cit. 172 p.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Löwe-Rosenberg. Op cit. 38 p.; Meyer, K. Op cit. 352 p.

¹⁷⁴ Aselmann, Maike. Op cit. 81 p.; Eisenberg, U. Op cit. 907 p.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Fezer Strafprozeßrecht. Op cit. 233 p.

¹⁷⁷ Stree, Walter. Op cit. 598 p.

declaración no son mirados como un todo, lo cual la doctrina y jurisprudencia ha sostenido unánimemente.¹⁷⁸

Estoy de acuerdo con esta última postura, puesto que el principio del *nemo tenetur* es un límite para la actuación de los agentes que componen el proceso penal, por lo cual hay que interpretarlo a la luz de su función, el motivo por el cual fue consagrado en las legislaciones, y eso es para resguardar los derechos del imputado, y como he señalado anteriormente, es fundamental que lo pueda ejercer con total libertad y en armonía con otras garantías fundamentales, como es el derecho a defensa, en virtud del cual puede declarar en el proceso y tener un rol activo en el camino hacia su absolución. De esta forma, si se pudiera valorar el silencio parcial del imputado, tendría que elegir por renunciar a alguno de estos derechos fundamentales, prestar declaración respecto a todo lo que le pregunten y ejercer dudosamente su derecho a defensa y, de esta forma renunciar a su derecho a guardar silencio, o simplemente optar por ejercer el derecho a callar y renunciar al de defenderse. En este sentido, el imputado estaría en una encrucijada, lo que va en contra del espíritu de estas garantías y lo que buscan al incorporarse en los ordenamientos jurídicos, por lo que una interpretación en concordancia con la garantía de no autoincriminación y su complementariedad con otros derechos, es que el silencio parcial del imputado no sea sujeto a valoración por parte del tribunal, asegurándose así su libre ejercicio.

Por otro lado, estoy de acuerdo con que conllevaría una contradicción evidente el hecho de que en el silencio temporal la declaración prestada y el silencio sean considerados separadamente, y en el caso en comento, es decir, el silencio parcial, que se compone de los mismos elementos, es decir, silencio y declaración, se tome como una unidad normativa, por lo que debería equipararse al silencio temporal en su tratamiento, y no ser valorado lo que calla el imputado.

1.2. Privilegios de no declarar

El Código Procesal penal Alemán contiene una serie de reglas sobre protección de testigos, los cuales son sujetos con privilegios por su relación personal o profesional con el

¹⁷⁸ Rogall, Klaus. Op cit. 381 p.

imputado.¹⁷⁹ Estos privilegios son en beneficio del testigo y puede renunciar a él incluso si el imputado lo objeta.¹⁸⁰ Es tan importante este privilegio que en el caso de que las autoridades no le dijeran a los testigos que poseen este derecho de abstenerse de declarar, se tendría que excluir de las pruebas que valora el juez al momento de fallar, cualquier declaración que haya prestado el testigo.¹⁸¹

El artículo 52(I) del Código procesal Penal alemán establece qué personas gozan de este privilegio por su relación personal con el imputado, y señala: al novio(a), cónyuge (o ex cónyuge en el caso de que estén divorciados) y todo pariente consanguíneo directo, vinculado por matrimonio, adopción, o parientes consanguíneos colaterales hasta el tercer grado y parientes por afinidad hasta el segundo grado. Todos ellos son titulares del privilegio de negarse a testificar, para lo cual se exige al tribunal que se les comunique y explique antes de comenzar el interrogatorio, que gozan de este derecho, e incluso, en el caso de que el testigo renuncie a aquel y decida testificar de todas formas, puede revocar esta decisión en cualquier momento durante el interrogatorio.¹⁸² Como dije anteriormente, en caso de que no se le informe al testigo de que puede abstenerse de testificar, y por tanto, da su testimonio, ya sea en la etapa preparatoria o en el juicio, sería sujeto de la exclusión de prueba.

Por su parte, el artículo 53 del Código en comento contiene un gran número de personas que han tenido o tienen una relación profesional con el imputado, incluyendo dentistas, contadores, doctores y abogados entre otros, los cuales gozan del mismo privilegio de no declarar.¹⁸³ Sus testimonios sin que se les haya explicado antes que son titulares de este derecho, también son susceptibles de excluirlas de los medios de prueba a considerar.¹⁸⁴

La protección a la garantía de no testificar de las personas que quepan en las categorías de los artículos 52 o 53 recientemente mencionados es tan grande, que, si han prestado previamente declaración ante la policía y luego deciden no declarar, su testimonio no puede

¹⁷⁹ M. Bradley, Craig. 1983. The exclusionary rule in Germany. 96 Harv. L. Rev. (1032): 1059 p.

¹⁸⁰ Löwe-Rosenberg. Op cit. 24 p.

¹⁸¹ Kleinknecht, Thomas. Op cit. 280 p.

¹⁸² STPO § 52(11).

¹⁸³ STPO § 53(I).

¹⁸⁴ RGSt 63, 64.

ser leído en el juicio como evidencia,¹⁸⁵ e incluso, la policía no puede testificar sobre la existencia o contenido de aquel testimonio, aun cuando este haya tenido lugar con las debidas advertencias sobre su privilegio, con excepción de que quien haya tomado la declaración haya sido un juez, caso en el cual sí puede testificar sobre el contenido de la misma.¹⁸⁶

Incluso, para mayor protección del imputado y su privacidad, cuando se comunique por escrito con alguna de las personas que gozan de privilegios de no declarar, no puede ser incautado.¹⁸⁷ Así, estas normas no son para impedir malas conductas policiales, sino que para mantener una relación adecuada y balanceada entre la privacidad y derechos del imputado y testigos y los intereses del Estado respecto de la persecución del crimen.¹⁸⁸

Como vemos, en cuanto a los privilegios de no declarar, el sistema penal alemán se parece mucho al nuestro, ya que considera las relaciones personales y de secreto profesional con el imputado como causales para gozar de este derecho, e incluso va más allá al establecer que la comunicación escrita entre ellos no puede ser incautada, lo cual también tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el artículo 220 del CPP establece que no podrá disponerse la incautación, ni la entrega bajo apercibimiento de las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos.

Además, coinciden en que en caso de que no se haya cumplido con los resguardos que establece la ley, cualquier prueba obtenida con alguna infracción se debe excluir de la valoración del juez, lo cual me parece sumamente importante, puesto que la obtención de la verdad no es un valor absoluto, y tiene como límite el resguardo de las garantías fundamentales, por tanto, aunque una prueba sea trascendental para que el juez supere el estándar de más allá de toda duda razonable, si fue obtenida con vulneración de derechos, no puede ni debe ser incorporada en el juicio. Como sabemos, la exclusión de prueba tiene como precursor a Alemania, por ende, vemos que en cuanto a privilegios de no declarar de

¹⁸⁵ STPO § 252. Esto aplica aun cuando el testigo haya declarado primero sin gozar de este privilegio por no estar dentro de ninguna de las personas mencionadas en los artículos 52 y 53 del Código Procesal Penal alemán, pero posteriormente se compromete con el imputado, así que no se puede considerar en juicio su testimonio.

¹⁸⁶ M. Bradley, Craig. Op cit. 1061 p.

¹⁸⁷ Esto lo establece el artículo 97 del Código.

¹⁸⁸ M. Bradley, Craig. Op cit. 1062 p.

los testigos, está súper clara la norma sobre cómo se debe proceder en el juicio penal, y en caso de no cumplirse, está muy regulada la exclusión de prueba a este respecto, lo cual es un gran ejemplo para el resto de las legislaciones, y que como vimos en el Capítulo II de esta tesis, también está incorporado en nuestro CPP.

2. España

2.1. Garantía de no autoincriminación

Para comenzar a desarrollar la legislación española, es menester señalar la figura del investigado, denominación que incorporó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de aquel año, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que venía a establecer el

fortalecimiento de las garantías procesales, y que sustituyó la tradicional terminología de imputado, pero no se cambió su régimen jurídico.¹⁸⁹

Dicho lo anterior, y en cuanto a la cronología histórica, me referiré al primer derecho en el cual se manifiesta el *nemo tenetur*, es decir, el de prestar declaración sin juramento, consagración que se encuentra por primera vez en la legislación española en la Constitución de 1812 (también conocida como Constitución de Cádiz o “La Pepa”),¹⁹⁰ cuyo artículo 291 establecía que: “la declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio”. Además, cabe destacar que este texto tiene gran importancia en el comienzo del constitucionalismo español, es decir, abrió la idea de que el poder no es absoluto, sino que limitado, y responde a la voluntad general de la nación.¹⁹¹

Lamentablemente, el deber de jurar reapareció en el artículo 8º del Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, que decía que “en causa criminal, así los procesados como los testigos, serán precisamente juramentados y examinados por el juez de la causa”, y esto no se eliminó completamente hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), que fue aprobada por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.¹⁹² Sin embargo, el artículo 387 de esta ley mantuvo la exhortación a decir la verdad y el deber del imputado de contestar conforme a ella.

Respecto a ello, la doctrina y jurisprudencia tomó diversas posiciones con la finalidad de fijar el sentido y alcance de este artículo, así, autores como Aguilera de Paz,¹⁹³ estipularon que aquella norma “constituye un precepto de derecho natural, pues toda persona está obligada a decir la verdad, y que, por ello, esta afirmación es un eterno principio, no sólo de justicia, sino también de orden moral.”¹⁹⁴ Con ello, se llegó al

¹⁸⁹ Asencio, José. El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. 17p.

¹⁹⁰ Ibid. 250 p.

¹⁹¹ SOLÉ TURA, J. y AJA, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Madrid. 2005. 19 p.

¹⁹² Asencio, José. Op cit. 251 p.

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ Ibid.

consenso de que debiera considerarse como una ley imperfecta o sin sanción, puesto que el imputado no tiene la obligación de decir la verdad, pues ni siquiera de declarar, por lo que, si mintiese en la declaración, el único reproche al que daría lugar sería uno de carácter moral.¹⁹⁵

Por su parte, otros autores reclamaron la inconstitucionalidad de la norma, puesto que tras la dictación de la Constitución y el catálogo de derechos fundamentales que establece en su artículo 24.2, dentro de los cuales se consagra, aunque no explícitamente, el derecho a guardar silencio y a no colaborar, lo cual conlleva a que la exhortación a decir la verdad y el deber de contestar en virtud a ella que contenía el artículo en comento, deben ser tenidos como contrarios a la Carta Fundamental española¹⁹⁶, y en ese sentido se pronunció el Tribunal Supremo español.¹⁹⁷

Así, la Constitución de 1978 vino a consagrar definitivamente la garantía de no autoincriminación a través de sus derechos de no prestar juramento y guardar silencio, aunque no consagró explícitamente el segundo, a saber, en su artículo 24.2 establece que todos tienen derecho “a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.”

Luego, la Ley Orgánica 13/2015 de 5 de octubre, modificó la LECrim y derogó el controvertido artículo 387, y consagró estos derechos en su artículo 181.1g), el cual estipula que toda persona a quien se le atribuya un hecho punible se le instruirá que es titular de ciertos derechos, y en la letra g) señala el “derecho a guardar silencio y a no prestar declaración si no desea hacerlo, y a no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulen.” Otro artículo importante a este respecto es el 520.2.a), el cual se refiere a los derechos que tiene toda persona detenida o presa, y en su letra a) menciona 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 sólo declarará ante el juez.”

Además, también está recogida la garantía de no autoincriminación en Tratados Internacionales que ha suscrito, ratificado y que se encuentran vigentes en la legislación

¹⁹⁵ Serra, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel, 1969. 743 p.

¹⁹⁶ López Barja de Quiroga, Jacobo. El derecho a guardar silencio y a no inculparse. Manuales de Formación Continuada 22. Madrid, CGPJ, 2004. 592 p.

¹⁹⁷ Sentencia Tribunal Supremo, 5 de octubre del 2001. Tol 4976381.

española, como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3), y el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, llama mucho la atención que la Convención Europea de Derechos Humanos no hace alusión a las garantías de no prestar juramento o guardar silencio, por lo que el Tribunal de Estrasburgo ha precisado que “el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo son normas internacionales que subyacen a la noción del proceso equitativo establecida en el artículo 6 del Convenio.”¹⁹⁸

Así, encontramos un tratamiento parecido en la legislación española y en la chilena, puesto que en ambas Constituciones no se expresa explícitamente el derecho a guardar silencio (artículos 24.2 y 19 N° 7 letra f), respectivamente), sino que son los Tratados Internacionales y la LECrim en España y el CPP en Chile, quienes vienen a completar el ordenamiento jurídico y a consagrar este derecho, salvaguardando sin lugar a dudas el *nemo tenetur* en sus diversas manifestaciones.

Ya establecido el marco jurídico, es necesario referirme al valor probatorio del ejercicio del derecho a guardar silencio, puesto que, al igual que en Alemania, ha sido objeto de debate por parte de la doctrina y jurisprudencia española (pero que en este caso no ha sido tan amplio como en el país germánico), y en este sentido, se han preguntado si del silencio del investigado, según la fase en la que se encuentre el procedimiento, “puede el Juez extraer alguna conclusión inculpatória o, si por el contrario, el ejercicio de este derecho no es de ningún modo valorable por el juzgador.”¹⁹⁹

Para arribar a las distintas conclusiones, se ha optado, en primer lugar, por diferenciar los tipos de silencio, ya que este es un derecho de carácter sucesivo, por lo que puede ser, en primer lugar, que el sujeto sometido al proceso opte por guardar silencio en todas las etapas del procedimiento, lo que se denomina silencio total.²⁰⁰ En segundo lugar, puede ser ejercido en cualquiera de las ocasiones en que es llamado a declarar, es decir, tanto en la fase sumarial como en el plenario, así, puede optar por declarar en la fase sumarial y guardar silencio en el plenario o al revés, llamado silencio temporal. Y, en tercer lugar, en cada una de estas fases, cuando decida declarar puede responder a algunas preguntas y a

¹⁹⁸ SSTEDH, 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders c. Reino Unido). Tol 123777.

¹⁹⁹ Asencio, José. Op cit. 268 p.

²⁰⁰ Ibid.

otras no, al cual se le ha denominado silencio parcial.²⁰¹ A continuación, desarrollaré estos tres tipos de silencio a la luz de lo que ha establecido la doctrina y jurisprudencia española.

2.1.1. Silencio total

Como vimos respecto a Alemania,²⁰² y como mencioné recientemente, el silencio total tiene lugar en el caso de que el sujeto pasivo del proceso simplemente calla, es decir, no responde a las preguntas que se le formulan, en todas las fases del procedimiento.²⁰³ En esta situación, autores como Asencio Mellado y Asencio Gallego,²⁰⁴ que forman parte de la doctrina mayoritaria, son de la postura de que el ejercicio de este derecho por parte del investigado no es de ningún modo valorable por el tribunal ni puede ser considerado como un indicio de la culpabilidad del encausado puesto que se trata de una garantía de rango constitucional, por lo que si fuese interpretado como una admisión tácita de los hechos sobre los cuales es interrogado, este precepto de la CE quedaría reducido a una mera disposición formal, sin virtualidad alguna.²⁰⁵ Además, la posibilidad de que el investigado preste declaración se ha consagrado como parte de su derecho a defensa, la cual se basa en la opción que se le concede de exculparse de los hechos que indiciariamente se le atribuyen, ofreciendo su propia versión de los mismos.²⁰⁶ En este caso, solo si accede a declarar, está aceptando que será un medio de prueba, pero de lo contrario, si decide guardar silencio no lo está aceptando.

Estoy de acuerdo con estos autores y, por tanto, con la doctrina mayoritaria, sobre todo en este tipo de silencio, es decir, en el silencio total, que opera en todas las etapas del juicio, no como en el resto, que se configuran por declaración y silencio. Entonces, en este caso es evidente que el investigado no ha optado por ser sujeto de prueba en ningún momento, y conforme a ello no se debiera valorar en modo alguno su ejercicio de la facultad de callar, por lo que interpretarlo como quien calla otorga, es decir, que está admitiendo tácitamente los hechos, es restringir y quitarle valor peligrosamente a esta garantía, provocando la

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Número 1.1.1. de este capítulo, sobre la garantía de no autoincriminación en el ordenamiento jurídico alemán.

²⁰³ Asencio, José. Op cit. 269 p.

²⁰⁴ Ibid. 270 p.; Asencio, José. La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal. Lima. 2008. 192 p.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

vulneración de derechos fundamentales del sujeto pasivo del derecho penal, y además, vulnerando la propia Carta Fundamental española.

Sin embargo, lamentablemente, la generalidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, están en contra de otorgar al silencio, independientemente considerado, el valor de prueba de cargo, pero sí de lo que se ha denominado “test de la explicación”²⁰⁷, el cual permite considerar como un indicio la no declaración cuando las circunstancias demandan del investigado/encausado una explicación.²⁰⁸ Así, en palabras del Tribunal Supremo español:²⁰⁹

“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 prueba de cargo previamente considerada como suficiente para enervar la presunción constitucional.”²¹⁰

En este sentido, es importante volver a mencionar el fallo *John Murray v. United Kingdom*,²¹¹ que, como ya señalé, fue dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 1996, y el cual sentó las bases para el concepto de test de la explicación, y que es hasta el día de hoy el instrumento que provee el estándar que deben cumplir las legislaciones de los países europeos para ser compatibles con la garantía del derecho a guardar silencio del artículo 6 CEDH.²¹² Esto es preocupante, ya que este Tribunal estableció que la aplicación de esta garantía fundamental pueda cambiar según las circunstancias del caso, es decir, es posible recurrir a las inferencias motivadas por la

²⁰⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, 148/2008, de 17 de noviembre de 2008. Tol 1405449.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Sentencia Tribunal Supremo, 474/2016, de 2 de junio de 2016. Tol 5741223.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ *John Murray v. United Kingdom*, solicitud Nº 18731/91, 08/02/1996. Este fallo lo mencioné en el Capítulo I de esta tesis, en el punto 2.2.2. respecto al derecho de guardar silencio.

²¹² Merkel, Laura. 2018. Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio. Justicia: Revista de derecho procesal. (2): Barcelona, Bosh Editor. 458 p.

actitud pasiva del acusado en caso de que ya se disponga de un cuadro probatorio convincente.²¹³

Por otro lado, esto tiene problemas en la aplicación práctica, puesto que, si realmente ya se dispone de un cuadro probatorio convincente, entonces ¿cuál es la necesidad de valorar el silencio del sujeto pasivo del proceso penal?, ya se debería haber alcanzado el estándar de más allá de toda duda, sin necesidad de utilizar esta inferencia probatoria, lo obvio sería pensar que en realidad las pruebas no son tan sólidas si se necesita confirmarlas vulnerando el derecho a guardar silencio.²¹⁴ Por último, esta autora sostiene que este criterio hace que los parámetros que utiliza la sentencia sean difícilmente aplicables por su incertidumbre, ya que son contrarias al debido proceso todas aquellas que se basan solo en el ejercicio del derecho a guardar silencio, pero existen dudas sobre cómo determinar cuándo una sentencia se basa esencialmente en el silencio, puesto que una vez convencido el juez de la culpabilidad del reo principalmente por su silencio, le basta encontrar, posteriormente, confirmaciones probatorias secundarias para impedir que la sentencia sea considerada esencialmente basada en el silencio.²¹⁵

En este sentido, encontramos a la jurisprudencia minoritaria española, la cual le niega todo valor probatorio al ejercicio del derecho de guardar silencio, a este respecto el Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez (ponente) en la STS874/2013,²¹⁶ establece que: “Una inteligencia rigurosa del principio *nemo tenetur*, del nivel que exige su rango constitucional, impone la conclusión de que, en el plano probatorio, el silencio del imputado es igual a cero.”²¹⁷

Yo estoy de acuerdo con los autores mencionados, a saber, Asencio Mellado, Asencio Gallego y Merkel (representativos de la doctrina mayoritaria), y en representación de la jurisprudencia minoritaria Andrés Ibáñez, y no con la postura mayoritaria de los tribunales de justicia, que siguen todos una misma línea, es decir, la que consagró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el cual entrega al juez la discrecionalidad para decidir según el caso concreto si toma el silencio del investigado como indicio en su contra, otorgándole así

²¹³ Ibid. 459 p.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid. 460 p.

²¹⁶ Sentencia Tribunal Supremo, 874/2013, de 21 de noviembre. Tol 4031802.

²¹⁷ Ibid.

valor probatorio perjudicial al ejercicio de una garantía consagrada en favor de a quien daña si es que se utiliza este criterio. Así, es sumamente vulneratorio el tratamiento que se le da al ejercicio del derecho a callar por parte de los tribunales españoles, puesto que se le está forzando al sujeto pasivo del juicio penal a contestar preguntas y dar explicaciones, puesto que de lo contrario puede traer repercusiones negativas en un proceso en el que están previstas las consecuencias más gravosas del ordenamiento jurídico, por lo que el derecho constitucional de guardar silencio queda enormemente limitado, y la garantía que consagra, es decir, *el nemo tenetur*, pierde la fuerza que requiere para resguardar al investigado, que se encuentra en evidente desventaja al tener todo el aparato estatal en su contra.

Nuevamente en este punto se parece a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, si bien en Chile no se ha hecho una diferenciación respecto de los distintos silencios que pueden encontrarse en un proceso penal (que de todas formas en España tiene un debate incipiente), arribamos a la misma conclusión, e incluso la doctrina y jurisprudencia chilena se refiere al fallo de *Murray v. United Kingdom* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para justificar la decisión de los tribunales de valorar el ejercicio del derecho a callar según el caso concreto. Sin embargo, la jurisprudencia española mayoritaria está conteste en este sentido, siendo numerosos los fallos en que se consagra esta postura, en cambio, en Chile todavía no hay una postura clara, siendo totalmente impredecible para el imputado las consecuencias de no prestar declaración.

De todas formas, me parece que en ambos países hay vulneración a una garantía realmente importante para que el ejercicio de la pretensión punitiva estatal sea válida conforme a los derechos humanos, que han tenido bastante desarrollo en el último tiempo debido a los terribles actos de coacción que se han suscitado en los distintos países con la finalidad de obtener una sentencia condenatoria, por lo que, a la luz de los sucesos históricos y para que el sujeto pasivo del juicio penal esté realmente protegido dentro del proceso, es que, el silencio no debiera ser sujeto a valoración alguna por parte del tribunal, y el dejar la posibilidad de que lo sea según la discreción del juez, está en una delgada línea con la arbitrariedad, y un derecho fundamental no puede quedar supeditado ni invalidado de esta forma, por lo que el camino que debiera seguir es que la jurisprudencia mayoritaria española pierda fuerza y escuche a la doctrina mayoritaria, puesto que es un sinsentido que

jurisprudencia y doctrina tomen posturas distintas, y así se llegue a una consagración total respecto de la imposibilidad de valorar el silencio.

2.1.2. Silencio temporal

Este silencio tiene lugar cuando se presta declaración en una etapa del procedimiento, pero en la otra no, entonces encontramos dos situaciones, la primera es en la que se produce silencio en la instrucción, pero declaración en el juicio oral, y la segunda, se declara en la instrucción, pero se guarda silencio en el juicio oral.²¹⁸

Respecto a la primera, es decir, se guarda silencio en la instrucción y se declara en el juicio oral, la doctrina y jurisprudencia se han pronunciado de forma unánime.²¹⁹ Si el investigado guarda silencio ante el Juez instructor, pero luego, ya en calidad de encausado, declara en el juicio oral, esta surtirá todos sus efectos y el juez o tribunal sentenciador no podrá extraer ninguna conclusión del silencio previo.²²⁰

Sobre la segunda situación, es decir, que el investigado preste declaración en la instrucción y, luego, como encausado, se niegue a declarar, hay diversas posturas al respecto. Para comenzar a desarrollarlo, hay que hablar de dos artículos que tienen relevancia en este sentido, los cuales son el 714 y 730, ambos de la LECrim. Así, el artículo 714 estipula que:

“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 ésta 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.”

Por su parte, el artículo 730 señala que: “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 aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.”

²¹⁸ Asencio, José. Op cit. 289 p.

²¹⁹ Asencio, José. Op cit. 191 p.

²²⁰ Ibid. 192 p.

En base a estos artículos, una parte de la doctrina ha establecido que, si el encausado declaró en la instrucción, pero luego guarda silencio en el plenario, se podrán utilizar estas declaraciones efectuadas anteriormente mediante su lectura en el acto de la vista oral.²²¹ El tema es determinar si el silencio del encausado puede ser tomado como una contradicción a lo declarado, en virtud del artículo 714 LECrim, ante lo cual, autores como Pérez-Cruz Martín y jurisprudencia como la del fallo del Tribunal Supremo en el año 2001 Tol 4976802,²²² responden que sí puede ser considerado como contradicción, puesto que ella es “toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente material”.²²³ Además, el silencio del encausado se encuentra frente a un supuesto de imposibilidad jurídica, ya que en virtud del artículo 730 LECrim, se permite dar lectura en el juicio a las declaraciones que prestó durante la instrucción.²²⁴

En contraposición, otra parte de la doctrina establece que el hecho de que se haya declarado en la instrucción y luego guardado silencio en el juicio oral no puede usarse como supuesto de contradicción al que se refiere el artículo 714 ya mencionado, puesto que según la Real Academia Española, la contradicción es “decir lo contrario de lo que antes se ha afirmado o negar lo que se da por cierto”,²²⁵ por lo que en virtud de eso no encontramos lo necesario para que se aplique este artículo, ya que el hecho de que no declare posteriormente no importa una contradicción, puesto que no está exponiendo un relato de hechos distinto del primero, no está tomando una actitud activa, sino que pasiva, por lo que el silencio no cuadra en esta norma. Además, cabe destacar que este artículo regula el tratamiento de los testigos, no del sujeto pasivo de la acción penal, y ambos regímenes jurídicos son distintos, no están regidos por los mismos principios.²²⁶

Por su parte, la jurisprudencia ha entendido que el artículo 730 sí se extiende a las declaraciones prestadas por el investigado en la instrucción, por lo cual se puede leer en el juicio oral lo que se dijo anteriormente, puesto que cumple con los supuestos que exige esta

²²¹ Ibid.

²²² Sentencia Tribunal Supremo 2545/2001, de 4 de enero de 2001. Tol 4976802.

²²³ Pérez-Cruz Martín, Agustín. El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Pamplona, Editorial Civitas, 2011. 130 p.

²²⁴ Ibid. 131 p.

²²⁵ Asencio, José. Op cit. 292 p.

²²⁶ Ibid.

norma.²²⁷ Sin embargo, esta interpretación es “meramente formal y olvida la realidad de un proceso penal en cuya fase de instrucción no se cumpla adecuadamente con el deber de imputar hechos punibles y de informar de ellos con suficiencia.”²²⁸

Estoy de acuerdo con que el artículo 714 de la LECrim no puede ser aplicado con la misma rigurosidad que para los testigos, puesto que, de partida, ni siquiera es una norma que regule al encausado, y además, este es el sujeto pasivo, en el cual recae todo el peso de la pretensión punitiva, por lo que sus derechos fundamentales están en juego en el juicio, es a él a quien se le aplicará la pena en caso de ser declarado culpable, es por ello que en las distintas legislaciones se han incorporado normas para protegerlo, ya que está en una situación sumamente vulnerable, por lo que aplicarle una norma que está hecha en relación a los testigos, los cuales solo son colaboradores de la justicia, que intervienen en el proceso con la finalidad de ayudar a esclarecer los hechos, es confundir la finalidad del artículo y negarle un derecho tan fundamental como el de guardar silencio al encausado, garantía que, por regla general, no gozan los testigos (lo cual veremos en el siguiente punto). De todas formas, el silencio del encausado no puede ser considerado como una contradicción de lo declarado anteriormente, pues no está dando otra versión, pues solo calla.

Por último, si es que el artículo 730 LECrim, se interpreta como lo ha hecho la jurisprudencia española, es decir, que se puede leer la declaración que prestó el investigado en instrucción, se le está equiparando con cualquier otra prueba que se pueda haber presentado, sin tomar la importancia que tiene el hecho de que provenga del sujeto pasivo del proceso penal, y con ello está negándole al encausado el hecho de decidir la estrategia que utilizará en el juicio oral, y por tanto, privándole del ejercicio del derecho a guardar silencio, y así vulnerando el *nemo tenetur*.

2.1.3. Silencio parcial

Este silencio tiene lugar cuando el investigado/encausado, según el estadio en el cual se encuentre el procedimiento, decide libre y voluntariamente, responder solo a algunas de las

²²⁷ Sentencia Tribunal Supremo 1443/2000, de 20 de septiembre de 2000. Tol 4920415.; Sentencia Tribunal Constitucional 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Tol 242654.

²²⁸ Asencio, José. Op cit. 301 p.

preguntas que se le formulen y a otras no, o solo responder las del juez, pero no las del fiscal, o viceversa.²²⁹

De este hecho, caben dos interpretaciones, de las cuales la primera es considerar que son valorables tanto las respuestas como el silencio, derivado de la negativa a contestar ciertas preguntas.²³⁰ Y, la segunda interpretación es la de entender que sólo pueden valorarse sus respuestas expresas, hipótesis que es más coherente con el sistema constitucional y con la protección del derecho a guardar silencio.²³¹ Además, esto tiene mayor relación con el espíritu de la ley, puesto que el artículo 33 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal garantiza el silencio total o parcial, negándole valor en cualquiera de sus manifestaciones.

Por otro lado, no hay mayor diferencia entre el silencio total y el silencio parcial en cuanto al valor que debe otorgársele al hecho de callar, ya que al momento de valorarse la prueba debe hacerse en base a los medios practicados, entre los que se cuenta la declaración del encausado, pero no su silencio, el cual no puede servir si se quiere hacer efectivo el derecho, por lo que no se puede utilizar como elemento de comparación entre lo alegado y lo callado con fines de darle al derecho un valor incriminador.²³²

Como ya he señalado anteriormente, estoy de acuerdo con la interpretación desarrollada en este punto, según la cual solo se puede tomar como medio de prueba lo declarado, porque es respecto de ello que el sujeto pasivo del juicio penal presta su consentimiento para ser objeto de prueba, y que de lo contrario se estaría limitando su derecho a defensa, puesto que se le estaría obligando a callar totalmente o lo que no quiera contestar puede ser utilizado en su contra, y ambas garantías son básicas en un proceso penal, por lo que debe estarse a las posturas que aseguren su resguardo de la manera más rigurosa posible.

2.2. Privilegios de no declarar

²²⁹ Ibid. 285 p.

²³⁰ Ibid.

²³¹ San Martín, César. Derecho Procesal Penal. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003. 833 p

²³² Ibid.

Dentro de las pruebas que se pueden aportar en el juicio encontramos la testimonial, en la cual una persona física ajena al proceso es llamada a declarar para aportar su conocimiento directo o indirecto sobre los hechos controvertidos y las circunstancias de la comisión del ilícito.²³³

Como ya sabemos, por regla general, los testigos tienen la obligación de declarar, lo cual está consagrado en el Capítulo V LECrim, el cual trata de las declaraciones de los testigos, específicamente en su artículo 410.²³⁴ Hay que tener presente que hay algunos testigos expresamente mencionados en la ley que están exceptuados de este deber de declarar, es decir, que gozan de privilegios de no declarar, pero, por regla general, sí deben comparecer en juicio para hacerlos valer, los que pasaré a desarrollar a continuación.

El primer artículo que contiene una excepción del deber de declarar es el 411 LECrim, el cual es especial, puesto que además de otorgar privilegios de no declarar, libera de la obligación de comparecer en juicio para hacerlo valer, y esto recae en el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino. Además, los Agentes Diplomáticos acreditados en España, en todo caso, y el personal administrativo, técnico o de servicio de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, si concurren en ellos los requisitos exigidos en los tratados.

Posteriormente, encontramos en el artículo 416 LECrim las personas que están exceptuadas del deber de declarar, a saber, en el N° 1 se dan los motivos de parentesco, así, se señalan los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil. Además, se estipula que el Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido dentro de los mencionados recientemente que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

²³³ Martínez, Tamara. Esquemas de Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019. 174 p.

²³⁴ Artículo 410: “Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley.”

Aquí podemos vislumbrar un avance respecto de la legislación chilena, puesto que también tenemos razones de parentesco en el CPP para otorgar privilegios de no declarar, y además se señala que se le tiene que decir al testigo que entre en la categoría de los parientes que gozan de este derecho, sin embargo, no se estipula en la ley quién es el encargado de manifestarle al testigo sobre su posibilidad de abstenerse de declarar, sino que se ha discutido por parte de la doctrina, llegando a la conclusión de que debiera ser el juez presidente, en cambio, en la legislación española se establece expresamente esta responsabilidad al Juez instructor, protegiendo de mejor manera el cumplimiento de este derecho.

Por su parte, el N° 2 del artículo 416, señala que goza de esta garantía el Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, es decir, aquí encontramos una razón en base al secreto profesional. Además, este número estipula que, si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.”

A su vez, el N° 3 incorpora una novedad también respecto a la legislación chilena, puesto que habla de los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación. Nuestro ordenamiento jurídico no dice nada a este respecto, aunque creo que es importante ponerse en este supuesto, ya que podemos estar ante un imputado sordomudo, o que hable otro idioma, etc, y que para comunicarse con su abogado deba requerir asistencia de un tercero, aunque, en caso de algún problema a este respecto, se podría alegar incluido en el artículo 303 del CPP, en cuanto a razones de secreto.

Para continuar, el artículo 417 LECrim contiene tres numerales en los cuales establece otras personas exceptuadas del deber de declarar, dentro de las cuales, en el N° 1 y en el N° 2 encontramos razones de secreto, así, el 1, establece que gozan de este privilegio los eclesiásticos y ministros de los cultos disidentes sobre los hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio. Y, por su parte, el 2, habla de los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que

sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida. Y, finalmente, el N° 3 da razones de incapacidad física o moral.

Para terminar este apartado, debo mencionar el artículo 418 LECrim, el cual da razones de no autoincriminación, respecto de no aportar información en su propia contra el testigo, o en contra de sus familiares. Así, dice esta norma que ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. El inciso segundo de este artículo agrega que se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.

Así, vemos que en España el tratamiento de los privilegios de no declarar es muy similar al de Chile, con algunas innovaciones obvias como el artículo 411 que habla de los Reyes, que claramente no tendría sentido en Chile puesto que no tenemos monarquía, y en este mismo sentido se encuentra el inciso final del artículo 418. Pero en el fondo, encontramos razones de parentesco (artículo 416 N° 1 LECrim y 302 CPP), de incapacidad (417 N° 3 LECrim y 302 CPP en cuanto a razones personales), de secreto profesional (416 N° 2 y 417 N° 2 y 3 LECrim, y 303 CPP) y de no autoincriminación (artículo 418 LECrim y 305 CPP), al igual que en Chile, con las salvedades expresadas en el desarrollo de este apartado.

Así, podemos concluir que a pesar de que Chile y España tengan procesos penales distintos y que sea la materia en que más divergen ambas legislaciones, en cuanto a *nemo tenetur* y privilegios de no declarar encontramos importantes similitudes tanto en el desarrollo legislativo como en la aplicación jurisprudencial que se les ha dado, lo cual queda en evidencia en el desarrollo de este punto.

3. Perú

3.1. Garantía de no autoincriminación

Para comenzar a desarrollar el tratamiento que ha dado el Perú al principio *nemo tenetur* es menester referirme, en primer lugar, a que es considerado como un Derecho Humano, que permite que el imputado no pueda ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.²³⁵ En segundo lugar, me debo referir a la regulación legal ha tenido, y en este sentido, encontramos el debido reconocimiento en los Tratados Internacionales que ha suscrito este país y que tienen valor supranacional,²³⁶ como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 2 n° 2 y 14 n° 3 letra g); también la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8 n° 2 letra g); y otros como El Convenio de Ginebra III, consagra la prohibición a la auto-incriminación en su artículo 99.

En cuanto al tratamiento en el ordenamiento jurídico interno, la Constitución Política del Perú de 1979 lo consagraba expresamente en su artículo 2 inciso 20 numeral K; sin embargo, no ha sido expresamente reconocida esta garantía en la Constitución de 1993, la cual en su artículo 2 inciso 24 numeral h se refiere a este respecto, pero limita el contenido del derecho de no autoincriminación a la prohibición de violencia física y moral,²³⁷ así establece que:

“Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

En cuanto al sentido constitucional del *nemo tenetur* encontramos que es el de fortalecer la actividad defensiva del imputado, y a su vez, evitar que el obtener una confesión se convierta en uno de los objetivos principales del proceso penal, y en esa línea,

²³⁵ Quispe, Wilmer. 2017. La técnica del contrainterrogatorio y el examen del acusado: evaluación de su aplicación desde la perspectiva constitucional y legal. Revista del Foro (103): 118 p.

²³⁶ Quispe, Fany. La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación. Lima, Palestra Editores, 2002. 43 p.

²³⁷ Ibid. 41 p.

es el fiscal el que debe tratar de probar los hechos sin buscar y sin provocar la colaboración del imputado ni su confesión.²³⁸

En relación a la posibilidad de declarar sin prestar juramento, lo cual es una manifestación de la garantía de no autoincriminación, sí procede y está regulado en el artículo 88 del Código Procesal Penal del 2004 (en adelante CPP peruano), norma que trata del desarrollo de la declaración del imputado, donde no se establece la exigencia de prestar juramento por parte de este individuo, por el contrario, establece garantías para que se lleve a cabo su participación en el proceso, y así, el N° 2 establece que: “A continuación se invitará al imputado a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar, de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande.”

Aparte de que en la primera parte de este artículo se establecen las exigencias formales para prestar la declaración por parte del imputado, sin que se pida que preste juramento, por lo cual no es necesario, este número que acabo de mencionar dice expresamente que es una invitación para que el imputado declare todo lo que estime conveniente, es decir, en ningún momento se le impone la obligación o el deber de declarar más allá de lo que quiera, y tampoco se le impone jurar decir la verdad, lo cual es otra manifestación del *nemo tenetur*, y que queda claro que este es el sentido de la norma en el N° 4 del artículo en comento (88 del CPP peruano), ya que dice que en el interrogatorio que se le haga al imputado las preguntas serán claras y precisas, y “durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.”

Entonces, en este artículo podemos observar manifestaciones del *nemo tenetur* en relación a que el imputado decida declarar como medio de defensa, pero esta es sin prestar juramento, sobre los hechos o puntos que él considere que le es conveniente explicar al tribunal, y, sobre todo, sin que se le pueda coaccionar de forma alguna con la finalidad de que confiese, es decir, sin que se autoincrimine. Y, además, en este sentido se ha pronunciado la doctrina, así, “cabe precisar que los testigos y peritos al declarar tienen un deber de veracidad, en cambio el imputado no está sujeto a este deber y puede decir lo que

²³⁸ Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2016. 185 p.

considere conveniente a sus intereses y ello en modo alguno debe ser perjudicial para él.”²³⁹ Por lo tanto, respecto a este derecho de declarar sin prestar juramento, la garantía de no autoincriminación está consagrada y no suscita controversia en su aplicación.

Y, en cuanto al derecho a guardar silencio, que es la otra garantía en que se materializa el *nemo tenetur*, encontramos que se consagra expresamente en la ley, así, en el título de instrucciones preliminares, el artículo 87 N° 2 del CPP peruano, establece que: “de igual manera, se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio.”

Aquí encontramos algo muy relevante, “puesto que un primer problema se encuentra en conocer si el juez decisor puede extraer consecuencias negativas del silencio del inculcado, por ejemplo en materia de determinación de la pena,”²⁴⁰ y como ya hemos dicho, la respuesta negativa a esta cuestión se impone para garantizar verdaderamente el derecho al silencio,²⁴¹ y en este artículo el legislador se hizo cargo del tema, dejando establecido expresamente con rango legal que, en el caso de que el sujeto pasivo del proceso penal decida callar, esto no será utilizado en su perjuicio, es decir, no puede ser objeto de valoración por parte del tribunal, o sea que no se pueden extraer consecuencias negativas de ello.

Así, el derecho al silencio o *ius tacendi* y el derecho a no declarar contra sí mismo (como complemento del primero) son opciones que se le reconocen al imputado para defenderse en el proceso en función de lo que estime más conveniente.²⁴² “Así, es lícito que o bien declare, y lo haga en la extensión que desee –no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga-, o bien que guarde silencio –total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto,”²⁴³ es decir, se le reconoce al imputado la posibilidad de ejercer silencio total, temporal o parcial, sin de que de ello se pueda extraer ninguna conclusión positiva o negativa, puesto que este derecho está amparado a nivel constitucional. Sin embargo, no se ha hecho una diferenciación por parte de la doctrina ni la jurisprudencia respecto de los distintos tipos de silencio que puede

²³⁹ Quispe, Wilmer. Op cit. 126 p.

²⁴⁰ Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho penal. Lima, Palestra Editores, 2003. 186 p.

²⁴¹ Ibid.

²⁴² Quispe, Wilmer. Op cit. 118 p.

²⁴³ Ibid.

haber en el proceso, razón por la cual me referiré a la valoración del ejercicio de este derecho en general, a diferencia de lo desarrollado respecto de Alemania y España, donde sí se han hecho clasificaciones sobre distintos tipos de silencio.

Entonces, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable implica dos cuestiones esenciales: primero, la libertad para declarar, en tanto la decisión de hacerlo y su contenido; y, segundo, la ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta, puesto que tanto defensa como declaración son vistos como medios idóneos de defensa.²⁴⁴

Este derecho a guardar silencio, como ya lo mencioné, está consagrado en el artículo 87 N° 2 del CPP peruano, y además se establece el deber que se tiene de informar al justiciable por la policía o el representante del Ministerio Público de que goza de esta garantía, puesto que muchas personas ignoran que tienen la posibilidad de usar el silencio como forma de defenderse en el proceso penal.²⁴⁵ Por ello, es lógico que en el caso de que el imputado ejerza este derecho, no se puede concluir su culpabilidad, ya que está siendo uso del mismo, y si trajera consecuencias negativas no tendría sentido su consagración, pues no sería efectivo.

Además, da cuenta de que el legislador expresamente estableció que no se pueden sacar conclusiones perjudiciales para el imputado del ejercicio de este derecho, ya que fue un cambio importante que hizo al dictar el CPP peruano, puesto que el antiguo Código de Procedimientos Penales de 1940, en su artículo 127 entendía que el silencio del imputado podía ser tomado como un indicio de culpabilidad.²⁴⁶ Así, que en la nueva normativa se diga exactamente lo contrario, es que hubo un resguardo mayor al *nemo tenetur* y tanto doctrina como jurisprudencia debiera interpretarlo así, “porque de lo contrario sería un silencio autoinculpatorio.”²⁴⁷

Yo coincido con esta postura, puesto que es un derecho de rango constitucional peruano, el cual se estaría dejando sin efecto práctico en el caso de que se pueda tomar

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Angulo, Pedro. La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2006. 308 p.

²⁴⁶ San Martín, César. Op cit. 192 p.

²⁴⁷ Gonzáles-Salas Campos, Raúl. 2002. La valoración del silencio del imputado. Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (3). Lima, Grijley. 192 p.

como un indicio para formar la presunción de culpabilidad, por lo que me parece que una interpretación armónica del ordenamiento jurídico nos permite llegar a esta conclusión, por lo que, bajo este resguardo constitucional, “podrá consultar con su abogado si para los efectos de la estrategia de defensa, le es conveniente declarar o inclusive mentir.”²⁴⁸

Sin embargo, existe una segunda posición que considera que sí debe dársele al silencio el valor de indicio para formar presunción de su culpabilidad, puesto que es un antecedente que sirve a los jueces para determinarla, bajo la lógica de que el individuo está sometido a un proceso donde se le restringen bastante sus derechos, por lo que no tendría sentido que decida mantener reserva respecto de las posibles explicaciones sobre los hechos que se le imputan.²⁴⁹ En este sentido, el silencio significaría una imposibilidad de explicación, lo que conlleva a la responsabilidad en la comisión de los hechos imputados.²⁵⁰

Finalmente, en la práctica, son pocos los abogados que se atreven a proponer a sus patrocinados que utilicen efectivamente su derecho a guardar silencio, pues se considera que será interpretado por el juez de manera negativa, y que generaría el escrúpulo de la culpabilidad del imputado.²⁵¹ A su vez, otros jueces no le dan en apariencia ningún valor al ejercicio de este derecho, pero consideran que tal proceder es incorrecto, puesto que si fuese realmente inocente no tendría nada que ocultar, y por ello, le dan mayor valor a otras pruebas inculatorias del que realmente tienen, con la finalidad de fundamentar su convicción.²⁵²

A la luz del análisis y conclusión de estos autores, en el sentido de que finalmente, aunque la mayoría de la doctrina considere de que el *nemo tenetur* materializado a través del derecho a guardar silencio no debiera traer repercusiones negativas para quien lo ejerza, finalmente, en la práctica no se utiliza como una estrategia libre en el juicio, puesto que, de alguna u otra forma, es decir explícitamente o a través de aumentar el valor de otras pruebas, es efectivamente considerada como un elemento perjudicial a quien se resguarda en esta garantía, lo cual le quita enormemente la eficacia y deja en mayor vulnerabilidad al imputado.

²⁴⁸ Ibid. 194 p.

²⁴⁹ Quispe, Wilmer. Op cit. 120 p.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Gonzáles-Salas Campos, Raúl. Op cit. 195 p.

²⁵² Ibid. 196 p.

3.2. Privilegios de no declarar

Para comenzar a tratar los privilegios de no declarar en el Perú, y como ya he señalado, debo referirme a que se encuentran insertos dentro de la prueba testimonial, la cual está constituida por la declaración del testigo que tiene conocimiento de un hecho, el cual adquiere generalmente porque se encuentra presente en el momento en que el hecho se realiza,²⁵³ pero también dicho conocimiento puede ser obtenido por intermedio de terceros, caso ante el cual nos encontramos frente a un testigo indirecto.²⁵⁴ Así, “un testigo, es una persona de quien se supone que sabe algo relevante sobre los hechos del caso y a quien se interroga bajo juramento con el fin de saber lo que conoce sobre tales hechos.”²⁵⁵

En el CPP peruano se trata la prueba testimonial en el capítulo II, que se llama el testimonio, y el primer artículo relevante a este respecto es el 163 que habla de las obligaciones del testigo, y el N° 1 señala las obligaciones de concurrir cuando se es citado, y de responder a la verdad sobre las preguntas que se le hagan, salvo las excepciones legales, que es lo veré a continuación.

Por su parte, el N° 2 del mismo artículo señala que: “El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el N° 1 del artículo 165°.” En esta numeral del artículo 163 encontramos las primera excepciones a la obligación de prestar declaración, y así, en la primera parte se consagra la causal de no autoincriminación, puesto que el testigo no puede ser obligado a dar información que pueda llevarlo a él mismo a ser sujeto pasivo de la pretensión punitiva estatal, puesto que pasaría a ser imputado gracias a su propia declaración, lo cual contraviene la esencia del *nemo tenetur*. A su vez, la segunda parte de este numeral habla de que tampoco estará obligado a declarar cuando pudiere incriminar a sus parientes, por lo cual encontramos consagrada la causal incriminación de un pariente,

²⁵³ Mittemaier, Karl. Tratado de la prueba en materia criminal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1979. 31p.

²⁵⁴ Burga Zamora, Oscar. 2018. La valoración de la prueba testimonial conforme al nuevo modelo procesal penal. IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho (14): 50 p.

²⁵⁵ Taruffo, Michele. Op cit. 62 p.

que si bien no es el imputado, podría llegar a tener esa calidad en caso de prestar el testimonio.

Además, el N° 3 del artículo 163, nos da otra causal para invocar los privilegios de no declarar, puesto que señala lo siguiente: “El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.” Este número nos habla de la posibilidad de invocar el secreto profesional por ciertas personas que, en razón de su profesión y la especial calidad de ella, como el ser policía, militar o informante de Estado, es decir, son todas ligadas al buen funcionamiento de las instituciones del Estado y él mismo, por lo cual, para su correcto desempeño requiere un vínculo de confianza con sus informantes, razón por la cual está protegido en esta norma.

La siguiente norma que trata el tema es el artículo 165 del CPP peruano, el cual habla de la abstención para rendir testimonio. En este sentido, el N° 1 señala que podrán abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. También se extiende, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Y al final de este numeral se agrega que todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o parte.

Así, vemos que esta norma es bastante parecida al inciso primero del artículo 302 del CPP chileno, es decir, cuando habla de las causales de parentesco, y, además, ambos establecen la obligación de representarles a los testigos que gozan de este privilegio de no declarar, pero sin establecer a quién corresponde llevar a cabo esta advertencia.

A continuación, el N° 2 del artículo 165 del CPP peruano establece expresamente las causales genéricas de secreto profesional o de Estado, a diferencia del artículo 163 N° 3 en que se establece una norma particular respecto de personas que han seguido ciertas carreras, como la policial, militar o de miembro de la inteligencia estatal, puesto que, respecto de ellos no hay posibilidad de obligarlos a declarar a pesar de estar bajo esta

causal, a diferencia de lo que pasa con el secreto respecto de profesionales y de funcionarios estatales, como veremos en seguida.

En este sentido, la letra a) del artículo 165 N° 2 habla de que “los vinculados por secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial.” Entonces esta norma nos dice que aun cuando los testigos estén amparados bajo secreto profesional, hay casos en que de todas formas serán obligados a declarar, situación que dista de nuestro ordenamiento jurídico, que en el artículo 303 del CPP cuando trata de esta causal solo establece que deberán declarar cuando se les hubiere relevado del secreto.

A continuación, la norma en comento da ejemplos de personas que gozan de secreto profesional, como los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley expresa. Todos ellos tienen el deber de declarar cuando sean relevados del secreto (al igual de lo que sucede en Chile), con excepción de los ministros de cultos religiosos.

Luego, encontramos la letra b) del N° 2 del artículo 165 del CPP peruano, que habla de los funcionarios y servidores públicos que “si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que lo cite.” Aquí el ordenamiento jurídico peruano trata en letras separadas los deberes de secreto profesional y quienes tienen un cargo de funcionario o servidor público, cosa que en el CPP chileno no pasa, siendo todos tratados en el artículo 303 sin mayor distinción.

Es más, esta norma establece un procedimiento para corroborar que la información que se requiere del testigo que es funcionario público, es efectivamente materia reservada o secreta, así, se solicita al Ministro del sector, que en un plazo de 15 días, precise si, en efecto, la información requerida está dentro de los alcances de la excepción que establece este artículo.

Finalmente, el N° 3 del artículo 165 señala el proceder luego de la respuesta del Ministro del sector, y “si la información requerida por el testigo no se encuentra incurso en

las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá a continuación la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan.”

En esto encontramos una innovación en la legislación peruana en comparación de lo que he visto en Chile, Alemania y España, puesto que ninguno de estos países desarrolla el caso del secreto de funcionarios públicos de manera separada, y menos aún un procedimiento para proceder en este caso, lo cual da mayor seguridad jurídica, ya que los jueces sabrán con certeza que efectivamente se trata de materia reservada. Sin embargo, llama la atención que se puede obligar a declarar a pesar de que los testigos gocen de privilegios de no declarar por secreto profesional o de Estado, lo cual no sucede en nuestra ley, que es la materia de privilegios de no declarar en que más se diferencia Chile y Perú.

En el resto, en causales de no autoincriminación y parentesco, como ya lo señalé, hay tratamientos muy similares sobre estas materias. Sin embargo, en el inciso segundo del artículo 302 del CPP chileno están consagradas las causales por motivos personales, que el CPP peruano no contempla en ninguno de sus artículos. Y, por último, la legislación peruana da un tratamiento especial y aparte sobre los policías, militares, y agentes de inteligencia estatal, resguardándolos con énfasis, cuestión que no se trata en nuestro CPP.

Capítulo IV: estudio de derecho extranjero en países del *Common Law*

Para finalizar este estudio de derecho extranjero, me referiré a dos países que tienen el Sistema del *Common Law*, que es junto con el nuestro, el otro Sistema más importante en el mundo, y como bien dije en la introducción de esta tesis, ambos sistemas jurídicos tienen diferencias muy importantes, aunque se ha ido apaciguando esto con el paso de los años y la interconexión de los países, que se ha visto plasmado en muchos sentidos, culturalmente, económicamente y también jurídicamente, y por ello, es elemental ver cómo es el tratamiento que los máximos exponentes de esta tradición jurídica hacen sobre el *nemo tenetur* y el derecho de abstenerse a declarar que tienen ciertos testigos, con la finalidad de ver si realmente es tan diferente el tratamiento según la tradición jurídica que se siga o si en realidad las diferencias ya no son tan evidentes como en la antigüedad.

Para ello, analizaré a Inglaterra y Estados Unidos, donde podemos vislumbrar de entrada una gran diferencia con lo que habíamos visto hasta ahora, puesto que han tenido poco desarrollo legislativo sobre los dos puntos tratados, siendo los tribunales de justicia mediante su práctica jurisprudencial quienes han delimitado y tratado estas garantías, lo cual veremos a continuación.

1. Inglaterra

1.1. Garantía de no autoincriminación

Para comenzar a hablar sobre el tratamiento de la garantía de no autoincriminación en Inglaterra, debo dar un concepto de la máxima latina del *nemo tenetur*, la cual proclama que ninguna persona debe ser obligada a traicionarse en público,²⁵⁶ lo que se ha convertido en un concepto que es conocido hoy como el privilegio contra la autoincriminación (*the Privilege*).²⁵⁷ Entonces, este privilegio contra la autoincriminación establece que una persona no debe ser obligada a proporcionar información que pudiera ser utilizada como

²⁵⁶ Holdsworth, William. *A History of English Law*. Londres, Old Bailey Press, 1972.

²⁵⁷ Jane Roles, Philippa. *The privilege against Self-incrimination. Nemo Tenetur Procedere Seipsum: Misinterpreted and Misapplied*. Londres, Lambert Academic Publishing, 2010. 15 p.

evidencia en su contra en algún procedimiento que pudiere dar lugar a la imposición de una sanción penal contra ella.²⁵⁸

Es importante mencionar que la mayoría de las colonias inglesas han adoptado este privilegio de una u otra forma como parte de sus sistemas procesales penales, aunque en varios casos está sujeto a modificación estatutaria.²⁵⁹ Como ejemplo de una colonia que lo consagró está Estados Unidos, que como veremos en el siguiente punto, la garantía está consagrada en su Constitución, específicamente en la Quinta Enmienda.²⁶⁰ En contraposición a este país, Inglaterra no tiene una constitución escrita, y el privilegio de no autoincriminación ha evolucionado a través del reconocimiento por parte de los tribunales ingleses,²⁶¹ por lo cual, a continuación, comentaré cómo se originó este derecho y parte de su evolución.

Así, para continuar, me referiré al origen de esta garantía en el derecho inglés, puesto que lleva siglos arraigada en la Ley de Inglaterra, y aunque no hay consenso, algunos sitúan su apareamiento en el siglo XII, ocurriendo como una evolución de la máxima latina *nemo tenetur seipsum podere* (ningún hombre está obligado a aparecer contra sí mismo), y este desarrollo tuvo lugar en respuesta de las prácticas de los juzgados eclesiásticos,²⁶² puesto que estaban facultados para examinar a las personas por sus presuntos delitos bajo un procedimiento conocido como juramento de oficio, que obligaba al presunto delincuente a declarar su culpabilidad o inocencia bajo el juramento de la iglesia, y en este contexto hubo muchos abusos,²⁶³ por lo que encontró bastante resistencia la aplicación de este proceso, así que fue la oposición a este juramento de oficio lo que llevó a la aparición gradual y posterior aceptación del derecho de que no se puede exigir a una persona que declare contra sí misma bajo juramento en ningún procedimiento de un tribunal oficial en busca de información.²⁶⁴

²⁵⁸ *Lamb v Munster (1882) 10 QB 110.*

²⁵⁹ Jane Roles, Philippa. Op cit. 26 p.

²⁶⁰ Ibid. 27 p.

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Robinson, TD Fergus y WM Gordon. Historia Legal Europea: Fuentes e Instituciones. Londres, Old Bailey Pres, 1994. 106 p.

²⁶³ Jane Roles, Philippa. Op cit. 49 p.

²⁶⁴ Ibid 51 p.

Sin embargo, en 1689 se creó la Declaración de Derechos inglesa, donde no se incluyó la no autoincriminación, por lo que algunos postulan que hubo falta de interés de regularlo, mientras que otros postulan que, durante la segunda mitad del siglo XVII, este principio estaba tan bien establecido en el derecho consuetudinario inglés que no se consideró necesario aprobar una ley o resolución para protegerla.²⁶⁵

Así continuó el desarrollo de esta garantía hasta que, en 1942, los tribunales del Reino Unido dieron lo que ahora se considera como la formulación clásica del privilegio, en el caso de *Blunt v Park Lane Hotel*,²⁶⁶ en el cual el juez sostuvo que: “la regla es que nadie está obligado a responder ninguna pregunta si la respuesta a ella tendría, en la opinión del juez, una tendencia a exponerlo a cualquier cargo criminal, sanción o decomiso.”²⁶⁷

Así, en este país se conoce *the Privilege* históricamente como una regla de derecho consuetudinario sobre evidencia, que da derecho a un testigo individual de negarse a responder preguntas o entregar documentos que puedan ser evidencia de que aquel sujeto ha cometido un delito penal, así, es una regla de evidencia que algunos consideran que ha sido fundamental para la libertad humana.²⁶⁸

Si bien siempre ha sido una regla de derecho consuetudinario, se integró en el ordenamiento jurídico inglés, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en 1996, a través de su fallo *Saunders v Reino Unido*,²⁶⁹ que esta garantía está protegida en el artículo 6 N° 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, puesto que si bien no lo recoge expresamente, esta norma trata del derecho de un sospechoso a un juicio justo, por ende, *the Privilege* debe entenderse dentro del juicio justo, puesto que es un estándar mínimo de derechos humanos que se debe observar en el procedimiento.²⁷⁰

Este fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido aceptado hasta cierto punto por los tribunales ingleses, puesto que la jurisprudencia reciente ha tratado de limitar

²⁶⁵ Ibid 52 p.

²⁶⁶ *Blunt v Park Lane Hotel* (1942) 2 KB 253.

²⁶⁷ Ibid. “The rule is that no-one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose [him] to any criminal charge, penalty or forfeiture.”

²⁶⁸ MRT McNair. 1990. Desarrollo temprano del privilegio contra la auto incriminación. Londres, Oxford Journal of LegalEstudios (67).

²⁶⁹ *Saunders v Reino Unido* (1996) 23 EHRR 313.

²⁷⁰ Ibid.

considerablemente este reconocimiento,²⁷¹ ya que se argumenta que la inclusión del *nemo tenetur* en el artículo 6 N° 1, fue una aplicación incorrecta del principio probatorio original, lo que tuvo lugar por una mala interpretación del Tribunal recientemente mencionado de *the Privilege*, ya que se estableció como que está presente en todas las etapas del proceso judicial, mientras que en realidad en el derecho inglés se aplica en circunstancias limitadas, para proteger en contra de la revelación inicial de evidencia autoincriminatoria, pero una vez revelada, ya no se puede proteger esa evidencia, por lo que no tiene relación con el derecho a un juicio justo.²⁷²

En este contexto, surge la pregunta de si el privilegio es ahora un derecho previo al juicio, un derecho de juicio o ambos, a lo cual se responde que esta garantía es un derecho previo al juicio y su invocación en él se aplica solo a circunstancias limitadas en las que se busca obligar a un individuo a proporcionar material autoincriminatorio por primera vez.²⁷³ Por lo tanto, cuando la solicitud de la garantía de no autoincriminación se ha extendido para cubrir procedimientos del juicio de donde se extrae material autoincriminatorio que ya se ha revelado antes de él, no tiene aplicación, ya que según la legislación inglesa la revelación de evidencia privilegiada cae como un asunto de admisibilidad protegido por otros mecanismos de juicio justo, como la discreción judicial para la exclusión de las pruebas obtenidas injustamente.²⁷⁴

Establecido todo lo anterior es que me debo referir al reconocimiento legal en el Reino Unido de la reclamación del privilegio en procedimientos penales, y a este respecto, se encuentra la Ley de Evidencia de 1851, que proporciona el reconocimiento legal para la aplicación del Privilegio cuando es reclamada en un proceso penal por un testigo que no sea el acusado,²⁷⁵ así, la sección 3 N° 1 establece que:

“Nada de lo contenido en este documento hará que cualquier persona que sea acusada en un proceso penal de cometer un delito imputable, o un delito punible en sentencia sumaria, sea competente o exigible para presentar pruebas a favor o en contra de

²⁷¹ *Brown v Stott (2001) 2 ER 33.*

²⁷² Jane Roles, Philippa. Op cit. 16 p.

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ibid. 28 p.

sí misma, o hará que cualquier persona sea obligada a responder a cualquier pregunta tendiente a autoincriminarse.”²⁷⁶

Paralelo a ello, la sección 1 de la Ley de evidencia criminal de 1989 habla del tratamiento en este sentido del acusado en el proceso penal, sobre lo cual estipula que, si el acusado elige testificar, entonces no tiene ningún privilegio en relación con preguntas que puedan tender a incriminarlo en cuanto al delito por el cual se le está procesando. Así, la sección 1 N° 2 establece que: “a una persona acusada en un proceso penal, que sea llamada como testigo en el proceso, se le puede hacer cualquier pregunta en el interrogatorio, a pesar de que tendería a incriminarlo respecto de cualquier delito que se le impute en el proceso.”²⁷⁷

Aunque se le elimina el privilegio contra la autoincriminación al acusado que decide testificar respecto del delito por el cual está siendo acusado en ese momento, no se extiende a preguntas que lo puedan incriminar en relación con delitos por los cuales no está siendo acusado en ese proceso.²⁷⁸ De todas formas, ambas disposiciones se relacionan con el escenario limitado en el cual se puede reclamar *the Privilege* en la etapa de prueba, puesto que es principalmente un derecho previo al juicio y que sólo se puede reclamar en él cuando la información que se quiere proteger no ha sido divulgada anteriormente, aunque debe quedar claro que en la sociedad actual estas disposiciones legales deberían tener un impacto limitado.²⁷⁹

Entonces encontramos grandes diferencias en el tratamiento que le ha dado Inglaterra al *nemo tenetur* respecto a lo que habíamos visto hasta ahora en Chile, Alemania, España y Perú, puesto que estos últimos países tienen una consagración positiva de esta garantía, que, si bien por lo general no está expresamente recogida en las Constituciones, sí se hace referencia a la no autoincriminación en ellas, y de todas formas está recogida

²⁷⁶ “nothing herein contained shall render any person who in any criminal proceedings is charged with the commission of any indictable offence, or any offence punishable on summary conviction, competent or compellable to give evidence for or against himself or herself, or shall render any person compellable to answer any question tending to criminate himself or herself.”

²⁷⁷ “A person charged in criminal proceedings who is called as a witness in the proceedings may be asked any question in cross-examination notwithstanding that it would tend to criminate him as to any offence with which he is charged in the proceedings.”

²⁷⁸ *Jones v DPP (1962) AC 63.*

²⁷⁹ Jane Roles, Philippa. Op cit. 29 p.

explícitamente en las leyes y códigos procesales penales. En cambio, en este país de Reino Unido es la jurisprudencia la que ha hecho el trabajo de consagrar esta garantía, convirtiéndolo en un derecho consuetudinario, que también se ve mencionado en algunas normas como las que acabamos de mencionar, pero de manera muy limitada.

Por otro lado, vemos otra gran diferencia en el sentido de que en Inglaterra el *nemo tenetur* es una garantía que tiene mayor aplicación en la fase previa al juicio, por lo que es muy excepcional que se utilice en el juicio propiamente tal, lo cual sucede solo en los casos en que se hacen preguntas que puedan incriminar al acusado y que dicha información no haya sido revelada con anterioridad. Como vimos en los ordenamientos jurídicos anteriores, este derecho está presente en todas las etapas del procedimiento, encontrando completa aplicación en el juicio, en el cual el acusado puede guardar silencio incluso cuando hubiese prestado declaración anteriormente, y estos dichos solo pueden incorporarse al juicio, por general, a través del testimonio de quienes tomaron las declaraciones. Así, vemos que en Inglaterra *the Privilege* tiene una aplicación mucho más acotada de lo que había revisado y explicado hasta ahora, además de estar sujeto a limitaciones, las cuales trataré a continuación.

Así, como acabo de mencionar, *the Privilege* está sujeto a una serie de limitaciones que restringen considerablemente su aplicación, dentro de las cuales encontramos dos muy importantes, que son: que se aplica solo a actos criminales según la ley del Reino Unido y que se aplica solo a comunicaciones testimoniales.²⁸⁰

Respecto a la primera limitación, es decir, que se aplica respecto de evidencias que puedan ser usadas en procesos penales respecto de delitos establecidos por la ley de Inglaterra, esto tiene su causa en que se trata de restringir la esfera de operación del *nemo tenetur* territorialmente, es decir, a materias que un juez inglés es calificado para evaluar.²⁸¹ Da cuenta de ello la sección 14 N° 1 letra a) de la Ley de Evidencia Civil de 1968, que establece que solo se puede reclamar la no autoincriminación en relación a la evidencia que

²⁸⁰ Ibid. 34 p.

²⁸¹ Ibid. 35 p.

se entregue en el juicio civil si es que lo pudiera incriminar sobre la comisión de un delito considerado como tal por la ley del Reino Unido.²⁸²

Así, esta garantía no podría extenderse para incluir ley extranjera sin invadir inaceptablemente el interés legítimo del país extranjero,²⁸³ ejemplo de esto es el caso de las *Dos Sicilias v Willcox*,²⁸⁴ en que el acusado intentó resistir la entrega de documentos en el juicio puesto que ello lo expondría a procesos penales en Sicilia, ante lo cual, Lord Cranworth se pronunció rechazando la petición, puesto que *the Privilege* tenía aplicación exclusivamente sobre asuntos penales por la ley municipal inglesa. En este sentido, argumentó que el juez no podría saber, como cuestión de ley, qué sería o qué no sería delito bajo la ley de otro país.²⁸⁵

Lo anterior, es decir, la aplicación que tiene la no autoincriminación cuando es pedida en un proceso civil es importante ya que puede provocar con la rendición de la evidencia solicitada que se produzca la incriminación penal en un proceso en el extranjero. Ahora, en cuanto a la solicitud en un proceso penal de no rendir pruebas porque se pudiera ser perseguido penalmente en otro país no encontramos normas de limitación de jurisdicción, por lo que potencialmente se podría aplicar a delitos penales según las leyes de otro país, pero no ha habido casos en que se haya planteado este problema, por lo cual no existe jurisprudencia que se haya pronunciado al respecto, y con ello no hay una posición clara, pudiendo también interpretarse como que se debe seguir el mismo razonamiento que para las solicitudes en procedimientos civiles, por lo que tampoco se debería aceptar en procesos penales.²⁸⁶

Respecto de la segunda gran limitación, la cual es sobre el tipo de evidencia sobre la que se aplica *the Privilege*, que en general es solo respecto de la prueba testimonial, es que debo advertir que esta restricción no está contenida en ninguna de las leyes en las que se trata la no autoincriminación, sino que es creación del derecho común.²⁸⁷ Entonces, en ausencia de restricción, si se reclama esta garantía con éxito, permitiría a un individuo a

²⁸² “shall apply only as regards criminal offences under the law of any part of the United Kingdom”

²⁸³ *Brannigan v Davison* (1997) AC 237.

²⁸⁴ *Two Sicilias v Willcox* (1851) 301 1.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ Jane Roles, Philippa. Op cit. 36 p.

²⁸⁷ *Ibid.*

negarse a presentar cualquier tipo de evidencia en contra sí mismo, es decir, testimonial, documental o real, ya que estos tres medios de prueba abarcan la mayoría de las formas de evidencia, lo que se traduciría en una valiosa protección al testigo, pero al mismo tiempo significaría un obstáculo para las investigaciones efectivas, por lo que su alcance ha sido considerablemente restringido.²⁸⁸

Uno de los principales argumentos para restringir la garantía de no autoincriminación fue que esta se estableció no para proporcionar un escudo contra la convicción en sí, sino para proporcionar un escudo contra la convicción alcanzada en virtud del testimonio sacado de la boca del delincuente.²⁸⁹ Entonces, se dice que la esencia de este derecho es proteger al acusado de la comunicación obligatoria en que debe proporcionar información que existe solo en su mente, entonces, *the Privilege* no debe aplicarse a la información que se puede obtener del acusado de una manera que no requiere que su comunicación sea creada por él mismo.²⁹⁰

Todo esto ha causado controversia, por lo cual, por un lado encontramos a quienes argumentan que *the Privilege* debe limitarse a proteger solo evidencia en forma de discurso, postura que sostiene el académico Wigmore,²⁹¹ quien argumentó que el asimilar el habla con otras formas de evidencia como la muestra de sangre era completamente absurdo, ya que esta garantía se estableció para prevenir la compulsión testimonial solamente, por lo que equiparar las pruebas corporales con las testimoniales es contrario al buen sentido.²⁹²

Y, por el otro lado se argumenta que la evidencia documental y la real, como serían las huellas digitales o el ADN, pueden ser igual de incriminatorio que la evidencia testimonial, y, por ende, obligar a alguien a proporcionarlo sería obligarlo a autoincriminarse. Sin embargo, respecto de la evidencia real está zanjada la discusión y se ha concluido que *the Privilege* no se aplica a estos casos. A su vez, respecto de la prueba

²⁸⁸ Ibid. 37 p.

²⁸⁹ *Environmental Protection Authority v Caltrex Refining Company Pty Ltd (1993) 178 CLR 477.*

²⁹⁰ Jane Roles, Philippa. Op cit. 37 p.

²⁹¹ Wigmore, JH. *Evidence in Trials at Common Law*. Boston, Boston University Press, 1940. En párrafo 2263.

²⁹² Ibid.

documental, la posición es un poco más ambigua, pero también se concluye mayoritariamente que no se aplica.²⁹³

En conclusión, vemos que “la garantía de no autoincriminación en Inglaterra implicó, no sólo la prohibición de exigir declaración bajo juramento al procesado, sino también, de exigirla sin juramento”,²⁹⁴ es decir, está consagrada a través de los dos principales derechos en que se manifiesta, a saber, el no prestar juramento al momento de declarar y el de guardar silencio. Sin embargo, no está consagrada con mucha fuerza en el ordenamiento jurídico interno, sino que tiene bastantes limitaciones para hacerla efectiva, como que principalmente se aplica en la etapa previa al juicio, sobre delitos que según la ley del Reino Unido tengan este carácter y que sea sobre prueba testimonial aportada por el acusado. Así, si bien está consagrado *the Privilege*, tiene aplicación limitada, sin embargo, Inglaterra ha suscrito el Convención Europea de Derechos Humanos de 1998, introduciendo los derechos ahí consagrados a su ordenamiento jurídico, de manera que podría ser reclamado en ese sentido ante los tribunales ingleses, pero su verdadero alcance ha sido borroso, por lo que a través del tratamiento jurisprudencial se irá delimitando de mejor manera su aplicación, que hasta ahora ha sido con importantes restricciones.

1.2. Privilegios de no declarar

Para comenzar a tratar sobre los privilegios de los testigos en Inglaterra, es necesario referirme a que los privilegios de evidencia en la ley inglesa confieren al titular del privilegio inmunidad contra la obligación legal de suministrar información, ya sea en el juicio o en alguna otra etapa del proceso legal.²⁹⁵

En este sentido, la Corte de Apelaciones se ha referido en el caso *Imerman v Tchenguiz*,²⁹⁶ al tema de conocer información confidencial, a menos que sea privilegiada, y así es importante mencionar que no toda la información confidencial es considerada como

²⁹³ Jane Roles, Philippa. Op cit. 37 p.

²⁹⁴ Betancur, María. Beneficios de la autoincriminación. Bogotá, Universidad de San Buenaventura, 2015. 5 p.

²⁹⁵ Neil, Andrews. Andrews on Civil Processes. Vol 1. Intersentia, 2013. 290 p.

²⁹⁶ *Imerman v Tchenguiz* (2010) EWCA 908.

privilegiada, por ejemplo, las comunicaciones confidenciales entre una persona y un sacerdote o consejero religioso, o entre un paciente y un médico, o diversas relaciones profesionales, son indudablemente sujetas a protección legal en mandamientos o cuestiones pecuniarias, pero, el titular de esta clase de comunicaciones confidenciales no puede invocar privilegios si el tribunal ordena presentar pruebas o documentos relacionados con aquella comunicación entre las personas recientemente mencionadas.²⁹⁷

De ello podemos concluir que estos privilegios son como lo confidencial pero admitido en un mayor nivel de protección legal, pero no todas las relaciones confidenciales son llevadas a ese nivel.²⁹⁸ En este sentido vemos una gran diferencia con lo expuesto sobre las legislaciones anteriormente tratadas, puesto que en todas ellas, incluyendo Chile, se admite el secreto profesional respecto de diversas profesiones, dentro de las cuales se señalan los médicos, periodistas, psicólogos, y además, personas que tienen ciertas autoridades religiosas como sacerdotes, todos ellos tienen expresamente consagrado en los distintos ordenamientos jurídicos su privilegio de no declarar en juicios donde deban testificar contra la persona que les ha confiado información privilegiada. En cambio, en Inglaterra, si bien se reconocen como confidenciales dichas comunicaciones, no gozan de una protección legal importante.

En este sentido, es menester referirme a un privilegio que ha tenido especial importancia, que sí está consagrado como secreto profesional, a saber, el derecho de un cliente a mantener confidencial sus comunicaciones con asesores legales, ya que, sin él, el proceso de toma de consejos se volvería más complejo y tratar cualquier tipo de disputa sería casi imposible.²⁹⁹ A esto se le ha llamado protección al privilegio legal.³⁰⁰

El privilegio profesional legal se ha creado para proteger información que un tribunal u organismo similar quiera obtener, pero no puede obligar a una parte a producir dicha información, aunque fuese relevante para un asunto que se le presenta.³⁰¹ Este privilegio se puede dividir en dos subcategorías: privilegio de asesoría legal y privilegio de

²⁹⁷ Neil, Andrews, op cit. 290 p.

²⁹⁸ Ibid. 291 p.

²⁹⁹ Campbell, Brian. Trumped when solicitor and client privilege must submit to a higher purpose. Londres, Mondaq UK, 2014. 1 p.

³⁰⁰ Ibid. "Litigation privilege protection."

³⁰¹ Ibid.

litigio, que, aunque conllevan la misma protección contra la divulgación, surgen de diferentes maneras. Así, el primero de ellos, cubre comunicaciones escritas y orales entre abogados y clientes en las que se busca brindar asesoría legal, por lo que debe haber sido y permanecer confidencial entre el abogado y su cliente.³⁰²

Por su parte, el privilegio de litigio se aplica a los documentos creados y las discusiones surgidas en el contexto de la contemplación de un litigio, por lo que se configura como una cuestión de hecho, apareciendo el problema de cuándo se planteó el litigio. Entonces, el privilegio se aplica a los documentos creados con la finalidad de ser utilizados en un posible litigio, tal como el informe de expertos, declaraciones de testigos, etc, por lo que no es necesario que se lleve a cabo en aquel momento un litigio, sino que se haya hecho todo con la finalidad de usarlo en uno, y, además, el privilegio continúa vigente después de que el litigio haya concluido.³⁰³

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que este tipo de información puede perder su estado de privilegiado bajo ciertas circunstancias, lo cual puede acarrear graves consecuencias, y tiene lugar cuando el asesor ha ido más allá de la conducta que equivale a un error civil, es decir, su conducta acarrea sanciones penales, o se ha dedicado a la práctica brusca, es decir, ha actuado imprudentemente cuando las circunstancias requerían buena fe, o ha actuado de manera fraudulenta o, finalmente, su conducta es considerada por la ley totalmente contraria a la política pública.³⁰⁴ Es decir, este privilegio no es un derecho absoluto, sino que tiene ciertas limitaciones por las cuales se ve restringido, partiendo porque se debe dar en determinadas circunstancias para que la comunicación y los documentos surgidos entre el abogado y su cliente sean considerados como confidenciales, y, luego, aunque sea información privilegiada, si el abogado ha incurrido en alguna de las conductas mencionadas recientemente, se quita la calidad de tal a esta información, perdiendo el privilegio y debiendo incorporarse en el juicio.

En este contexto de limitación al privilegio de no declarar de los abogados en un juicio en que el cliente sea el acusado, así como el no revelar información que se haya producido entre ambos, es que el asesoramiento legal ha sido interpretado de manera

³⁰² Ibid.

³⁰³ Ibid 2 p.

³⁰⁴ Ibid.

restringida por los tribunales ingleses, y como resultado de las reducidas circunstancias en las que se admite este privilegio, los individuos dependen cada vez más del privilegio de litigio para resistir el testimonio de los abogados y la divulgación de documentos creados durante la investigación.³⁰⁵ En este contexto, en el caso *Bilta v RBS*,³⁰⁶ se ha establecido los requisitos para poder reclamar efectivamente el privilegio de litigio para resistir la divulgación de información incriminatoria, dentro de los cuales encontramos, en primer lugar, que haya un juicio en curso; y, en segundo lugar, el propósito único o dominante de la comunicación es la conducción de ese litigio.³⁰⁷

En conclusión, aquí encontramos consagrado el privilegio de no declarar de un testigo, en este caso el abogado del acusado, en razón del secreto profesional, el cual ha tenido un desarrollo jurisprudencial, y que, por tanto, su tratamiento dista de lo que habíamos visto en las legislaciones anteriores, y, además, es bastante limitado, pero aun así tiene aplicación en los casos ya mencionados.

A continuación, es menester mencionar el privilegio de no autoincriminación que tienen los testigos dentro del proceso penal, que ya fue mencionado dentro de la regulación del *nemo tenetur* en la legislación de Inglaterra, y que en este sentido se encuentra la Ley de Evidencia de 1851, que proporciona el reconocimiento legal para la aplicación del Privilegio cuando es reclamada en un proceso penal por un testigo que no sea el acusado, y así, la sección 3 N° 1 establece que aquel sujeto no puede ser obligado a aportar en el juicio información que lo incrimine en alguna causa penal. Aquí encontramos una norma dentro de la legislación inglesa que regula expresamente esta garantía de la cual es titular el testigo, lo cual se asemeja más a las legislaciones que ya he analizado, en comparación al privilegio del abogado, en que hay mayores diferencias. Para mayor abundamiento, la división penal de la Corte de Apelaciones, en el caso de 2008 *R v S*,³⁰⁸ estableció que los privilegios en asuntos penales están delimitados a información relevante que no haya sido revelada con anterioridad, por lo que el testigo solo puede alegar este privilegio cuando la información que se le solicita y que lo pueda auto incriminar no se haya sabido aún.

³⁰⁵ Baker, Steven y Clay, Elizabeth. High Court decisión confirms the availability of the protection of litigation privilege in the contexto f internal investigations. Londres, Mondaq UK, 2014. 1 p.

³⁰⁶ *Bilta v RBS (2017) EWCH 3535*.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *R v S (2008) EWCA Crim 2177*.

Finalmente, encontramos el privilegio de la inmunidad por interés público, que la doctrina ha denominado como el “privilegio de la corona,”³⁰⁹ que en el fondo no se puede testificar ni introducir pruebas que, de divulgarse, serían perjudiciales para el interés público. En el fondo, se utiliza para casos en que están involucrados temas de seguridad nacional y secretos diplomáticos, o trabajadores del gobierno central o de servicios públicos, u otros temas sensibles de ser expuestos.

A modo de conclusión, vemos que el tratamiento que da Inglaterra a los privilegios de no declarar es muy diferente a lo que habíamos analizado hasta aquí, ya que no reconoce ampliamente el secreto profesional, sino que solo respecto de los abogados y sus clientes y de todas formas tiene importantes limitaciones. Por otro lado, reconoce el privilegio de no testificar en razón de la autoincriminación, así, el testigo no puede ser obligado a aportar información que lo pueda transformar a él en sujeto pasivo de un proceso penal. Finalmente, encontramos el tema del privilegio de la corona, en que no se puede testificar en temas en que esté involucrado el interés público, lo cual es una novedad que introduce este país por tener monarquía. Finalmente, vemos que Inglaterra, al ser un país que recoge otra tradición jurídica, es decir, el *Common Law* tiene un desarrollo mayormente jurisprudencial, por lo que no encontramos artículos que recojan todo lo expuesto, y queda evidenciada la diferencia en lo desarrollado respecto de los otros países de tradición Continental.

³⁰⁹ Neil, Andrews. Op cit. 239 p.

2. Estados Unidos

2.1. Garantía de no autoincriminación

Para comenzar a desarrollar el tratamiento que ha dado Estados Unidos a la garantía de no autoincriminación es menester señalar que está consagrada a nivel constitucional, ya que la Constitución de este país establece en su Quinta Enmienda que:

“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.”³¹⁰

Así, la Quinta Enmienda o cláusula de no incriminación dispone la consagración del *nemo tenetur*, ya que nadie puede ser obligado a testificar contra sí mismo en un caso criminal.³¹¹ Entonces, este privilegio contra la autoincriminación se ha definido como el derecho constitucional de una persona a rehusarse a responder preguntas o dar testimonio contra sí misma, o sea que puede negarse a responder una pregunta de un organismo gubernamental porque la respuesta podría proporcionar evidencia autoincriminatoria de un acto ilegal.³¹²

Así, el privilegio de la Quinta Enmienda se aplica cuando un testigo puede ser obligado a proporcionar información que podría ser utilizada directa o indirectamente como

³¹⁰ *"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."*

³¹¹ J. Thompson, Matthew. 2018. Salinas v. Texas: The Fifth Amendment Self-Incrimination Burden. *Capital University Law Review* (46): 19 p.

³¹² Cavalier, Jonathan y Hunt, Hayes. *Fifth Amendment Fundamentals – Taking The Nickel*. United States, Mondaq, 2008. 1 p.

evidencia para respaldar una condena penal en su contra.³¹³ Cuando estamos frente a una pregunta que busca evidencia directa sobre un crimen es fácil de identificar, ejemplo de esto sería que se le pregunte al testigo si él mató a la víctima, por ello que tiene derecho a permanecer en silencio si la respuesta se puede utilizar para establecer que lo hizo,³¹⁴ y como ya hemos visto, el derecho a permanecer en silencio es consagración expresa de la garantía de no autoincriminación.

Por su parte, el uso de la Quinta Enmienda en situaciones en que se requiere evidencia indirecta para determinar la culpabilidad criminal es más complejo, así, preguntas como ¿dónde estabas la noche del incidente? Pueden, bajo ciertas circunstancias, proporcionar evidencia que efectivamente incrimine al testigo, caso en los cuales puede utilizar este derecho como protección.³¹⁵ En todo caso, los testigos no pueden reclamar un privilegio general de la Quinta Enmienda, si no que invocarlo en cada pregunta formulada, y es personal, no puede hacerlo valer otra persona en su nombre.³¹⁶

Por otro lado, la Quinta Enmienda se limita a no ser obligado a testificar en su contra, pero no se extiende a material incriminatorio de otra naturaleza, así como que el testigo deba someterse a un examen de ADN, sangre u otra evidencia que lo pueda conducir directa o indirectamente a la incriminación.³¹⁷

Ya me he referido a la consagración y desarrollo del *nemo tenetur*, sin embargo, ha habido distintas interpretaciones sobre la Quinta Enmienda, así, un primer grupo considera que el lenguaje que se utiliza en ella permite a los acusados y sospechosos permanecer en silencio, lo cual no significa que los oficiales deban alentar a un sospechoso a guardar silencio, pero sí deben permanecer neutrales ante esta decisión.³¹⁸

Por otro lado, están quienes consideran que la cláusula de no autoincriminación de la Quinta Enmienda no protege la capacidad del acusado de guardar silencio, sino que sólo lo protege de los métodos de interrogación inapropiados, como la tortura o tratos crueles,

³¹³ Ibid. 2 p.

³¹⁴ Ibid.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

³¹⁷ Ibid. 3 p.

³¹⁸ Alschuler, Albert W. 2019. A peculiar privilege in historical perspective: the right to remain silent. Michigan Law Review 117 (5): 1 p.

inhumanos o degradantes,³¹⁹ ya que dice que el testigo no puede ser obligado a testificar contra sí mismo, y se basan en la palabra obligado, ya que una persona puede influir en otra sin necesariamente estarlo obligando, y aquí encontramos la persuasión dentro de los límites de la equidad y honestidad.³²⁰

Estoy de acuerdo con la primera postura, puesto que la garantía de no autoincriminación se ha consagrado en los diversos ordenamientos jurídicos para resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, por lo cual hay que apearse a las interpretaciones que cumplan esta finalidad con mayor fuerza, siendo el derecho a guardar silencio una forma de materializar el *nemo tenetur* que tiene aceptación mayoritaria, puesto que se consagra en muchos de los Tratados Internacionales que resguardan los derechos humanos y que los países que los suscriben y ratifican deben integrar en sus propios ordenamientos jurídicos, por lo cual tiene alcance global, y de esta forma se tiene que entender consagrado en la Constitución de Estados Unidos, puesto que además, la segunda postura se basa en el término obligar, y obligar no solo ocurre cuando es una coerción física como la tortura o por violencia psicológica, sino que también hay obligación cuando el sospechoso tiene el deber de declarar, y de esa declaración puede desprenderse su culpabilidad, por lo que no tiene mucha relevancia la justificación de esta corriente.

De todas formas se solucionó esta controversia con un fallo que tuvo especial importancia en el desarrollo de la interpretación y alcance de la Quinta Enmienda, el cual es el fallo de *Miranda v. Arizona* de 1966.³²¹ Este caso se trata de que, el 13 de marzo de 1963 los policías de Phoenix, Arizona, llevaron a la estación policial a Ernesto Miranda, un joven de 22 años, que insistía en no tener nada que ver con el crimen por el cual se le acusaba.³²² En efecto, una mujer de 18 años había sido secuestrada y violada una semana antes, en el desierto de Arizona, y aunque las descripciones que la muchacha había proporcionado parecían coincidir con Miranda, ella no pudo identificarlo en una alineación.³²³ De todas

³¹⁹ Ibid.

³²⁰ Ibid. 2p.

³²¹ *Miranda vs. Arizona*. (384 U.S. 436). También me referí a este fallo en el Capítulo I, en el punto 2.2.2 sobre derecho a guardar silencio, específicamente en el número II) que habla del requisito de información para renunciar al derecho a este derecho.

³²² Ibid.

³²³ 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.

formas, y sin un abogado presente, la policía interrogó al joven durante más de dos horas, y después de que falsamente le dijeron que la víctima lo había identificado, aquel confesó.³²⁴

Aunque esta confesión fue legal, se convirtió en objeto de una demanda que llegó hasta el Tribunal Supremo, quien en su fallo estableció los derechos más importantes para quienes sean sospechosos en un procedimiento penal, incluyendo el deber de la policía de informarles sobre este derecho a guardar silencio y su derecho a un abogado.³²⁵ Esto se conoció como las Advertencias de Miranda (*The Miranda Warnings*).

En *Miranda v. Arizona*, el Tribunal Supremo dictaminó que el privilegio de la Quinta Enmienda contra la autoincriminación requería garantías procesales para asegurar que la policía respetara escrupulosamente los derechos de la Quinta Enmienda de un sospechoso.³²⁶ En este sentido, el Tribunal sostuvo que antes de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley puedan interrogar a una persona bajo custodia, “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.”³²⁷

Esto fue tremendamente importante, puesto que anteriormente a este fallo, la mayoría de las personas entendían que la Quinta Enmienda significaba que alguien que testificaba en el Tribunal tenía derecho de negarse a contestar preguntas del Fiscal o la defensa, sin embargo, el lenguaje de la Quinta Enmienda (la cual fue ratificada en 1791 como parte de la Carta de Derechos),³²⁸ no dejaba claro si las personas podían negarse a hablar cuando estaban frente a interrogatorio policial, confusión que era aprovechada por los oficiales,³²⁹ por lo que este fallo terminó con esta discusión dando una respuesta clara, sobre que este derecho se extiende también a los interrogatorios policiales, por lo cual se debe respetar.

Este fallo tuvo el apoyo de la mayoría de los jueces, quienes estuvieron de acuerdo con que el leer *the miranda warnings* a los sospechosos de cometer el delito, crearía cierto

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ 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.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Majerol, Veronica. Op cit. 2 p.

³²⁹ Ibid.

grado de equilibrio durante los interrogatorios policiales, los cuales son de por sí muy intimidantes.³³⁰ Así, ya a más de 50 años de la dictación de este fallo, las advertencias de Miranda son parte cotidiana de la práctica policial, por lo cual es raro que no se lean al momento de detener a un sospechoso, e incluso se han convertido en un cliché de películas y series de televisión, esto debido a que es fundamental en el procedimiento policial, razón por la cual la mayoría de los estadounidenses son conscientes de su derecho a guardar silencio.³³¹

Así, estas advertencias requieren que cuando una persona se encuentre bajo custodia, antes de cualquier interrogatorio se le lea que “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.”³³²

Como ya se estableció, el derecho a guardar silencio que consagra la garantía de no autoincriminación, que se establece en favor del sospechoso en un caso penal rige en todas las instancias, tanto ante la policía como en el Tribunal propiamente tal. Sin embargo, el sospechoso tiene la facultad de renunciar a este derecho, pero si lo hace, la fiscalía debe demostrar que renunció voluntariamente, con conocimiento e inteligentemente.³³³ Es más, si el sospechoso antes o durante el interrogatorio, indica de cualquier manera que no desea ser interrogado, los agentes no pueden interrogarlo, aun cuando el sospechoso ya haya respondido preguntas u ofrecido declaraciones voluntarias.³³⁴

Así vemos que con el fallo de *Miranda v. Arizona* cualquier discusión sobre el alcance de la Quinta Enmienda debiera haber quedado zanjada, ya que la Corte Suprema de

³³⁰ Ibid. 3 p.

³³¹ Ibid.

³³² Fritz, Lauren. 2019. *Bordeline Reasonable: The Circuit Split and the Application of Miranda Rights*. Indonesian Journal of International & Comparative Law (21): 1 p. “be warned prior to any questioning” that he or she has the right to remain silent, anything he or she says can be used against that individual in a court of law, that he or she has the right to the presence of an attorney, and, if the individual cannot afford an attorney, one will be appointed for him or her prior to any questioning if the individual so desires”.

³³³ Soutter, David. Op cit. 2 p.

³³⁴ Ibid.

Estados Unidos estableció claramente los derechos que implica, y fue aún más lejos al establecer que cuando un sujeto esté bajo custodia, antes de cualquier interrogatorio se le debe leer el catálogo de derechos del cual es titular, dentro de los cuales el primero es el de guardar silencio, con lo cual queda absolutamente consagrado.

Establecido lo anterior, surge la problemática de si se puede sacar conclusiones sobre el legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio que en virtud de la no autoincriminación consagra la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos tienen los acusados o sospechosos dentro de un proceso penal, y a este respecto debo volver a mencionar las diversas posturas que hay respecto de si la Quinta Enmienda incluye o no el derecho a guardar silencio,³³⁵ en virtud de lo cual, las consecuencias prácticas entre quienes sostienen que sí lo incluye y quienes sostienen que no lo incluye no son tan importantes, la mayor diferencia es en cuanto al hecho de poder sacar conclusiones del ejercicio del derecho a permanecer callado o no, y en este sentido, quienes estipulan que la Quinta Enmienda consagra el derecho a guardar silencio, niegan toda posibilidad de sacar conclusiones de su ejercicio, y, por el contrario, quienes estipulan que no lo consagra, establecen que, por tanto, sí se puede sacar conclusiones del ejercicio del derecho a callar.³³⁶

Para responder esta cuestión es menester señalar que la jurisprudencia ha fallado en ambos sentidos, y dentro de los casos emblemáticos en que la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió considerando que no se podía utilizar como indicio de culpabilidad el ejercicio del derecho a guardar silencio es el caso *Griffin v. California*,³³⁷ el cual tuvo lugar en el año 1965, que trata de que el peticionario, es decir, Griffin, había sido declarado culpable de asesinato en primer grado en un juicio por jurado en un tribunal de California, en el cual no testificó sobre los hechos que se le imputaban, sino que decidió ejercer su derecho a guardar silencio, por lo que recurrió ante la Corte Suprema por la inconstitucionalidad de este fallo ya que se había vulnerado la Quinta Enmienda y con ello su garantía a permanecer callado, lo cual fue fundamento del fallo condenatorio.³³⁸

³³⁵ Alschuler, Albert W. Op cit. 2 p

³³⁶ Ibid.

³³⁷ *Griffin vs California*. (380 U.S 609).

³³⁸ Ibid.

El jurado de primera instancia falló condenándolo y para ello aplicó el mismo criterio que el tribunal de California le expresó a la Corte Suprema en sus alegatos, a saber: “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.”³³⁹

Finalmente, el fallo del Tribunal de California fue revocado por la Corte Suprema, ya que este actuar era una sanción impuesta por los tribunales al legítimo ejercicio de la garantía de no autoincriminación consagrada en la Quinta Enmienda, y, por tanto, reduce el privilegio considerablemente si es que su uso es tan costoso.³⁴⁰ Además, señaló la Corte que una cosa es lo que el jurado pueda inferir por sí mismo, y otra muy distinta es lo que puede inferir cuando el Tribunal establece el silencio del acusado como evidencia en su contra.³⁴¹

En esta misma línea, al año siguiente, encontramos el fallo *Miranda v. Arizona*, en el cual se decidió lo mismo, ya que reconoció las presiones inherentes al interrogatorio del sospechoso, por lo que, sin las debidas garantías de la Quinta Enmienda, en que se asegure que la obtención de una confesión por un sospechoso en custodia haya sido bajo los resguardos correspondientes.³⁴² Para ello fue que consagró el derecho a guardar silencio, el que se estableció como un derecho proveniente de la Quinta Enmienda, por lo que extraer conclusiones de él se convierte en inconstitucional, y como vimos, quienes sostienen que el silencio está consagrado en la Constitución, por ende, también sostienen que no se puede extraer conclusiones del mismo.³⁴³

³³⁹ Ibid. “As to any evidence or facts against him which the defendant can reasonably be expected to deny or explain because of facts within his knowledge, if he does not testify or if, though he does testify, he fails to deny or explain such evidence, the jury may take that failure into consideration as tending to indicate the truth of such evidence and as indicating that among the inferences that may be reasonably drawn therefrom those unfavorable to the defendant are the more probable.”

³⁴⁰ J. Thompson, Matthew. Op cit. 26 p

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Ibid. 24 p.

³⁴³ Alschuler, Albert W. Op cit. 2 p

Por el otro lado, encontramos el paradigmático caso de *Jenkins v. Anderson*,³⁴⁴ el cual tuvo lugar en 1980, ya que se había prohibido el uso del silencio posterior al arresto como un indicio de culpabilidad, por lo que se puso problemático el uso del derecho a callar ya que los tribunales comenzaron a distinguir entre el silencio antes del arresto y posterior a él.³⁴⁵ En el caso en comento, Jenkins, que era el acusado, mató a un individuo y esperó dos semanas antes de entregarse a las autoridades, alegando que había actuado en defensa propia, por lo que el fiscal en el juicio trató de destruir la credibilidad del acusado ya que de haber actuado efectivamente en defensa propia, no hubiese esperado dos semanas para entregarse.³⁴⁶

Finalmente, fue declarado culpable y condenado, ante lo cual Jenkins apeló alegando que el comentario del fiscal sobre su silencio previo al arresto violó sus derechos constitucionales, ante lo cual la Corte confirmó el fallo del tribunal, y respondió que el uso en juicio del silencio previo al arresto no viola la Constitución,³⁴⁷ así estableció una prueba de equilibrio para establecer si un derecho constitucional ha sido indebidamente inobservado por el gobierno, así, lo primero que se debiera ver es la legitimidad de la práctica gubernamental impugnada, y en este caso, cuando el acusado decide testificar el problema de la verdad se vuelve muy importante y el uso de la acusación facilita la confiabilidad del proceso penal.³⁴⁸

Así, como vemos, las Cortes toman distintas posturas sobre la posibilidad de sacar inferencias del ejercicio del derecho a guardar silencio, y ya sea que lo consideraran constitucional o inconstitucional, la mayoría que se pronunciaba al respecto tomaba uno de dos caminos para llegar a su conclusión, extienden y sostienen lo resuelto en *Jenkins* o *Griffin*.³⁴⁹ Así, todos los que sostienen que el extraer conclusiones del silencio anterior al arresto y a la lectura de las advertencias de Miranda es constitucional, utilizan a *Jenkins* para llegar a su resultado, y, por el contrario, los que consideran que es inconstitucional, utilizan a *Griffin* para arribar a esa conclusión.

³⁴⁴ *Jenkins vs Anderson* (447 U.S 231).

³⁴⁵ J. Thompson, Matthew. Op cit. 28 p.

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ *Jenkins vs Anderson*. Op cit.

³⁴⁸ Ibid.

³⁴⁹ J. Thompson, Matthew. Op cit. 31 p.

Por tanto, vemos que la autoincriminación está consagrada a nivel constitucional en la Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, y que gracias al fallo de *Miranda v. Arizona* se estableció un catálogo de garantías con la finalidad de resguardar este derecho, así como también se consagró expresamente la facultad de guardar silencio, terminando con toda discusión al respecto. En cuanto a la posibilidad de valorar el ejercicio del derecho a callar ha habido diversos fallos en sentido opuesto, es decir, algunos que lo permiten y otros que no. Yo concuerdo con la postura de la jurisprudencia que no permite la valoración del uso de esta garantía, puesto que de lo contrario se estaría vulnerando la Constitución, ya que existiría efectivamente una obligación de declarar, puesto que de lo contrario habría consecuencias negativas graves en la contra del acusado. Además, considero que no debiera extraerse conclusiones del silencio previo al arresto, como en el caso de *Jenkins*, en que va más allá de las tareas del tribunal el llegar al motivo psicológico que llevó a aquel sujeto a no entregarse antes a la justicia, lo cual no es necesariamente su culpabilidad, también podría ser miedo, inseguridad, confusión, etc, lo cual nunca se sabrá y es una inferencia sin mayor fundamentación y que se basa en un derecho ampliamente consagrado.

2.2. Privilegios de no declarar

En cuanto a los privilegios de no declarar, encontramos distintas causales al igual que en las legislaciones anteriores, pero el término común en todas ellas es la de comunicación privilegiada, en virtud de la cual, quien obtuvo una información que puede ser utilizada en contra de quien se la aportó, está exento de testificar sobre el contenido de aquella comunicación.³⁵⁰

Así, en primer lugar, encontramos razones de privilegio en virtud del secreto profesional, que son relaciones que requieren lealtad y confianza para que generen los efectos deseados, y así, como toda relación de confianza, el trato debe ser lo más cercano posible, como es el vínculo entre un abogado y su cliente, un psicólogo y su paciente o un confesor y su penitente.³⁵¹

³⁵⁰ Kidston, Alan R. 1979. Privileged Communications. *The Business Lawyer* 34. 853 p.

³⁵¹ Smithers, William W. 1887. *Treatise on the Relation of Attorney and Client in Pennsylvania*. [En línea]. Disponible en: <https://heinonline->

En este tipo de privilegio tiene mucha relevancia la relación abogado-cliente, la cual originalmente era un tema de honor del abogado, y que se ha convertido en un privilegio que posee el cliente, en el sentido de que su asesor legal no podrá revelar información obtenida en virtud del vínculo profesional que los liga.³⁵²

La Corte Suprema de Estados Unidos en el año 1976 se pronunció al respecto,³⁵³ señalando que el propósito de este privilegio es alentar a los clientes para entregar toda la información, y, por ende, solo aplica cuando es necesario para lograr este propósito, es decir, protege toda esta información que otorga pruebas perjudiciales en contra de quien la entrega, que es necesaria para obtener asesoría legal informada, que podría no haberse llevado a cabo sin este privilegio.³⁵⁴ En términos simples funciona así: un cliente, un abogado y comunicación privilegiada para obtener un consejo legal adecuado.³⁵⁵

Sin embargo, en 1989, la Corte Suprema estableció en el caso *Estados Unidos v. Zolin* que los jueces del distrito podían hacer una revisión de documentos privilegiados entre el abogado y su cliente con la finalidad de revisar si el privilegio estaba viciado por un delito, y así aplicar una excepción por fraude.³⁵⁶ Así, sostuvo que era un presupuesto necesario para poder revisar documentos privilegiados el hecho de que la parte que lo solicita demuestre de buena fe que el privilegio había sido abusado por el cliente para promover un delito o fraude.³⁵⁷ Así, vemos que hay una excepción a este privilegio abogado-cliente, puesto que en el caso en comento los jueces pudieron revisar documentos entre ellos, que tenían el carácter de privilegiados, sin embargo, esta regla tiene como límite que el servicio profesional que otorga el asesor legal tenga como finalidad un delito o fraude.

En esta misma línea, el Tercer Circuito hace pocos años enfrentó un tema similar, ya que el gobierno le pidió que se obligara a un abogado a declarar sobre las comunicaciones privilegiadas que había tenido con su cliente, alegando sobre una supuesta

org.uchile.idm.oclc.org/HOL/Page?collection=beal&handle=hein.beal/tracpa0001&id=31&men_tab=srchresu
[Its](#). [Consulta: 3 de junio de 2009]. 17 p.

³⁵² Ibid. 854 p.

³⁵³ *Fisher vs U.S* (425 U.S. 391).

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Kidston, Alan R. op cit. 854 p.

³⁵⁶ *Estados Unidos vs Zolin* (491 U.S 554).

³⁵⁷ Ibid.

excepción al privilegio por fraude o delito.³⁵⁸ Así, el abogado fue citado para rendir testimonio sobre las comunicaciones, y su cliente, que era una compañía, a través del presidente de la misma intervino para solicitar la anulación de la citación por motivos de privilegio, ante lo cual el Gobierno hizo una demostración de los supuestos delitos cometidos y solicitó una revisión de *Zolin* haciendo que el juez del distrito realizara una entrevista privada con el abogado.³⁵⁹

En este sentido, extender el protocolo de *Zolin* para ir más allá de una revisión de documentos, y pedir testimonios de testigos no parece tan difícil, sin embargo, los intervinientes argumentaron que existe una diferencia sustancial entre un tribunal que revisa y evalúa documentos en frío y uno que evalúa las respuestas en vivo, por lo que pidieron que se utilizara un estándar más alto en este caso que en el de *Zolin*.³⁶⁰ Finalmente, la Corte de Apelaciones se rehusó a aplicar un estándar diferente y más alto para el examen de comunicaciones orales, y rechazó las preocupaciones de los apelantes, debido a las diferentes formas en que se pueden encuadrar las preguntas y las respuestas verbalizadas. Todo esto en virtud de que se cumplía con los dos elementos que debe cumplir una excepción de privilegio entre abogado- cliente, las cuales son, en primer lugar, que exista una base razonable para creer que el titular del privilegio está cometiendo o pretende cometer un delito o fraude y, en segundo lugar, que se utilizó la comunicación entre el abogado y el cliente para promover el delito o el fraude.³⁶¹

Por otro lado, encontramos privilegios de ciertos testigos en relación al vínculo de parentesco, siendo emblemático el caso entre cónyuges, los cuales no pueden ser obligados a testificar en contra del otro. Esto se consagró en 1872 con la adopción de los Códigos, así el privilegio del marido y su mujer en casos penales quedó en el artículo 1322 del Código Penal de Estados Unidos, así como también en el artículo 1881 del Código de Procedimiento Civil, quedando establecidas solo dos excepciones, juicios penales uno

³⁵⁸ Leibman, Alain. Third circuit endorses use of in camera, ex parte witness interview by judge to determine whether crime-fraud exception justifies compelling attorney to disclose privileged conversation. Estados Unidos, Mondaq, 2008. 1 p.

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Ibid 2 p.

³⁶¹ Ibid.

contra el otro, y juicios civiles uno contra el otro.³⁶² En virtud de ello, el marido o mujer no pueden ser examinados en contra del otro, así como tampoco ninguna comunicación hecha entre ellos durante el matrimonio, y en el caso de que uno de ellos sea acusado en un caso penal, no se puede obligar a testificar el uno contra el otro y tampoco sobre alguna comunicación entre ellos, sin su consentimiento.³⁶³

En cuanto al tema del consentimiento se produjo un cambio en la práctica jurisprudencial, lo cual queda plasmado en el caso *Trammel v. United States*,³⁶⁴ en el cual *Trammel* fue acusado en juicio por cargos federales de tráfico de drogas, y antes del juicio informó al Tribunal que querían llamar a testificar a su esposa (quien había sido acusada como conspiradora no declarada), lo cual no podía suceder porque gozaban del privilegio del matrimonio.³⁶⁵ Ante esto, el Tribunal dictaminó que efectivamente las comunicaciones confidenciales entre el peticionario y su esposa eran privilegiadas y por tanto inadmisibles, siempre y cuando ella no consintiera en testificar, por lo que, al ella consentir en testificar, esto fue admitido.³⁶⁶

Esto contravino la regla de *Hawkins*,³⁶⁷ un fallo anterior en que se estableció que para que un cónyuge testifique, se necesita el consentimiento de ambos, aunque en el fallo los jueces señalaron que la intención no era excluir los cambios en la regla que eventualmente pudiesen ser dictados en virtud de la razón y la experiencia.³⁶⁸ Sin embargo, en el caso de *Trammel*, el tribunal señaló que: “Los fundamentos antiguos para un privilegio tan amplio, por el cual una mujer era considerada como un objeto y se le negaba una identidad legal separada, hace mucho que desaparecieron, y la justificación contemporánea para permitir a un acusado semejante privilegio no es convincente.”³⁶⁹

³⁶² Witness privileged communications husband and wife – asking incompetent questions. Criminal Law Magazine and Reporter 12 Crim. L. Mag. & Rep. [En línea]. Disponible en: <https://heinonline.org.uchile.idm.oclc.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clmr12&id=466&collection=journals&index=>. [Consulta: 3 de junio de 2019]. 436 p.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ *Trammel vs United States*. (445 U.S 40).

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ *Hawkins v. Estados Unidos*. (358 US 74).

³⁶⁸ Ibid.

³⁶⁹ *Trammel vs United States*. Op cit.

Así vemos que los privilegios por parentesco están consagrados en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, siendo el caso más importante el que tiene lugar entre cónyuges, por lo que no se puede utilizar en juicio ninguna comunicación que haya tenido lugar entre ambos durante el matrimonio, a excepción de que ambos presten su consentimiento, aunque vimos que esa regla ha ido cambiando, puesto que se ha modificado en el sentido de que el consentimiento del cónyuge que testifique sea el requerido para renunciar a este privilegio de no testificar en un juicio penal. Yo estoy de acuerdo con este cambio en la regla, puesto que estar frente a un caso penal, en que el cónyuge acusado probablemente cometió un ilícito grave, y el tener conocimiento de ello y llevar la carga de ocultarlo por obligación es injusto para quien está llamado a testificar, además que esto es para proteger el vínculo conyugal y la confianza que se produce en un matrimonio, pero no siempre la relación es buena y sana como el valor que se intenta proteger, por lo que creo que es correcto que quien está en la posición de testificar tenga la libertad de decidir hacerlo o no, como sucede en el ordenamiento jurídico chileno.

Finalmente, en cuanto a la causal de no autoincriminación en virtud de la cual se justifican los privilegios de no declarar, hay que remitirse a lo desarrollado en el apartado anterior y la Quinta Enmienda, puesto que ahí se establece que nadie puede ser obligado a testificar contra sí mismo, por lo que, si en un juicio se es llamado al estrado para testificar, y de la información aportada se puede llevar a conclusiones en que se incrimine al testigo, este puede acogerse a la Quinta Enmienda e invocarla en el momento en que está prestando sus declaraciones.

3. Sistematización sobre el tratamiento del *nemo tenetur* y privilegios de no declarar en los países recientemente desarrollados y contraste con la legislación chilena.

En primer lugar, encontramos que estos derechos, es decir, la garantía de no autoincriminación y los privilegios de no declarar de ciertos testigos han sido consagrados en los distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos que han suscrito los países desarrollados en este capítulo y los dos anteriores, es decir, Chile, Alemania, España, Perú, Inglaterra y Estados Unidos, por lo que, todos ellos han dado el reconocimiento a esta garantía con rango supra legal en virtud de la ratificación de estos instrumentos internacionales, quedando como obligación el incorporarlo a sus sistemas normativos internos.

Así, encontramos que Chile lo establece en su ordenamiento jurídico interno con rango constitucional, en el artículo 19 N° 7 letra f), el cual solo consagra expresamente el primer derecho en el cual se manifiesta el *nemo tenetur*, es decir, el de declarar sin prestar juramento, siendo el Código Procesal Penal el que vino a incorporar en el derecho la garantía de guardar silencio, a través de su artículo 93 letra g), en que trata explícitamente el derecho a no declarar en el caso que decida no hacerlo, es decir, puede permanecer en silencio, y en el caso en que decida declarar, esto no será bajo juramento.

Por su parte, la mayoría de los demás países desarrollados también tienen consagrado el *nemo tenetur* en sus Cartas Fundamentales, así, vemos que España, Perú y Estados Unidos lo hacen, sin embargo y al igual que en Chile, esta garantía si bien está consagrada con rango constitucional, en ninguna de las legislaciones recientemente mencionadas se hace expresamente, sino que se establece la base del derecho de no autoincriminación, siendo las normas con rango legal³⁷⁰ las que vienen a explicitar el derecho a no prestar juramento o el de guardar silencio, a regularlo procedimentalmente y a delimitar su alcance. En este sentido, España, a través del artículo 24.2 de la Constitución de 1978 vino a consagrar la garantía de no autoincriminación, en sus derechos de no prestar juramento y guardar silencio, aunque no consagró explícitamente el segundo, siendo finalmente la LECrim la que lo hizo, en sus artículos 181.1g) y 520.2.a).

³⁷⁰ Excepto Estados Unidos donde tiene esta labor los tribunales de justicia a través del precedente judicial.

A su vez, Perú trata el *nemo tenetur* en la Constitución de 1993, la cual en su artículo 2 inciso 24 numeral h) se refiere a este respecto, pero limita el contenido del derecho de no autoincriminación a la prohibición de violencia física y moral, es decir, no lo consagra expresamente. Así, es el CPP peruano el que viene a recoger literalmente esta garantía, entonces el artículo 88 de este Código consagra el derecho del sujeto pasivo del proceso penal de no prestar juramento al momento de declarar, y, por su parte, el artículo 87 N° 2 del mismo cuerpo normativo establece el derecho a guardar silencio.

Para continuar, el último país de los expuestos en esta tesis que tiene consagración de la garantía de no autoincriminación con rango constitucional es Estados Unidos, puesto que se encuentra recogido en la Quinta Enmienda, la cual, de todas formas, tampoco hace una mención expresa a este derecho, donde solo se establece que nadie podrá ser obligado a testificar contra sí mismo en un juicio criminal. La diferencia con los países anteriores es que en ellos, es la ley la que recoge y delimita expresamente el alcance del derecho a no prestar juramento y el de guardar silencio, en cambio, en Estados Unidos son los tribunales de justicia los que tienen esta labor, siendo especialmente importante el fallo *Miranda vs Arizona*, puesto que en él se estableció el procedimiento que se debe seguir para dar resguardo efectivo al *nemo tenetur*, así como el alcance del mismo, consagrando definitivamente el derecho a guardar silencio.

Por su parte, Alemania no tiene recogido el *nemo tenetur* con rango constitucional, sino que solo legal, por lo que esta garantía se consagró con la Reforma de la Ordenanza Procesal alemana, la cual modificó el § 136 en 1964 es que se estableció finalmente el derecho a guardar silencio en esta legislación, norma que sigue vigente hasta el día de hoy, y que señala el derecho del acusado a ser informado “si desea libremente prestar declaración o guardar silencio”.

Finalmente, en Inglaterra el *nemo tenetur* ha tenido consagración y desarrollo jurisprudencial, siendo el país que más difiere del resto, puesto que, si bien en Estados Unidos el precedente judicial ha tenido crucial relevancia, se encuentra en la Constitución la aparición de la garantía de no autoincriminación. Sin embargo, en Inglaterra ni siquiera se tiene certeza de cuando surgió este derecho, puesto que su evolución ha sido consuetudinaria, así, en 1942, los tribunales del Reino Unido dieron lo que ahora se

considera como la formulación clásica del privilegio, en el caso de *Blunt v Park Lane Hotel*, entonces históricamente se ha conocido como una regla de derecho consuetudinario sobre evidencia, que da derecho a un testigo individual de negarse a responder preguntas o entregar documentos que puedan ser evidencia de que aquel sujeto ha cometido un delito penal. Sin embargo, si bien siempre ha sido una regla de derecho consuetudinario, se integró en el ordenamiento jurídico inglés, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró en 1996, a través de su fallo *Saunders v Reino Unido* que estaba contenida en la Convención Europea de Derechos Humanos, la cual ha suscrito y ratificado este país. Entonces, vemos que en este país tiene consagración positiva en cuanto norma escrita en virtud solo de un Tratado Internacional, pero no por su legislación interna, siendo la jurisprudencia la encargada de establecer este derecho.

Vemos que la tradición jurídica es bastante significativa, así, en Chile, Alemania, España y Perú, que pertenecen al Sistema Continental, hay cuerpos normativos, es decir, Constituciones y Códigos que regulan la materia y los tribunales lo aplican, claramente tienen márgenes de discrecionalidad, pero los procedimientos y delimitación de los derechos ya están dados. En cambio, en Estados Unidos e Inglaterra que pertenecen al *Common Law* le dan mayor valor a la jurisprudencia, así, aunque el primero de ellos tiene una Constitución que recoge el *nemo tenetur* es la práctica judicial la que lo ha desarrollado y delimitado, y en Inglaterra, han sido los tribunales de justicia los que han cumplido todas las funciones. A mí me parece que estas garantías que son tan importantes debieran estar bien consolidadas, con rango constitucional, y aunque cuatro de los 6 países estudiados así lo hacen, esta no es una mención expresa a los derechos, siendo la ley la que en la mayoría de los casos lo recoge y desarrolla, por lo que todos los países están al debe en eso. Inglaterra es un caso especial porque ni siquiera tiene Constitución, pero debiera crear una ley que lo establezca con la amplitud que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen.

En cuanto a la problemática del valor que se le otorga al legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio, encontramos una basta discusión tanto en Alemania como en España, que hacen una categorización, reconociendo tres tipos: el silencio total, parcial y temporal. En este sentido, Alemania le niega la posibilidad al juez de interpretar el silencio

ejercido por el acusado en la mayoría de los casos, solo admitiendo esto en el silencio parcial de aquel sujeto, sin embargo, en este país la doctrina y jurisprudencia se ha hecho cargo del tema, por lo que hay bastante certeza y con ello resguardo para el acusado, puesto que sabe cómo actuará el tribunal y con ello puede ejercer su derecho libremente. Por su parte, en España también se ha discutido sobre esto, y se ha acordado por parte de la doctrina que tampoco se puede extraer conclusiones del hecho de que el acusado decida permanecer callado, pero, lamentablemente, la jurisprudencia ha fallado en el sentido contrario, por lo cual queda a la discreción del juez según el caso el valorar el ejercicio de este derecho o no.

A su vez, en Perú el artículo que regula el derecho a guardar silencio establece expresamente que no se pueden sacar conclusiones perjudiciales para quien ejerza este derecho, aunque en la práctica los abogados no lo recomiendan como estrategia procesal ya que los tribunales igualmente lo pueden usar en su contra. En cuanto a Chile, nada se dice al respecto y la discusión ha sido bastante insipiente hasta el momento, por lo que queda a discreción del juez, lo cual se ha traducido en una práctica jurisprudencial que arroja diversos resultados, lo cual no permite que este derecho se pueda ejercer libremente.

Entonces, vemos que el único país del Sistema Continental que tiene una norma expresa que zanja esta discusión es Perú, pero que en la práctica esto no se respeta cabalmente por parte de los tribunales de justicia, y por aquel motivo los abogados no recomiendan el guardar silencio como parte de la estrategia del juicio. Así, Alemania que no tiene norma al respecto, se ha hecho cargo de aquel tema a través de su doctrina y jurisprudencia, siendo finalmente el país que mayor resguardo en la práctica le da a este derecho. En este sentido, creo que los distintos entes, es decir, legisladores y jueces de Chile, en donde nada se ha dicho y los fallos son contradictorios a este respecto, debieran discutir sobre ello y tomar una postura única, que por todo lo expuesto en este capítulo, debiera ser que no se pueda extraer conclusiones del legítimo ejercicio de este derecho. Luego de tomar una postura sobre este punto, los tribunales deben respetar la decisión, puesto que tenemos el ejemplo peruano en que la solución legislativa no es respetada por la práctica judicial.

Respecto a los países del otro sistema jurídico, Estados Unidos ha tenido fallos en ambos sentidos, por lo que no ha habido un tratamiento unificado al respecto, lo cual no da completa seguridad al momento de ejercer este derecho, aunque en virtud del fallo *Miranda v. Arizona*, que consagra el derecho a callar, es que debiera negarse toda posibilidad de sacar conclusiones al respecto. Aquí encontramos el mismo problema ya señalado, el cual es que la práctica jurisprudencial ha sido contradictoria, lo cual produce confusión en el sujeto pasivo del juicio penal, que no sabe si ejercer este derecho o no. Sin embargo, en este país tiene más sentido que haya un fallo diverso al anterior puesto que son los propios tribunales de justicia que van delimitando las garantías y actualizando el derecho en sí, pero cuando un tribunal superior falla en un sentido, ya sea permitiendo valorar el ejercicio del derecho a callar o impidiendo ello, el resto de los tribunales debieran seguir con ese patrón de conducta, puesto que, de lo contrario, se produce un perjuicio muy grande para el acusado.

Finalmente, en Inglaterra el derecho a guardar silencio es más bien uno que opera antes del juicio, y solo se permite en él si la información que se pregunta no se ha divulgado con anterioridad, lo cual es una gran diferencia con todo lo anterior, puesto que en los demás países este derecho comprende todas las fases del proceso, principalmente el juicio, y de hecho en este sentido es que el fallo de *Miranda v Arizona* de Estados Unidos vino a zanjar la discusión de si estos derechos procedían en la etapa previa al juicio, es decir, ante la policía, sentencia que estableció que sí integraba esa fase, pero jamás fue una discusión si se aplicaba en el juicio, puesto que es en esta instancia onde opera por excelencia el *nemo tenetur*. En cambio, en Inglaterra, opera solo en la etapa previa al juicio, así, como no suele usarse en el juicio frente al juez es que no se discute si se puede sacar conclusiones al respecto o no, ya que el mecanismo que utilizan para no usar una declaración que no debió haberse tomado es la exclusión de pruebas, pero no se permite que el acusado guarde silencio, sino que hay un resguardo a posteriori.

Ya que un requisito importante para renunciar al derecho a guardar silencio es que aquella sea libre, creo que se debiera establecer en todas las legislaciones y respecto de todos los tipos de silencio que no se puede extraer conclusiones de su legítimo ejercicio, puesto que de lo contrario, faltaría la libertad en la renuncia a este derecho, porque

encontramos una evidente coacción para declarar, ya que el no hacerlo traería consecuencias negativas en el juicio, limitando peligrosamente el resguardo al sujeto pasivo del proceso penal. Por lo demás, es evidente que en Inglaterra es el país donde mayores restricciones encuentra el *nemo tenetur*, por lo cual está al debe con el resguardo de sus acusados y con el cumplimiento de los estándares impuestos por los Tratados Internacionales ratificados por aquel país. Por último, sea la postura que tome la doctrina y jurisprudencia de los países, es que debiera ser uniforme, puesto que, en Chile o Estados Unidos, por ejemplo, los tribunales fallan en diversos sentidos, lo cual provoca que el imputado o el acusado no sepan que estrategia procesal usar en el juicio, vulnerando con ello otros derechos aparte del de no autoincriminación, como sería el de defensa.

En cuanto al otro gran tema, es decir, los privilegios de no declarar de los testigos, es que encontramos que se han establecido derechos respecto de ciertos testigos que tienen una especial relación con el imputado, puesto que se prefiere el resguardo de los vínculos que la obtención de la verdad, así, es generalizado en las distintas legislaciones que los parientes cercanos del sujeto pasivo del proceso penal no serán obligados a aportar información que lo perjudique, puesto que el legislador ha privilegiado la mantención y conservación de los lazos afectivos del núcleo de la sociedad, que es la familia, por sobre la obtención de una sentencia condenatoria, siendo el caso más emblemático de todos el de los cónyuges, lo cual se consagra en todos los países estudiados, excepto en Inglaterra, así, incluso en Estados Unidos este privilegio encuentra un tratamiento de rango legal.

En este sentido, y así como lo acabo de señalar, lo encontramos consagrado en la legislación chilena en el artículo 302 del CPP; en la alemana, en el artículo 52(I) del Código procesal Penal alemán; en la española, en el artículo 416 LECrim que trata a las personas que están exceptuadas del deber de declarar, y, en el N° 1 se dan los motivos de parentesco; por su parte en la peruana en el artículo 165 N° 1 del CPP peruano; y, finalmente, en la de Estados Unidos está consagrado en el artículo 1322 del Código Penal de Estados Unidos.

El segundo gran motivo por el cual se confiere este privilegio al testigo es por el secreto profesional, ya que para que de cierto tipo de relaciones surjan los efectos deseados, se necesita entregarle a la persona que tiene un conocimiento profesional sobre un tema

información que podría ser usada posteriormente en un juicio penal donde el acusado sea quien la confía para así conseguir la ayuda requerida. En este contexto, si no existiese este resguardo del profesional que presta el servicio, nadie confiaría este tipo de información, con lo cual encontraríamos una traba importante, por lo que también encontramos esto en todas las legislaciones estudiadas, solo que en Inglaterra se reconoce y protege únicamente respecto de la relación abogado-cliente, no reconociéndoselo con tal grado a otras profesiones, lo cual en el resto de los países sí se hace.

En este sentido, el artículo 303 del CPP chileno establece este tipo de privilegios para personas que por su profesión, estado o función legal deban guardar secreto; por su parte, el artículo 53 del Código Procesal Penal alemán da como ejemplo distintas profesiones que gozan de este privilegio de no testificar; a su vez, en la legislación española encontramos el artículo 416 N° 2 de la LECrim, que habla del abogado del procesado, y el N° 3 habla de los traductores e intérpretes que trabajen en las comunicaciones entre el procesado y las personas de su familia o abogado, y también regula esta materia el artículo 417 N° 1, al referirse a los eclesiásticos y ministros de cultos, y el N° 2 habla de funcionarios públicos; en cuanto a la legislación peruana lo encontramos en el artículo 165 N° 2 letra a) habla de la causal genérica de secreto profesional y la letra b) se refiere a los funcionarios públicos, e incluso da un procedimiento especial para corroborar este privilegio en relación si la materia sobre la cual se quiere preguntar es efectivamente reservada o no. Finalmente, respecto de Estados Unidos e Inglaterra vimos que se ha establecido y desarrollado por precedente judicial.

En último lugar, encontramos el motivo de no autoincriminación, es decir, el caso en que el testigo respondiera preguntas e implicara su incriminación, no puede ser obligado a contestarlas, lo cual es una extensión del *nemo tenetur* del imputado hacia el testigo, lo cual es muy importante, puesto que nadie está obligado a aportar pruebas en su contra, sea cual sea su calidad en el juicio, es decir, ya sea testigo o imputado. Esto lo encontramos consagrado en la mayoría de las legislaciones analizadas en esta tesis.

En este sentido, encontramos regulado esto en el artículo 305 del CPP chileno. En relación a la legislación alemana, no lo encontramos en una norma expresa. A continuación, en el ordenamiento jurídico español se encuentra regulado en el artículo 418 LECrim.

Luego, en la legislación peruana encontramos regulado esto en el artículo 163 N° 2 el CPP peruano. Además, en Inglaterra encuentra una norma expresa que trata esto, en la Ley de Evidencia de 1851, que proporciona el reconocimiento legal para la aplicación del Privilegio cuando es reclamada en un proceso penal por un testigo que no sea el acusado, y así, la sección 3 N° 1 establece que aquel sujeto no puede ser obligado a aportar en el juicio información que lo incrimine en alguna causa penal. Por su parte, la legislación estadounidense lo establece en su Constitución, en la Quinta Enmienda.

Finalmente, encontramos normas de privilegios especiales en España e Inglaterra, que tienen que ver con que son países que cuentan con monarquía, y en este sentido, el artículo 411 de la LECrim regula esto, en que los miembros de la realeza no tienen la obligación ni de comparecer ni de declarar. Por su parte, en Inglaterra no se puede aportar pruebas que vaya contra al interés público ni de los reyes, por lo que se debe excluir todo tipo de evidencia que vaya en contra esto.

Así, vimos en este capítulo cómo los 5 países seleccionados desarrollan en sus ordenamientos jurídicos el *nemo tentur* y los privilegios de no declarar, y así pudimos ver en qué posición se encuentra Chile en relación con el resto del mundo, si nuestro derecho se encuentra a la par que el resto o más bien atrasado. En este sentido, pudimos ver que nuestras leyes encuentran un desarrollo parejo con los países ya mencionados, puesto que tenemos la garantía de no autoincriminación consagrada con rango constitucional, aunque no sea expresamente, pero se establece su inicio ahí, siendo la ley la que lo regula y delimita con mayor profundidad, al igual que en el resto de las legislaciones estudiadas.

Claramente Estados Unidos e Inglaterra tienen una forma de elaborar el derecho que no concuerda con la nuestra por pertenecer a Sistemas distintos, pero aun así es importante ver cómo se recoge y consolidan estos derechos tan importantes, y vemos que, en general, se llega a un resultado similar, sobre todo con Estados Unidos, puesto que también lo tienen regulado con rango constitucional, solo que en vez de ser el legislador quien se encarga de complementar la Constitución, en este país lo hace la jurisprudencia, y finalmente, en ambos países hay fallos contradictorios en cuanto a la valoración del derecho a guardar silencio.

Finalmente, al encontrarnos en un mundo globalizado en que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos establecen un catálogo amplio de derechos y garantías que los Estados que los suscriben y ratifican deben incorporar en sus legislaciones, es que me pareció de suma importancia ver cómo Chile sigue esta tarea y luego ver cómo lo hacen otros países y así compararnos y vislumbrar cuánto resguardo efectivamente hay hacia los sujetos que intervienen en el juicio penal, específicamente el imputado y el testigo.

Conclusiones

A lo largo de esta tesis vimos que el imputado ha ocupado el rol más vulnerable dentro del proceso penal, por lo que paulatinamente se han ido estableciendo derechos a su favor con la finalidad de resguardarlo, puesto que sobre sus hombros se posa todo el peso del aparato punitivo estatal intentando buscar información que pueda constituir la evidencia necesaria para dictar una sentencia condenatoria en su contra, por lo que eso ha dado paso a terribles métodos de interrogación, llegando incluso a la tortura y los tratos inhumanos, crueles y degradantes, así como procesos fuertemente inquisitivos donde la obtención de la verdad era un valor supremo.

Así, queda evidenciada la importancia que ha tenido el principio de no autoincriminación en el derecho procesal penal, con la finalidad de resguardar al sujeto pasivo del proceso penal, por lo que se ha materializado a través del reconocimiento de dos derechos principalmente, a saber, el de declarar sin prestar juramento y el derecho a guardar silencio. Entonces, el derecho de declarar sin prestar juramento vino a solucionar el tema de que el imputado era obligado a declarar y se encontraba ante un dilema, puesto que si declaraba la verdad entregaba la evidencia necesaria para su condena, pero de mentir, cometía perjurio, por lo que al quitar el deber de jurar se terminó con este problema. Por su parte, la garantía de guardar silencio es un derecho aún más amplio, puesto que da la opción de no contestar ninguna pregunta si el imputado lo estima pertinente.

En este sentido, y como lo he señalado con anterioridad, es que el *nemo tenetur* es una protección tan importante para el imputado que es considerado como parte integrante de los derechos humanos básicos que todo Estado de derecho debe asegurar a los

individuos que sigan un proceso penal en aquel, por lo que en Chile su inobservancia es inconstitucional porque vulnera el artículo 19 N° 7 letra f) de la CPR, y también las normas de los Tratados Internacionales que ha suscrito y ratificado Chile y que en virtud del artículo 5 de la CPR son ley de la República, así, trasgrede el artículo 8 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 14 N° 3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por último, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por otro lado, encontramos que otra garantía importante para resguardar a otro interviniente del proceso penal, es decir, el testigo, es el llamado privilegio de no declarar del que gozan algunos de ellos, que puede ser principalmente por razones de relación de parentesco con el imputado, por el secreto profesional que lo liga con aquel, y finalmente, por el derecho que tiene el testigo de no auto incriminarse, es decir, de no dar información que lo pueda poner a él en la situación de sujeto pasivo del proceso penal. Así, encontramos que estos privilegios son una protección directa al testigo, pero también protegen al imputado indirectamente, ya que libera de la obligación de declarar en su contra a sus familiares o quienes le brindaron ayuda profesional, ya que ambas relaciones requieren de confianza para que funcionen, por lo que de esta manera se resguarda a ambos sujetos. Entonces, el hecho de tener que declarar contra un familiar, es un hecho doloroso e inhumano para ambos, y, en el caso del profesional, él necesita ejercer su profesión tanto como el imputado necesita del conocimiento y ayuda que el primero le ofrece.

Entonces, en esta tesis queda evidenciado que el fin de obtener la verdad dentro del proceso ya no tiene el protagonismo tan evidentemente como antes, es decir, ya no es absoluto, puesto que encuentra importantes limitaciones que buscan resguardar a los sujetos que participan en él, primeramente al imputado ya que es el sujeto en la situación más frágil, pero también a los testigos, que por participar en el proceso pueden ver fuertemente afectados sus derechos y sus relaciones interpersonales, por lo que se ponen estos valores por sobre la obtención de una sentencia definitiva condenatoria al sujeto pasivo del proceso penal.

En virtud de todo lo anterior, y especialmente del deber que tienen los Estados de incorporar estas garantías en sus ordenamientos jurídicos internos es que hablé de cómo lo

ha hecho Chile para introducir la garantía de no autoincriminación y los privilegios de no declarar, y para ello los desarrollé y evidencié las problemáticas más importantes. Posteriormente, hice lo mismo respecto de Alemania, España, Perú, Inglaterra y Estados Unidos, con la finalidad de poder hacer un análisis comparado y ver la situación jurídica que ocupa nuestro país con respecto al resto de los seleccionados, para lo cual es necesario determinar los avances que hay y cómo Chile podría caminar en ese sentido, por lo que vemos que al igual que varios de los demás países tratados, tiene consagrados estos derechos con rango constitucional y desarrollados en la ley, por lo que la principal tarea de nuestro país es procurar que en la práctica sean respetados y aplicados con recelo en el proceso, con la finalidad de proteger a aquellos en virtud de los cuales se han creado estas garantías, como un buen Estado de Derecho.

En este contexto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está al deber en el tema de determinar si se puede o no valorar el ejercicio del derecho a guardar silencio, ya que el estándar que ha dado y que deben cumplir los países europeos es el que se estableció en *John Murray v. United Kingdom* en el año 1996, en el cual se establece que quedará a la discreción del juez, según el caso concreto, el determinar si se valorará o no el ejercicio de esta garantía, lo que provoca mucha confusión, y por lo demás, es un estándar ambiguo e insuficiente.

En este sentido y volviendo a Chile, creo que lo más urgente en nuestro país, y en relación a lo recientemente señalado, es que se discuta por parte de los legisladores, la doctrina y jurisprudencia chilena si se puede o no valorar el ejercicio del derecho a guardar silencio, aunque como he expresado en varias ocasiones, mi opinión es que no debiera permitirse, puesto que, de lo contrario, el artículo que consagra esta garantía se convertiría en una mera norma programática sin ninguna utilidad práctica. Pero, de todas formas, se debe dar este debate con la finalidad de que los imputados y sus abogados sepan la respuesta y con ello planeen las estrategias procesales más adecuadas para el caso concreto, y así se logre afianzar un ordenamiento jurídico armónico donde haya seguridad sobre las consecuencias que traerán las distintas decisiones que se tomen respecto del actuar en el juicio.

Además, otro tema importante en cuanto a la garantía de no autoincriminación es el hecho de que, en caso de que el sujeto pasivo del juicio penal hubiese prestado declaración ante la policía y luego decide ejercer el derecho a guardar silencio en el juicio, esa información que dio anteriormente efectivamente se puede incorporar en él, puesto que si bien no se puede leer en el juicio el registro de la declaración prestada ante la policía, sí se permite que aquellos que tomaron la declaración del imputado testifiquen sobre lo que oyeron en ese momento, si es que aquel procedimiento no fue mediante vulneración de derechos fundamentales, puesto que de lo contrario se dejarían fuera mediante las exclusiones de prueba. De todas formas, el hecho de que la policía pueda testificar sobre la declaración que tomó es una forma de vulnerar el derecho a guardar silencio en el juicio que el imputado válidamente puede ejercer, por lo cual me parece que el hecho de permitir esto es contradictorio con la esencia y sentido del *nemo tenetur*, por lo cual la legislación chilena debiera ser más estricta al respecto y por ende, prohibirlo.

Por su parte, en cuanto a privilegios de no declarar, no se divisaron mayores problemáticas y tenemos una legislación bastante completa en relación con los países analizados, por lo tanto, lo más importante es que se vea el efectivo cumplimiento y respeto de estos derechos en la práctica, y para ello es necesario zanjar discusiones como de quién es el deber de representarle a los parientes del imputado que son titulares de este derecho que les permite abstenerse de incriminar a su ser querido, ya que la ley no dice quién debe hacerlo, sino solo que debe hacerse. En este sentido, se ha dicho que es el juez presidente del tribunal a quien le corresponde esta tarea, pero debiera establecerse con rango legal para que haya un responsable puntual para esta labor, y que con ello las normas tengan completa efectividad.

Para concluir es que queda de manifiesto que el *nemo tenetur* y los privilegios de no declarar son garantías importantes en el derecho procesal penal, por lo que encuentran consagración en los distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos y es por ello que los distintos países tienen el deber de integrarlos en sus ordenamientos jurídicos internos de la manera en que resguarden con mayor ímpetu al imputado y a los testigos, es por ello que hay tanta discusión al respecto, y que como pudimos ver en esta muestra de análisis comparado, todos los países desarrollados han hecho un esfuerzo por consagrarlos

en sus legislaciones, aunque aún queda trabajo por hacer para que sean ampliados estos derechos de manera armónica con el resto de sus ordenamientos jurídicos, por lo cual me pareció relevante evidenciar todo este proceso y problemáticas a lo largo de estas páginas.

Bibliografía

Aguilera de Paz, Enrique. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III (Artículos 259 a 455). Madrid, Hijos de Reus Editores, 1924.

Alschuler, Albert. 1968. The prosecutor's Role in Plea Bargaining. University of Chicago Law Review, 36.

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

Angulo, Pedro. La investigación del delito en el Nuevo Código Procesal penal. Lima, Gaceta Jurídica, 2006.

Aselmann, Maïke., "Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 3.5.2000-1 StR 125/00", en JR 2001.

Asencio, José. Derecho procesal penal. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

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

Asencio, José. La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal. Lima, 2008.

Baker, Steven y Clay, Elizabeth. High Court decisión confirms the availability of the protection of litigation privilege in the context of internal investigations. Londres, Mondaq UK, 2014.

Bascuñán, Antonio. 2011. Deber de confidencialidad y secreto profesional del abogado. Revista de Estudios de la Justicia, 2015.

Betancur, María. Beneficios de la autoincriminación. Bogotá, Universidad de San Buenaventura, 2015.

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.

Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 9. Ed.

Binder, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires, Editorial AD-HOC, 2016.

Bofill, Jorge. Las prohibiciones de prueba en el proceso penal, RDPUCV 1988, 225-243.

Guerrero, Oscar. El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental. Ediciones biblioteca digital UNAM. México. 2006.

Burga, Oscar. 2018. La valoración de la prueba testimonial conforme al nuevo modelo procesal penal. IUS. Revista de investigación de la facultad de derecho (14).

Campbell, Brian. Trumped when solicitor and client privilege must submit to a higher purpose. Londres, Mondaq UK, 2014.

Cavalier, Jonathan y Hunt, Hayes. Fifth Amendment Fundamentals – Taking The Nickel. United States, Mondaq, 2008.

Chahuan, Sabas. Manual del nuevo procedimiento penal. 2º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Correa, Mario. Ética profesional del abogado. Santiago, Universidad de los Andes, 2013.

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

Couture, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires, Depalma Ediciones, 1998.

Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, Nomos, Baden-Baden, 1993.

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

Eisenberg, Ulrich., *Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar*, 9. Ed., Beck, München, 2015, Rdn. 899.

Eloy, José. 2014. ¿Defensa o autoincriminación? Sobre la declaración del imputado en el sistema penal acusatorio. *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* (20).

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1999.

Ezurmendia, Jesús. Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia. En ponencia JEA. Chile, 2018.

Falcone, Diego. 2015. El delito de negativa injustificada de un conductor a someterse a los exámenes de detención de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas. *Revista de Derecho* (44).

Ferrajoli, Luigi. *Presunción de inocencia y garantía de libertad del imputado*. Valladolid, Editorial Trotta, 2000.

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

Fezer, Gerhard., *Strafprozeßrecht*. 2. Ed., Beck, München, 1995.

Fritz, Lauren. 2019. Bordeline Reasonable: The Circuit Split and the Application of Miranda Rights. *Indonesian Journal of International & Comparative Law* (21).

Gascón, Fernando. *Características de los grandes sistemas de investigación penal del derecho comparado*. Cuadernos de formación. Madrid, 2011.

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

Gómez, Luis. Las intervenciones corporales como diligencias de investigación penal. Thompson-Arazandi, 2003.

Gómez del Castillo y Gómez, M. El comportamiento procesal del imputado. (Silencio y falsedad). Barcelona, Librería Bosch, 1979.

González-Salas Campos, Raúl. 2002. La valoración del silencio del imputado. Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales (3). Lima, Grijley.

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

Gorphe, Francois. De la apreciación de las pruebas. Buenos Aires, Ediciones Europa América, 1955.

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

Grünwald, G., Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, Nomos, Baden-Baden, 1993.

Hendler, Edmundo. Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

Hernández, Héctor. La exclusión de la Prueba Ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Editorial Alberto Hurtado, 2005.

Holdswort, William. A History of English Law. Londres, Old Bailey Press, 1972.

Horvitz, María Inés y López, Julián. Derecho Procesal Penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

Horvitz, 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.

Huertas, M.I. El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Islas, Olga. Delito de revelación de secretos. México D. F, Talleres gráficos de la nación, 1962.

Jane Roles, Philippa. The privilege against Self-incrimination. Nemo Tenetur Procedere Seipsum: Misinterpreted and Misapplied. Londres, Lambert Academic Publishing, 2010.

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

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

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

Kühl, Klaus., “Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsweigerung eines angehörigen Zeugen - BGHSt 32, 140”, en JuS 1986.

Leibman, Alain. Third circuit endorses use of in camera, ex parte witness interview by judge to determine whether crime-fraud exception justifies compelling attorney to disclose privileged conversation. Estados Unidos, Mondaq, 2008.

Lluis Navas y Brusi, J. El llamado suero de la verdad y los problemas de su aplicación judicial. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1960.

López Barja de Quiroga, Jacobo. El derecho a guardar silencio y a no inculparse. Manuales de Formación Continuada 22. Madrid, CGPJ, 2004.

Löwe-Rosenberg. “Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar”, Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (coord.), de Gruyter, Berlin y otros, IV Tomo: §§112-150, 26. Ed., 2007, Gleß §136, Rdn. 36.

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).

Marchetti, Laura. 2017. Protección pena del secreto de particulares. Estudio comparativo de los artículos 231 y 247 del código penal y justificación del secreto profesional del abogado como un tipo penal diferenciado. COADUC. Revista Colegio de Ayudantes Derecho UC (4).

Marqués I Banqué, María. 2017. Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo. Revista de Política Criminal 12 (24).

Martínez, Tamara. Esquemas de Derecho Procesal Penal. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

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

M. Bradley, Craig. 1983. The exclusionary rule in Germany. 96 Harv. L. Rev. (1032).

Merkel, Laura. 2018. Apuntes clave sobre el origen, sentido y futuro del derecho al silencio. Justicia: Revista de derecho procesal. (2): Barcelona, Bosh Editor.

Meyer, Kurt., “Anmerkung zum Urteil des BGH 4. StS v. 3.12.65-4 StR 573/65”, en JR 1966.

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

Mittemaier, Karl. Tratado de la prueba en materia criminal. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1979.

MRT McNair. 1990. Desarrollo temprano del privilegio contra la auto incriminación. Londres, Oxford Journal of Legal Estudios (67).

Müller-Christmann, Bernd., “Aktuelles Strafprozessrecht”, en JuS 2001.

Muñoz, Francisco. 2009. De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo. Passim. Revista penal (23).

Neil, Andrews. Andrews on Civil Processes. Vol 1. Intersentia, 2013.

Nogueira, Humberto. El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano: doctrina y jurisprudencia. Santiago de Chile, Librotecnia, 1ª Edición, 2007.

Núñez, J. Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral. México D.F. Jurídica de las Américas, 2009.

Park, Tido., “Die prozessuale Verwertbarkeit verschiedener Formen der Beschuldigteneinlassung im Strafverfahren”, en StV 2001.

Pérez-Cruz Martín, Agustín. El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Pamplona, Editorial Civitas, 2011.

Politoff, Sergio y Matus, Jean. Lecciones de derecho penal chileno. Parte general. México D.F, Jurídica de las Américas, 2009.

Quispe, Fany. La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación. Lima, Palestra Editores, 2002.

Quispe, Wilmer. 2017. La técnica del contrainterrogatorio y el examen del acusado: evaluación de su aplicación desde la perspectiva constitucional y legal. Revista del Foro (103).

Robinson, TD Fergus y WM Gordon. Historia Legal Europea: Fuentes e Instituciones. Londres, Old Bailey Pres, 1994.

Rodríguez, Ignacio. Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía. Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2010.

Rogall, Klaus., Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst: ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozeß. Duncker & Humblot, Berlin, 1977.

Roxin, Claus. y Schünemann, B., Strafverfahrensrecht: ein Studienbuch. 28. Ed., Beck. München, 2014, §15, Rdn.

Rüping, Hinrich., “Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten”, en JR 1974.

Sáez, Jorge. 2006. Forma y garantías de la autoincriminación. Revista Procesal Penal N° 44, Santiago.

- San Martín César. Derecho Procesal Penal. Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003.
- Sarró, Jorge. El derecho a no autoinculparse del contribuyente. Barcelona, Bosch Editor, 2009.
- Schneider, Helmuth., “Die strafprozessuale Beweiswürdigung des Schweigens von Beschuldigten und angehörigen Zeugen”, en JURA, 1990.
- Serra, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel, 1969.
- Silva, Rodrigo. Manual de Procedimiento Penal. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- Smithers, William W. 1887. Treatise on the Relation of Attorney and Client in Pennsylvania. [En línea]. Disponible en: https://heinonline-org.uchile.idm.oclc.org/HOL/Page?collection=beal&handle=hein.beal/tracpa0001&id=31&men_tab=srchresults. [Consulta: 3 de junio de 2019].
- Solé Tura, J. y Aja, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Madrid. 2005.
- Stree, Walter., “Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren”, en JZ, 1966.
- 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).
- Taruffo, Michele. La prueba. Artículos y Conferencias. Santiago, Editorial Metropolitana. 2008.
- Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho penal. Lima, Palestra Editores, 2003.
- Valenzuela, Jonatan. Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno. Santiago, Rubicón Editores, 2017.
- Valenzuela, Jonatan. Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal. Informe en Derecho, Defensoría Penal Pública, 2015.

Wessels, Johannes., “Schweigen und Leugnen im Strafverfahren”, en JuS 1966.

Wigmore, JH. Evidence in Trials at Common Law. Boston, Boston University Press, 1940.

Witness privileged communications husband and wife – asking incompetent questions. Criminal Law Magazine and Reporter 12 Crim. L. Mag. & Rep. [En línea]. Disponible en: <https://heinonline-org.uchile.idm.oclc.org/HOL/Page?handle=hein.journals/clmr12&id=466&collection=journals&index=>. [Consulta: 3 de junio de 2019].

Zuluaga, Andrés y Zuluaga, Nancy. 2015. Implicaciones del derecho de no autoincriminación en el sistema jurídico colombiano. Pensamiento y Poder (4).

Jurisprudencia chilena

Sentencia Tribunal Constitucional, 31 de diciembre del 2009. Rol 1406.

Sentencia Tribunal Constitucional, 2 de octubre del 2018. Rol 4610-18.

Jurisprudencia extranjera

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

BGHSt 20, 281; 25, 365 (368); 38, 302 (305).

BGH NJW 2000, 1426.

BGH NJW 66, 1524.

BGH NStZ 1999, 47.

BGH NStZ 2000, 495.

BGH NStZ 2014, 667.

BGH NStZ 97, 147.

Bilta v RBS (2017) EWCH 3535.

Blunt v Park Lane Hotel (1942) 2 KB 253.

Brannigan v Davison (1997) AC 237.

Brown v Stott (2001) 2 ER 33.

BVerfGE 38, 105 (113); 56, 37 (43).

BVerfGE 56, 37 (51).

BVerfG NStZ 1995, 555.

Environmental Protection Authority v Caltrex Refining Company Pty Ltd (1993) 178 CLR 477.

Estados Unidos vs Zolin (491 U.S 554).

Fisher vs U.S. (425 U.S 391).

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

Imerman v Tchenguiz (2010) EWCA 908.

Jenkins vs Anderson (447 U.S 231).

John Murray v. United Kingdom, solicitud N° 18731/91, 08/02/1996, Reports 1996-I, considerandos 40 a 58.

Jones v DPP (1962) AC 63.

Lamb v Munster (1882) 10 QB 110.

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

Murphy vs. Waterfront, (378 U.S. 52).

OLG Düsseldorf MDR 1988, 796.

OLG Hamm NJW 1973, 1708.

OLG Hamm NJW 1974, 1880.

OLG Karlsruhe StraFo 2004, 355.

OLG Oldenburg NJW 1969, 806.

OLG Stuttgart NStZ 1986, 182.

RGSt 55, 20; RG HRR 1939, 729.

RGSt 63, 64.

R v S (2008) EWCA Crim 2177.

Saunders v Reino Unido (1996) 23 EHRR 313.

Sentencia Tribunal Constitucional 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Tol 242654.

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

Sentencia Tribunal Supremo 1443/2000, de 20 de septiembre de 2000. Tol 4920415.

Sentencia Tribunal Supremo 2545/2001, de 4 de enero de 2001. Tol 4976802.

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

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

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

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

STC 120/1990, considerando 9, siguiendo la doctrina del TEDH en Ireland v. United Kingdom, 5310/71 y Tyrer v. United Kingdom, 5856/72.

Trammel vs United States. (445 U.S 40).

Two Sicilias v Willcox (1851) 301 1.