



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA
TESINA DE DERECHO



DERECHO A GUARDAR SILENCIO

Fortalecimiento de su carácter informado y consciente en la ley 20.592 y su posible valoración jurisprudencial

Autores : Mauricio Acevedo Soto.
Claudia Briones Jiménez.

Profesor guía : Lionel González González.

Fecha entrega : 16 de Noviembre de 2012.

Tabla de Contenidos

	Página
Tabla de Contenidos	2
Resumen o Abstract	4
Palabras Claves o Key Words	5
Abreviaturas	5
Introducción	6

Capítulo I

“EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO: UNA GARANTÍA ESENCIALMENTE RENUNCIABLE”

1. El derecho a guardar silencio	7
1.1 Concepto	8
1.2 Naturaleza Jurídica de la declaración del imputado: ¿Prueba o medio de defensa?	8
2. Renuncia al derecho a guardar silencio	8
2.1 Requisitos para una válida renuncia	10
2.1.1 Renuncia libre	11
2.1.2 Renuncia informada	11
2.1.3 Renuncia consciente	11
3. Como garantizar que la renuncia sea libre, informada y consciente	12

Capítulo II

“OBJETO, FINALIDAD Y TRASFONDO DE LA LEY 20.592”

1. Excurso histórico	13
2. Caso Norteamericano	14
2.1 Legislación Previa a Miranda	14
2.2 Miranda vs Arizona: <i>Miranda Warnings</i>	16
2.2.1 Breve explicación del caso	16

2.2.2	Importancia	17
3.	Ley 20.592: Reforzamiento de un derecho mediante la introducción de una fórmula legal	18
4.	Deficiencias procedimentales que se pretende subsanar	21

Capítulo III

“VALORACIÓN DEL SILENCIO EN EL MARCO DE SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL”

1.	¿Es posible valorar el silencio?	24
2.	El silencio es un hecho procesal y puede ser valorado en juicio	30
3.	El resultado de la valoración del silencio no constituye prueba ilícita	39
4.	Esfera de alcance del derecho a guardar silencio. Las intervenciones corporales	42
4.1.	El derecho a guardar silencio y el derecho a la privacidad	44
5.	Es válida la prueba obtenida de las declaraciones de testigos policiales de oídas acerca de dichos del imputado que ha hecho uso de su derecho a guardar silencio en la etapa de juicio oral	47
6.	Análisis jurisprudencial de la valoración por los tribunales chilenos	51
	Conclusiones	54
	Bibliografía General	57

Resumen

La presente obra tiene por objeto central determinar el objetivo o finalidad de la ley 20.592 referente al derecho a guardar silencio, que modificó el Código Procesal Penal el pasado 02 de Junio del presente año.

La idea es identificar de manera, relativamente clara, la intención del legislador al realizar una enmienda a un texto que ya incorporaba el derecho mencionado y precisar de manera expresa la fórmula que el ente policial deberá emplear al momento de la detención de un sujeto.

Para ello conduciremos nuestro análisis por la línea del tratamiento, valor y sentido jurisprudencial que tendrá la incorporación de la fórmula legal, llegando para finalizar a un importante cuestionamiento de si carece o no de sentido hacer una valoración del silencio.

Abstract

The present work aims to determine the objective or main purpose of the 20,592 law concerning the right to remain silent, which amended the Criminal Procedure Code last June 2 of this year.

The idea is to identify in a relatively clear terms the intent of legislator to make an amendment to a text as that in the right referred and explicitly specify the formula that the police body should be used at the time of the arrest of a subject.

This will drive our analysis by line of treatment, the value and meaning to be jurisprudential give to the incorporation of the legal formula, finally arriving a to important questioning of whether or not no point in making an assessment of silence.

Palabras Claves

Derecho a guardar silencio. Renuncia. Valoración. Prueba Ilícita. Derecho a defensa. Advertencia Miranda o Derechos de Miranda.

Key Words

Right to remain silent. Disclaimer. Reviews. Tests Illicit. Right to defense. Miranda Warnings or Miranda Rights.

Tabla de abreviaturas

- | | |
|-----------------------|---|
| 1. CPR | : Constitución Política de la República de Chile. |
| 2. CPP | : Código Procesal Penal. |
| 3. CdPP | : Código de Procedimiento Penal. |
| 4. CP | : Código Penal. |
| 5. CC | : Código Civil. |
| 6. Art. o art. | : Artículo. |

Introducción

La presente obra tiene por objeto central determinar el objetivo o finalidad de la ley 20.592 referente al derecho a guardar silencio, que modificó el CPP el 02 de Junio de este año.

Para ello, en primer lugar, abordaremos de manera breve y sucinta las características más generales del derecho a guardar silencio como manifestación del derecho a defensa, apuntando con mayor detenimiento a su renunciabilidad y a las condiciones o requisitos para que ésta sea válida.

Luego, haremos un análisis crítico de la reciente reforma al CPP con la dictación de la ley 20.592, que a nuestro parecer viene a reafirmar, reforzar y fortalecer el carácter informado y consiente del derecho a guardar silencio. Tratando de vislumbrar así, el trasfondo de esta adenda al ordenamiento jurídico chileno y el o los vacíos o deficiencias del sistema que en nuestra opinión viene a subsanar. En ello será de gran utilidad el excursus histórico del derecho a no autoincriminarse contenido en la Enmienda V a la Carta Fundamental de Estados Unidos y el famoso caso *Miranda vs Arizona*. En ese sentido trataremos de enfocar nuestro examen por la línea del significado que permitirá darle esta reforma al art. 93 inciso segundo letra g) del CPP, que consagra el derecho a guardar silencio.

También será parte del análisis la cuestión acerca de si el testimonio de oídas sobre los dichos de un imputado que posteriormente ha guardado silencio configura alguna posible infracción de garantías constitucionales. De igual manera se examinará la situación cuando los testigos no son funcionarios policiales, sino que meros civiles y proporcionan testimonios valiosos respecto de declaraciones que han escuchado del imputado voluntariamente, sin mediar coacción alguna.

Por último concluiremos el estudio con una revisión acerca de la posibilidad valorar el silencio del imputado, cuando éste ha hecho uso de su garantía constitucional y legal a no prestar declaración y nos haremos cargo de la siguiente aseveración: El silencio es un hecho procesal, y como tal constituye un indicio, elemento que nos provee del antecedente clave para valorarlo y darle significado en el marco de un proceso penal.

Capítulo I

“EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO: UNA GARANTÍA ESENCIALMENTE RENUNCIABLE”

1. El derecho a guardar silencio

Este derecho constituye una facultad inherente al ejercicio de la garantía de defensa de la que goza todo imputado, siendo así, una manifestación fehaciente del debido proceso consagrado como un derecho fundamental en la CPR (Artículo 19 N° 3 Inciso sexto).

La declaración del imputado constituye una de las formas para obtener antecedentes relevantes acerca del hecho que se investiga, por ello será un elemento importante a considerar tanto por la policía como por el Ministerio Público; pero como contrapartida a esto el imputado no está obligado a prestar declaración, así, existen reglas que establecen las condiciones bajo las cuales la declaración del imputado gozará de la legitimidad necesaria para ser considerada un medio de prueba válido en el proceso penal seguido en su contra. Por tanto, *“las declaraciones del imputado en el sistema procesal penal poseen una naturaleza jurídica mixta, en cuanto por un lado, constituyen en primer lugar un medio o mecanismo de defensa del imputado frente a la pretensión punitiva del acusador, y por otro lado, conforman un medio de prueba útil al procedimiento penal”* (Camps, 2003: p. 133).

Así, la pretensión del órgano persecutor en orden a obtener del imputado su colaboración en la investigación está rodeada de un contexto de garantías, en donde existe una regla absoluta consistente en que la declaración debe ser voluntaria. *“En consecuencia, toda la regulación que se introduce está orientada a cautelar esta regla fundamental, que es el intento por cautelar dos cuestiones: la dignidad del sujeto, por una parte, y la credibilidad de los antecedentes que se pueden presentar en el proceso, por la otra”* (Duce y Riego, 2002: p. 161).

1.1 Concepto

“Este derecho comprende la facultad del imputado a no declarar si no desea hacerlo, es decir a guardar silencio o, en caso de consentir a prestar declaración, de no hacerlo bajo juramento (art. 93 letra g) CPP), el que para hacerse efectivo incluye el derecho a ser informado de su derecho a guardar silencio (art. 135 incs. 2 a 4 CPP)” (Carocca, 2005: p. 93).

1.2 Naturaleza jurídica de la declaración del imputado: ¿Prueba o medio de defensa?

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la declaración del imputado es un tema actualmente zanjado en nuestra doctrina: *la declaración del imputado es expresión del derecho de defensa que le asiste por mandato constitucional*. Lo anterior se refuerza con la intención que tuvo el legislador en el actual CPP en orden a que la confesión ya no constituye medio de prueba, y en el derecho comparado la palabra ha sido suprimida reemplazándosela por el vocablo *declaración*, término que apunta a un mero reconocimiento de hechos, más no a una imputación criminal. En el fondo la declaración del imputado se concibe como un antecedente que permite arribar a una convicción, o en último caso como una fuente de prueba futura, pero no un medio de prueba completo para establecer participación delictual en el ilícito penal (Nuñez: p.43).

A mayor abundamiento vale agregar lo señalado por la jueza María Zapata al respecto, la que sostiene que “la dimensión material del derecho a defensa contenido en la cláusula constitucional *“derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale”* está integrada por el derecho del imputado a guardar silencio o (renunciando a ello) por la facultad de declarar lo que estime conveniente a efectos de refutar los cargos que pesan en su contra (Zapata, 2005: p.259). A igual conclusión podemos llegar por medio del análisis sistemático de los artículos 8 Inciso 2°, 93 y 98 del CPP.

2. Renuncia al derecho al guardar silencio

Es bien sabido por todos que los derechos no constituyen entidades absolutas sino que admiten limitaciones. Así entonces el catálogo de derechos que la ley otorga al imputado, en especial, su derecho a guardar silencio, no es la excepción. Dicha limitación viene dada

por la misma ley, que contempla la posibilidad que el imputado renuncie a tal garantía y opte por prestar declaración.

El derecho procesal penal constituye aquel ámbito del derecho que se conoce como Derecho Público, sin embargo algunas ideas tomadas del Derecho Privado pueden servirnos para desarrollar el tema de la renuncia del mismo, como por ejemplo lo que sostiene el art. 12 del CC.

Tal artículo nos plantea una pequeña pauta a seguir en materia de renuncia de derechos, discurriendo de la siguiente manera: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*, cuestión que claramente ocurre en el caso de la renuncia al derecho en comento, puesto que se trata de un acto abdicativo que sólo afecta al imputado, y que la ley no prohíbe.

Sin embargo la alusión que al CC se hace en materia de renuncia general a los derechos es a modo de buscar un antecedente meramente referencial, pues es el propio CPP el que entrega las herramientas que nos sirven de base para sostener que el derecho a guardar silencio es una garantía esencialmente renunciabile.

Así las cosas es la propia ley la que autoriza expresamente la renuncia al derecho a guardar silencio, y erige a la declaración del imputado como un medio de defensa con el que cuenta el imputado, el cual puede ser utilizado con la finalidad de manifestar su inocencia o cualquier circunstancia que logre atenuar su responsabilidad, es decir, con la finalidad de resistirse a la acusación dirigida en su contra. Por tanto, el decidir prestar o no declaración es algo que queda prudencialmente a la voluntad del imputado, toda vez que es un mecanismo de defensa otorgado con la gran finalidad de ser una garantía procesal para él, con el objetivo de que tenga derecho a intervenir desde los actos iniciales del procedimiento.

Es esencialmente renunciabile además porque la propia ley establece un sinnúmero de oportunidades en las cuales el imputado puede tomar la palabra y declarar, es decir, renunciar a guardar silencio. Son muchas las opciones que el imputado tiene para limitar el derecho y prestar declaración.

“El derecho al silencio es, claramente, un derecho renunciable, de manera tal que el imputado puede en cualquier momento del procedimiento optar por prestar declaración y responder a las preguntas que se le formulen.” (López Masle, Julián, 2004: pp. 85-86).

Por último nos parece interesante mencionar respecto a la naturaleza esencial de la renuncia al derecho en comento, que en el antiguo CdPP, artículos 447 y siguientes, se regulaba la contestación de la demanda como un trámite esencial, dado que no podía darse por evacuado el trámite en su rebeldía. Además, se señalaba específicamente en el Artículo 448 del antiguo código que, *“En la contestación, el procesado expondrá con claridad los hechos, las circunstancias y las consideraciones que acrediten su inocencia o atenúen su culpabilidad”*, es decir, se consideraba la declaración del imputado como algo obligatorio (derivado de su esencialidad) en términos de contestar la acusación. Dichas normas si bien emanan de un texto legal fundado en un modelo distinto al actualmente vigente, resulta interesante aludir a ellas como antecedente histórico de la renuncia.

En definitiva, el imputado como sujeto procesal que es y como expresión de su garantía de defensa material, cuenta con la posibilidad de defenderse de la imputación si es que desea hacerlo, declarando y asumiendo todas las consecuencias que ello conlleva, pero por otro lado, la faz negativa de dicha prerrogativa es su derecho a guardar silencio. Por tanto, la renunciabilidad de su derecho a permanecer en silencio deriva de la voluntad de ejercer o no su derecho a defensa material y contradecir con su declaración la prueba presentada por el Ministerio Público sobre la que se sustenta la acusación, siguiendo con ello el principio contradictorio que rige el sistema acusatorio actual.

.

2.1 Requisitos para una válida renuncia al derecho a guardar silencio

Los profesores Horvitz Lennon y López Masle sostienen que la renuncia al derecho para ser válida debe ser libre e informada. Sin embargo, como condición o requisito de validez complementario a los ya mencionados, creemos que no basta con que la decisión sea libre e informada, sino que además debe ser una decisión consciente de las posteriores consecuencias que ella acarrea. Dichas condiciones o requisitos de la renuncia deben

concurrir copulativamente para que tengamos la plena certeza de estar frente a una válida renuncia a la garantía procesal.

2.1.1 Renuncia libre

Que la renuncia sea libre significa que ésta no sea motivada por presiones o coacciones tanto físicas como psíquicas, pero además que el sujeto tenga la voluntad real de prestar declaración, de renunciar a su derecho, y no un mero acto reflejo por el solo hecho de verse envuelto en un problema legal.

2.1.2 Renuncia informada

En este requisito juega una vital trascendencia la modificación reciente al CPP en la ley 20.592, puesto que ella precisamente busca reafirmar el carácter informado de la renuncia, construyéndose una fórmula gramatical en la propia ley que viene a ser obligatoria a la hora de dar lectura a los derechos del imputado.

Este requisito se complementa con el derecho a ser asesorado por un letrado, puesto que el sólo contacto con el abogado defensor nos hace presumir que el imputado ha sido informado de tal derecho. Cuestión que sin embargo no supe, en ningún caso, la obligación legal que tiene la policía de informar cabalmente a éste de sus garantías procesales al aprehenderlo.

2.1.3 Renuncia consciente

La decisión de renunciar al derecho a guardar silencio debe ser el resultado de un proceso de intelección racional, que permita al sujeto la posibilidad real no sólo de conocer, cuestión que se subsana con el segundo requisito de ser la renuncia informada, sino que además de comprender intelectivamente las posteriores consecuencias o efectos de tal decisión, en el resultado del proceso seguido en su contra. Es decir, el sujeto debe tener *consciencia* de estar renunciando al derecho.

3. ¿Cómo garantizar que la renuncia sea libre, informada y consciente?

La ley 20.592 precisamente viene a contribuir con un valioso aporte al reformar el art. 93 inc. 2 letra g) del CPP, puesto que al establecer una fórmula gramatical imperativa para el ente policial de reproducir al momento de la detención de un imputado, da garantía de que la decisión de renunciar será a lo menos informada y consciente, ya que la fórmula es simple y de fácil comprensión. Discurre el artículo de la siguiente manera: “*Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra”.*

En cuanto a que esta decisión sea libre, dicha condición se tendrá por cumplida en la medida en que el agente policial actúe de manera proba, diligente y de buena fe, sin ejecutar actos que pudiesen atentar contra la libertad de la decisión del sujeto.

No obstante lo anterior creemos que la cuestión acerca de la prueba de la renuncia es un tema que no deja de ser complejo y que por lo mismo debiese ser objeto de contrastación o prueba en una audiencia ante el tribunal, la que perfectamente puede ser aquella en que se practique la formalización de la investigación. Pues, si bien, la ley establece la obligación de dejar constancia en el registro respectivo de haberse practicado la lectura de derechos al imputado, ello es una cuestión compleja que puede dar lugar a situaciones poco éticas como la de entregar al imputado un documento con la descripción de los derechos para ser firmado por este y utilizado como prueba, sin preocupación alguna por la cabal comprensión de tales derechos, o peor aún de forzar al imputado a firmar el documento.

Por ello se transforma en una cuestión de suma relevancia probar la lectura de los derechos en una audiencia ante el tribunal, para dar garantía de eficacia así al fortalecimiento que la ley 20.592 viene a dar al derecho a guardar silencio como manifestación del derecho a defensa que asiste al imputado.

Capítulo II

“OBJETO, FINALIDAD Y TRASFONDO DE LA LEY 20.592”

1. Excurso histórico

A continuación presentaremos una pequeña revisión de la historia y antecedentes que tuvieron en mente los parlamentarios para presentar la moción que dio origen a la promulgación de la Ley N° 20.592.

Dicha moción fue presentada ante la cámara alta el 9 de agosto de 2011 por los Senadores Alberto Espina, José Antonio Gómez, Hernán Larraín, Patricio Walker y Soledad Alvear, quienes centraron su interés en dos ejes de discusión, por un lado, la fijación de la oportunidad en la que el Estado debe proporcionar un defensor al imputado por un delito si éste no puede procurarse uno de manera particular, complementando así lo ya modificado por la Ley N° 20.516 al art. 19 N°3 párrafo cuarto de la CPR, y por otro lado, el fortalecimiento de la lectura de los derechos del imputado desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra, siendo éste el punto importante para nuestra investigación.

En palabras de los propios legisladores “... *se propone modificar el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal en el sentido de que en la primera declaración que preste el imputado ante el fiscal o la policía, la advertencia del derecho a no declarar debe hacerse en términos expresos y mediante una fórmula preestablecida referente a los efectos que pueda ocasionar la renuncia a ese derecho. La expresión utilizada, que encuentra su origen en la Ley Miranda de los Estados Unidos de América, goza de un amplio conocimiento en la población y es de muy fácil comprensión*” (Biblioteca del Congreso Nacional, 2012: p. 6).

Estableciéndose, en ese sentido, una relación necesaria entre el derecho a guardar silencio y el derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de la primera audiencia judicial a la que deba asistir el imputado, y consagrando también la obligación de dejar constancia, en el registro respectivo, de haberse realizado la lectura de derechos en la forma en que se

propone en el respectivo proyecto, a saber, *“Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; con todo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra”*, fijando con ello una fórmula tal que de garantía de eficacia al ejercicio del derecho a guardar silencio, precisándose así los efectos que puede ocasionar su renuncia.

El proyecto se discutió con suma urgencia según lo dispuso el Presidente de la República; una vez en la Cámara de Diputados le fueron introducidas una serie de modificaciones que a la postre terminaron siendo rechazadas por la cámara de origen, situación que dio lugar a la conformación de una comisión mixta que permitiera resolver las divergencias entre ambas cámaras, discrepancias que principalmente se suscitaron a propósito del primer objetivo del proyecto, cuestión que no abordaremos por tratarse de una materia que escapa a nuestro análisis, de hecho, lo finalmente introducido al Artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal no tuvo mayores reformas a lo largo de la discusión parlamentaria. Con posterioridad, tanto la cámara de origen como la revisora votaron favorablemente el informe propuesto por la comisión mixta.

La ley, en definitiva, fue promulgada el 2 de mayo de 2012 y publicada en el Diario Oficial el 2 de junio del mismo año.

2. Caso Norteamericano

2.1 Legislación previa a Miranda

La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos se perfila como una gran fuente de inspiración para el resto de las legislaciones procesal penales, ya que la evolución que en materia de no incriminación ella ha presentado configura un parámetro a seguir por estas últimas.

Así las cosas. El derecho a la no autoincriminación no siempre estuvo resguardado. Por el contrario, en los inicios las técnicas de tortura para obtener confesiones autoinculpatorias eran de frecuente uso, más aún la confesión se erigía como la reina de las pruebas y muchas

veces como el único y suficiente medio probatorio idóneo para acreditar la participación y responsabilidad criminal de los imputados.

Será recién hacia la primera mitad del siglo XX cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos comience a elaborar criterios en orden a dar protección a esta garantía. Surge entonces el denominado test de la voluntariedad que tiene por finalidad establecer el grado de voluntad con el que eran obtenidas las confesiones ante la policía. Sin embargo la base sobre la cual descansaba, o bien se entendía que derivaba esta regla, no era precisamente el derecho a no inculparse, sino más bien el principio constitucional establecido en la enmienda N° 14 a la Carta Fundamental estadounidense conocido como debido proceso.

Dicho test apuntaba en términos sencillos a que sólo si considerando todas las circunstancias que rodeaban la confesión, las declaraciones obtenidas por la policía constituían el resultado de una voluntad doblegada, debían entonces ser rechazadas o excluidas como medio lícito de prueba por el juzgador.

La primera vez que se hizo uso de esta regla y que permitió un intento por acabar con las prácticas del “tercer grado” fue a propósito del caso *Brown vs Mississippi*, en donde 3 ciudadanos de raza negra (afroamericanos) fueron sometidos a reiterados actos de tortura física con la finalidad de obtener declaraciones prefabricadas por los propios funcionarios policiales y en las que se proclamaban culpables de los cargos que se les imputaban.

No obstante el intento, a través de esta regla, por dar protección a la garantía, el modelo presentó una seria dificultad, que a la postre sería solucionado en 1966 con ocasión de la decisión más controversial de la historia de las garantías procesales en Norteamérica, el famoso caso *Miranda vs Arizona*, del que hablaremos en el siguiente acápite.

El grave inconveniente que el test de la voluntariedad presentaba consistía en que la valorización que debía hacerse de todas las circunstancias que rodeaban la declaración del imputado era una cuestión a ser resuelta caso a caso por el sentenciador, lo que otorgaba claramente un amplio margen de discrecionalidad a la decisión misma y la correspondiente posibilidad a la policía de suprimir tales circunstancias a fin de que la confesión inculpatória no fuese desestimada en juicio y finalmente no se desvirtuara su valor probatorio. En otras palabras como dice Baytelman “... *el test de la voluntariedad no*

estaba impidiendo a la policía obtener confesiones forzadas de los imputados interrogados bajo detención policial.” (2002: p. 6). No se había logrado el objetivo subyacente de evitar las confesiones autoinculpatorias obligadas por la policía mediante métodos de coacción física o psíquica.

2.2 Miranda vs Arizona

El famoso y coyuntural fallo conocido como *Miranda vs Arizona* de 1966 ocurrido en Estados Unidos, nos puede ilustrar a modo de indicarnos una referencia histórica que nos permita intentar comprender o determinar el escenario en el que la doctrina nacional se encontraba inmersa a la hora de conciliar la idea de realizar la reciente reforma al CPP y lograr así dar con alguna teoría acerca del sentido y finalidad que el legislador pretendió darle al incorporar una fórmula legal en la lectura de derechos del imputado.

2.2.1 Breve explicación del caso

En 1963 el ciudadano Ernesto Miranda fue detenido, procesado y condenado por el delito de secuestro y violación de una mujer de 18 años, basándose en hechos circunstanciales y sin más prueba de cargo que la sola confesión del acusado, la que fue obtenida mediante apremios ilegítimos de la policía norteamericana, luego de un largo interrogatorio y sin lectura ni mucho menos conocimiento por parte del imputado de su derecho a permanecer en silencio y de ser asistido por un abogado.

Sin embargo, y aquí surge lo relevante del caso, la sentencia condenatoria fue llevada a la Suprema Corte de Justicia de Arizona, la que estimó que Miranda había sido intimidado durante su interrogatorio y no logrado comprender su derecho a no incriminarse ni su derecho a un abogado. La Corte revocó el fallo condenatorio estableciéndose el precedente conocido como la advertencia Miranda o *Miranda Warnings*, que consiste básicamente en que cada vez que la Policía detuviera a un imputado debía, previo a tomar cualquier clase de declaración, informarle:

- a) Que tiene derecho a guardar silencio.
- b) Que todo lo que diga puede ulteriormente ser usado en su contra.
- c) Que tiene derecho a ser asistido por un abogado.

Como dice López Masle “*en general estas advertencias están concebidas como salvaguardas para la prevención de abusos en los métodos de interrogación y procuran que la renuncia del derecho al silencio sea consciente e informada*” (2004: pp. 90-91).

2.2.2 Importancia

Miranda se erige así en la jurisprudencia norteamericana como el primer eslabón en la cadena evolutiva del enjuiciamiento criminal aportando con un cambio de paradigma no sólo en cuanto a que ahora la exclusión de las declaraciones involuntarias encuentra su fundamento en el derecho a la no autoincriminación y no en el debido proceso, como se concebía hasta 1966 con el test de la voluntariedad, sino además porque desplaza a la declaración ante la policía (confesión) como el eje central de la prueba de cargo del Ministerio Público cuando ha sido obtenida ilegítimamente sin ser el resultado de una decisión libre, informada y consciente del acusado, pavimentando con ello las bases hacia un modelo de justicia respetuoso de la legalidad y liberando al sistema procesal de los vicios propios de épocas anteriores a Miranda (Abusos y empleo de medios compulsivos tanto físicos como psicológicos por parte de la policía en la obtención de declaraciones de imputados, el ya mencionado “tercer grado”).

Lo anterior, no obstante tratarse Miranda de un caso procedente del derecho anglosajón, resulta digno de observar y replicar como modelo por nuestro sistema jurídico, toda vez que pone de manifiesto una realidad para nada lejana a las prácticas policiales acaecidas en nuestro país.

De ahí entonces pareciera ser que ha recogido nuestro legislador las orientaciones para introducir una reforma que en una revisión simplista es dable sostener *no incorpora nada nuevo*, dado que el derecho a guardar silencio y la obligación de dar lectura al catálogo de garantías del imputado es una cuestión ya consagrada por nuestro ordenamiento.

Responder la interrogante acerca del motivo, finalidad y sentido que se pretende con esta modificación así como identificar las deficiencias o vicios que viene a subsanar del modelo de justicia procesal penal chileno es lo que, en las siguientes líneas, intentaremos abordar.

3. Ley 20.592: Reforzamiento de un derecho mediante la introducción de una fórmula legal

La ley en comento, en términos concretos, no viene a constituir un aporte legislativo en el sentido de contribuir con un “derecho nuevo” que se incorpore al conocido catálogo de derechos que la ley procesal chilena reconoce al sujeto que reviste la calidad de imputado. No se trata de una nueva garantía que la ley prevea para dicho sujeto procesal, sino más bien, como indica el título del apartado del que tratamos, de un reforzamiento o fortalecimiento de la lectura de un derecho que ya se encontraba presente en el ordenamiento procesal penal chileno, y que es más, se erige como una de las más importantes manifestaciones del derecho a defensa material y del derecho constitucional al debido proceso.

Sin embargo ello no implica que el establecimiento de la ley indicada no constituya una real contribución a nuestro sistema procesal penal, pues todo lo contrario, viene en gran medida a intentar pulir o perfeccionar un modelo de justicia que no obstante llevar casi una década de funcionamiento aún adolece de vicios posibles de ser subsanados.

Es así como en el curso de las siguientes páginas emprenderemos la tarea de identificar las falencias o deficiencias del modelo actual de justicia que inspira el trabajo en los Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral y actuaciones de la Policía, tanto respecto de Carabineros de Chile cuanto de la Policía de Investigaciones.

Empero se hace necesario precisar, recurriendo para ello a la historia fidedigna del establecimiento de dicha ley, que el reforzamiento que en ella se hace del ya antes mencionado derecho a guardar silencio, o más bien de su lectura, es en una de las etapas del proceso que contempla el código del ramo, a saber, durante la fase de investigación y no en la de juicio oral o como indican los senadores en su moción respecto de actuaciones realizadas antes de la primera audiencia judicial a que fuere citado (declaración ante el fiscal o ante la policía por delegación del fiscal), ya que continúan los parlamentarios, en tal audiencia en presencia del juez de garantía y con la asistencia del abogado defensor *no parece indispensable el empleo de fórmulas que den garantía de eficacia al ejercicio del derecho a guardar silencio.* (Biblioteca del Congreso, 2012: p. 6).

Es decir la ley propone un fortalecimiento de los derechos del imputado y entrega o fija una fórmula preestablecida para informarle al mismo de su derecho a no autoincriminarse y sobre los efectos jurídicos que implica la renuncia al mismo. Pero todo ello a nivel de la primera actuación antes del inicio judicial del proceso, antes de la intervención propiamente tal de los tribunales.

La argumentación que ofrecen nuestros legisladores en torno a que en la fase judicial del proceso no resulta indispensable incorporar fórmulas que apunten a dar mayor eficacia al ejercicio del derecho a no autoincriminarse del que goza el imputado, pareciera ser satisfactoria pues el hecho de tener este último un contacto previo con su abogado defensor hace presumir que la renuncia posterior que el sujeto hace de su derecho a guardar silencio constituye el resultado de una decisión libre, informada y consciente en base a lo que su defensa pudo aconsejarle e instruirle respecto a las consecuencias de su deliberación.

En ese sentido entonces, es que podemos percatarnos que al reforzar la lectura de derechos en la fase previa, cuando el sujeto aún no tiene contacto con letrado alguno, sino más bien únicamente con el agente persecutor, lo que el legislador intenta hacer es dar una mayor protección al sujeto, de quien se presume su inocencia, ante lo vulnerable que puede ser en manos de técnicas policiales que intenten obtener declaraciones autoinculpatorias sin ser prevenido de las consecuencias legales derivadas de lo que pudiese decir ante tales funcionarios.

Es así por tanto como podemos sostener que el objeto, finalidad y trasfondo de la ley 20.592 al reformar el CPP es realizar un fortalecimiento de un derecho que toma el carácter de esencial en el respeto a las garantías y derechos de todo imputado en el marco de un proceso racional y justo. Es decir, perfeccionar un escenario que hasta antes de la reforma entregaba un margen de actuación demasiado amplio para el ente policial, pues no indicaba exactamente el formato predeterminado de lo que éste debía indicar al sujeto al momento de arrestarlo, y otorgar certeza así al sistema mismo, en cuanto a que todo imputado va a tener ahora plena seguridad de que se hace una correcta lectura de derechos, ya que para todos será la misma fórmula legal, simple y de sencilla comprensión como indican los parlamentarios en las discusiones en sala al aprobar la ley, y eliminará finalmente el espacio interpretativo que antes existía.

Por el contrario nunca ha sido la intención parlamentaria ni de la ley misma el prohibir o impedir la posibilidad de valoración del silencio, cuestión que eventualmente podría deducirse de este reforzamiento que del derecho a guardar silencio se hace, sin embargo sería una interpretación demasiado apresurada y exigida, ya que ello no consta en las actas de discusión de la ley ni es parte de las opiniones de los congresistas. La discusión parlamentaria se centró básicamente en el asegurar la asesoría de un abogado defensor al imputado por un delito, y no en si es o no posible valorar la circunstancia de permanecer este último en silencio.

La idea de reforzar la lectura de un derecho pretende simplemente evitar la vulneración del mismo, en cuanto a la omisión en darlo a conocer a los imputados que el ente policial podría cometer al momento de la aprehensión, pero en ningún caso impedir o negar que cuando el sujeto ha hecho uso de su derecho y por ende ha guardado silencio, sea posible ante la concurrencia de elementos de prueba que apuntan a su culpabilidad hacer una valoración del silencio, como elemento coadyuvante a la formación de la convicción judicial.

Prueba de lo mencionado lo constituye la propia argumentación que consta en la moción parlamentaria que trata el proyecto. Así el boletín N° 7.854-07 dispone textualmente:

“El presente proyecto de ley aborda dos órdenes de materias:

1.- Fijación de la oportunidad en la cual el Estado debe proporcionar un defensor al imputado por un delito si éste no nombrare a uno particular.

2.- Fortalecimiento de la lectura de los derechos al imputado” (Biblioteca del Congreso, 2012: p. 4).

En el segundo punto del que trata la moción, esto es, el fortalecimiento de la lectura de los derechos, se indica *“Además de cumplir con el mandato constitucional, el proyecto de ley que someto a vuestra consideración tiene por finalidad fortalecer el respeto por los derechos que asisten al imputado desde el primer acto de procedimiento en su contra y, en forma muy especial, el derecho a guardar silencio.”* (Biblioteca del Congreso, 2012: p. 5).

Similar argumento se describe en el informe de comisión de constitución, a propósito del objetivo del proyecto.¹

Los argumentos aludidos no dejan espacio a la duda, es decir, tanto el proyecto original como el documento legal final son absolutamente claros en cuanto al tratamiento de los dos ejes centrales de discusión, ya señalados con anterioridad, y en ningún caso, ni en las discusiones en sala, ni en las acaecidas en la comisión mixta, se planteó siquiera la intención de los legisladores de negar o impedir la valoración del silencio. La idea de legislar fue con la intención de establecer una enmienda al CPP en materia de fortalecimiento de derechos del imputado.²

4. Deficiencias procedimentales que se pretende subsanar

La idea anterior configura la antesala a lo que ahora abocaremos en nuestro análisis, ya que ¿cuál es el significado de que el legislador halla previsto un fortalecimiento de la lectura de derechos solamente en la etapa previa a la intervención de los tribunales de justicia?, es decir, qué sentido tiene que el legislador haya pensado en esa etapa y no lo haya extendido al resto del proceso, cuál es la razón de aquello.

¹ Objetivo del proyecto.

La Moción en informe busca fortalecer los derechos de la persona imputada de delito. En concreto, precisa la oportunidad en la cual el Estado debe proporcionarle un defensor si éste no nombrare a uno particular y fija un momento determinado y una fórmula preestablecida para informarle de los derechos que le asisten en esa calidad.

² Discusión en sala. Primer trámite constitucional: Senado. Intervención Senadora Sra. Soledad Alvear:

“Por otra parte, nos pareció pertinente precisar muy bien lo referido al **derecho del imputado a guardar silencio** al momento de su detención. Con ese fin, perfeccionamos la letra g) del artículo 93 del Código Procesal Penal, que dice: “Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”.

La Comisión propone agregar lo siguiente: (al imputado) “se le expresará lo siguiente: “Tiene derecho a guardar silencio. Si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.”. De ello se dejará constancia en el registro respectivo”. Vale decir, al momento de la detención, la persona afectada debe conocer que puede guardar silencio y que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra.

En síntesis, el proyecto en informe busca fortalecer los derechos de la persona imputada de delito. En concreto, precisa con claridad la oportunidad en la cual el Estado debe proporcionarle un defensor.

Por último, también tiene por finalidad especificar -como lo estableció la reforma constitucional- que debe definirse por ley en qué momento los imputados contarán con sus abogados”.

Al respecto somos de la idea de encontrar la respuesta en la identificación de las diversas falencias o deficiencias que el modelo presenta o permite se den en la etapa a la que el legislador apunta.

Dichas falencias vienen dadas básicamente por las “malas prácticas” llevadas a cabo por la policía y que dicen relación con técnicas persuasivas con intensas jornadas de interrogatorios y presiones sea psicológicas como físicas, a fin de obtener una declaración relevante que pueda servir al ente acusador posteriormente en la etapa de juicio.

Es así como en muchas ocasiones la Policía de Investigaciones como Carabineros de Chile han dado tratos vejatorios a personas imputadas por delitos con el fin de obligarlos a confesar, no obstante estar fuera la confesión como medio de prueba en nuestro actual sistema y tener la declaración valor únicamente como medio de defensa.

Pero más allá de los tratos abusivos u infractores de derechos para con los acusados, la reforma, creemos viene a subsanar el vicio o deficiencia más común en materia de arresto, cual es que el funcionario policial realice una lectura somera de los derechos del imputado, sin verificar que éste ha comprendido a cabalidad lo expuesto por él, o bien, una clara omisión de la misma.

De ahí que en reiterados fallos de nuestros tribunales de justicia, especialmente, de tribunales de juicio oral y de la Corte Suprema, se ha traído a colación errores cometidos tanto en la etapa de investigación como en la de juicio oral, y más aún en el proceso de detención del imputado, y que apuntan claramente a que no se ha dado lectura de los derechos al imputado en la oportunidad correspondiente, o bien, se ha omitido hacerlo. Como por ejemplo en la causa 1001 – 2009 a propósito de un recurso de nulidad donde el recurrente sostiene *“Asimismo, estima que se ha violentado el derecho a guardar silencio, toda vez que fue interrogado en ausencia de su defensor sin hacerle lectura de sus derechos”*, y aunque que si bien la Corte desestimó el recurso por falta de preparación, la defensa arguyó como base de su fundamento el haberse omitido la lectura de derechos al imputado, entre ellos el de no incriminarse, esto es, a guardar silencio. Lo que pone de manifiesto la existencia de situaciones que la reforma inspirada en la ley Miranda de EE.UU. viene a subsanar.

Así las cosas y habiendo puesto en la palestra la situación de vicios que la modificación legal viene a subsanar, queremos ir un poco más allá y ahondar en un tema que importa una aplicación práctica de la reforma, a saber, la manera de probar la circunstancia de haber dado lectura cabal a los derechos del imputado por parte del ente aprehensor conforme al formato legal preestablecido en el art 93 inc 2 letra g) del CPP.

Para ello creemos que, echando mano al propio CPP que establece la regla de libertad de prueba (art. 295) debiera ser admisible cualquier medio probatorio legítimo, esto es no vulnerador de garantías constitucionales ni obtenido por medios ilícitos, capaz de ser eficaz a la hora de producir prueba suficiente respecto al hecho de cumplir la policía con el mandato legal de dar lectura al derecho del imputado a permanecer en silencio y de acreditar su comprensión en caso de renuncia.

En esa línea entonces, la policía podrá valerse de declaraciones, medios electrónicos como grabaciones de audio, video u otros, así como documentos por escrito firmados por el detenido que avalen el cumplimiento de la norma por parte de la misma institución y que tengan una descripción del mismo enunciado que comprende la ley en el artículo reformado y haciéndole para terminar la pregunta de si comprende lo que se le ha dicho o necesita mayor explicación, y en caso de serlo que el funcionario proceda a dársela, puesto que se trata de una cuestión bastante sencilla que no adolece de mayor complejidad en caso de ser requerida una posterior explicación.

Esta última idea entendida como complemento a lo que dispone el art. 135 del CPP, en lo concerniente en su parte final a la forma de probar el cumplimiento de la obligación legal de dar lectura a los derechos del imputado, en especial lo relativo a la confección de un documento que de cuenta del cumplimiento de tal obligación, cuyo formato y texto, dice la ley, quedará entregado al criterio del Ministerio Público.

Capítulo III

“VALORACIÓN DEL SILENCIO EN EL MARCO DE SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL”

1. ¿Es posible valorar el silencio del imputado?

La problemática jurídica respecto al silencio en el plano procesal ha sido tratada principalmente en el área civilista, así por ejemplo, Amílcar Mercader ha señalado que *“el silencio humano es inexpresivo cuando aparece aislado y no permite que se lo refiera a ninguna situación o antecedente; pero en la dinámica jurisdiccional su inexpresividad es absolutamente imposible, porque el proceso constituye una unidad sistematizada y correlacionada que se regula y organiza sobre la base del conocimiento pleno de la autoridad que antecede, lo que, al excluir la idea de ignorancia como sinónimo de información no recibida, posibilita establecer una relación constante y necesaria entre el momento de ese silencio y las etapas procesales que le preceden y que están destinadas a recibirlo”*; en igual orden de ideas Eduardo Vallejo ha expuesto que *“en el tráfico jurídico, el silencio en sí mismo considerado, conlleva una propiedad de conocimiento o de intenciones no confesadas; pero son las circunstancias y el comportamiento que lo rodean los que le dan vida, le otorgan trascendencia, ubicándolo en el mundo jurídico y en el proceso como porción de ese mundo”* (González, 1979: pp. 22-23). Por ello, el silencio del imputado en el contexto de un proceso penal no puede resultar a priori como algo inocuo o carente de toda significación en el contexto que se presenta, es más nos parece que ello es más ilógico en aquellos casos en que el ente encargado de la investigación ha aportado antecedentes en orden a determinar la participación en el ilícito del sujeto objeto de persecución.

Para poder responder la pregunta planteada en este acápite debemos situarnos en el siguiente escenario: se trata de un proceso en el que existe prueba de cargo determinante al momento de sustentar la acusación, en que además, el imputado opta por hacer uso de su derecho a guardar silencio, teniendo siempre la posibilidad de ejercer su derecho a defensa material a través de su propia declaración en cualquier estado del juicio, entonces, podríamos considerar esa actitud inactiva del imputado como un indicio de su culpabilidad,

construyendo junto a otros antecedentes un tipo de prueba, a saber, la indiciaria, la que sumada a la prueba directa, nos permitiría intentar lograr conformar un todo probatorio que sea eficaz para formar la convicción del Juez, cumpliendo con el estándar probatorio exigido, dando como fruto final una sentencia condenatoria capaz de sustentar sólidamente la culpabilidad del imputado.

La doctrina comparada frente a este tema se divide en torno a la posibilidad del órgano juzgador de darle o no valor probatorio al silencio del imputado. Aunque mayoritariamente se agrupan en torno a la respuesta negativa, así, la posición garantista resta toda posibilidad de que el tribunal pueda extraer consecuencias de dicha conducta, toda vez que el sujeto objeto de la persecución penal fundamenta en su actitud de silencio el apoyarse principalmente en su derecho a no autoincriminarse, no pudiendo inferir de tal conducta la culpabilidad del imputado por el hecho de no prestar declaración, ya que nadie está obligado a declarar en su contra, además de la naturaleza de medio de defensa, en vez de medio probatorio, de la declaración del imputado.

Desde aquella posibilidad que el juez valore el hecho del silencio para conformar su convicción, Binder explica, que el derecho al silencio es una forma de ejercer el derecho a defensa, por lo que extraer conclusiones de tal conducta sería tanto como fundar las resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado, lo que violaría, en última instancia, su derecho de defensa, *“este criterio ha sido sostenido en los Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha considerado que el ministerio público no puede hacer comentario alguno sobre el silencio del acusado ni puede el juez instruir al jurado en orden a que de tal silencio se puede inferir culpabilidad, considerándose que tales actos constituyen una violación del principio de no autoincriminación reconocido en la Quinta Enmienda”*. Pueden existir distintas razones para sustentar aquello, ya que un inocente también puede tener razones para no declarar, como por ejemplo, represalias, querer proteger a otros, resguardo a la vida privada, no querer perjudicar su defensa; además, *“al extraer consecuencias incriminatorias de cierto modo se está obligando a declarar a una persona, lo que va en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue efectivamente evitar toda forma de coacción para hacerlo”*. *“No obstante lo anterior, La Corte Europea de Derechos Humanos, en su jurisprudencia*

más reciente, ha manifestado una tendencia a morigerar la intensidad de este criterio. Si bien ha sostenido que la culpabilidad de un acusado no puede basarse *exclusivamente* en inferencias extraídas de su ejercicio del derecho al silencio, ha añadido que el solo hecho de extraer dichas inferencias no atentaría contra los arts. 6.1 y 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia), en la medida en que la evidencia existente en contra del acusado fuere lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta o explicación de su parte y se hubiere advertido a éste la posibilidad de extraer inferencias del ejercicio de este derecho.

La Corte ha dicho, en este sentido, que el hecho 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. El criterio de la Corte resulta para los autores bastante peligroso, ya que deja a discreción del tribunal la decisión del problema en cada caso concreto, *“impidiendo que el imputado y su defensor, al momento de tomar la decisión de declarar o permanecer en silencio, tengan verdadera certeza acerca de las consecuencias que tendrá en su defensa la decisión de guardar silencio”* (Horvit y López, 2004: pp. 83-85).

En igual orden de ideas se ha ido desarrollando la jurisprudencia norteamericana, principalmente en base al caso *Miranda vs Arizona*, en donde incluso el imputado ni siquiera puede ser convocado a declarar. En definitiva, el acusado es libre para declarar e inclusive poder resistirse a ocupar el estrado, es por ello que se entiende *“que tanto el privilegio como la prohibición de obtener inferencias surgen a partir del momento en que el sospechoso es advertido de sus derechos. Asimismo, también se desprende que no sólo en las instrucciones al jurado y en el alegato al fiscal se prohíben las inferencias, sino que, también, están vedadas en ocasión de que la parte acusadora haga preguntas al acusado”* (Tedesco, 2001: p.58).

En coincidente sentido, Juan Montero señala que “En las normas reguladoras del proceso penal no sólo puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a la declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias

negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio”, agrega que además “debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho, pueda extraérsele consecuencia perjudicial alguna” (1997: p.157). Por tanto, el acusado tiene plena autonomía para decidir si presta declaración o no en el proceso seguido en su contra, es más, desde la primera actuación del procedimiento queda exento de tal carga, no produciéndole por ello perjuicio alguno, eximiendo de toda oportunidad de valoración a la actitud silenciosa.

A contrario sensu, en el sistema procesal inglés se comparte una tradición distinta en cuanto a la valoración del silencio, incluso tal apreciación tiene rango de reconocimiento positivo. La “Criminal Justice and Order Act 1994” señala que el acusado, en juicio, puede elegir prestar o no declaración, pero que, en el caso de no hacerlo, se pueden realizar inferencias que aparezcan adecuadas a partir de dichas negativas, el único requisito es que la acusación, con anterioridad, haya incorporado suficiente cantidad de pruebas como para que se dé, claramente, una imputación significativa que deba ser contestada o discutida por la defensa (Tedesco, 2001: p.59), quedando con ello expresamente reconocida la posibilidad de valoración, por ende el imputado en todo momento es consciente de aquella posibilidad.

Aterrizando dicha posibilidad de valoración en la legislación chilena, dando para ello una respuesta afirmativa semejante a la dada en el sistema inglés, claro que sin reconocimiento legal expreso, nos parece pertinente la lógica argumentativa dada por los académicos Mauricio Duce y Cristián Riego, quienes señalan que *“en el caso del juicio oral chileno la respuesta debe ser claramente afirmativa. 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. También es legítimo que los jueces utilicen este elemento de convicción en sus fallos, en realidad es obligatorio que lo hagan si es que le han dado valor, y también es perfectamente correcto que el o los acusadores se hagan cargo de este elemento en su análisis de la prueba”* (2007: p.476). La conclusión anterior

siempre debe ser considerada en directa relación con la carga de la prueba que pesa sobre el ente acusador, en definitiva, un fiscal no podría presentar una argumentación débil centrando toda su credibilidad en el hecho que el imputado ha guardado silencio como el elemento central de la convicción de culpabilidad, la presunción de inocencia debe caer en base a la prueba presentada por el fiscal, centrándose en el análisis de ella, ya que *“el silencio del imputado puede ser un elemento de reafirmación de la versión acusadora y en el contexto de un caso sólido puede ser un factor elocuente, pero su utilización no debe transformarse en una especie de inversión de la carga de la prueba por medio de la cual el caso del fiscal siempre aparezca validado por medio del silencio del imputado”* (Duce, 2007: p.477), con ello es clara su importancia en orden a darle la aptitud de un “antecedente probatorio que es directamente indiciario de la conducta que se atribuye al imputado”.

El autor español Francisco Pastor (2003: pp.68-74) analiza esta problemática desde una perspectiva casuística en base a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de dicho país (Resolución 202/00 de 24 de julio de 2000, BOE de 24-8-2000), llegando a la conclusión que el silencio del imputado es un elemento que en ciertos casos sí puede ser valorado cuando va en unión con otros indicios, siempre que el ente acusador cumpla con su obligación de probar y sustentar la acusación presentada.

La motivación de la sentencia en comento es a propósito de un recurso de amparo en contra de una condena fijada en la instancia y ratificada por vía de casación, en cuyo caso el recurrente alega la vulneración del derecho a guardar silencio y a la presunción de inocencia, la cual se enervó no en base a prueba directa, sino en virtud de inferencia derivada de su negativa a declarar. En dicho análisis el autor destaca ciertos parajes argumentativos expresados en la sentencia, que consideramos pertinente reproducir a continuación con el fin de dar fidelidad al razonamiento jurisprudencial empleado.

En su considerando tercero se expresa, *“al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación”*, o sea, el imputado debe defenderse con su propia declaración respecto a los hechos que se investigan, ya que de cierto modo se considera que aquel imputado que no lo hace, y que existen antecedentes claros que exigen su explicación, no

es del todo racional que no desee defenderse, más aún, aquel sujeto que cree en su inocencia, ya que si es inocente del hecho delictivo que se le imputa no se entiende el por qué no explicar o dar a conocer su inocencia ante el órgano juzgador, ya que por lógica cualquier sujeto inocente querría por cualquier medio o forma demostrar aquello.

En el considerando quinto se señala que *“En el presente caso, según queda dicho, se denuncia la penalización del derecho a no declarar resultante de sustentar la condena penal impuesta sobre el hecho de haber querido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, guardar silencio ante los agentes policiales y no declarar sino ante el Juez. En cuanto que de este silencio suyo inicial, expresivo del ejercicio de su derecho a no declarar, se habría derivado un indicio de culpabilidad que mediante el correspondiente juicio de inferencia ha llevado al pronunciamiento de condena, se habría de constatar –según aduce la recurrente–, que su presunción constitucional de inocencia se habría visto desvirtuada sin una suficiente base probatoria de cargo”*. A continuación se detallan los hechos bases de la prueba indiciaria, y posteriormente se expresa, *“en el presente caso no cabe sostener que la resolución impugnada se halle carente de todo razonamiento lógicamente conducente a la calificación como delito de la conducta enjuiciada, por cuanto la condena penal impuesta a la acusada no se habría sustentado en la sola valoración contra reo de su negativa a prestar declaración. Contra lo que expresamente sostiene la demandante de amparo, han existido otras pruebas indiciarias acreditativas de la existencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado a los hechos acreditados”*. Siguiendo en igual lógica precisa *“siempre que el acusado niega su participación en el delito que se le imputa, a falta de prueba directa, no cabe sustentar la condena sino en un juicio de inferencia lógica expresivo de la convicción alcanzada al valorar el conjunto de los elementos de prueba disponibles”*, ya que, *“ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación incurriese fuese irrazonable o arbitraria”*.

De todo lo señalado también cabe mencionar, que si bien cumpliendo con los requisitos mencionados podríamos llegar a determinar que el silencio del imputado pueda ser valorado por el Juez, tal posibilidad es algo que no podemos dar por supuesto a priori, depende de cada caso y los hechos que en él se expresen, ya que es claro que en un caso con base probatoria débil tal opción de valoración carece de todo sentido y razón, ya que el silencio del imputado no libera al ente acusador de la carga de la prueba, porque la actividad probatoria que debe desplegar del Ministerio Público para poder con ello conformar la convicción del juez en una sentencia condenatoria goza de una importancia trascendental, en definitiva la sola circunstancia de que un imputado guarde silencio es totalmente insuficiente para determinar su culpabilidad. Es más, ni siquiera con la declaración de un imputado que reconozca su culpabilidad es mérito suficiente para que el juez forme su convicción y dicte una sentencia condenatoria en su contra, de lo que se manifiesta la importancia del aporte probatorio al caso que debe desplegar el ente encargado de la investigación, respetando siempre todos los principios que informan su actividad. No obstante aisladamente la valoración del silencio no constituya un elemento pleno o suficiente para construir la convicción judicial, sí lo es, complementando una acusación fiscal con mayores antecedentes y demás pruebas de cargo, erigiéndose como elemento coadyuvante en la formación de tal convicción del ente sentenciador.

2. El silencio es un hecho procesal y puede ser valorado en juicio

Al cuestionarnos la hipótesis de la posible valoración del silencio del imputado, para con ello poder llegar a una sentencia condenatoria en su contra, fundada en prueba de cargo suficiente que haga caer la presunción de inocencia de que goza todo sujeto a quien se le atribuye responsabilidad en la comisión de un ilícito penal, debemos a la vez preguntarnos cuál es el papel o rol que podría atribuírsele al silencio en un proceso penal, en definitiva preguntarnos ¿qué es el silencio?, y respondiendo a ello poder plantear su posible valoración en un proceso penal.

Frente a tal interrogante, y como una primera aproximación, creemos que para el legislador el silencio no es un hecho carente de todo sentido; o un hecho que haya pasado por alto sin mayor trascendencia en el proceso de que se trate, es más, el silencio, no sólo el del

imputado en un proceso penal, es un dato al que es posible atribuirle ciertas consecuencias jurídicas, o sea, un evento con consecuencias jurídicas en el proceso. E incluso haciendo una extrapolación de lo que ocurre, por ejemplo, en materia administrativa y a la regulación que tiene éste en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, podemos igualmente concluir que el legislador administrativo ha considerado la relevancia de un hecho como el silencio del órgano administrativo. A mayor abundamiento, declarar a un sujeto en rebeldía en un proceso no es más que sancionar la inactividad (silencio) del mismo.

En tal sentido al silencio le atribuimos la calidad de ser un hecho procesal, pero para entender aquello recurriremos a definiciones dadas por la doctrina en el ámbito del Derecho Civil a propósito de la Teoría del Acto Jurídico.

Así, Manuel Albadejo señala que los hechos jurídicos son aquellos jurídicamente relevantes, entendiendo por relevancia jurídica el dar lugar a consecuencias o efectos jurídicos, por tanto, un hecho se convierte en jurídico respecto a un determinado Derecho, y plantea una definición, a saber, *“el hecho jurídico como todo acontecimiento o estado –en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)- al que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo a la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo”*; además señala que *“el efecto jurídico no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción de cualquier modificación en el mundo jurídico, es decir, de cualquier alteración en la situación jurídica preexistente”* (Sin año de publicación: p.p. 5- 10).

Lo que acaba de indicarse nos parece relevante en la hipótesis en cuestión, ya que le daríamos al silencio la aptitud de ser un hecho jurídico, generando así una modificación en el mundo jurídico, dando lugar a que con ocasión del silencio se produzca un efecto, y según lo veremos más adelante, tal efecto es que en base a ello podremos considerarlo un indicio y constituir prueba indiciaria. A su vez, Alessandri señala que los hechos jurídicos son aquellos que el derecho valora, que para él y a su propio juicio, *“tienen trascendencia y en vista de lo cual les atribuye o reconoce la virtud de producir consecuencias jurídicas o, lo que es lo mismo, efectos de Derecho”*, *“tal carácter sólo se lo otorga el derecho objetivo al atribuirle o reconocerle consecuencias en el orden público”*, por tanto, *“es hecho*

jurídico todo hecho que produce consecuencias jurídicas, y las genera no por sí mismo sino porque se las atribuye o reconoce el ordenamiento jurídico”, y además señala que “*las consecuencias jurídicas o efectos de derecho se traducen en la constitución, extinción o modificación de una relación, situación o estado jurídico, y también en la fijación de certeza de preexistentes relaciones, situaciones o estados jurídicos que carecían de certidumbre, agregando, todavía, la prueba de la existencia de una persona o hecho*” (2005: pp. 133-134). En igual sentido Chiovenda señala que “*Llámanse hechos jurídicos los hechos de los cuales deriva la existencia, la modificación o la extinción de una voluntad concreta de ley*” (1936: p. 6). Por último, Víctor Vial del Río señala “que tienen la calidad de hecho todos los actos que realiza el hombre, sea cual fuere la finalidad perseguida con ellos”, y que los hechos jurídicos son aquellos “hechos que tienen relevancia y que producen efectos jurídicos, además postula que “se afirma en doctrina que un hecho está dotado de relevancia jurídica cuando su acaecimiento permite cambiar una realidad preexistente, creándose nuevas situaciones que van a tener una distinta calificación jurídica” (2004: pp.12-13).

Siguiendo en igual línea. Creemos que es posible sostener que el silencio del imputado es un hecho procesal, y que por lo mismo, es posible de él derivar ciertas consecuencias. Si bien la Ley 20.592 que modifica el Artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal señala que al imputado debe señalársele que respecto a la primera declaración ante el Fiscal o la Policía “*Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra*”, tal postulado más que prohibir expresamente la valoración del silencio viene a recalcar y consolidar el carácter informado de la renuncia al derecho a guardar silencio, o sea, que en el primer momento en que el Fiscal o la Policía solicitan la declaración del imputado éste sea plenamente instruido de los derechos que le asisten, en específico asegurando dicha información sobre su derecho a guardar silencio a través de una forma expresamente señalada en la ley, produciendo así en la hipótesis que aquel imputado que renuncie a tal derecho dicha renuncia sea plenamente informada y consiente de las consecuencias que posiblemente podría acarrearle el declarar sobre un hecho en que a él se le atribuye responsabilidad punitiva, enfrentando con tal reforzamiento aquella hipótesis en que el imputado se encuentra ante la policía o ante el fiscal sin el

asesoramiento indicado de un abogado defensor, situaciones en que es posible una mayor vulneración de las garantías del imputado, postulando con ello que la sola presencia y asesoramiento de un abogado en tal oportunidad da garantías suficientes de información en cuanto a la existencia del derecho y a las consecuencias de su renuncia, ya que tales garantías no son cuestionables en aquella declaración del imputado prestada ante un órgano jurisdiccional, haciendo eficaz el principio que señala que el imputado goza de plena autonomía en torno a decidir si declarar o no, y en caso positivo a prestar declaración en cualquier etapa del juicio como manifestación de su derecho a defensa material, todo ello en razón de lo prescrito por el Artículo 98 del Código Procesal Penal, en donde se reconoce que su declaración constituye un derecho para desvirtuar la imputación que se dirige en su contra al señalar que *“durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”*.

Con la finalidad de ejemplificar lo que se viene señalando, parece pertinente analizar lo señalado en el Artículo 190 del Código Procesal Penal, específicamente en su inciso segundo, en donde se expresa lo siguiente en relación a la declaración de testigos ante el Ministerio Público en la etapa de investigación *“Si el testigo citado no compareciere sin justa causa o, compareciendo, se negare injustificadamente a declarar, se le impondrán, respectivamente, las medidas de apremio previstas en el inciso primero y las sanciones contempladas en el inciso segundo del artículo 299”*, esto es, reclusión menor en su grado medio a máximo. El testigo durante la etapa de investigación está obligado a comparecer ante el fiscal cuando ha sido citado por éste, es más, está obligado a prestar declaración ante él mismo, es por ello que si se negare injustificadamente a declarar, es decir, guardare silencio frente a las preguntas que el fiscal le realizará, tal actitud le traerá aparejada la sanción antes mencionada, esto nos lleva a concluir que el silencio no es algo que el legislador ha determinado como un hecho inocuo, más bien en tal precepto le ha dado una clara consecuencia, imponiendo incluso una sanción. Ahora, relacionando tal precepto con la garantía consagrada en el Artículo 93 letra g) del CPP, debemos entender que el órgano interrogador debe estar en condiciones de saber o conocer la calidad procesal que posee la persona a quien está interrogando, para así poder prever claramente la información sobre los derechos que le asisten, pero, por ello se torna cuestionable aquella situación en que se

cita a declarar, en principio, a un supuesto testigo que con el devenir del desarrollo de la investigación se le termina atribuyendo cierta responsabilidad penal en el hecho investigado, por tanto, el ente interrogador no estuvo en condiciones de informarle de su derecho a guardar silencio, y es más, el sujeto estuvo obligado a declarar su versión de los hechos, ¿Qué ocurre en tal situación? Y si posteriormente el sujeto al conocer su calidad de imputado y las garantías que en cuanto tal le asisten hace uso de su derecho a guardar silencio ¿Qué ocurre con esa primera declaración? En una primera aproximación podríamos decir que no es medio de prueba, sino más bien, una fuente de prueba que debe ser construida dentro del proceso penal, además, siguiendo al profesor Raúl Tavolari Oliveros (2007: p. 139), quien distingue entre prueba ilegal y prueba ilícita, siendo la primera aquella obtenida con infracción a normas procesales, y la segunda, aquella que ha sido obtenida incurriéndose en una prohibición material violando garantías fundamentales; diríamos que en tal contexto, si entendemos que el testigo (en un principio) fue interrogado con plena observancia de sus derechos, y que la circunstancia de no haberle informado, el ente interrogador, de su derecho a guardar silencio, responde nada más a un acto involuntario de desconocimiento de que en definitiva el supuesto testigo se transformaría posteriormente en un imputado, no habría eventualmente prueba ilícita sino meramente prueba ilegal. Tema que sin embargo se presentará más adelante, a propósito de la validez del testimonio policial de oídas.

Otro ejemplo que nos aclara que el silencio ha sido tomado en cuenta por el legislador como un hecho procesal es el Artículo 270 del CPP, que a propósito de la corrección de los vicios formales en la audiencia de preparación del juicio oral, señala que *“Cuando el juez considerare que la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordenará que los mismos sean subsanados, sin suspender la audiencia, si ello fuere posible. En caso contrario, ordenará la suspensión de la misma por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días. Transcurrido este plazo, si la acusación del querellante o la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas. Si no lo hubiere sido la acusación del fiscal, a petición de éste, el juez podrá conceder una prórroga hasta por otros cinco días, sin perjuicio de lo cual informará al fiscal regional. Si el ministerio público no subsanare oportunamente los vicios, el juez procederá a decretar el*

sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere querellante particular, que hubiere deducido acusación o se hubiere adherido a la del fiscal. En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante y el ministerio público no podrá volver a intervenir en el mismo. La falta de oportuna corrección de los vicios de su acusación importará, para todos los efectos, una grave infracción a los deberes del fiscal”. Postulando así, que la inactividad, entendida ésta como el silencio, ya sea del querellante o del Ministerio Público, produce efectos jurídicos, es decir, el silencio del querellante produce la consecuencia jurídica de tenerse por no presentadas la querrela o la demanda civil en su caso; y el silencio del Fiscal puede incluso producir el sobreseimiento definitivo de la causa. Es decir, su silencio no pasa inadvertido, genera efectos o consecuencias jurídicas de relevancia.

En conclusión, de la lectura de las dos normas *in supra* transcritas, a saber, los artículos 190 y 270 del CPP, es posible señalar que el silencio ha sido considerado como un hecho procesal por el legislador.

¿Es el silencio del imputado capaz de constituir un indicio?

Si ya señalamos que el silencio constituye un hecho procesal, podríamos ahora preguntarnos si es o no posible que constituya un indicio, en conjunto con otros elementos, capaz de motivar la convicción del juez más allá de toda duda razonable, a través de la construcción de una prueba indiciaria. En tal sentido, si en un proceso penal existe prueba de cargo importante y coincidente en determinar la responsabilidad del imputado ¿por qué entonces, un imputado en tal condición, y además creyendo en su inocencia, no tendría interés en controvertir la prueba de cargo mediante sus propias declaraciones?

Un indicio puede ser entendido como un *“hecho secundario que adquiere significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal”* (Horvitz y López, 2004: p. 133), también se puede señalar que es *“el hecho a partir del cual se pretende inferir la existencia de otro hecho”* (Fernández, 2003: p. 14), o como aquel *“hecho debidamente probado que es vinculado racionalmente con un dibujo general que se pretende demostrar, no es el hecho puro, sino el hecho que se ha logrado integrar dentro de un razonamiento para indicar*

algo, así, los hechos se transforman en indicios sólo por el mérito de un razonamiento lógico exitoso” (Trazegnies, 2004: pp.196-197), y por último, nos parece pertinente lo acuñado por Gianturco quien señala que entendemos por indicio *“un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”* y así con ello en virtud del *“argumento probatorio que suministra el hecho indicador el juez infiere la existencia o inexistencia del hecho que investiga”* (Devis, 2002: p.587-588). Conceptos que en su conjunto nos permiten reconocer en los indicios el carácter de medio de prueba que en ellos subyace.

En el antiguo CdPP, específicamente en su art. 488, se señalaban claramente los requisitos que debían reunir las presunciones judiciales para constituir plena prueba, a saber: *“1°Que se funden en hechos reales y probados y no en otras presunciones sean legales o judiciales; 2°Que sean múltiples y graves; 3°Que sean precisas, de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; 4°Que sean directas, de modo que conduzcan lógica y naturalmente al hecho que de ella se deduzcan; y 5°Que las unas concuerden con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna, a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”*. Con la implementación del nuevo Código Procesal Penal, y por consiguiente, al pasar de un sistema de prueba legal a un sistema de libre valoración de la prueba, en donde el juez adquiere su convicción a través de cualquier medio de prueba, es con respecto a aquello que algunos autores han planteado la idea de que la prueba indiciaria no tendría cabida en este nuevo sistema, cuestión que no compartimos ya que en base a lo señalado, principalmente en el artículo 295 del CPP, en orden a que *“todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada decisión del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido o incorporado en conformidad a la ley”*. Por tanto, siguiendo lo señalado por Eduardo Fernández, *“no podemos postular que los indicios hayan desaparecido de nuestro sistema probatorio, por el contrario, serán los jueces los que muchas veces tendrán que recurrir a la prueba indiciaria para dar por acreditados ciertos hechos durante el juicio oral, y así deberán establecerlo claramente en su sentencia, pues conforme lo exige el Artículo 342 letra c) del CPP”* (2003: p.19), es más, la prueba indiciaria está muy relacionada con las reglas de la sana crítica y la libertad de prueba, ya

que cuando se autoriza al juez para utilizar medios de pruebas no contemplados expresamente en la Ley, tal facultad comprende la de aplicar la prueba por indicios, en definitiva, “*el valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido que investiga, aplicándoles a ellos máximas comunes o técnicas especiales que conozca o que le hayan proporcionado expertos*” (Devis, 2002: p. 608).

Para que la prueba indiciaria se pueda construir en el proceso es necesario que concurren ciertos elementos, los cuales han sido construidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Así, Eduardo Fernández señala como elementos de la prueba indirecta o indiciaria *el hecho indicador, la regla de la experiencia, la inferencia lógica y el hecho indicado*. El hecho indicador es el hecho a partir del cual se infiere la presencia de otro desconocido, del que se exige que se encuentre probado por otro medio de prueba directo; las reglas de la experiencia son aquellas que nos permiten relacionar los hechos indicadores con el objeto de la investigación y poder deducir así una consecuencia que no hemos podido percibir; la inferencia lógica dice relación con que demostrado el hecho indicador y escogida la regla de la experiencia adecuada para la construcción del indicio, se debe aplicar ésta a aquel hecho, para poder encontrar esa relación que desde un punto de vista lógico nos permita concluir; finalmente, el hecho indicado no es más que la conclusión a la que llegamos cuando se ha aplicado a través de un proceso lógico la regla de la experiencia elegida al hecho indicador demostrado, concluyendo así con la elaboración del indicio.

Al respecto, Mercedes Fernández López distingue primeramente entre dos fases a la hora de determinar la existencia de la prueba de cargo (2005: pp. 258-264). En la primera fase de valoración de la prueba en la que el órgano jurisdiccional debe determinar la existencia o inexistencia de suficiente prueba de cargo practicada con todas las garantías, respecto a la prueba indiciaria tales elementos serían los indicios, respecto de los cuales se exige en primer lugar que sean *fiabile*, considerando por ello necesario que estén plenamente probados; en segundo lugar, se exige, que exista *pluralidad de indicios* y que todos ellos tomados en su conjunto conduzcan a una conclusión inculpatória; y como tercer requisito, se señala que los indicios *deben ser pertinentes*, en el sentido de que, de un primer examen de cada uno de ellos, se desprenda que están relacionados con los hechos objetos de la

acusación, de modo que, tenidos en cuenta, puedan apoyar la conclusión judicial. Respecto a la segunda fase en la que el órgano jurisdiccional debe alcanzar una conclusión con base en el material probatorio disponible, las reglas son las siguientes, a saber, en primer lugar, existe la necesidad de que entre los distintos elementos de prueba y la conclusión judicial exista una máxima de la experiencia que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada, para cuya comprobación es necesario que tal nexo se explicita en la motivación de la sentencia; en segundo lugar, es necesario que no existan máximas de experiencia igualmente fundadas, en orden a que no sea posible alcanzar conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad; y en tercer lugar, es necesario que la conclusión del razonamiento indiciario no entre en contradicción con otros hechos declarados probados.

Manuel Jaén Vallejo (2000: pp.91-108) señala como requisitos necesarios de la prueba indiciaria para que su validez pueda desvirtuar la presunción de inocencia y para distinguir así entre prueba indiciaria y simples sospechas, los siguientes: primero, *la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados*; y segundo, *los hechos constitutivos de delitos deben deducirse de esos indicios* (hechos completamente probados), a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria.

Ricardo Rodríguez señala que son dos los requisitos que deben reunir la prueba indiciaria para destruir la presunción de inocencia, por un lado, postula que los indicios, que necesariamente han de ser *múltiples*, han de estar plenamente acreditados, es decir, justificados por medio de prueba directa, y segundo, la *deducción lógica* que ha de expresar el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la cual debe exteriorizarse en el texto de la sentencia (2000: pp. 67-68).

En definitiva, si extrapolamos los requisitos ya mencionados al silencio del imputado, es dable sostener que tal hecho procesal constituye un indicio, el que vinculado en una cadena argumentativa inferencial con otros elementos es capaz de configurar prueba indiciaria, la que a su vez, en conexión con una prueba de cargo determinante actuará como elemento coadyuvante en la formación de la convicción judicial, permitiendo arribar a una sentencia condenatoria. O sea, si existen pruebas directas que sustenten fuertemente la hipótesis de

culpabilidad del imputado, por qué no considerar el silencio de éste como un indicio capaz de incorporar a la cadena argumentativa y dotarle valor probatorio mediante la creación de prueba indiciaria, toda vez que el imputado cuenta con plena autonomía y como principal manifestación de su derecho a defensa, la facultad de poder controvertir la acusación en su contra mediante su propia declaración, mediante sus propios dichos, suponiendo que su silencio “*no permite llegar a una inferencia distinta a la incriminadora. Probada una conexión espacio temporal directa del acusado con el delito, la inferencia lógica es que la participación del mismo, si este permanece en silencio, su silencio no permite desvirtuar dicha inferencia incriminatoria*” (Pastor, 2003: p.74).

Se debe tener claro que “*ciertamente es una prueba de difícil valoración que implica riesgos y peligros, y para otorgarle la calidad de plena se debe aplicar el máximo rigor crítico*” (Devis, 2002: p.600). Pero su importancia radica en suplir la necesidad de no permitir que ciertos delitos queden impunes, es más, “*en un sistema adversarial, en que las partes tienen por misión persuadir al tribunal acerca de la veracidad de sus versiones de hecho, la prueba de hechos secundarios resulta particularmente importante, porque los jueces necesitan entender los motivos que, en cada caso concreto, pueden haber movido al acusado a actuar de la manera en que se le imputa en la acusación*” (Horvitz y López, 2004: p. 135).

3. El resultado de la valoración del silencio no constituye prueba ilícita.

Por prueba ilícita debemos entender “aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales”, es decir, es ilícita la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen la afectación de garantías fundamentales”. O dicho de otra forma “la violación de garantías fundamentales ocurridas durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal” (Horvitz y López, 2004: pp.168-169).

Ya proporcionado un concepto de prueba ilícita, nos parece de gran utilidad mencionar la distinción que el profesor Carocca, seguida por Tavolari, hace al respecto y que implica una disociación entre los conceptos de prueba ilícita y de prueba ilegal, (Tavolari, 2005: p. 171) distinción con diferencias que se expresan en el ámbito probatorio, puesto que la prueba

ilegal o irregular “es aquella obtenida o practicada con vulneración de preceptos que no gozan del carácter de normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales” (Galli, 2002: p.25), como ocurre en la prueba ilícita. Por tanto, el fundamento de la diferenciación radica en que la obtención de pruebas en la etapa de investigación se practique con violación de derechos fundamentales (prueba ilícita) o con violación de normas procesales (prueba ilegal).

La cuestión que nos preguntamos ahora es respecto a la exclusión, en base a ser considerada prueba ilícita, que puedan ser objeto las distintas hipótesis en torno al silencio, como lo es el caso del testimonio de oídas de los agentes policiales, el hecho del interrogatorio tomado a un testigo que con el devenir de la investigación posteriormente adquiere la calidad de imputado o el silencio como indicio capaz de constituir la cadena lógica de hechos pertenecientes a una prueba indiciaria.

En relación a la eficacia probatoria de la prueba ilícita, los autores se dividen en orden a aceptar o no dicha posibilidad.

En orden a restarle total eficacia probatoria a la prueba ilícita ha sido discutida principalmente en Estado Unidos a propósito de la creación jurisprudencial de la regla de la exclusión (*exclusionary rule*), en donde “*la ineficacia de la prueba ilícita es sinónimo de inadmisibilidad a través de la regla de la exclusión*” (Horvitz y López, 2004: pp.172-173). Al respecto se han dado tres fundamentos para la aplicación de dicha regla, a saber, “*1°disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas, 2°evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente, y 3°impedir que el Estado se beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales*” (Horvitz y López, 2004: pp.172-173); en definitiva, según el autor Mario Mini, en contra de la admisión concurren ciertos principios, como lo es, 1°el principio “*nemo ex delicto conditionem sam meliorem facere potest*”, según el cual los actos ilícitos no pueden ni deben aprovechar aquellos hechos por los cuales fueron cometidos o que los hicieron aplicables en juicio, 2° la declaración de nulidad de un elemento probatorio comporta la nulidad posterior de toda su eventual eficacia probatoria tanto inmediata como mediata, 3°

la debida sanción al fraude de la ley, y 4° la inadmisión de esta prueba como manifestación de la prohibición del ejercicio arbitrario del propio derecho (2005: pp.25-27).

Las posiciones que postulan la eficacia probatoria de la prueba ilícita ven “en la fuerza de convicción del elemento de prueba y su utilidad para el descubrimiento de la verdad, una razón suficiente para su admisión y valoración, con independencia de la forma en que hubiese sido obtenida” ya que “*si el elemento probatorio ayuda en el objetivo de reconstrucción histórica, pareciera no existir ninguna razón para desconocerle admisibilidad o valor probatorio que tuviere una justificación desde el punto de vista de los objetivos del proceso*” (Horvitz y López, 2004: pp.170-171); así, a favor de la admisión encontramos, 1° la Justicia como fin de todo proceso, en ayuda de la búsqueda de la verdad material e histórica, 2° el principio “*male captum, bene rezeptum*”, el cual se basa en la disponibilidad material de la prueba, más que a su forma o modo de adquisición, y por último, 3° el principio “*factum infectum fieri nequit*”, según el cual lo hecho no puede ser desechado sin antes ser considerado en el proceso.

Pero, postulados (sucintamente) los argumentos principales de ambas posiciones, en el hecho ¿Es posible excluir como prueba ilícita aquella prueba indiciaria que consideró como hecho procesal relevante y perteneciente a la cadena de indicios al silencio del imputado? Frente a tal interrogante, lo primero que nos parece cuestionable es si en la especie existe o no una efectiva violación a las garantías individuales del imputado, ¿Hay efectivamente una violación al debido proceso, o una vulneración al derecho de no autoincriminación o más específicamente al derecho de defensa del imputado? Creemos que no, ya que al valorar el silencio de igual forma mantenemos intactos los derechos en cuestión, dado que en el binomio actividad probatoria/menoscajo de derecho fundamental tiene que darse un nexo de causalidad entre ambos y ello no ocurre, puesto que “*la lesión al derecho fundamental se provoca para poder obtener una fuente de prueba que de otra manera sería muy dudoso que se lograra*” (Mini, 2005: pp.34-35). El derecho de defensa sigue intacto, porque el imputado goza de plena autonomía para declarar cuando lo estime conveniente y en cualquier etapa del proceso, está plenamente informado de los derechos que le asisten y cuenta con la asesoría de un abogado, además, de la valoración misma no se deduce que haya autoincriminación, sino más precisamente constituye un indicio de su culpabilidad que

(según el planteamiento sustentado) deberá ir siempre acompañado de una efectiva labor del ente persecutor sobre quien pesa la carga de la prueba, quien deberá aportar material probatorio sólido, sólo en tal contexto la posibilidad de valoración del silencio del imputado goza del racionalismo necesario.

4. Esfera de alcance del derecho a guardar silencio. Las intervenciones corporales

Ya se ha precisado en otra parte de esta obra el significado del derecho a guardar silencio del que goza todo imputado. Sin embargo surge ahora, una cuestión que no deja de ser relevante, cual es, el alcance real y concreto que puede darse a esta garantía del imputado, al punto de que cuando este haga uso de su derecho a permanecer en silencio se encuentre además en la posibilidad de negarse o no a cualquier tipo de intervención corporal que lo inmiscuya en el proceso como fuente de prueba.

De este tema nos encargaremos en las siguientes líneas.

Existe consenso en la jurisprudencia tanto nacional como extranjera en orden a denominar indistintamente el derecho a guardar silencio bajo el nombre “derecho a no incriminarse o a no autoincriminarse”. Claramente decir que se trata de un derecho a no incriminarse podría darnos luces para sostener que, haciendo uso de tal derecho, el imputado jamás, bajo ninguna circunstancia, podría ser sometido a intervención corporal alguna, ya que ello atentaría contra la esencia misma de dicha garantía e implicaría una clara vulneración del principio.

Sin embargo somos de la idea de que la esencia del derecho a no incriminarse apunta más bien a impedir que sea el imputado quien, a través de sus propios dichos contribuya a construir la prueba de cargo, que posteriormente servirá de base para el pronunciamiento de una sentencia definitiva condenatoria. Por lo que el someter al sujeto a exámenes físicos, psicológicos, periciales, en definitiva a cualquier clase de intervención corporal en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, no importaría entonces vulneración alguna al principio de no autoincriminarse, esto es, al ejercicio de su derecho a permanecer en

silencio, puesto que el alcance de este último no llegaría al extremo de autorizar al sujeto a negarse a este tipo de actuaciones.

Es más, el entender que la negativa a las intervenciones corporales sí formaría parte de la esfera de extensión del derecho en comento, sería dejar la puerta abierta al abuso del derecho, a la impunidad y aún más hacia una desvirtualización de un modelo que pretende un mejor acceso y una mejor justicia, puesto que si pensamos por ejemplo en el caso de un delito de violación o de un robo con homicidio, en ciertas hipótesis, las pruebas de ADN o los exámenes médicos constituyen elementos claves en el esclarecimiento de los hechos y la obtención de medios de prueba idóneos que den sustentabilidad a la acusación fiscal.

La ley por su parte nos permite con mayor fuerza sostener esta postura puesto que existen un par de normas en las que se deja en claro que la posibilidad del imputado de rehusarse a las intervenciones corporales se encuentra bastante restringida.

Así por ejemplo el art. 197 inc 1 del CPP indica *“Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.”* El inciso 2 agrega *“En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.”* De lo que se sigue que el imputado sólo podrá negarse a la realización de los exámenes corporales cuando ello implique un menoscabo para su salud o dignidad. Situación que nos parece del todo lógica ya que ello prevé un resguardo a las garantías constitucionales y un respeto a los derechos humanos del propio imputado, más aún si lo conectamos con el art. 140 del CPP que establece las condiciones para que se ordene la prisión preventiva, según el cual *“Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.”* Lo que nos hace deducir que si la ley

sanciona al imputado con la prisión preventiva en el caso de ocultar, destruir, modificar o falsificar elementos de prueba, claramente tampoco podría el sujeto negarse a las intervenciones corporales, puesto que ello implicaría la concreción de una de estas conductas, cual es, la de ocultar un elemento de prueba sustancial como puede ser un examen pericial de ADN en un delito de violación por ejemplo, y en el fondo configurar una conducta catalogable de obstrucción a la justicia, delito sancionado en el art. 269 bis del CP.

En el fondo lo que queremos hacer patente es una concordancia o correspondencia en el pensamiento o intención del legislador de la lectura de ambas normas, es decir, que si por una parte la ley obliga al imputado a realizarse los exámenes médicos (art. 197), y por otra lo sanciona en caso de ocultar elemento de prueba (art. 140), pareciera ser que lo que se busca con ambas no es más que asegurar un buen resultado de la investigación, que por supuesto garantice a su vez un debido proceso, e impedir la obstrucción a la justicia de parte del acusado.

Siguiendo con la idea anterior el art. 203 del mismo cuerpo normativo (CPP) faculta al fiscal para solicitar del imputado ciertas pruebas caligráficas que considere necesaria para la investigación, y en caso de negarse podrá pedir la autorización al juez, lo que nuevamente refuerza nuestra tesis de estar restringida la posibilidad del imputado de negarse a las intervenciones corporales, y más aún de que el derecho a guardar silencio ampare tal negativa, puesto que ello implicar develar incoherencias inexistentes en el modelo acusatorio actual de justicia chileno.

4.1 El derecho a guardar silencio y el derecho a la privacidad

El art. 19 n° 4 de la CPR asegura y reconoce a todas las personas “*El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia*”.

En el marco de la protección de este derecho constitucional podríamos pensar que obligar a un imputado a prestar su cuerpo, para ser empleado en diligencias durante la investigación, que permitan configurar elementos de prueba en su contra, importaría un notorio atentado o violación de este derecho a la privacidad, y por ende una grave infracción constitucional si

en definitiva se obtuviera una sentencia condenatoria basada en una prueba de cargo obtenida de tal vulneración. Sin embargo creemos que hacer tal analogía sería superar el contenido mismo del derecho consagrado en el art. 19 e intentar elaborar una teoría que avale la negativa del imputado sin ser ello legítimo.

Someter al imputado a exámenes médicos o pruebas corporales no obstante haber hecho uso éste de su derecho a guardar silencio no importa una vulneración al principio constitucional de protección de la vida privada. Así de categórica es nuestra opinión al respecto, pues existe fundamento legal que avala dicha postura y que aún más garantiza una plena convivencia y respeto entre ambas instituciones.

Para aclarar lo anterior, nuevamente echaremos mano al CPP.

Art. 219 *“El juez de garantía podrá autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, podrá ordenar la entrega de las versiones que existieren de las transmisiones de radio, televisión u otros medios.”*

Art. 222 inc 1 *“Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.”*

La sola lectura de tales normas nos deja en claro que el derecho consagrado en el numeral cuarto del artículo 19 de nuestra carta constitucional no es una garantía absoluta, sino que admite, precisamente en sede judicial, la posibilidad de matices, puesto que permite la interceptación de comunicaciones privadas que resulten de relevancia para la investigación y el esclarecimiento de los hechos, velando una vez más por el buen desempeño de la misma y concretando la garantía del debido proceso, puesto que la prueba obtenida en base a dichas interceptaciones y cumpliendo el supuesto de hecho precisado por la ley es totalmente válida, no ilícita.

En ese sentido si la propia ley procesal penal vigente permite la realización de actividades que atenúen el derecho constitucional a la privacidad es simplemente porque dicha atenuación no resulta del todo gravosa para el imputado, pues ella se encuentra regulada para casos específicos (delitos con pena de crimen) y no fomenta una abierta y constante vulneración de la garantía, sino que por el contrario la permite pero con límites, puesto que no resultaría congruente un modelo de justicia en el que por un lado se asegurara el respecto a todas las personas de un derecho, y por otro se permitiera su vulneración en igual medida.

Es más, volviendo al análisis del art. 197 recordemos que en el apartado final de su inciso primero este indica “... *siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado.*”, lo que en definitiva no es más que manifestación de la protección que en el art. 19 n°4 la constitución proporciona a toda persona. Es decir, si bien la ley obliga al imputado a la práctica de los exámenes, también prevé la circunstancia de que el sujeto se afecte con ello en su salud o más lejos aún, en su dignidad, con lo cual está siendo coherente con la garantía que ya consagró en la ley constitucional.

En suma, es dable sostener no obstante el derecho a la privacidad y a la dignidad humana, que el imputado no puede ni debe en términos generales negarse a la realización de exámenes o cualquier clase de intervención corporal, amparándose en el ejercicio de su derecho a guardar silencio o a no incriminarse, puesto que este último no lo faculta en ningún caso para negarse a la realización de tales exámenes, ya que decir lo contrario sería darle a tal garantía un contenido del que carece y permitir un claro abuso del derecho por parte del imputado, y en definitiva en casos como el ejemplo de violación antes mencionado, atentar contra los derechos del ofendido o víctima, dado que irrogaría a este último un claro estado de indefensión, situación que el modelo actual de justicia pretende evitar.

5. Es válida la prueba obtenida de las declaraciones de testigos policiales de oídas acerca de dichos del imputado que ha hecho uso de su derecho a guardar silencio en la etapa de juicio oral.

La norma que nos convoca y que consagra el derecho a guardar silencio merece una importante reflexión a realizar en lo que concierne a la posibilidad de congeniarla con declaraciones de testigos de oídas acerca de dichos previos del imputado que ha hecho uso de dicha garantía procesal básica. Más aún si tales testigos de oídas son funcionarios policiales.

Una revisión somera y a simple vista podría darnos a entender que admitir a una prueba fundada en tales características sería una completa vulneración de la garantía en comento, y por ende plenamente catalogable de ilícita.

Sin embargo, y en ello seguiremos de cerca al profesor Tavolari, creemos que tal testimonio no constituye prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales y más aún debe ser admitida como prueba en el proceso.

En ese sentido, señala el académico, *“no existe reparo esencial, para conferir valor probatorio, al testimonio de oídas referido a los dichos por los que el acusado reconoce su participación en el hecho penado por la ley”*. (Tavolari, 2005: p. 167).

La cuestión parece ser complicada pero, a nuestro modo de interpretar la norma, es más simple en realidad. Para ello debemos atender a la intención o espíritu que subyace sobre la base de la norma que garantiza en nuestro sistema el derecho a guardar silencio. Espíritu que consiste en proteger al imputado ante eventuales presiones o coacciones tanto físicas como psicológicas practicadas en su contra con la finalidad de obtener una declaración autoinculpatoria. Esa y no otra fue la intención del legislador a la hora de incorporar el derecho a permanecer en silencio dentro del catálogo de garantías del imputado, misma premisa que descansa en la mirada que el legislador hizo hacia el derecho comparado al realizar la reforma al CPP en los ya aludidos *Miranda Rights*. En el fondo simplemente prohibir la confesión autoinculpatoria para evitar los abusos de antaño.

Ese el sentido que tiene la norma, y en ningún caso el de prohibir que se incorporen al proceso como medios de prueba declaraciones de terceros que sin ánimo o intención de querer oír al imputado se han convertido en testigos de una declaración voluntaria no sujeta a coacción o apremio ilegítimo en la que el imputado ha señalado por sus propios dichos ser responsable del delito por el cual se le acusa.

Como dice el ya citado profesor “... *la asignación de fuerza persuasiva al dicho de los que escucharon del acusado el reconocimiento de su autoría arranca de la plena certeza de no haber mediado, por parte de los narrantes, presión, fuerza, violencia o comportamiento alguno que provocando temor en el acusado, le hubiere llevado a efectuar el reconocimiento*”. (Tavolari, 2005: p. 167). Es decir, en el fondo a lo que se está apuntando, es a evitar la producción de una prueba basada en una declaración viciada, esto es, obligada, obtenida a través de presiones o mediante el empleo de cualquier expresión de coerción sobre el declarante.

La tesis sostenida no implica en ningún caso vulnerar la garantía del derecho a guardar silencio ni tampoco otorgarle el valor probatorio de confesión a la declaración del imputado en la que reconoce su participación criminal sino que simplemente tratar de establecer el real sentido o finalidad a la que apunta la norma.

El hecho de que el imputado haya guardado silencio, tanto en la etapa de investigación como en la de juicio propiamente tal, no legitima bajo ninguna circunstancia la posibilidad de restar eficacia a las declaraciones de testigos de oídas acerca de dichos del imputado proferidos con anterioridad, puesto que no es el espíritu de la norma aquello, y más aún es la propia ley la que reconoce implícitamente valor a la declaración del imputado al sostener en el art. 340 del CPP “... *no se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración...*”, lo que otorga a la declaración la categoría de elemento coadyuvante en la formación de la convicción del juez más allá de toda duda razonable, como sostiene el catedrático ya citado en su obra de Derecho Procesal.

¿Qué ocurre si los testigos de oídas son funcionarios policiales? En ese caso ¿si constituye vulneración de garantías y la prueba se torna ilícita?

La implicancia de funcionarios policiales en medio de declaraciones del imputado que contienen elementos incriminatorios es una cuestión bastante interesante de analizar en el marco de lo que venimos tratando.

Así las cosas, pareciera ser que la sola intervención o presencia del agente policial en el contexto de la declaración autoincriminatoria de un imputado, constituiría una manera de coacción o de infundir miedo en el sujeto y viciar su voluntad.

Sin embargo, a la interrogante propuesta se responderá negativamente, puesto que el hecho de ser proporcionado el testimonio de oídas por un funcionario policial que ha escuchado al imputado decirse culpable, no cambia la postura antes mencionada, en el entendido de que tal declaración haya sido voluntaria y que el policía no haya ejercido presiones de ninguna índole en contra de este último. Un ejemplo que podría ilustrar este contexto al que nos referimos es el que postula el profesor Tavolari, en el que la policía, alertada por vecinos de la ocurrencia de disparos en una casa, concurre al lugar de los hechos y sorprende al homicida junto a su víctima y este exclama ¡Lo maté, yo lo maté!. En tal caso claramente se trata de una declaración voluntaria sin sujeción a presión alguna y en un contexto en el que los policías ni siquiera han infringido la ley al tomar declaración de manera espontánea y sin autorización y bajo la responsabilidad del fiscal, ya que han sido meros espectadores de los dichos del imputado.

Empero, la situación se complica un poco cuando nos enfrentamos a otro escenario, cual es, el que el sujeto haya declarado ante la policía en la etapa de investigación, con la autorización legal correspondiente, y posteriormente en la de juicio oral ha ejercido su derecho a guardar silencio. En este caso seguimos sosteniendo que el testimonio de oídas continúa siendo un elemento coadyuvante en la ponderación y conformación de la convicción por parte del juez, y que no vulnera la garantía del derecho a guardar silencio del que ha hecho uso el sujeto en la etapa de juicio oral y al que ha renunciado en la de

investigación, pues al presentar la prueba testimonial de oídas sobre una declaración anterior no se está obligando ni doblegando la voluntad de un sujeto en torno a autoincriminarse, no se le está impidiendo el ejercicio de su derecho, sino que se está presentando un elemento probatorio que ha tenido su génesis en la posibilidad materializada de intervenir el imputado en el juicio, a través de su declaración, esto es, a la renuncia en una primera etapa al derecho del cual se prodiga protección y al que la propia ley permite renunciar.

Tenemos claro que la ley procesal obliga a que toda la prueba deba ser producida y rendida durante el juicio oral, sin embargo puede este elemento considerado coadyuvante constituir precisamente aquello, un apoyo o complemento al material probatorio que contribuya al esclarecimiento de los hechos y a la formación de la convicción judicial.

Como dice Duce y Riego “*Desde el punto de vista teórico la no declaración del imputado en el juicio oral debiera habilitar a la incorporación como prueba de sus declaraciones anteriores, esto porque si bien es cierto el valor de la inmediación repudia en general el reemplazo de declaraciones actuales inmediatas por otras mediatizadas, en este caso hay lugar a una importante excepción.*” (Duce y Riego, 2007: p. 472). Dicha excepción de la que hablan los autores dice relación con el hecho de que el imputado tiene la oportunidad de contradecir la información proporcionada en anteriores declaraciones y mostrar al juzgador las distorsiones declarando.

El imputado tiene durante toda la investigación la oportunidad de hacer uso de su derecho a guardar silencio, así como también la de renunciar a él. Por tanto, si durante la investigación el imputado opta por declarar, cumpliendo dicha declaración lo ordenado por la ley (art. 91 CPP), y posteriormente en la etapa de juicio propiamente tal hace uso del derecho a permanecer en silencio, el ejercicio de dicho derecho no implica dejar de lado, a un nivel de inexistencia, a la diligencia realizada con anterioridad de haber prestado declaración. No la omite, puesto que se trata de una actuación en cuya forma se ha respetado la ley, es una declaración obtenida conforme a derecho, y por consiguiente, el testimonio del testigo policial de oídas (funcionario que tomó la declaración por delegación del fiscal) podrá ser incorporado en juicio como un elemento relevante a ser considerado

por el sentenciador, dado que se trata de una cuestión que ha sido percibido por éste a través de sus propios sentidos, y del cual puede dar fe.³

La valoración que el tribunal haga o no de tal testimonio constituirá una cuestión privativa del propio juzgador, pero en ningún caso, su admisión en el juicio constituye vulneración de la garantía procesal del derecho a guardar silencio, ni menos del derecho a defensa, si en su ejercicio se han observado las exigencias legales que establece el CPP.

6. Análisis jurisprudencial de la valoración por los tribunales chilenos

De los fallos que a continuación pasamos a exponer, es posible deducir un criterio utilizado por los jueces en torno a la posibilidad de valoración del silencio del imputado, ya que en ellos se considera su importancia cuando la prueba aportada por los entes persecutores es sólida en orden a determinar la culpabilidad del imputado, el que se erige como el primer sujeto llamado a contradecirla con sus propios dichos, para así aportar una duda razonable (al menos) y desvirtuar el material probatorio que lo incrimina, es más, con ello los jueces no consideran vulnerado el derecho a guardar silencio ni la prohibición de autoincriminarse, así como tampoco consideran como una causal de afectación a la carga de la prueba y a la presunción de inocencia.

1.- En la causa **RIT 23-2011** el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, a propósito del delito de incendio en grado de ejecución frustrado y del delito de robo en lugar habitado, tomó en consideración para la formación de su convicción condenatoria la circunstancia de haber hecho uso el imputado de su derecho a guardar silencio, en

³ Al respecto en causa RUC N° 0100070934-0 sobre delito de robo con violencia, el Tribunal de Juicio Oral se pronunció respecto a las declaraciones de testigos policiales de oídas y tomó en consideración tales declaraciones para formar su convicción, señalando lo siguiente “*Que la declaración dada por los policías de investigaciones acerca de lo que escucharon decir a los imputados es, a juicio de este Tribunal, plenamente válida, por cuanto a los imputados se les dio la oportunidad de guardar silencio, dándoles a conocer sus derechos y la posibilidad de contar con un abogado, derecho al cual renunciaron, declarando voluntariamente. Que lo anterior es más claro si se tiene en cuenta que no hay antecedentes que permitan concluir que los acusados hayan sido presionados a declarar ante la policía de investigaciones quienes además se encontraban expresamente autorizados por el fiscal para interrogarlos, por cuanto del examen practicado en el servicio de urgencia del hospital se aprecia que los imputados no presentan lesiones de ningún tipo, lo que además fue corroborado en estrados por la perito señora Sara Espejo.*

(...) Que respecto al derecho consagrado en el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal, esto es el derecho a guardar silencio, es una garantía que sólo puede hacer valer el imputado, pero sólo respecto de él, no existe ninguna norma legal que impida a terceros exponer ante el Tribunal los hechos de que tengan conocimiento, de lo contrario, ni aún las víctimas podrían referirse a los dichos de los agresores.”

conexión, eso sí, con los restantes elementos de la prueba de cargo presentada por el Ministerio Público, tales como, los testimonios de las personas afectadas, las pericias evacuadas por expertos de la LABOCAR y los testimonios de policías que al momento de la detención dieron cuenta de que el imputado manejaba la misma bicicleta que momentos antes se encontraba en el inmueble incendiado y que además entre sus pertenencias portaba una caja de fósforos, encendedor y una vela. Dándole plena importancia, en lo que a nuestro análisis se refiere, a la falta por parte del acusado de un relato que de alguna manera permitiera entender las extraordinarias circunstancias del contexto en que se realizó el ilícito, ya que, según el tribunal, éste necesariamente debió intervenir de un modo inmediato y directo en los ilícitos en comento, habida consideración de la inexistencia de una coartada de descargo de su parte que permitiera colocarlo espacial y temporalmente en otro lugar, de forma tal que pudiera llevar a incubar algún tipo de duda en la mente de estos sentenciadores, lo que no ocurrió, cuestiones todas que son bastantes para vencer del modo más categórico la presunción de inocencia que lo amparaba.

2.- En la causa **ROL 4792-10**, a propósito de un recurso de nulidad en donde se condenó al imputado como autor de delitos reiterados de confección y facilitación de facturas de compra y guías de despacho falsas, sanción frente a la cual la defensa del imputado dedujo recurso de nulidad sustentado en la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal. En relación a lo que nos convoca, los sentenciadores consideraron relevante el hecho de que el acusado no había probado las operaciones contenidas en las facturas y guías de despacho, optando por guardar silencio en torno a tales interrogantes, y entendiendo, por su parte, la defensa que con ello se atentaría contra el principio de la carga de la prueba en materia procesal penal y contra el derecho a guardar silencio que le asiste a todo imputado, cosa que no se advierte por los sentenciadores, sosteniendo éstos que los argumentos planteados por la parte recurrente no dejan manifestación clara de la vulneraciones denunciadas, ya que “...a sabiendas que las operaciones comerciales de que daban cuenta eran ficticias, pues tras ser impugnadas por el Servicio, ningún antecedente se aportó por el enjuiciado o la aludida contribuyente que justificare la existencia de las mismas”. Por último se concluyó que no existe inversión de la carga de la prueba, ya que la prueba de cargo ya había permitido tener por probado el delito.

3.- Para finalizar encontramos otra manifestación del criterio señalado en el recurso de nulidad **ROL 6708-09**, respecto a la sentencia pronunciada por el Primer Tribunal de Juicio Oral de Santiago, en donde se condenó al imputado como autor del delito de abuso sexual, deduciendo la defensa del condenado recurso de nulidad fundado en las causales del artículo 373 letra a) y letra b). En razón de lo pertinente la defensa alegó la vulneración al principio de inocencia en el hecho que el tribunal valoró negativamente el silencio del imputado, en circunstancias que aquél constituye un derecho, precisando que en el motivo decimoséptimo de la sentencia, al negarse el otorgamiento de la libertad vigilada, el tribunal expresó: *“por otro lado, es una inconsecuencia con la actitud demostrada por el imputado durante el juicio en que asilándose en su derecho a guardar silencio nunca dio una versión de los hechos”*. Argumento de la defensa que la Corte no consideró como relevante, desestimando el recurso, y confirmando el criterio del tribunal oral.

Conclusiones

Finalizado el estudio precedente podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El derecho a guardar silencio es una garantía esencialmente renunciable

La propia ley en su artículo 93 inc. 2 letra g) del CPP recientemente reformado por la ley 20.592 establece la posibilidad de renunciar al derecho a guardar silencio. A mayor abundamiento, decimos que es esencialmente renunciable, no sólo porque la ley permita su renuncia sino que además porque es ésta la que se encarga de establecer las diversas opciones u oportunidades que el imputado tiene para franquear la garantía y prestar declaración. Es decir el hecho de tener el imputado grandes y variadas oportunidades para declarar transforma al derecho en esencia en renunciable.

2. La renuncia debe ser el resultado de una decisión libre, informada y consciente.

La decisión de renunciar al derecho a guardar silencio debe ser el resultado de un proceso racional e intelectual en el que el imputado sea capaz de tomar tal opción de manera libre, sin sujeción a presiones o coacciones de ningún, informada, esto es, habiéndosele explicado y descrito cabalmente sus derechos, y por último consciente, vale decir, comprendiendo con certeza los efectos o consecuencias de su decisión.

3. La ley 20.592 constituye un fortalecimiento del carácter informado y consciente de la renuncia al derecho a guardar silencio a través de la lectura de una fórmula gramática legal.

La reforma al CPP realizada en Junio del año en curso pretende reforzar y precisar que la renuncia al derecho a guardar silencio debe ser consciente e informada, introduciendo para ello una fórmula gramática legal, y evitando así erróneas interpretaciones de la antigua norma. En ningún caso la ley pretende evitar la posibilidad de inferir consecuencias a partir del silencio del imputado, o bien, de hacer una valoración del mismo.

4. El silencio como hecho procesal relevante tiene el mérito de indicio capaz de constituir prueba indiciaria.

El silencio no es un hecho inocuo carente de todo sentido inmerso en el contexto de un proceso penal. Muy por el contrario el silencio es hecho del proceso al que la ley tanto en materia de derecho privado o común como en aspectos de derecho público como en el proceso penal le asigna efectos o consecuencias jurídicas, como ocurre con la Rebeldía por ejemplo, o en materia procesal penal propiamente tal lo que ocurre con el art. 270 CPP, en lo que atañe a la posibilidad de subsanar vicios formales en la audiencia de preparación del juicio oral, caso en el cual el silencio o inactividad tanto del fiscal, del actor civil, como del querellante se traduce en una consecuencia jurídica, cuestión propia o característica de los hechos jurídicos, y más específicamente de los hechos procesales.

El silencio, a su vez, como hecho procesal es susceptible de constituir prueba indiciaria, en la medida que constituya un eslabón en una cadena lógica deductiva, erigiéndose como un elemento coadyuvante en la formación de la convicción del sentenciador.

5. Es posible valorar el silencio. Elemento coadyuvante en la formación de la convicción judicial.

No existe limitación legal que impida o prohíba expresamente la posibilidad de hacer una valoración del silencio del imputado. Por tanto hemos de sostener que tal valoración es posible toda vez que ella se haga en el contexto de existir una base sólida o suficiente en cuanto prueba de cargo del Ministerio Público, de manera tal que dicha valoración venga a constituir un elemento complementario a las pruebas ya recogidas por el órgano acusador. La valoración claramente será una cuestión que cada tribunal hará caso a caso, otorgándole el valor que según su propio criterio crea merecerle. Sin embargo, más allá del contenido que se le dé a esa valoración, lo relevante a afirmar es que dicha valoración es posible, y ello no constituye vulneración alguna al derecho a defensa ni al principio de no autoincriminarse del que goza el imputado.

6. Ni la ley ni la intención legislativa apunta a la exclusión del testimonio de oídas sobre declaraciones previas del imputado.

Así como la ley 20.592 no pretende prohibir la valoración judicial del silencio, tampoco busca o intenta excluir el testimonio de oídas acerca de dichos del imputado que contienen elementos incriminatorios. La finalidad de la norma es realzar el derecho a guardar silencio evitando su vulneración al practicarse una defectuosa lectura de los derechos que le asisten al imputado al momento de practicarse la aprehensión policial.

Bibliografía General

1. LIBROS

- Albadejo García, Manuel (sin año de edición): *El Hecho Jurídico*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, España.
- Alessandri Rodríguez, Arturo (2005): *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, Tomo II, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Camps Zeller, José (2003): *La defensa del imputado*, Lexis Nexis, Santiago, Chile.
- Carocca Pérez, Álex (2005): *Manual el nuevo sistema Procesal Penal*, Lexis Nexis, Santiago, Chile.
- Devis Echandia, Hernando (2002): *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, Quinta Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia.
- Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2002): *Introducción al nuevo Sistema Procesal Penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
- Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2007): *Proceso Penal*, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Fernández López, Mercedes (2005): *Prueba y presunción de inocencia*, Edit. Iustel, primera edición, Madrid, España.
- Fullerton Castro, A. y Darmazo Araujo, M. (1999): *La prueba ilícita en el proceso penal*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile.
- González, Atilio Carlos (1979): *Silencio y Rebeldía en el Proceso Civil*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, Argentina.
- González Díaz, Mario Alfonso (2005): *Derecho a defensa en la legislación chilena*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Arturo Prat, Iquique, Chile.
- Hendler, Edmundo (2006): *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- Hernández Basualto, Héctor (2002): *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado, N° 2, Chile.

- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Jaén Vallejo, Manuel (2000): *La prueba en el Proceso Penal*, Edit. Ad Hoc, primera edición, Buenos Aires, Argentina.
- Mini Massoni, Mario (2005): *La prueba ilícita en el Proceso Penal*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile.
- Pastor Alcoy, Francisco (2003): *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Edit Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- Rodríguez Fernández, Ricardo (2000): *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal. Nociones Básicas. Jurisprudencia Esencial*, Editoriales Comares, Granada, España.
- Tavolarí Oliveros, Raúl (2007): *Instituciones del nuevo Proceso Penal cuestiones y casos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Urzúa Chacón, Cristián (2003): *El derecho a guardar silencio*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Talca, Chile.
- Vial del Río, Víctor (2004): *Teoría General del Acto Jurídico*, Quinta Edición Actualizada y Aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

2. LEGISLACIÓN

- Código Procesal Penal (2009), Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, Santiago, Chile.
- Constitución Política de la República (2006), Editorial Jurídica de Chile, Undécima Edición, Santiago, Chile.
- Convención Americana de Derechos Humanos. (1969), San José, Costa Rica.
- Ley 20.592 (2012), Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Chile.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976).

3. DOCUMENTOS

- Centro de Documentación Defensoría Penal Pública (2003): Informes en Derecho Doctrina Procesal Penal 2001-2003, N° 1.

4. ARTICULOS

- Banda Vergara, Alfonso (1999): “Derechos fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal”, en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, número especial, Valdivia.
- Baytelman A., Andrés (2002): “Tiene derecho a guardar silencio... La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial”, en *Informe de Investigación. Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales*. N° 13, Año 4.
- Carocca Pérez, Álex (1999): “El debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno y en nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Ius Et Praxis, Universidad de Talca*, N° 1, año 5, Talca, Chile, pp. 391.
- De Trazegnies Granada, Fernando (2004): “La teoría de la prueba indiciaria”, en *Revista Jurídica del Perú*, N° 54, pp. 185-209.
- Estrada Vásquez, Francisco (2006): “La renuncia al derecho a guardar silencio por un adolescente en nuestro ordenamiento y en el estadounidense. Comentario a propósito del fallo IN RE E.T.C., juvenile, 141 vt. 375 (1982), Corte Suprema de Vermont, 24 de junio de 1982”, en *Revista de Derechos del Niño*, N°s Tres y Cuatro, Santiago, Chile, pp. 183-194.
- Fernández, Eduardo (2003): “La prueba indirecta”, en *Revista Procesal Penal*, N° 10, pp.13-20.
- Medina Schulz, Gonzalo (2003): “La primera declaración del imputado y el derecho a no declarar en perjuicio propio”, en *La prueba en el Proceso Penal Oral*, Rodrigo Coloma Correa (ed.), Lexis Nexis, Santiago, Chile, pp. 35-68.
- Riego, Cristián (1993): “El proceso Penal y los derechos humanos”, en *Gaceta Jurídica N° 155*, pp. 7-20.

- Riveros-Barragán, Juan David. (2008): "El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso Colombiano", en *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° Enero-Junio, pp. 373-393.
- Tavolari Oliveros, Raúl. (2004): "Informe en Derecho: Sobre la eficacia probatoria de los testigos de oídas acerca de dichos del Imputado", en *Boletín del Ministerio Público*, N° 19, Julio 2004, pp. 201-212.
- Tedesco, Ignacio (2001): "La libertad de declaración del imputado: un análisis histórico comparado", en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico y comparado*, Edmundo S. Hendler (comp.), Editores del Puerto, Facultad de Derecho U. Buenos Aires, Argentina, pp. 29-63.
- Zapata García, María (2005): "El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 6, año 2005, pp. 255-287.
- Zapata García, María. (2001): "La confesión en el nuevo sistema procesal penal: ¿Una Reina que perdió su trono?", en *Gaceta Jurídica*, N° 252.

5. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- Armenta Deu, Teresa (2007): "La verdad en el filo de la navaja (nuevas tendencias en materia de prueba ilícita)", en *Revista Ius Et Praxis*, N° 13-2, disponible en <http://vlex.com/vid/verdad-filo-navaja-tendencia-ilicitas-43389386>. Fecha última consulta: 9 de Agosto de 2012.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2012): "Historia de la ley 20.592". Disponible en http://www.leychile.cl/Consulta/portada hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20592&anio=2012. Fecha última consulta: 12 de Agosto de 2012.
- López Masle, Julián, "La prueba", disponible en <http://vlex.com/vid/prueba-57261880>. Fecha última consulta: 8 agosto de 2012.
- Nuñez Vásquez, J. Cristóbal, "La prueba en el proceso Penal", disponible en <http://vlex.com/vid/prueba-proceso-penal-57287399>. Fecha última consulta: 10 de Agosto de 2012.