

LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO EN EL JUICIO ORAL

Cristian Riego¹

Nos encontramos en medio de un proceso de cambio muy radical en el sistema de enjuiciamiento criminal, cuya expresión más paradigmática consiste en la introducción del juicio oral como nueva forma de juzgamiento. Hasta ahora, la discusión acerca de éste cambio ha sido bastante general y se ha centrado fundamentalmente en los principios que el juicio oral pretende realizar, así como en las reglas principales que lo rigen. No obstante, a estas alturas, ya se han realizado más de un millar de juicios orales en las diversas regiones del país en las que el nuevo sistema rige y, como es natural, la práctica de quienes intervienen en ellos ha generado numerosas discusiones acerca de innumerables cuestiones del funcionamiento práctico del nuevo sistema.

En este sentido, uno de los elementos más importantes del juicio oral es la declaración del imputado. De hecho, tal como el sistema inquisitivo estableció toda una concepción de la declaración del imputado, basada en la idea de la búsqueda de la verdad y el sometimiento de la persona del imputado al interés estatal², el juicio oral, en cambio, plantea otra lógica completamente diversa en que el principal valor es el de la participación del imputado en el juicio oral. Su declaración, o su silencio, son ahora expresión de su autonomía y la expresión más importante de su derecho a la defensa³. Estas manifestaciones, por otra parte, están protegidas con miras a garantizar que se ejerciten de manera completamente voluntaria.

El problema es que todas estas ideas se mueven todavía en el plano general y no nos sirven para resolver los problemas que hoy se están planteando en discusiones que suelen ser muy intensas y específicas. Pero además de la intensidad de estas discusiones, se están comenzando a observar prácticas que son muy heterogéneas. En las diversas regiones, y entre los distintos tribunales, se están decidiendo de diferente manera los conflictos que se presentan en torno a cuestiones como cuál es el momento preciso de la declaración del imputado en el juicio, cuáles son las facultades de las partes frente a la misma o la valoración del silencio del imputado. En muchos casos esas decisiones se distancian al extremo y hacen

¹ El autor es profesor de Derecho Procesal Penal e investigador de la Universidad Diego Portales, fue director de la comisión que redactó el proyecto de nuevo Código Procesal Penal y participó como asesor en la discusión del mismo en el Congreso Nacional.

² De hecho, para MAIER, la confesión se transformó en un fin del procedimiento –“el precio de la victoria”- y, por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítima: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos y, por fin, el tormento físico. MAIER, JULIO B.J. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto, 2^o reimpresión, año 2002, p. 292.

³ Sobre la declaración del imputado como medio de defensa y no, en cambio, como medio de prueba *vid.*, por todos, FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Galantismo Penal*, trat. De Perfecto Ibáñez y otros, Editorial Trotta, año 1999, p. 606 y ss. Específicamente sobre la utilización del imputado como órgano de prueba y las distintas hipótesis que se pueden dar *vid.* MAIER, *Derecho Procesal Penal, op. Cit.* P. 664 y ss.

que los actores del sistema se confundan, viéndose impedidos de tomar decisiones estratégicas apropiadas para el manejo de sus casos.

Esto es un proceso natural y difícil de evitar y, por lo mismo, expresa un dinamismo interesante en el funcionamiento del nuevo sistema que, lejos de restringirse, debiese ampliarse. No obstante aquello, pienso que la jurisprudencia debería introducir progresivamente criterios de aplicación común, que vayan equilibrando la capacidad de los actores para generar nuevas soluciones con la necesidad de una mínima homogeneidad, en lo posible rescatando y expandiendo las mejores prácticas disponibles.

Por lo mismo, lo que éste trabajo pretende hacer es avanzar hacia una propuesta específica de criterios para la práctica de la declaración del imputado en los tribunales del nuevo sistema procesal penal. En todo caso, no creo que esto deba ser objeto de una nueva regulación legal, sino que pienso que tanto las decisiones concretas de los jueces, como las estrategias y peticiones de los abogados –así como la jurisprudencia de las cortes-, deberían irse construyendo sobre la base de un debate articulado, nunca cerrado, pero tampoco arbitrario.

Aspiro a que estos puntos de vista sean tenidos en cuenta por todos esos actores y que sirvan para hacer que el debate sea más sistemático. Creo que son estas discusiones, y la consolidación de algunas soluciones como las más apropiadas, lo que constituye el avance de una cultura legal en torno al juicio oral y es ésta la que lo termina de construir y moldear como institución a partir de las bases que la ley ha establecido.

El derecho a declarar como manifestación del derecho de defensa material

Uno de los objetivos principales del Código Procesal Penal consistió en la instauración de las garantías básicas del debido proceso y entre ellas la de la defensa, tradicionalmente muy limitada en nuestro derecho procesal penal⁴.

El núcleo central de este derecho a la defensa esta constituido por lo que se ha llamado la defensa material, es decir, la posibilidad que el imputado debe tener de oponerse a la imputación⁵. Este derecho de defensa material es la expresión de algunos de los valores

⁴ Una aproximación crítica al derecho a la defensa en el sistema inquisitivo chileno en, RIEGO, CRISTIÁN, *El Proceso Penal y los Derechos Humanos*, en Cuaderno de Análisis Jurídico, Volumen 1, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, año 1994, ps 52 y ss., además en RIEGO, CRISTIÁN, *El Sistema Procesal Penal Chileno Frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos*, MEDINA CECILIA Y MERA JORGE (ed), Sistema Jurídico y Derechos Humanos, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, año 1996, p.251 y ss. Respecto del nuevo proceso penal y, especialmente, el derecho a la defensa en el nuevo proceso penal *vid.* CAROCCA, ALEX, *La Defensa Penal Pública*, Ed. Lexis nexos, año 2002.

⁵ Una revisión completa del derecho de defensa –en especial en su dimensión material- puede verse en MAIER, *Derecho Procesal Penal...*, *op. Cit.* P. 539 y ss.

principales del sistema constitucional, como es el de la autonomía moral del sujeto y el reconocimiento de su dignidad básica. A partir de allí, este derecho supone que el proceso es un mecanismo que posibilita la participación del imputado en el debate que ha de conducir a una decisión fundamental acerca de su vida futura, como es la posible aplicación de una pena en su contra.

La manifestación fundamental de este derecho a la defensa material consiste en la posibilidad de hablar, es decir, la posibilidad de hacerse cargo de la imputación en su contra, de negarla, de matizarla, de entregar información adicional que modifique sus consecuencias, de evidenciar sus contradicciones internas, de mostrar su falta de credibilidad, de plantear una versión alternativa que también pueda ser creíble, en suma de manifestarse como actor en el proceso y hacer valer sus puntos de vista de un modo amplio. El carácter voluntario de esta participación supone obviamente también la posibilidad de guardar silencio cuestión que, por lo demás abordaremos más adelante.

La fuente formal que de modo más claro consagra la defensa material es, probablemente, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, como sabemos, forma parte nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5° de la Constitución Política del Estado⁶. La regla mencionada abre todo el catálogo de garantías judiciales que constituyen el debido proceso, prescribiendo “1. *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente...*”. Este enunciado expresa lo que constituye el centro de la defensa y de todas las demás garantías: el derecho a hablar y, consecuentemente, a ser oído y, además, el derecho a participar en el proceso.

Este derecho a la defensa material es personal, esto es, corresponde al imputado, y el modo más elemental y directo de ejercerlo es por medio de su declaración, que es precisamente la manifestación de su versión de los hechos frente al tribunal por medio de un relato que aspira a ser creído. Tan central es este concepto de defensa material del imputado, que la defensa técnica, esto es la participación del defensor profesional, aparece como un elemento de apoyo a la anterior. En otras palabras, dado que los procesos judiciales que el estado ha definido son complejos, el imputado requiere para el ejercicio de sus derechos de la asesoría de un experto para poder ser eficaz en su desempeño.

⁶ Acerca de la regulación del derecho a la defensa material en el sistema de los derechos humanos *vid.* CAFFERATA NORES, JOSÉ I. *Proceso Penal y Derechos Humanos*, Ed. Del Puerto, ps. 110-114.

El imputado tiene derecho a declarar durante todo el proceso y en cualquier momento del juicio oral

En algunos tribunales orales se han instalado la idea de que el imputado estaría obligado a hacer uso de su derecho a declarar al inicio del juicio oral⁷. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 98⁸ del Código Procesal Penal, el imputado tiene derecho a declarar durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, como medio para defenderse de la imputación en su contra. Esta norma parece ser bastante clara en cuanto a la amplitud que tiene el imputado para decidir acerca del momento específico en que prestará la declaración. Siendo el juicio oral parte del proceso –de hecho la parte más importante del mismo–, parece claro que a partir de ésta norma puede el acusado resolver con libertad en que momento del mismo presta declaración si es que resuelve hacerlo.

El problema se presenta por la existencia de la regla del artículo 326, que en su inciso tercero regula específicamente la declaración del imputado al inicio del juicio, ubicándola luego de los alegatos de apertura. En el inciso cuarto señala que en lo sucesivo del juicio, el imputado podrá pedir ser oído con el fin de aclarar o complementar sus dichos⁹. Algunos jueces de tribunales orales, han sostenido que la regla en cuestión supondría que la negativa del imputado a declarar al inicio del juicio genera la pérdida de la facultad de hacerlo con

⁷ Así, por ejemplo, algunas salas del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco, Calama y Antofagasta han insistido permanentemente que la oportunidad procesal para que el imputado declare en el juicio oral es al inicio del juicio. Este razonamiento puede verse, incluso, en lo resuelto en un recurso de nulidad por la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta que, en el considerando séptimo, acoge esta tesis de temporalidad de la declaración del imputado.

⁸ Artículo 98.- *Declaración del imputado como medio de defensa.* 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 digiere.

La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto.

La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El Juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. Regirá, correspondientemente, lo dispuesto en el artículo 326.

Si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al ministerio público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

Si el imputado no supiere la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración de conformidad al artículo 291, incisos tercero y cuarto.

⁹ “Artículo 326.- *Defensa y declaración del acusado.* Realizadas las exposiciones previstas en el artículo anterior, se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.

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

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

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

posterioridad, puesto que esta posibilidad estaría limitada a quienes hayan declarado en la oportunidad prevista en el artículo 326 –al inicio- y quieran, con posterioridad, aclarar o complementar sus dichos.

Mi opinión es que a regla del artículo 98 es plenamente aplicable a la declaración del acusado en el juicio oral. En consecuencia, éste tiene la posibilidad de pedir ser oído en cualquier momento del juicio y puede resolver el momento preciso de hacer valer este derecho, de acuerdo con consideraciones puramente estratégicas. En todo caso, siempre que haga uso de esta facultad debe soportar las cargas de que sus declaraciones puedan ser utilizadas como prueba en su contra y la obligación de someterse al contraexamen del o de los acusadores.

El Código Procesal Penal es absolutamente explícito en recoger la noción de defensa material como la posibilidad del imputado de declarar y, además, de hacerlo durante todo el proceso y en todas las actuaciones relevantes. El artículo 7 deja muy claro que las garantías del imputado –entre las que se incluye la defensa material por cierto- se podrían hacer valer “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”. El artículo 8, a su vez, prescribe que el imputado podrá formular los planteamientos que considere oportunos e intervenir “en todas las actuaciones judiciales”. El artículo 93 reitera la regla general del artículo 89 al proclamar que todo imputado podrá hacer valer sus derechos “hasta la terminación del proceso” y al enumerar los mismos incluye, en la letra d): “Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá acudir con su abogado o sin el, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la declaración”. Finalmente, el artículo 232¹⁰, que regula la formalización de la investigación, establece que en la audiencia el imputado podrá manifestar lo que considere conveniente, reiterando de este modo la pertinencia del ejercicio de la defensa por medio de la declaración del imputado.

Vale la pena volver sobre el artículo 98 para afianzar aún más la idea de la declaración como ejercicio de la defensa material. Tanto el título del artículo como su contenido son absolutamente claros en esto; la declaración del imputado es “...un medio de defensa”. A estas alturas del análisis se puede dar por establecido que el derecho a defensa se ejerce por dos vías: primaria y directamente a través de la declaración personal del imputado y, secundariamente, por medio de las argumentaciones y alegaciones de su abogado. Las reglas citadas son claras en cuanto a que el ejercicio de la defensa debe tener lugar durante todo el proceso.

¹⁰ Artículo 232.- *Audiencia de formalización de la investigación.* En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presentare en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al tribunal. Enseguida, el imputado podrá manifestar lo que estimare conveniente.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen. El imputado podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta hubiere sido arbitraria.

La expresión definitiva de la forma en que el Código concibe el derecho a la defensa, está constituida por la regla del inciso final del artículo 338¹¹, que indica que concluidos los actos del juicio se otorgará al imputado la palabra, con el fin de que manifieste “...lo que estime conveniente”, esto es, se reitera específicamente, a propósito del juicio, la regla general del artículo 98; el imputado tiene derecho a defenderse, y consecuentemente, a declarar en cualquier momento. En el juicio esta situación se lleva al extremo dado que el mismo se inicia ofreciéndole la oportunidad de hablar y se concluye también con un ofrecimiento equivalente. Por supuesto, también en el caso de que el imputado opte por declarar en esa oportunidad final, deberá someterse al contraexamen del fiscal y deberá también soportar la carga de que éste incorpore la información surgida de sus dichos en su análisis de la prueba (y que eventualmente sea considerada por los jueces como prueba en la sentencia). Es por esto que, de acuerdo con un criterio elemental de juego justo y de orden, lo lógico es que el defensor incluya la declaración del imputado en algún lugar del orden de las pruebas que él presentará.

El derecho a declarar como forma de ejercer la defensa supone poder escuchar el contenido de la imputación y la prueba de cargo. Uno de los argumentos que se ha planteado a favor de la caducidad del derecho a declarar en el juicio, cuando éste no se ejerce en la etapa inicial, dice relación con el hecho de que la ley querría que el imputado declarara sin conocer en detalle la prueba de cargo. Esta circunstancia le impediría adaptar su declaración a lo que ha escuchado en el curso de juicio, lo que supuestamente le otorgaría a sus dichos un mayor valor informativo. Incentivar al imputado a declarar al principio y plantear allí su versión, so pena de no poder hacerlo del todo, permitiría a los juzgadores valorar de mejor forma la credibilidad de la misma puesto que podrían luego confrontarla con el resto de las pruebas. Por el contrario, permitirle que declare después de la presentación de las pruebas hacer perder esa posibilidad de confrontar la declaración con la prueba restante, porque le permite al acusado agregar a su declaración todos los elementos destinados a explicar, justificar o desmentir las afirmaciones de los demás testigos o demás medios de prueba, o evitar incluir en su declaración componentes que sean contradictorios con las declaraciones más creíbles.

El argumento anterior pierde algo de su fuerza en cuanto se piensa que el imputado de hecho conoce el contenido de la prueba por medio del acceso que ha tenido a la investigación del fiscal. No obstante, el principal problema de este argumento es que es contrario a la idea de

¹¹ Artículo 338.- *Alegato final y clausura de la audiencia del juicio oral.* Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorgará sucesivamente la palabra al fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto. Seguidamente, se otorgará al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes. Por último, se otorgará al acusado la palabra, para que manifestare lo que estimare conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate.

que la declaración del imputado es un medio de defensa tal y como explícitamente lo establece la ley. Esto porque, como hemos dicho, la defensa consiste precisamente en la posibilidad de responder, de hacerse cargo, de contradecir la prueba y los planteamientos de la parte acusadora y para hacer esto es oportuno cualquier momento, especialmente aquellos posteriores a la presentación de la prueba. Es de hecho después de la prueba el momento en que el imputado cuenta con una mayor información y tiene en consecuencia la oportunidad de responder a la acusación de manera más completa.

Pero por otra parte, siendo el derecho a la defensa una expresión de la autonomía individual, el imputado tiene derecho a ejercerla en el momento en que le parezca oportuno, negarle esta posibilidad es impedirle ejercer el acto fundamental de su manifestación como sujeto procesal, precisamente en la etapa en que esta cobra su máxima expresión que es en el juicio oral.

Sobre la base de la idea del derecho a declarar, como la expresión central del derecho a defensa, descansa la regulación del artículo 285¹² complementado por el inciso final del 291¹³. Estas normas proclaman, en primer lugar, la necesidad de presencia del imputado en el juicio y regulan detalladamente las excepciones a dicho principio, así como de los resguardos que se deben tomar para asegurar que en todo momento este se encuentre debidamente informado acerca del curso del juicio. La razón de esta regulación es, de nuevo, la protección del derecho a la defensa en un sentido material, esto es, el imputado tiene derecho a presenciar el juicio y a enterarse con detalle de su contenido con el fin de poder defenderse de las declaraciones, de las afirmaciones, de las argumentaciones que se viertan y en general de cualquier información que lo perjudique.

Toda esta regulación solo tiene sentido en relación con el derecho a defensa y con la consiguiente posibilidad de declarar, si es que este derecho no pudiera ejercerse después del

¹² Artículo 285.- *Presencia del acusado en el juicio oral.* El acusado deberá estar presente durante toda la audiencia.

El tribunal podrá autorizar la salida de la sala del acusado cuando éste lo solicite, ordenando su permanencia en una sala próxima.

Asimismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandone la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbe el orden.

En ambos casos, el tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la oportuna comparecencia del acusado.

El presidente de la sala deberá informar al acusado de lo ocurrido en su ausencia, en cuanto éste reingrese a la sala de audiencia.

¹³ Artículo 291.- *Oralidad.* La audiencia del juicio se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda la intervención de quienes participaren en ella. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro de juicio.

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, quienes no pudieran hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.

El acusado sordo o que no pudiese entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio.

inicio del juicio, entonces, no tendría sentido asegurar la permanencia del imputado en el resto del mismo. Esto solo estaría planteado como una exigencia informativa. Eso no tiene sentido, el imputado debe estar presente en el juicio y en todo caso debe ser informado de todo lo que ocurra porque esa es una precondition de su participación como sujeto, la que a su vez se traduce en su derecho a hablar.

En consecuencia, reconocer el derecho a la defensa del imputado y su derecho a declarar como manifestación del mismo supone, necesariamente, que pueda ejercerlo en cualquier momento del juicio, en especial después de la presentación de la prueba de cargo, como parte de la presentación de la prueba de descargo. Por supuesto que como en las demás actuaciones del imputado en el proceso, el ejercicio de su autonomía le acarrea consecuencias, algunas de las cuales son potencialmente desfavorables. Entre ellas se encuentra la obligación de someterse al contraexamen de parte del o de los acusadores o la posibilidad de lo que diga pueda ser usado en su contra. Pero específicamente en relación con la oportunidad de la declaración, es claro que prestarla en una etapa tardía del juicio puede suponer una merma en la credibilidad de algunas de sus afirmaciones, los jueces saben que el imputado declaró habiendo escuchado la prueba y sacarán de ello las consecuencias que correspondan. Probablemente hubiesen estado más dispuestos a creer algunas de esas afirmaciones si estas hubiesen sido hechas sin esa información previa. Esto nos conduce de nuevo a la idea de la autonomía, el imputado como sujeto y participe del proceso, toma sus decisiones estratégicas libremente pero se hace cargo de las consecuencias perjudiciales de esas decisiones.

Uno de los principios fundamentales del nuevo sistema procesal penal es el de la presunción de inocencia, consagrada normativamente en el artículo 4¹⁴ del Código Procesal Penal, y que, además, esta contenida en los tratados internacionales de derechos humanos vigentes en Chile¹⁵. Una de las expresiones más claras de este principio está constituida por la noción de que la carga de la prueba corresponde al acusador.

La pretensión de que el imputado deba declarar al inicio del juicio, so pena de la pérdida de su derecho a hacerlo con posterioridad, lo que supone la privación de su facultad defensiva más elemental, es en mi opinión inconsistente con una interpretación razonable de este principio tan importante. Desde el punto de vista de la lógica estratégica del juicio, la carga de la prueba sobre el acusador supone que quien tiene que presentar su caso es éste, y sobre esta prueba va a recaer el debate. Poner sanciones tan fuertes para lograr que el imputado declare al inicio, antes de que el acusador presente su prueba, supondría relevar hasta cierto punto al acusador de su carga probatoria, el acusador ya no tendría que exponer su caso como la

¹⁴ Artículo 4°.- *Presunción de inocencia del imputado*. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.

¹⁵ La presunción de inocencia se encuentra recogida en los art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

información primordial del juicio, es una expresión extrema de este planteamiento el debate recaería en gran medida sobre la declaración del imputado y el acusador podría concentrarse no tanto en probar directamente la imputación sino en cuestionar la declaración del imputado, la que pasaría de este modo a ser el centro del debate en reemplazo de la prueba del fiscal.

Si lo dicho es correcto alguien podría cuestionar acerca de la razón por la cual la ley consagra la declaración del imputado al inicio, ¿cuál sería, entonces, la lógica estratégica de esta disposición? Aparentemente el acusado debiera siempre declarar después de la presentación de la prueba del acusador.

En mi opinión, la razón de esta disposición es recalcar el hecho del que el imputado puede declarar en cualquier momento, desde el principio hasta el final. En cuanto a su lógica estratégica, esto es, la pregunta acerca de en cuáles circunstancias quisiera el imputado declarar al inicio dándole una aparente ventaja al acusador. La respuesta es simple; es perfectamente posible que el imputado quiera tomar esta oportunidad de declarar como una manera de maximizar su credibilidad frente al tribunal. Al hacerlo, asume el riesgo de que sus dichos sean luego confrontados con la prueba, pero si está muy seguro de la fuerza de su versión, puede querer tomar ese riesgo precisamente como una manera de mostrar su seguridad en la misma.

Desde el punto de vista de acusador y su carga probatoria, la fórmula consagrada en la ley, según la cual el imputado puede escoger libremente el momento en que va a prestar declaración desde el inicio hasta el final del juicio, es perfectamente lógica. De esta forma obliga al acusador a acudir al juicio con sus pruebas y a preparar su caso con prescindencia de la declaración del acusado, éste por su parte mantiene abiertas sus opciones que van desde no declarar hasta hacerlo en cualquier momento. Por supuesto, cualquiera de estas decisiones puede generar efectos favorables al acusador, pero con los cuales este no puede contar de antemano.

Me parece que todos los argumentos planteados dejan clara la noción de que el acuerdo con los principios del nuevo sistema procesal penal como una regulación específica del derecho a la defensa y con las reglas de la prueba en el juicio oral la forma correcta de resolver la cuestión planteada es la de reconocer que el imputado tiene derecho a declarar en el momento que lo estime conveniente y que el hecho de no hacerlo en la etapa inicial del juicio no supone renunciar del todo a la posibilidad de hacerlo con posterioridad. No obstante, todavía se podría plantear una interpretación formalista y descontextualizada del inciso final del artículo 326 y decir que pese a todo, esa regla regula de manera taxativa y excluyente las posibilidades de

declaración del imputado durante el juicio. Mi opinión es que ni aún en las condiciones planteadas es correcto leer de esa manera el artículo 326¹⁶.

La regla fundamental del artículo 326 es la contenida en el inciso primero que reitera el principio general planteado a lo largo de este trabajo. El artículo indica que después de la exposición de los acusadores y demandantes “...se le indicará al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°” es decir, abre la posibilidad del ejercicio de la defensa en el juicio. El resto del artículo desarrolla el modo específico en que se concreta esta primera oportunidad de defensa en el juicio, esa regulación se refiere solo a la ritualidad de los primeros actos.

Los incisos segundo y tercero se refieren a la posibilidad de que las dos formas de ejercer la defensa con que el imputado cuenta puedan ser ejercitadas en ese preciso momento del juicio. El inciso segundo se refiere a la intervención del abogado mediante su argumentación inicial y el inciso tercero se refiere a la declaración inicial del imputado. Es claro que ambos incisos están abordando la cuestión del ejercicio de la defensa en ese preciso momento y no están excluyendo posibilidades posteriores. Otra interpretación es errónea tanto porque la ley indica precisamente que en ambos casos existen posibilidades posteriores de ejercer la facultad –en el caso del abogado esta el alegato final y en el del imputado la última palabra- como porque de aplicarse ese criterio supondría que el abogado no podría intervenir con posterioridad, dado que no se ve por qué se va a entender que la caducidad del derecho se refiera solo a las intervenciones del imputado y no a las del abogado.

El inciso cuarto, por último, regula una situación derivada del inciso tercero. Esta es la declaración posterior del imputado para el caso en que haga uso de la oportunidad que se le ofrece. Es decir, si el imputado declara en ese momento, se establece que podrá más adelante aclarar o complementar sus dichos, con lo que reitera el principio general de que la defensa se ejerce en cualquier momento, para ese caso específico. Pero el inciso cuarto nada dice acerca de la situación del imputado que no declara en ese momento inicial. Esta situación no es materia de regulación de ese artículo, porque eso se regula en el artículo 98 con toda la claridad “...durante todo el procedimiento...” y se reitera de manera radical en el inciso tercero del artículo 338 que concede al acusado la última oportunidad para declarar al término del juicio.

¹⁶ De hecho, creo que este fue el criterio que por lo demás siguió el legislador. Así, por ejemplo, el segundo Informe de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado señala que “**El acusado y su defensor no están obligados a exponer su defensa en este momento.** El primero por hacer uso de su derecho de guardar silencio, y el segundo porque puede estimar conveniente esperar que el fiscal presente su caso. **Sin embargo, para que no pueda estimarse que hay indefensión, se estimó preferible señalar que se le debe ofrecer la palabra al acusado y a su defensor para ejercer su defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°.** (la negrilla es mía)

La declaración del imputado como prueba

Durante la tramitación del proyecto del nuevo Código Procesal Penal en el Congreso Nacional se planteó la cuestión de si la declaración del imputado debía ser considerada como una prueba o si, en cambio, debía ser tenida más bien como un medio de defensa. Después de una discusión algo confusa, se optó por este segundo camino¹⁷. No obstante, la cuestión no se resuelve tan sencillamente porque, como veremos, esta ambigüedad de la declaración del imputado es inevitable.

La afirmación del carácter de medio de defensa que se atribuye a la declaración del imputado tiene que ver básicamente con su comprensión en un sistema procesal que reconoce garantías básicas. En la tradición inquisitiva, el imputado no es en realidad un sujeto procesal, sino que se encuentra completamente sometido a las necesidades de la investigación¹⁸. A partir de allí es que su declaración es en realidad un mecanismo de información y prueba del que dispone el juez, y para obtenerlo está facultado a apremiar al sujeto con incomunicación y en el modelo más antiguo incluso mediante la tortura¹⁹.

En el Código de Procedimientos Penal aún vigente en la Región Metropolitana, se encuentra vigente esta lógica. No obstante, ya desde el año 1989²⁰ se introdujo una regulación que reconoció el derecho del imputado a guardar silencio frente al juez, no obstante es fácil imaginar que en la práctica este derecho no tuvo demasiada relevancia frente a un juez que se encontraba en la capacidad de detener, procesar, poner en prisión preventiva e incomunicar al que quisiese hacer uso de su derecho a guardar silencio²¹.

Es frente a toda esta regulación que surge el planteamiento de que la declaración del imputado es un medio de defensa la que ya hemos explicado, en el sentido de que éste lo ejercita voluntariamente según sus propios intereses y de acuerdo con sus propias consideraciones estratégicas. Se vincula también esta idea a la presunción de inocencia en el sentido de que

¹⁷ Citar actas del Congreso.

¹⁸ Sobre este punto existe una enorme literatura. De hecho, toda la disquisición que se ha hecho del proceso crítico del modelo inquisitivo tiene sus razonamientos en esta situación que se observa, donde el imputado, lejos de ser un sujeto del proceso, devenía en un objeto que el juez podía disponer a su antojo.

¹⁹ Respecto del tema de la tortura, y su utilización en el ámbito del procedimiento inquisitivo, *vid*, MELLOR, “La Tortura”; TOMÁS Y VALIENTE, “La Tortura Judicial en España”; PETERS “La Tortura”; FOUCAULT “Vigilar y castigar, Nacimiento de la Prisión”; MAIER “Derecho Procesal Penal...” *cit.* En especial p. 297 a 299; BECCARIA “De los Delitos y de las Penas”; PAILLAS “Derecho Procesal Penal” v.1 p. 38 a 45; MACAGNO, “Apuntes históricos sobre la tortura”.

²⁰ La Ley N° 18.857 de 1989 modificó el artículo 484 prescribiendo que el ejercicio del derecho a guardar silencio del imputado no implicaría un indicio de participación, culpabilidad o inocencia.

²¹ Sobre el carácter apremiante del proceso inquisitivo y como éste, aunque normativamente se suavizara, terminaba limitando las garantías del imputado *vid* RIEGO, CRISTIÁN, *El proceso Penal Chileno frente a la Constitución Política del Estado y a la Convención Americana de Derechos Humanos*, en AA.VV. Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994.

es el acusador quien debe probar su imputación y el acusado no está obligado a colaborar en esa actividad.

No obstante, la cuestión es que, reconocida la plena autonomía del imputado para declarar o no hacerlo, si de hecho este declara en el juicio es necesario entender que su declaración se transforma, ahora sí, en un medio de prueba. Es decir, se trata de una información que los jueces deberán valorar en su sentencia, pudiendo analizar su credibilidad y de la cual podrán extraer conclusiones útiles para formar su convicción siendo plenamente aplicable a este efecto la regla general sobre libertad de prueba de los artículos 295²² y 297²³.

La valoración que los jueces pueden hacer de lo que el imputado manifieste en su declaración puede jugar tanto en su favor como en su contra, es decir, es posible que los jueces atribuyan credibilidad a lo que el imputado diga y esto les permita arribar a una duda razonable y en definitiva a una absolución. Pero también es posible que consideren que lo que el imputado diga no es creíble y esto les permita atribuir más fortaleza a la versión del acusador. Es muy probable que en la mayor parte de los casos la declaración del imputado sea creíble en algunos aspectos y no en otros, y los jueces podrán por supuesto hacer estas distinciones y utilizar este material informativo junto con los demás medios de prueba para arribar a sus conclusiones.

También es relevante que la declaración del imputado, una vez formulada, sea considerada un medio de prueba, porque de allí se deriva la aplicación a ella de algunas de las reglas que la ley establece respecto de los testigos y peritos. La regla fundamental aquí es la del artículo 323²⁴ que establece que los medios de prueba no regulados expresamente deberán regirse por las reglas de aquel que resulte más análogo. En este caso, tratándose de una declaración, es evidente que el medio de prueba que más se asemeja a la declaración del imputado es el de los testigos y es por eso que se deben hacer aplicables algunas normas que son compatibles con la declaración del imputado, como son las del artículo 309²⁵ sobre preguntas de credibilidad y sobre la obligación de dar razón circunstanciada de los hechos, la del artículo

²² Artículo 295.- *Libertad de prueba.* Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

²³ Artículo 297.- *Valoración de la prueba.* Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

²⁴ Artículo 323.- *Medios de prueba no regulados expresamente.* Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

²⁵ Artículo 309.- *Declaración de testigos.* En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. Sin perjuicio de ello, los intervinientes podrán dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

311²⁶ sobre personas sordas o mudas, las del artículo 328²⁷ sobre la facultad de las partes para determinar el orden de las pruebas, las del artículo 329 sobre la forma de la declaración, las del artículo 330 sobre la forma de las preguntas de las partes, también son aplicables las normas de los artículos 331²⁸, 332²⁹ y 334³⁰ sobre la lectura de declaraciones anteriores, aunque en estos casos es necesario hacer aplicación de la regla de analogía del 323 porque el texto expreso de la ley hace aplicable estas reglas a la declaración del imputado.

Uso de las declaraciones del imputado prestadas con anterioridad al juicio

Parece ineludible analizar también la posibilidad de en el juicio oral se haga uso de las declaraciones que el imputado haya hecho en forma previa. Para ese efecto, me parece que es útil hacer una distinción clara entre el contenido de la declaración, esto es la información que ella contiene, y el medio en el que consta, puesto que como veremos, la ley establece diversas restricciones en cuanto a la lectura de ciertos documentos en los que constan declaraciones prestadas en forma previa en tanto que no dice nada respecto de el contenido de la declaración.

²⁶ Artículo 311.- *Testigos sordos o mudos.* Si el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si fuere mudo, dará por escrito sus contestaciones.

Si no fuere posible proceder de esa manera, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que pudieren entenderse con él por signos o que comprendieran a los sordomudos. Estas personas prestarán previamente el juramento o promesa prescritos en el artículo 306.

²⁷ Artículo 328.- *Orden de recepción de las pruebas en la audiencia del juicio oral.* Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que hubieren sido deducidas en su contra.

²⁸ Artículo 331.- *Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral.* Podrá darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 280;
- b) B) Cuando constataren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y
- d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía.

²⁹ Artículo 332.- *Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral.* Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

³⁰ Artículo 334.- *Prohibición de lectura de registros y documentos.* Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.

Ni aun en los casos señalados se podrá incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales.

En principio, como regla general podemos decir que las declaraciones que el imputado haya formulado fuera del juicio sobre hechos relevantes en el mismo constituyen una información que puede ser incorporada al debate y, por su puesto, valorada por el tribunal en su fallo. Una declaración previa del imputado puede haber sido formulada en cualquier contexto, fuera o dentro del proceso, verbalmente o por escrito, en un ámbito público o privado, lo que la hace relevante en su vinculación con los hechos del juicio.

El hecho de que la declaración no está siendo prestada directamente frente a los jueces genera la necesidad de usar medios de prueba que la reproduzcan en el juicio, esto agrega a los problemas generales de credibilidad de toda declaración, otras dificultades como son la credibilidad del hecho de haber sido prestada, su integridad, la exactitud de su reproducción, la sinceridad o ambigüedad con que pudo haber sido formulada. La parte que pretenda utilizar para sus objetivos probatorios una declaración prestada en forma previa deberá, ya sea por la vía de otras pruebas o por la de la argumentación, hacerse cargo de estos eventuales problemas y los jueces a su turno deberán considerarlos al momento de valorar el contenido de la declaración.

En principio, es una información de mejor calidad la que proviene de una declaración prestada en el juicio oral porque es posible excluir los problemas señalados, que se generan como producto de la mediación, y se pueden concentrar los esfuerzos de los litigantes y del tribunal en la valoración de la credibilidad de lo que el imputado afirma.

Si bien el Código no rechaza en general las declaraciones previas del imputado, lo que sí hace es restringir muy fuertemente el uso de algunos medios de prueba de estas declaraciones. Estas restricciones recaen, en general, sobre algunos documentos que dan cuenta de declaraciones prestadas en forma previa y veremos que el análisis de estas restricciones supone hacer distinciones entre diversas categorías de documentos.

En general, lo que el Código pretende cautelar es el valor de la inmediación, esto es, la posibilidad de que los jueces perciban la información del medio del que directamente emana y para eso establece la regla básica de la oralidad en el artículo 291, que exige la utilización de este método para la presentación de las pruebas. No obstante, existe una forma de mediación que no atenta contra la oralidad y que el Código admite expresamente y esa es la que se produce por medio de los testigos de oídas, aceptados expresamente en el inciso segundo del artículo 309. Es decir, en el juicio oral está permitido introducir una declaración del imputado prestada en forma previa por medio de un testigo que se cuenta de lo que el imputado dijo en alguna circunstancia específica. En esto nuestro Código se aparta del método predominante

en los sistemas anglosajones, en los que la llamada prueba de referencia se encuentra prohibida³¹.

Tratándose en cambio de la prueba de declaraciones previas por la vía de documentos que las contengan, la protección del principio de la oralidad genera una prohibición general de lectura que se encuentra en el artículo 329³². En principio no se admite la lectura de documentos que den cuenta de declaraciones previas. Esta regla general no incluye a las declaraciones del acusado y, en mi opinión, no debe ser extendida a las declaraciones del acusado. Si bien la regla del inciso segundo del artículo 323 hace en general aplicable al artículo 329 a las declaraciones del imputado en cuanto se trata de un medio de prueba no regulado expresamente, esa aplicación se refiere a la forma de la declaración del imputado en el juicio y, específicamente, a la interrogación por las partes y por el juez, y no debe extenderse a este aspecto específico puesto que este punto excede con mucho una cuestión formal, se trata de una regla de admisibilidad de un tipo muy específico de pruebas y en consecuencia se encuentra claramente fuera del alcance de lo que el artículo 329 pretende resolver. Por otra parte el Código ha sido muy claro, en estas reglas que regulan la posibilidad o no del uso de declaraciones previas ha especificado en cada caso a qué declaraciones específicas se está refiriendo y por lo tanto no se ve por qué en este caso se hubiese omitido la declaración del imputado si es que se quisiese incluir.

Por lo tanto, en nuestra opinión la regla general es que la lectura de declaraciones previas de imputado se encuentra permitida, sin embargo existen algunas restricciones específicas que examinaremos a continuación.

³¹ La regla 802 de las Rules of Evidence de Estados Unidos, sobre prueba de referencia (Hearsay Rule) señala "Hearsay is not admissible except as provided by these rules or by other rules prescribed by the Supreme Court pursuant to statutory authority or by Act of Congress" (La prueba de referencia no es admisible excepto según se prevé en estas reglas prescritas por la Corte Suprema...) La traducción es mía

³² Artículo 329.- *Peritos y testigos en la audiencia del juicio oral.* Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 331 y 332.

El juez presidente de la sala identificará al perito o testigo y ordenará que preste juramento o promesa de decir la verdad.

La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio de las partes. Los peritos deberán exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autorizará que sean interrogados por las partes. Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinieren como acusadores el ministerio público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda.

Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.

A solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia.

Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, ni ser informados de lo que ocurriera en la audiencia.

La principal restricción, en cuanto a uso de documentos que den en cuenta declaraciones previas, es la que se refiere a los documentos que dan cuenta de la actividad de la policía y del Ministerio Público. Las razones de esta especial cautela son varias. En primer lugar se trata de documentos que son generados por una de las partes, la que tendría todos los incentivos para producirlos de un modo que la favorezca y en consecuencia existe siempre la sospecha de distorsión. Además, se trata de la parte que tiene de su lado toda la capacidad operativa del sistema estatal y tiene en consecuencia la posibilidad de generar, de manera unilateral, documentos respecto de casi toda la información relevante, eludiendo de esta manera el control que el proceso supone. Esta restricción especial se expresa en la regla del artículo 334 que prohíbe expresamente la incorporación al juicio de declaraciones por medio de lectura de documentos que den cuenta de actuaciones o diligencias policiales o del Ministerio Público. Esta prohibición incluye por supuesto documentos que den cuenta de declaraciones previas del acusado.

Pero esta regla restrictiva tiene dos excepciones contenidas en los artículos 331 letra b) y 332. La primera se refiere a la incorporación de una declaración previa por acuerdo de las partes. Como esa lectura en el caso del imputado se encuentra permitida, esta regla sólo se aplica a los documentos del artículo 334, esto es, se puede incorporar por lectura una declaración previa del imputado prestada ante la policía o el ministerio público cuando las partes así lo consientan, lo que por otra parte no hace sino reafirmar la posibilidad de que las partes hagan acuerdos sobre las pruebas.

La segunda excepción es la contenida en el artículo 332 que se refiere a la posibilidad de usar declaraciones previas prestadas ante el fiscal o el juez de garantía con el fin de evidenciar contradicciones o de ayudar a la memoria de declarante. Como en el caso del acusado no existe una restricción general de lectura, esta regla solo se aplica a la hipótesis del artículo 334, y por lo tanto permite que la declaración previa del imputado prestada ante el fiscal, se utilice en el contexto de su declaración en el juicio, ya sea para ayudarlo o con el fin de evidenciar contradicciones y consecuentemente minar la credibilidad de lo que afirma.

Dada la complejidad de esta cuestión, parece necesario resumir cual es en mi opinión el régimen de regulación del uso de las declaraciones del imputado en el juicio. La regla general es que cualquier declaración previa del imputado puede ser introducida al juicio por la vía del testimonio de oídas, esto abarca las declaraciones que se hayan producido fuera del proceso pero también aquellas que puedan haber tenido lugar en etapas procesales anteriores, frente al fiscal, frente al juez y, muy especialmente, frente a la policía. También se pueden introducir declaraciones previas que consten en documentos cuando el origen de estos sea externo al proceso y cuando se trate de registro de actuaciones judiciales que se hayan producido en el mismo proceso, normalmente frente al juez de garantía. En cambio tratándose de declaraciones prestadas ante el ministerio público, estas sólo se pueden introducir en el

contexto de la declaración del imputado en juicio con el fin de refrescar su memoria o impugnar su credibilidad. Los documentos que den cuenta de declaraciones prestadas ante la policía no se pueden introducir y por lo tanto esta información siempre deberá ingresarse por medio del testimonio de los policías.

Este régimen que proponemos no se hace cargo de la posibilidad de exclusión de declaraciones previas en virtud de haber estas sido obtenidas de manera ilícita, el examen de esa cuestión quedará para otra ocasión y solo podemos decir que esa exclusión puede afectar a una declaración previa del imputado cualquiera sea el medio por el cual se la pretenda introducir³³.

El silencio del imputado

Ya hemos dicho que no nos parece discutible que una vez prestada la declaración del imputado en el juicio ésta pase a constituirse en un medio de prueba y que en consecuencia puede ser valorada por los jueces en la fundamentación de su sentencia. Dicho esto, surge el problema del silencio, esto es, si es que el imputado no hace uso de su derecho a declarar en el juicio, ¿pueden los jueces al momento del fallo utilizar ese silencio como elemento de apoyo a la verosimilitud de la versión de la acusación?, ¿pueden razonar válidamente los jueces, en el sentido que el silencio del imputado en el juicio puede significar temor al riesgo de someterse al contraexamen y, en consecuencia, a mostrar las posibles inconsistencias de su versión?

Esta cuestión tiene regulaciones bastante variadas en el derecho comparado³⁴, un debate especialmente interesante es el que se ha dado en el sistema inglés, donde se modificó el régimen legal que regula esta cuestión con el fin de ampliar las posibilidades de valoración del silencio del imputado³⁵. Asimismo en el sistema alemán se ha instaurado un consenso en

³³ En este sentido es posible revisar, aunque sea a modo de ejemplo, el reciente fallo del Juzgado de Garantía de Coquimbo de fecha de 31 de marzo de 2004, que fue ratificado por la Ilma. Corte de Apelaciones de La Serena, en el cual se excluye la declaración de los funcionarios policiales por estimar que éstos podían declarar sobre aquello que escucharon del imputado en una declaración que, en razón de la Jueza de Garantía, había sido obtenida ilegalmente.

³⁴ Son abundantes los fallos de la CEDH sobre este punto. De hecho, uno de los primeros casos donde se discutió el silencio del imputado fue en *John Murriay v. the United Kingdom*, donde la Corte señaló que no había algo así como un derecho absoluto al silencio y sostuvo la doctrina, por lo demás mantenida hasta hoy, que para considerar si hubo una vulneración al artículo 6 de la convención europea de derechos humanos al inferir circunstancias negativas del silencio del imputado, hay que ver las circunstancias particulares del caso. Un fallo especialmente relevante en este razonamiento puede verse en *Condron v. the United Kingdom*. En sentido contrario a esto, pero a mi juicio interpretando mal la jurisprudencia del CEDH, *vid. MEDINA, GONZALO, La primera Declaración del Imputado*, en A.A.V.V. *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*, ed. Lexis Nexos, p.46.

³⁵ La nueva regulación normativa sobre el tema se estableció con la Criminal Justice and Public Order Act 1994, que en la Sección 35 (2) y (3) prescribe:

“(2) Where this subsection applies, the court shall, at the conclusion of the evidence for the prosecution, satisfy itself (in the case of proceedings on indictment, in the presence of the jury) that the accused is aware that the stage has been reached at which evidence can be given, or having been sworn, without

términos de que no es posible que el ejercicio del silencio del imputado sea considerado como un elemento de prueba en su contra³⁶.

En mi opinión, 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 es que del contexto de pruebas, ese hecho les permite hacer deducciones que refuerzan la credibilidad de la versión acusatoria, entonces 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 de análisis de la prueba. Por otra parte, es lógico que el defensor también podría argumentar sobre esto si es que de algo le sirviera.

El silencio del imputado no releva al acusador de la carga de la prueba

Toda esta argumentación no debe ser entendida de un modo contrario a la presunción de inocencia. Esto es, en una versión extrema de este criterio se podría entender que el fiscal podría presentar un caso muy débil, que por sí mismo en ningún caso pudiera conducir a una sentencia condenatoria, centrando toda su argumentación en el hecho de que el imputado ha guardado silencio como elemento central de la convicción de culpabilidad; tal como dijimos a propósito del momento de la declaración del imputado, los jueces deben preservar la presunción de inocencia exigiendo que el fiscal pruebe su caso y centrando su análisis en esa prueba. El silencio del imputado, entonces, puede ser un elemento de reafirmación de la versión acusadora y, en el contexto de un caso sólido, puede ser un factor especialmente elocuente, pero su utilización no debe transformarse en una especie de inversión de la carga de prueba por medio de la cual el caso del fiscal siempre aparezca validado por medio del silencio del imputado³⁷.

En realidad pienso que, en la práctica, esta cuestión se resuelve apropiadamente por medio de un buen razonamiento judicial que aplique la lógica de una manera apropiada. En efecto, el silencio de cualquier persona frente a una imputación, en cualquier contexto de la vida social,

good cause refuses to answer any questions, it will be permissible for the court or jury to draw such inferences as appear proper from his failure to give evidence or his refusal, without good cause, to answer any question.

³⁶ Así, al menos, lo presenta KIRSCH STEFAN, quien cita doctrina y jurisprudencia alemana referente a este punto en, *¿Derecho a no autoinculparse?*, p. 257 específicamente en cita 36. Algo similar ocurre en el sistema francés donde el tribunal puede inferir indicios de responsabilidad por el silencio del imputado. Sobre el caso francés y, además, de otros países de Europa *vid.* Por todos, DELMAS-MARTY (dirección) *“Procesos Penales en Europa”*.

³⁷ Sobre el estándar de convicción en el nuevo proceso penal *vid.* RIEGO CRISTIÁN, *Nuevo Estándar de Convicción*, Informe de Investigación N° 7, año 5, Agosto 2003.

es en principio ambiguo, es decir, son diversas las explicaciones de semejante conducta. Por cierto una de ellas será la de que la persona no tiene defensa que exponer porque, en efecto, es culpable de lo que se le imputa, pero hay otras también válidas, como por ejemplo que la persona prefiere no entrar a discutir el asunto en el escenario en que se plantea por que no lo considera apropiado, o que prefiere preparar su defensa de la mejor manera, o que considera que la imputación en si misma no la daña y prefiere no validarla haciéndose cargo de ella. Así por delante podrían haber muchas explicaciones de esa conducta y es por eso que nada se puede deducir de ella en principio.

En juicio oral, el contexto de la situación elimina muchas de las ambigüedades a que hacíamos alusión. La imputación es muy concreta, es grave y acarrea la consecuencia de una pena. Además, se trata de un escenario institucional previsto precisamente para que el imputado se defienda. Por lo tanto si este permanece callado hay menos explicaciones posibles de su conducta. No obstante, todavía existen explicaciones distintas al hecho de su culpabilidad. Estas explicaciones tienen que ver precisamente con la eventual debilidad del caso del fiscal, esto es, que el imputado no habla porque de hacerlo podría entregar elementos informativos que eventualmente reforzaran el caso del fiscal y el imputado prefiere que el tribunal falle sobre la prueba del fiscal dado que las debilidades de la misma conducirán a la absolución. En este contexto el tribunal no puede deducir nada del silencio porque este tiene varias explicaciones posibles. Es la fortaleza del caso del fiscal lo que hace elocuente al silencio del imputado, en la medida que el caso de la acusación es más fuerte se van cerrando las ambigüedades en el silencio del imputado, y es cada vez menos explicable por qué guarda silencio.

Uso del silencio guardado en las etapas anteriores al juicio

A partir de la conclusión anterior, esto es que el silencio del imputado durante el juicio puede ser utilizado en el razonamiento judicial para fundamentar una condena, se plantea otro problema vinculado estrechamente a lo anterior, a saber, si es posible usar en el mismo sentido el silencio que el imputado hubiese guardado en etapas anteriores del proceso, por ejemplo, en el momento en que la policía lo detuvo, en su primera entrevista con el fiscal o en su primera comparecencia judicial.

De nuevo aquí nuestro punto de vista es que este material informativo es perfectamente utilizable y puede llegar a constituir un elemento útil para alcanzar o afirmar una convicción condenatoria dependiendo de las circunstancias del caso. No obstante a diferencia de el silencio que se produce durante el juicio oral donde la actitud del imputado es un hecho que se produce directamente en el juicio, frente al tribunal, la situación que se plantea con el silencio previo es más compleja, primero, porque si se quiere utilizar el silencio previo, es necesario probarlo, pero además porque una vez probado es distinta la consideración que se puede hacer según la actitud que el imputado tenga durante el juicio. Esto es, no es lo mismo usar el

silencio previo del imputado, si es que éste presta declaración en el juicio, que hacerlo si es que no la presta.

a) Prueba del silencio y sus circunstancias

Como es obvio, si el acusador desea valerse de un hecho ocurrido en forma previa al juicio, o sea, el silencio del imputado, debe probarlo. Pero normalmente no solo será necesario probar el hecho del silencio sino las circunstancias en que este se produce. Tal como lo vimos en el análisis del silencio durante el juicio, el hecho de que el imputado guarde silencio frente a preguntas de algún agente estatal destinadas a esclarecer los hechos o su participación en los mismos, es en si mismo poco significativo porque existen muchas explicaciones posibles de esa conducta. Son las circunstancias que rodean el hecho las que pueden hacer que las posibles explicaciones se vayan cerrando y conduciendo a las conclusiones que resultan útiles desde los puntos de vista de quien quiere utilizar el silencio en contra del imputado.

Por ejemplo, si el imputado al momento de ser detenido por el homicidio de su cónyuge, en el lugar de los hechos, pocos minutos después de ocurrido el hecho, manifiesta su voluntad de no decir nada. Esto normalmente tiene alguna posibilidad de ser interpretado en un sentido negativo, esto es que el imputado no habló porque su declaración lo incriminaría o porque consistiría en mentiras que luego la investigación o los conainterrogatorios develarían. Normalmente, es una circunstancia similar, cualquier persona inocente quisiera en principio decir todo lo que sabe para que el hecho se aclare y se libere de los cargos. No obstante eso, las circunstancias específicas pueden abrir o cerrar las interpretaciones posibles. Por ejemplo, se abre una explicación si es que se demuestra como el silencio se debió al consejo del abogado que prefirió conocer mejor los hechos antes de plantear la versión de la defensa. Las ambigüedades se cierran en cambio, por ejemplo, si es que la negativa a declarar se mantuvo una vez que el abogado tenía ya un conocimiento acabado de los antecedentes del caso, también se cierra, siguiendo esta línea, si el silencio se produce en circunstancias muy elocuentes desde el punto de vista incriminatorio, por ejemplo, si el imputado fue encontrado con el arma homicida en su mano.

Por lo tanto, la prueba del silencio y las circunstancias que son relevantes para su interpretación son fundamentales. En muchos casos esta prueba no será problemática, por ejemplo cuando el imputado declare en el juicio y reconozca lo ocurrido porque espere dar una explicación de su actitud. En otros casos la prueba del silencio requerirá la comparecencia de quienes la presenciaron, típicamente los policías que lo detuvieron.

La prueba del silencio del imputado en etapas procesales previas al juicio tiene en general la limitación de lectura de documentos que se aplica a aquellos que den cuenta de actuaciones de las autoridades de persecución penal de acuerdo con el artículo 334, por lo tanto, salvo que

se hayan prestado frente al juez, deberán acreditarse por medio del testimonio de los policías que hubieren participado en la interrogación.

b) Examen del significado del silencio

Aquí debemos repetir lo que ya indicamos cuando analizamos el silencio del imputado durante el juicio, esto es, que el silencio es en principio poco significativo debido a las múltiples interpretaciones que es posible atribuirle. Pero a diferencia del caso del silencio durante el juicio en que los elementos permiten atribuir significado al silencio surgen del juicio mismo, aquí nos encontramos frente a un silencio en que los elementos de contexto que podrían ayudar a atribuirle significado son más lejanos, y deben ser probados y están a su vez mediados en la posibilidad de que le tribunal los perciba. Con todo, es perfectamente posible que el silencio del imputado en alguna etapa de la investigación sea un elemento informativo muy relevante.

Entre los elementos contextuales más importantes que permitirán al tribunal del juicio atribuir sentido al silencio en etapas previas, están aquellos que derivan del modo en que la policía y el ministerio público manejaron las circunstancias en que el imputado pudo haber hablado. Probablemente lo más importante son las preguntas, esto es el silencio es más significativo frente a preguntas específicas, asimismo también es más relevante si es que se ha entregado al imputado información apropiada y veraz acerca de las consecuencias de su decisión de no hablar.

Normalmente el sentido que el acusador intentará otorgar al silencio previo del imputado será el de que frente a las preguntas que se le hacían este sólo tenía respuestas inculpatorias o respuestas falsas que temía fueran luego evidenciadas. Si es que el acusador logra que los jueces creen eso, probando las circunstancias en que el imputado optó por guardar silencio, y no hay una declaración del imputado en el juicio, este silencio podría constituir un antecedente probatorio que es directamente indiciario de la conducta que se atribuye al imputado.

Pero puede ocurrir también, que el imputado que guardó silencio en alguna etapa previa al juicio o en todas ellas, elija declarar durante el juicio. En este caso lo que los jueces van a valorar es la declaración del imputado esta prestando actualmente y el rol del silencio previo es más bien el de restar credibilidad a esa declaración.

En principio, la lógica indica que quien tiene una versión verdadera distinta a la inculpatoria debiera plantearla tempranamente con el fin de que ella sea incorporada en la investigación y validada por esta. Por lo mismo, esa voluntad de colaboración debiera ser más fuerte en la medida en que el proceso ha significado que el imputado ha debido sufrir diversas cargas, como la prisión preventiva u otras, las que hubiesen podido evitar con un esclarecimiento temprano de su inocencia.

Por otra parte, también es lógico presumir cuando el imputado plantea en el juicio una versión que no ha expuesto con anterioridad es porque teme que su conocimiento por la contraparte le de la oportunidad de descubrir y develar sus debilidades en el momento del juicio, o peor aún, todavía sería posible creer que el imputado construyó su versión a partir de un conocimiento detallado de la investigación. Es por todas estas razones que, en general y dependiendo de las circunstancias específicas, el silencio en las etapas previas debilita las declaraciones prestadas en el juicio y por lo tanto es un hecho relevante relativo a la credibilidad del imputado.

c) Asesoría del abogado

El hecho de que el abogado haya aconsejado al imputado guardar silencio en una etapa previa al juicio no es una explicación que desvanece, por sí sola, la posibilidad de extraer conclusiones incriminatorias del silencio, toda vez que es el imputado quien en ejercicio de su autonomía toma esa decisión y se hace responsable por ella.

Por lo tanto, el abogado que aconseja a su cliente guardar silencio debe sopesar muy bien las consecuencias de ese consejo porque si su cliente lo sigue se pueden derivar de ello consecuencias perjudiciales para su defensa.