

NEMO TENETUR SE IPSUM. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

PROF. DR. © CRISTIAN RAMÍREZ TAGLE*

A. RECONOCIMIENTO NORMATIVO

El principio *nemo tenetur se ipsum* o lo que significa literalmente *nadie puede representarse a sí mismo como culpable o como transgresor* tiene su origen más significativo en la Declaración de Derechos (Bill of Rights), la que agregó a la Constitución de los Estados Unidos la Enmienda V, por la cual nadie puede ser compelido en un proceso criminal a dar testimonio contra uno mismo. Garantía que con posterioridad, en el caso *Miranda con Arizona*, alcanzó su más elaborada extensión¹ al exigir que la persona que se halla bajo custodia policial al ser interrogada, tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; entre otros derechos.

En Europa, encontramos en la regulación procesal alemana (§136), que el inculpado deberá ser informado sobre su derecho a declarar o no. Esta información deberá ser repetida cada vez que se presente a distintos órganos persecutorios (policía, fiscal, juez instructor) e incluso existe el deber de informar nuevamente de este derecho cuando el objeto del interrogatorio ha cambiado o se ha ampliado.

* Profesor de Derecho Procesal, Universidad Bernardo O'Higgins.

¹ En este juicio, *Miranda* había confesado la comisión de un delito. Durante el juicio, su abogado defensor señaló que la confesión de su cliente había sido obtenida bajo coacción, pero el tribunal negó la proposición de anular la confesión, porque no había evidencia de coacción. Pero el abogado defensor le planteó al tribunal otro punto, a saber, le señaló que si se le había designado a *Miranda* un abogado de oficio para el juicio, entonces su derecho de defensa se había transgredido, porque la asesoría legal de *Miranda* fue prestada sólo al momento de realizarse el juicio y no se le había asignado defensor en el momento en que este confesó el delito, y en consecuencia, las declaraciones hechas a la policía, sin acceso a un consejo legal en esta primera etapa del proceso legal, eran inherentemente coercitivas. Si bien el juez nuevamente rechazó esta proposición, cuando el caso llegó a la Corte Suprema se consideró inadmisibles la confesión, ya que se había violado la Quinta Enmienda al obligar a una persona a ser testigo en contra de sí mismo.

Por su parte, en España la LECRIM en su art. 789 establece que se informará al inculpado en su primera comparecencia de su derecho a guardar silencio.

En nuestro país tiene su consagración positiva en la Constitución Política de la República de 1980, en la letra f) del artículo 19 N° 7, en aquella parte que señala "...En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio...". Aun cuando se viene criticando que la referida norma no establece derechamente que el imputado tenga "...derecho a guardar silencio, sino que se prohíbe que lo haga bajo juramento"² creemos que este derecho pasivo de intervención como le denomina Roxin³ puede construirse a partir de la norma constitucional, la que debe ser recogida por la legislación adjetiva⁴.

² Chaguan Sarraes, Sabas, Manual del Nuevo Procedimiento Penal, 2da Edición, Editorial Lexis Nexis, P. 29, Santiago, Chile, 2002.

³ Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, P. 126, Buenos Aires, Argentina, 2000.

⁴ En el seno de la Comisión Ortúzar (creadora de la Constitución de 1980) se llevó a cabo un debate en cuanto a la posibilidad de excluir esta garantía de la Constitución. Los señores Díez, Ortúzar y Ovalle se oponían a la incorporación en el texto Constitucional de la garantía de la no auto incriminación, teniendo como fundamento lo siguiente: el señor Díez considera que *una persona, frente a ciertos hechos, debe declarar la verdad; situación que no puede interpretarse como que está declarando contra sí mismo ni en contra de terceros. Está declarando la verdad y la autoridad tiene derecho a preguntar para tener conocimiento sobre esa verdad..., No encuentra ninguna razón para evitar que una persona enfrente la responsabilidad de sus propios actos, y se le interroge por sus propios actos. No encuentra la razón de filosofía de este precepto, porque, en su juicio, la ley tiene que tratar de establecer o determinar, en cada momento, el principio de justicia. No se le puede negar un elemento de información y sostener que la ley no puede colocar a la persona en la posición de no tener que perjurarse o declarar en contra de sí misma al decir la verdad. Lo anterior, es, lisa y llanamente, admitir que la mentira está permitida para justificar sus propios actos; por lo cual, moralmente, es inadmisibles el principio.* El señor Ortúzar agrega que, *más que esta mayor sanción que pudiera tener el culpable por faltar al juramento (Perjurio), le preocupa la acertada investigación del delito, el éxito de la investigación y la supervivencia de la sociedad. Un delito no sólo hiere intereses individuales, sino que hiere y puede herir profundamente a la colectividad, ya que han surgido una serie de figuras delictivas nuevas que son de extraordinaria peligrosidad, inclusive para la supervivencia de la sociedad y la soberanía de nuestra patria.* Entonces, le parece que hay dos valores en juego, y cree que este valor de tipo individual que dice relación con la excusa de prestar juramento en causa propia es de menor importancia y proyección, frente al valor que significa la sociedad misma, en cuanto esté en peligro, o pueda estarlo, su supervivencia. Por eso se inclina a dejar entregada esta materia al legislador y no establecer a priori la garantía. El señor Ovalle señala que el legislador, por ejemplo, no debería obligar a declarar, en el delito de adulterio, a la mujer, porque está comprometida la estabilidad de la familia, la salud mental de los individuos, etcétera. Pero en un delito de homicidio, de secuestro o de traición a la Patria, no titubearía en exigir tal declaración. El señor Díez señala que lo que se pide es que no se establezca en la Constitución el principio absoluto de que nadie pueda ser obligado a declarar bajo juramento en causa

En efecto, el Código Procesal Penal en el acápite relativo a los derechos del imputado artículo 93 letra g), señala que tendrá derecho a "... Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento".

propia, sino que se le deje al legislador toda la amplitud necesaria para que establezca que en algunas causas no habrá juramento y en otras sí lo habrá. Pero disponer así como está establecido en la Constitución, de que no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio en las causas criminales, le parece excesivo y que, incluso, no es garantía individual, ni tampoco un derecho humano. Le parece una monstruosidad en una Constitución moderna.

Los señores Evans, Lorca, Guzmán y Silva Bascuñán, estuvieron de acuerdo en mantener en la Constitución el precepto de la no auto incriminación por las siguientes razones:

El señor Guzmán encaró la discusión de la siguiente manera: *Primera Posibilidad: no obligar al inculcado a declarar; Segunda Posibilidad: que la ley pueda obligarlo a declarar bajo exhortación de decir la verdad, pero no bajo juramento; Tercera Posibilidad: que la ley pueda obligar a declarar bajo juramento. Entre estas tres posibilidades, el señor Guzmán se inclina por la segunda, porque cree que en principio la ley debe exhortar al inculcado a decir la verdad, porque esa sería la conducta que el inculcado debería adoptar. Pero como se está en presencia de una conducta muy difícil de que todos los seres humanos la sigan, una conducta que realmente pone a la persona en cierto modo bajo una espada de Damocles muy dura en la cual pueden concurrir muchos elementos, incluso, de carácter ético que por lo menos en la circunstancia concreta de cada sujeto se entrecruzan en forma difícil para su conciencia, no exigiría jamás dicha conducta bajo un juramento que de faltar a la verdad, le acarrearía un segundo delito como el perjurio. Cree que también es un exceso el llegar al extremo opuesto de algunas Constituciones en que ni siquiera pueda obligarse a la persona a declarar. Cree que a declarar, sí, y a declarar bajo exhortación de decir la verdad, también; pero no bajo juramento en que se le impondría un nuevo delito si la persona falta a la verdad, conducta que, si bien es cierto no está bien, por lo menos muchas veces es comprensible en algunos sujetos en términos de que resultaría injusto agravar esa conducta con un nuevo delito que se le configure.*

En cuanto a la peligrosidad a que se refería el señor Díez de los delincuentes, expresa ser un convencido de la ineficacia práctica, absoluta, de exigírsele juramento a esos sujetos. Es un convencido de que los delincuentes realmente peligrosos, realmente contumaces o desalmados, van a decir lo que les convenga decir con juramento o sin juramento, con exhortación de decir verdad o sin ella. La garantía constitucional protege a las personas que delinquen pero que tienen una conducta habitualmente honorable y ciertos sentimientos de dignidad y de moral dentro de sí, más o menos arraigados, aunque en una oportunidad hayan faltado a ellos. Es a esas personas a las que va dirigida esta norma. De manera que, a su juicio, si se consagra la idea de que pueda pedírsele declaración al inculcado sobre hecho propio en materia penal, pero no bajo juramento, sino sólo bajo exhortación de decir verdad, se estaría satisfaciendo los requerimientos de que la justicia tenga la mayor cantidad de antecedentes posibles y pueda disponer de ellos, pero no llega a vulnerar lo que, para él, es un principio de justicia natural que es no colocar al sujeto en una situación realmente demasiado difícil y, diría más, innecesariamente difícil, injustamente difícil.

El señor Evans cree que se está protegiendo el derecho del hombre a pronunciarse en su fuero interno acerca de lo que se debe decir cuando está siendo sometido a proceso por el ordenamiento jurídico por un hecho presumiblemente cometido por él y que tiene el carácter de delito. Está respetando el fuero íntimo y está evitando que por un artificio de la legislación, por un artificio procesal, la situación de ilicitud en que se ha colocado, puede verse agravado.

De toda esta discusión queda bastante claro que los argumentos de la mayoría de los miembros de la Comisión Constituyente dan a entender que el imputado tiene la opción

Influencia obligatoria de las anteriores normas son, a partir de lo prevenido en el artículo 5 de la CPR, la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8° inciso sexto establece el "... derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable..."⁵.

B. POSICIÓN DE LA DOCTRINA

1. Marco jurídico de ejercicio del derecho del imputado a declarar

El jurista argentino José Cafferata Nores señala que el derecho en comento se origina en el Principio de inocencia, ya que este le permite al imputado ejercer "... un comportamiento procesal pasivo (no hacer, no colaborar, no declarar, no probar),..."⁶. Agrega, asimismo, que el derecho a guardar silencio es "*el acto predispuesto por la ley procesal penal para darle al imputado la oportunidad de ejercer su defensa material, frente al hecho que se le atribuye y que se le ha dado a conocer, junto con las pruebas existentes, en forma previa y detallada*"⁷.

Agrega el mismo autor que el derecho a defensa comprende, además, el derecho a defensa técnica, es decir, a ser asesorado por un abogado defensor.⁸

Se estima, por otra parte, que en esta etapa del desarrollo del proceso penal chileno se está en presencia de la faz negativa del derecho a guardar silencio.

Sobre el particular, Francisca Zapata García, en su artículo denominado "*El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/preservar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor*"⁹ se pronuncia con relación al "*Derecho a Guardar Silencio*"

de guardar silencio durante toda la persecución penal, por decisión propia, libre y voluntaria, incluso, en el evento de que el juez le solicite declarar. Cuando se habla de persecución penal, se está queriendo decir que la garantía se puede ejercer desde que se inicia el primer acto de imputación de un crimen, hasta la sentencia definitiva. Sesión 113, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

⁵ Lo mismo se señala en el artículo 14 N° 3 del PIDCP.

⁶ Manual de Derecho Procesal Penal, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba. p. 263, Córdoba, Argentina, 2004.

⁷ *Ibidem*.

⁸ En el mismo sentido Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*. Ed. Hammurabi. p. 311. Buenos Aires (Argentina) 1989

⁹ Disponible en sitio web del Instituto de Estudios Judiciales.

y nos relata las diversas opciones cuando el imputado decide declarar, las que a nuestro juicio representan en mejor medida el análisis de este derecho.

En el proceso penal la declaración del imputado está dirigida hacia su defensa, es innegable que de su ejercicio se pueden derivar consecuencias en contra del imputado si la información entregada por éste es relevante para los fines de la persecución penal. *"Por ello es que las maniobras permitidas en esta área están claramente delimitadas en el artículo 91 del Código Procesal Penal"*¹⁰.

Informar o advertir sobre el derecho a guardar silencio es un presupuesto esencial para el ejercicio del ius tacendi, en tanto que, cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento. Su función no es influir sobre la conducta del sujeto, sino hacerle saber su situación jurídica y las posibilidades sobre la que puede orientar su defensa ante el interrogatorio.

Habiendo renunciado al derecho de guardar silencio en forma voluntaria, voluntariedad que deberá determinarse caso a caso tomando en cuenta cada vez las condiciones que rodearon la decisión, entre las cuales reviste particular importancia la intervención oportuna del defensor, entendida como una medida de primer nivel del derecho en cuestión.

Podemos hacer las siguientes distinciones, siguiendo a Zapata:

- a. Situación del detenido que se encuentra ante la policía con su defensor presente.

El artículo 91 inciso 1º del Código Procesal Penal señala que la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor.

Esta regla va directamente al núcleo de la cuestión: permite a la policía interrogar autónomamente al imputado únicamente en presencia de su defensor. Naturalmente para llegar a este momento es necesario que previamente el detenido haya renunciado libre y conscientemente a su derecho a guardar silencio.

Esta regla no admite matices, al punto que tras su enunciación se explicita: si éste (el defensor) no estuviere presente, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

¹⁰ Zapata, Francisca, Opus Cit, p. 7.

- b. Situación del detenido que se encuentra ante la policía sin la presencia de su defensor.

Señala el mismo artículo 91 que si el defensor no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Esta norma va directo a un objetivo: impedir que la policía tome declaración al detenido sin ningún tipo de control. En este escenario la norma ordena al policía actuar bajo una lógica impeditiva, la que será modificada –sólo en parte– únicamente si se da el presupuesto descrito en el inciso siguiente: que en ausencia del defensor el imputado manifestare su deseo de declarar.

La modificación de la lógica impeditiva de la acción policial en el área de la toma de declaración del detenido que no cuenta con un defensor presente es parcial, pues aun de mediar manifestación del deseo de declarar por parte del detenido, ello por sí sólo no basta para facultar a la policía a actuar “tal como si el defensor estuviere presente”, según veremos más adelante.

Como dice Francisca Zapata, el artículo 91 en el primer inciso *“...impone una regla básica en la materia, la que puede formularse indistintamente de dos maneras:*

- i. La policía sólo puede interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor y siempre que éste hubiere manifestado su deseo de declarar, lo que implica una renuncia previa a su derecho a guardar silencio.*
 - ii. La policía no puede interrogar autónomamente al imputado si su defensor no está presente, ni aun cuando el imputado manifestare su deseo de declarar, renunciando a su derecho a guardar silencio”.*
- c. Imputado que se encuentra detenido y, en ausencia de su defensor, manifiesta su deseo de declarar.

El artículo 91 del Código Procesal Penal, inc. segundo, permite que si, en ausencia de su defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal.

En otras palabras no le permite a la Policía actuar autónomamente, sino que sólo la faculta para que tome las medidas necesarias para que el detenido declare inmediatamente ante el Fiscal. Sin perjuicio de lo anterior, en la práctica la Policía procede a tomar declaración por delegación de facultad del Fiscal a cargo de la investigación, cuestión que estimamos es ilícita. Estimamos que cualquier diligencia practicada en esas condiciones sería absolutamente nula por violentar el derecho de defensa y que, no debe admitirse siquiera como prueba de valoración prohibida¹¹.

Si se observan la legalidad, la declaración se realizará bajo lo prescrito en el artículo 194 del Código Procesal Penal, es decir, antes de comenzar el fiscal comunicará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere.

- d. Imputado que se encuentra detenido y, en ausencia de su defensor, manifiesta su deseo de declarar y tomadas por la policía las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el Fiscal, esto no es posible.

Señala el artículo 91 que en este caso la policía podrá consignar las declaraciones que (el detenido) se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal.

Se permite en este evento que tome declaración al imputado cuyo defensor está ausente. Pero observando un presupuesto, a saber¹²:

1. Que el imputado detenido, en ausencia de su defensor, manifieste su deseo de declarar,
2. Que, tomadas las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el Fiscal, esto no fuere posible y el Fiscal autorice bajo su responsabilidad a la policía para que proceda a consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar.

¹¹ En el Juicio Abreviado puede ser utilizada como fundamento del recurso de apelación que procede en contra de la sentencia definitiva siempre que el Juez de Garantía la considere en la misma.

¹² Zapata García, Francisca, Opus Cit. p. 13

3. Que, si se trata de la primera declaración, antes de comenzar la policía comunique detalladamente al detenido cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojare en su contra.

El artículo 194 del Código Procesal Penal, que obliga al Fiscal a cumplir con proporcionar cierta información relevante al imputado antes de tomar su declaración, debe ser también cumplido por la Policía, de lo contrario dicha declaración sería ilícita, como ya se dijo. En otras palabras, para que la declaración del imputado ante la Policía surta efectos jurídicos es necesario que ella le manifieste las circunstancias que exige la norma del artículo 194 del Código Procesal Penal.

En la práctica, la Fiscalía viene sosteniendo que las referidas exigencias no pueden extenderse a la policía, ya que ella no está en condiciones de cumplir con estas imposiciones que exigen un detallado dominio de aspectos jurídicos.

En este sentido y siguiendo a Francisca Zapata, "...dicha argumentación es una pobre excusa, pues de la operativa diseñada por la ley se advierte que para que la policía llegue a recibir la declaración del imputado, necesariamente debe haberse comunicado (previamente) con el fiscal, a efectos de lograr que el detenido declare inmediatamente ante él, y sólo si esto no hubiera sido posible, con autorización y bajo la responsabilidad del fiscal del caso, podrá proceder a consignar las declaraciones que éste se allanare a prestar. Es en el momento en el cual el fiscal, impedido de tomar por sí mismo la declaración otorga a la policía la autorización para proceder, cuando deberá instruirle detalladamente acerca de los aspectos de hecho y de derecho del caso"¹³.

4. Finalmente, la policía consignará las declaraciones que el detenido se allanare a prestar.

Si nos atenemos a la literalidad de la norma las posibilidades de la policía en este escenario se reducen a consignar –registrar, asentar por escrito– las declaraciones que el detenido decidiere efectuar.

¹³ Opus cit. p. 27.

La policía no podrá interrogar autónomamente al imputado en ausencia de su defensor.

La policía sólo tiene en esta situación facultades para recibir y dejar constancia de las declaraciones voluntarias del imputado, pero carece de facultades para *formular preguntas*, ya que esto se enmarca en el concepto de "interrogar autónomamente", lo que sólo le está permitido hacer en presencia del defensor¹⁴.

Si el defensor está presente al momento de la declaración, el policía podrá interrogar autónomamente al imputado. Si el defensor está ausente al momento de la declaración, el policía consignará las declaraciones que el detenido se allanare a prestar¹⁵.

Finalmente, siguiendo el artículo citado de Francisca Zapata, se comparte el criterio de que *"...en ausencia del defensor y siempre en el contexto de la manifestación del imputado de su deseo de declarar, la diferencia entre las facultades de un policía que no ha contactado al Fiscal y otro que sí lo ha hecho recibiendo autorización de éste para proceder, se encuentra nítidamente expresada: en el primer caso, las preguntas del policía se limitarán a constatar la identidad del sujeto y en el segundo podrá ir algo más allá: podrá consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar, siempre bajo la responsabilidad del fiscal"*¹⁶.

Por otra parte, el defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

En conclusión, de la lectura del artículo 91 del Código Procesal Penal se advierte con claridad que la idea de que la policía tome declaración al imputado no cuenta con las simpatías de sus redactores. Se diseñó *"...la declaración del imputado ante la policía bajo un*

¹⁴ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Ed. Jurídica de Chile. t.II, p. 91. Santiago, Chile, 2004.

¹⁵ Se sostiene en contrario que la alusión a la autonomía en el interrogatorio no está asociada a la presencia o no del defensor, sino que a la existencia o no de la autorización del Fiscal, proponiendo la siguiente lectura del artículo 91, siempre en el contexto de la manifestación del imputado de su deseo de declarar: la policía podrá interrogar autónomamente (sin pedir la autorización del Fiscal) al imputado en presencia de su defensor. En ausencia del defensor, la policía no podrá interrogar autónomamente (sin pedir la autorización al fiscal) al imputado, consecuentemente, tomará las medidas para que preste declaración ante el Fiscal y si ello no fuere posible, podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, entendiendo comprendida en esta cláusula la facultad de "interrogar" al imputado.

¹⁶ Opus. Cit. p. 28.

*estatuto cauteloso por excelencia. Sólo se permite su actuación autónoma en esta área si el defensor del imputado se encuentra físicamente presente*¹⁷.

El ordenamiento jurídico entiende que la presencia del defensor del detenido en la declaración que éste presta la valida, la acredita como fruto de una decisión libre e informada. Por el contrario, la ausencia física del defensor vuelve la condición del imputado --particularmente en dicha área-- a todas luces muy precaria.

2. Condiciones para declaración de los imputados. Efectos de su renuncia al derecho a guardar silencio

Para el abogado Carlos Dorn Garrido (en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 8), la garantía del derecho a no auto incriminarse se debe dar sobre la base de los siguientes cuatro elementos fundamentales:

- Acreditar, fehacientemente, que los imputados previo a su declaración han sido informados de los derechos que les asisten fundamentalmente los referentes a la posibilidad de guardar silencio y de contar con un abogado.
- Constatación que los imputados no fueron objeto de coacciones para lo cual deberá contarse con certificación médica que constate la ausencia de lesiones o agresiones. Lo anterior debe entenderse, sin perjuicio de citar al facultativo a la audiencia del juicio oral, en calidad de perito.
- Establecimiento de la base personal del privilegio de la no auto incriminación contenido en la letra g) del artículo 93, al claramente sentar que la garantía no alcanza a las declaraciones que realicen terceros respecto a los dichos que hayan escuchado del imputado.
- El sistema de libre valoración de la prueba establecido en el Código Procesal Penal y la circunstancia de no existir testigos inhábiles, permiten afirmar la admisibilidad de las declaraciones de los testigos de oídas...”.

Lo anterior reafirma la tesis que se viene sosteniendo en cuanto a que la renuncia al Derecho a guardar silencio no es una cuestión

¹⁷ *Ibídem.*

meramente formal, sino que constituye una garantía derivada del principio de inocencia.

3. El silencio del imputado, como estrategia, en la audiencia del juicio oral

En el Artículo 326 del Código Procesal Penal se establece la posibilidad de que el imputado declare en la audiencia de juicio oral. De hecho, el tenor literal del artículo es el siguiente: *"Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8.*

Al efecto, se ofrecerá la palabra al abogado defensor, quien podrá exponer los argumentos en que fundare su defensa.

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

En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos".

Esta norma es permisiva, al señalar que "el acusado podrá prestar declaración", por lo tanto, se entiende que no lo obliga a declarar. A su vez, este artículo, unido a la letra g) del artículo 93, que trata sobre la posibilidad de que el imputado consienta en declarar, pero no bajo juramento, reafirma la garantía Constitucional de la no auto incriminación.

Una vez en la audiencia de juicio oral, el juez le preguntará al imputado si va a declarar sobre los hechos que fundan los cargos en su contra. Ante esta pregunta, el imputado puede tomar dos actitudes: declarar o no hacerlo. Ambas actitudes dependerán de la estrategia que tenga reservada el defensor para el juicio.

Esta estrategia deberá tener en cuenta la calidad de las pruebas que presente el acusador. Por ello, hay que distinguir entre dos tipos de juicios:

- Los juicios en los cuales las pruebas del acusador son fuertes, como por ejemplo, un testigo presencial y una huella dactilar del imputado en el arma homicida.

Para estos casos, en donde la contundencia de las pruebas hace muy difícil alcanzar una absolución para el imputado, sería conveniente que prestara declaración sobre los hechos y así contar su historia, humanizando al imputado, para que luego el abogado defensor pueda bajar el perfil del relato de la fiscalía, en procura de una pena inferior a la que se pide.

- En los juicios en que sólo existen pruebas de carácter indiciario que podría llevar a condenar al imputado.

En estos casos es conveniente que el imputado no preste declaración alguna, sino que se mantenga en silencio, ya que en la medida de que las pruebas del acusador no son contundentes, la labor del defensor sólo se dirigirá a destruir los indicios y a generar una duda razonable que impida a los jueces condenar con convicción.

Si se llega a considerar la posibilidad de que el imputado declare en juicio, se está arriesgando a que el fiscal, en su contra examen, obtenga antecedentes que le sirvan para dar mayor peso a sus pruebas indiciarias.

La decisión sobre si declara o no el imputado en el juicio oral deberá ser tomada no sólo en consideración a las pruebas existentes en su contra, sino que, además, será indispensable considerar las características físicas y psicológicas de éste, ya que si se lo sienta a declarar en el estrado, pero es una persona, por ejemplo, muy alterada, el fiscal, de seguro, hará lo posible para denotar ese carácter del imputado en la mente de los jueces, y generar así, una mayor convicción en ellos. También puede suceder que el imputado tenga pánico escénico, y cuando vaya a responder las preguntas que le formule el defensor en su examen directo, quede en blanco, dejando un antecedente importante para la teoría del caso, fuera del juicio, y que se tenía contemplado incorporar por medio de su declaración.

Lo anterior siempre se debe tener en cuenta, pero si se decide sentar en el estrado al imputado, será absolutamente necesario prepararlo muchísimo, tanto en lo que va a decir, como también en lo que el acusador le podría interrogar, ya que de esta manera se elimina la incertidumbre con la cual el imputado declara.

criterios de desplazamiento de la presencia del autoconsumo como elemento negativo del tipo. También la posesión de varios tipos de drogas ha servido para tener por probado el tráfico⁶¹.

3.2.1.4 Aspecto probatorio subjetivo: Condición de consumidor o toxicómano del acusado y su situación socioeconómica

Los Tribunales invariablemente han sostenido que la condición de consumidor o toxicómano del acusado no puede excluir, conceptual ni probatoriamente, la posibilidad de que las sustancias que se tienen estén destinadas al tráfico, descartándose, consecuentemente, la posibilidad de apreciar la concurrencia del elemento negativo del tipo cuando(...) el que se acreditara que [el acusado] es consumidor, desde luego no prueba que la droga estuviera destinada a su consumo exclusivo⁶². Y que (...) la sola condición de consumidor o adicto a las drogas, no excluye per se la capacidad de ejercer la actividad del tráfico o comercio de las mismas, es de común ocurrencia, que concurren ambas calidades, las que (...) no son incompatibles⁶³. Asimismo, que el hecho de que el acusado sea un consumidor dependiente de esta nociva sustancia (...) no excluye la realización del tipo penal atribuido, consistente en traficar (...)⁶⁴.

Otra forma de probar que las sustancias portadas estaban destinadas al tráfico y no al autoconsumo se utilizó en un juicio ante el TJOP de Ovalle: Se le practicó al acusado un examen de pelo que logró determinar que él no había consumido cocaína en los últimos tres meses⁶⁵.

La cantidad de dinero que el acusado porta o tiene al momento de ser detenido, que no se condice con su situación socioeconómica, también se ha usado para descartar el autoconsumo⁶⁶.

Asimismo, un supuesto de coautoría fue utilizado por un Tribunal como argumento para desplazar el autoconsumo alegado por la defensa:

⁶¹ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º.

⁶² STJOP La Serena (06.02.2004) RUC 0300033034-4, Considerando 6º.

⁶³ STJOP La Serena (26.03.2004) RUC 0310001214-5, Considerando 9º.

⁶⁴ STJOP Talca (06.04.2004) RUC 0200116075-6, Considerando 5º. En el mismo sentido, SsTJOP Iquique (16.01.2004), RUC 0300023725-5, Considerando 12º; Arica (17.03.2004) RUC 0310003228-6, Considerando 6º; Iquique (24.03.2004) RUC 0300100712-1, Considerando 9º.

⁶⁵ STJOP Ovalle (14.05.2004) RUC 0300068718-6, Considerando 6º.

⁶⁶ STJOP Temuco (01.06.2004) RUC 0300096714-8.

3.2.1 Causal de atipicidad I: Tráfico ilícito del artículo 4º y el uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo (autoconsumo)

Tal como lo ha sostenido la doctrina, el legislador ha incorporado un elemento negativo del tipo en esta variante del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas⁴⁷, consistente en la destinación por el sujeto activo de las sustancias a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, originalmente previsto en el tipo penal del artículo 5º de la Ley 19.366, reservado en la nueva Ley de Drogas sólo para esta variante de tráfico del nuevo artículo 4º, en términos similares a la regulación anterior.

3.2.1.1 Alcance de los efectos desplazadores de la tipicidad por el autoconsumo (elemento negativo del tipo)

Sobre el alcance de los efectos de este elemento negativo del tipo, Politoff/Matus/Ramírez estiman que, aunque está formalmente situado dentro del tráfico ilícito éste alcanza a las del delito de cultivo de especies vegetales del género cannabis previsto en el art. 8º de la Ley N° 20.000⁴⁸, conclusión que es perfectamente predicable para la nueva Ley.

Aunque la conclusión anterior en relación al delito del art. 8º me parece válida, respecto de los delitos de tráfico, sin embargo, la nueva estructura típica de los arts. 3º y 4º de la Ley, obliga a ciertas distinciones:

a) En primer lugar, los efectos desplazantes de la tipicidad producidos por el autoconsumo sólo comprenden a las conductas que *prima facie* son encuadrables en el tipo del art. 4º, pero nunca a las que lo son en el art. 3º. En efecto, a esta conclusión no sólo puede llegarse por la ubicación formal del elemento negativo (previsto en el art 4º, inciso primero), sino que la cantidad de las sustancias sobre las que recaen las conductas del art. 3º (no-pequeñas cantidades) hacen impensable que esas sustancias estén destinadas al autoconsumo porque siempre rebasarían el límite de la proximidad temporal de dicho elemento negativo. Por esa razón, el elemento negativo consistente en el autoconsumo lógicamente no puede operar como desplazante de la tipicidad de las conductas subsumibles en el art. 3º.

⁴⁷ Politoff/Matus/Ramírez, PE, pp. 588 ss.

⁴⁸ Politoff/Matus/Ramírez, PE, P. 602.

En definitiva, es muy conveniente para el cumplimiento de la estrategia del defensor que el imputado guarde silencio durante todo el desarrollo de la audiencia de juicio oral, porque el riesgo de una declaración podría ser superior al beneficio esperado, y el abogado defensor siempre debe limitar, lo más posible, los riesgos en juicio. Es más, el fiscal al tener que probar la culpabilidad del imputado tiene que cumplir una labor más exhaustiva, porque no debe dejar ni un espacio en su teoría del caso que de pie a una duda razonable y, si no sabe la estrategia del defensor (porque el imputado ha guardado silencio), entonces más incierta será su labor. En cambio, el defensor tiene una visión privilegiada de los antecedentes que presenta el fiscal para intentar condenar al imputado, sólo debe destruirlos, desvirtuarlos, generar dudas sobre su contundencia y seguridad, impresión que debe transmitir a los jueces, para que estos, a la hora de fallar, tengan dudas suficientes como para no poder condenar.

C. JURISPRUDENCIA

1. *Alcance y efectos del ejercicio del derecho a guardar silencio*

La Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia dictada el 26 de agosto de 2005, autos Rol N° 531-2005, se pronunció con respecto al alcance y efectos jurídicos del *derecho que tiene el imputado a guardar silencio*. En efecto, el fallo señala que *"... es efectivo que el guardar silencio constituye un derecho inalienable del imputado y también es efectivo que es una obligación del Ministerio Público investigar tanto los hechos que acreditan la responsabilidad, como aquellos que permiten establecer la inocencia del imputado, pero lo cierto es que si en el presente proceso la eventual justificación suficiente no pudo ser probada por la Fiscalía, ello arranca esencialmente de que nada aportó el condenado en su defensa en este aspecto. Si el imputado prefirió no decir nada en el proceso, entonces deberá estarse tanto a lo favorable como a lo perjudicial de la opción asumida..."*.

2. *Efectos de la declaración del imputado prestada ante terceros. Exclusión de prueba testimonial*

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado acerca del derecho a guardar silencio en sentencias que abordan la eventual declaración espontánea del imputado ante el Fiscal y el derecho que tendría el Ministerio Público de presentar como testigos de dicha declaración, en

el juicio oral, a los funcionarios policiales que estaban presentes. Surge así una controversia relacionada con la exclusión de prueba.

Se ha fallado que el derecho a guardar silencio reconocido en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, en caso que el imputado opte por declarar, no constituye un obstáculo para que terceros puedan declarar en el respectivo juicio acerca de la espontánea declaración ante el Fiscal que haya realizado el imputado. En efecto, en sentencia dictada por la Corte Suprema el 27 de abril de 2004, autos Rol N° 922-2004.

Dicho fallo, en su parte pertinente, señala que *"... de los antecedentes de la causa resulta, más bien, que el acusado prestó sus declaraciones autoinculpatorias ante la policía y también ante el fiscal libremente, sin ser obligado a ello en modo alguno, y habiendo incluso renunciado previamente al referido derecho de guardar silencio... Afir-mar que quienes escucharon lícitamente esa confesión no pudieron dar testimonio de ella en el juicio oral, significa intentar dar un efecto retroactivo inadmisibles a la decisión posterior del inculpado de guardar silencio durante el juicio oral, con consecuencias sumamente defectuosas para la suerte que correría la investigación y la prueba reunida durante ella..."*.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en sentencia del 6 de septiembre de 2004, autos Rol N° 98-2004, en cuanto indica que *"... la defensa sostiene que el testimonio de los policías que dicen haber oído al imputado ante el Fiscal, atentaría contra el derecho a guardar silencio en el juicio oral. No es así, sin embargo, porque el derecho a guardar silencio rige en todas las etapas procesales y la declaración ante el Fiscal está expresamente regulada en la ley, de suerte que es claro que si, como lo admitió el defensor, el imputado fue advertido de ese derecho y pese a ello libremente declaró ante el Fiscal, esa declaración tiene efectos en la investigación y ha sido plenamente lícita..."*.

- 3. En una tercera posición encontramos sentencias que, reconociendo el derecho a guardar silencio del imputado, estiman que los dichos de aquél que se pretenden incluir como prueba en el juicio oral, no son relevantes.**

Así la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia dictada el 20 de julio de 2006, autos Rol N° 1199-2006, señaló que *"... el sentido final del derecho a guardar silencio es el de evitar o impedir la*

auto incriminación que, en materia de exclusión de prueba, se traduce en la prohibición de considerar tanto lo que el imputado haya declarado en esas condiciones como aquello que sea producto o derivado de dicha declaración. Desde luego, lo manifestado en este caso por las personas sujetas a control de identidad no es constitutivo de elemento de incriminación, pero, más relevante aún, no es prueba que pretenda hacerse valer en su contra. Por otra parte, del contenido de esos dichos tampoco fluyeron datos que condujeran a la obtención de las pruebas que se ha pretendido excluir. Así, no se aprecia la necesaria conexión mediata o inmediata entre esas declaraciones y las probanzas que se reprochan de ilicitud, circunstancia que determina el rechazo de la petición...”.

D. CONCLUSIONES

Uno de los objetivos de la Reforma Procesal Penal es el establecimiento de procedimientos penales respetuosos de los derechos fundamentales, tanto de las víctimas como del sujeto perseguido por la comisión del delito. Así, el Código Procesal Penal incluyó dentro del catálogo de derechos y garantías que asegura al imputado, el derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

Al ser la primera vez que de forma expresa se establece este derecho, su ámbito de aplicación es poco claro. El presente trabajo, por cierto que no lo aclaró, pero dispuso para el lector de las principales corrientes doctrinarias y jurisprudenciales al respecto.

De dichas corrientes, la Doctrina nacional citada, a la que se adhiere conciben este derecho como aquel arraigado al principio de inocencia, cuya vulneración hace que transforme la declaración misma del imputado o el acto procesal que la contiene, en ilícito. Se debe exigir su respeto y debe utilizarse, incluso, como estrategia procesal en el juicio oral para el evento de que las pruebas presentadas por los acusadores sean solamente indiciarias.

Nuestra Jurisprudencia vacila en el verdadero valor que debe asignársele a la declaración del imputado, cuando en ella no se han observado las reglas que la ley establece. En otras palabras, cuando se infringe la ley, nuestros Tribunales entienden que ello no es relevante a la hora de la decisión de absolución o condena, la que necesariamente ha de estar dada por otros medios de prueba.