



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

INFORME EN DERECHO 3/2003

“Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”

Orlando Poblete Iturrate

Consulta sobre la versión oficial de este documento a:

estudios@defensoriapenal.cl

SOBRE EL DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS POLICIALES A DECLARAR EN EL JUICIO ORAL SOBRE LO QUE LOS IMPUTADOS HABÍAN DECLARADO ANTE ELLOS AL MOMENTO DE SU DETENCIÓN

Orlando Poblete Iturrate

Publicado en Doctrina procesal penal 2001-2003. Santiago, Defensoría Penal pública, 2003. (Serie Informes en Derecho: v.1)

Se nos ha solicitado informar en Derecho sobre el Recurso de Nulidad de que conoce la Excm. Corte Suprema de Justicia – Ingreso N° 2806-2002 - deducido por el Ministerio Público de Copiapó, contra la sentencia definitiva de juicio oral pronunciada por el Tribunal del Juicio Oral en Lo Penal de Copiapó, en causa RUC N° 01000 86133-9.

La cuestión a analizar consiste en si el Tribunal Oral en lo Penal obró conforme a Derecho al impedir a los funcionarios policiales declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían señalado al momento de su detención, dichos que a juicio de los recurrentes de nulidad “eran piedra angular de la producción probatoria que el Ministerio Público pensaba rendir a fin de demostrar el hecho punible y la participación del acusado”.

El Informe se referirá a si ha podido, en mérito de las circunstancias descritas, configurarse la causal de la letra a), del artículo 373, del Código Procesal Penal, invocada como fundamento del recurso de nulidad de que se trata y consecuentemente, si este es o no procedente.

I.

ASPECTOS GENERALES.

1. Introducción.

El proceso penal en el que se ha deducido el recurso de nulidad que se analizará se encuentra regido por la Constitución Política y por el Código Procesal Penal, normativa que le ha impuesto ciertos caracteres esenciales indispensables de poner de relieve para efectuar el análisis de que se trata.

Desde luego, nos encontramos con un proceso que respeta y materializa **aquellas garantías individuales consideradas indispensables para la legitimidad de la investigación y el juzgamiento que el mismo supone.**

Estas garantías, a su vez, han sido determinantes para configurar una etapa de investigación, de naturaleza **administrativa y desformalizada**, en la que la persecución penal se encarga al Ministerio Público de quien es auxiliar la policía. El imputado es considerado siempre **sujeto de derechos**, y sus derechos son proclamados y reconocidos rigurosamente en diversas expresiones procesales.

Tras la investigación, el Código Procesal Penal instaura **un juicio oral, público y contradictorio, que reviste el carácter de etapa central** del procedimiento, única en la que es posible la producción de la prueba, salvo precisas excepciones y que por lo mismo se convierte en una **fase para el control de la prueba.**

La correcta consideración de estas ideas matrices y de lo que diremos de ellas a continuación, permiten a nuestro juicio resolver la consulta jurídica planteada.¹

¹ Para afirmar lo que diremos de nuestro proceso penal partimos de la base que “el proceso penal sirve al Derecho Penal y, por consiguiente, debe buscar realizar su **doble función**: de un lado hace viable la aplicación de la pena y de otro sirve como **instrumento efectivo de garantía de los derechos y libertades individuales protegiendo a los individuos de los actos abusivos del Estado.** El objeto primordial de la tutela no es solamente la salvaguardia de los intereses de la colectividad, **sino también la tutela de la libertad procesal del imputado, el respeto a su dignidad como persona, como sujeto efectivo del**

2. La etapa de investigación.

El Código Procesal Penal encomienda la etapa de investigación del procedimiento ordinario a un órgano administrativo autónomo, el Ministerio Público. El Capítulo VI A de la Constitución Política y la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, sirven de sólido fundamento a esa definición del Código, al dotar funcional, estructural y administrativamente al órgano de todas las capacidades para dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos y, en su caso, para ejercer la acción penal pública.

Corresponderá, pues, a este Ministerio Público, a sus fiscales, recibir las denuncias de hechos delictivos, **recolectar datos y averiguar sobre esos hechos denunciados, sopesar los datos, ordenarlos, elaborar cursos de acción y evaluar evidencias**. Así iniciará o promoverá la persecución, pero podrá también no iniciarla o abandonar la que inició, porque la ley lo ha facultado para archivar provisionalmente las denuncias y para ejercer el llamado principio de oportunidad, cerrando los casos.

Prescribe el Código que **los fiscales dirigirán la investigación** y procederán a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del hecho, lo que podrán realizar por sí mismos o encomendarlo a la policía, pero esta última ejecutará sus tareas **bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales** y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartieren para los efectos de la investigación.

La policía –Investigaciones de Chile y Carabineros de Chile- es reconocida por el Código como **auxiliar** del ministerio público. Abandonando cierto trato indiferente cuando no de franco desconocimiento sobre la importancia de la labor policial que ha caracterizado a nuestra legislación procesal, el nuevo Código reconoce a las instituciones policiales como sujetos procesales y las categoriza como colaboradoras, cooperadoras o asistentes de los fiscales. El Código impone entre fiscales y policías una relación **de coordinación del criterio jurídico penal del fiscal para la construcción del caso y la capacidad técnica policial investigativa**.

Como es sabido, esta actividad desplegada por fiscales y policías no es el juicio, **no integra el debate en que el juicio consiste**. Se trata sólo de **una actividad de carácter administrativo** dirigida a determinar si el conflicto es tal, y si para ser resuelto es necesario el juicio oral o si es procedente la aplicación de otro procedimiento, en cuyo caso será **preparatoria de esos juicios** o bien si es posible alguna salida alternativa. Los fiscales optarán por el juicio sólo cuando habiendo evaluado cabalmente la investigación estimen que la misma **proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado**, esto es, cuando consideren que la evidencia recogida es capaz de ser producida en el juicio y es razonablemente suficiente para respaldar una imputación penal.

La etapa de investigación será entonces **eficaz en la medida que permita adoptar realmente alguna de las opciones que el Código prevé y, particularmente será eficaz en relación con un futuro juicio oral, cuando haya permitido obtener información contundente y recoger lícitamente evidencias suficientes**.

En todo caso, estas actividades de fiscales y policías, así como las de todos los demás intervinientes en el procedimiento, habrán de enmarcarse **dentro de la**

proceso. El significado de la democracia es la revalorización de la persona humana “en toda la complicada red de las instituciones procesales que sólo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede nunca venir sacrificado por razones de utilidad: el hombre”. El origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho, pues la defensa de la sociedad podría en ciertos casos llevar a legitimar incluso la violación del Derecho individual albergando el peligroso enunciado *salus publica suprema lex esto*, lo que puede conducir al Derecho Penal a sustituir el dominio de la justicia por el dominio de la utilidad, que conduce las leyes a la violencia; mientras que, por el contrario, la fórmula *defensa del derecho* no admite esto como posible (Lima Lopes JR., Aury Celso en *Revista de Derecho Procesal. Dirigida a Iberoamérica. No. 1, Año 2000, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, págs. 37, 40 y 41*).

cláusula constitucional de la investigación racional y justa, y más concretamente en algunos principios que inspiran todo el proceso penal, pero que tienen en esta fase una expresión significativa. Así, la rigen especialmente el derecho al juez imparcial, la presunción de inocencia, los principios de legalidad y de oportunidad, el criterio de objetividad del ministerio público, la oralidad en la resolución de todos los conflictos de la investigación, el derecho de defensa y el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse y la publicidad.

Desde el punto de vista del **imputado** el ejercicio de estos derechos y la vigencia de estas garantías le aseguran la calidad de **sujeto procesal**. “El reconocimiento de derechos fundamentales precedentes al Estado tuvo como consecuencia **que el imputado fuera reconocido como sujeto del proceso** y fuera dotado de derechos autónomos, de los cuales los más importantes fueron el derecho al respecto de la dignidad humana y el derecho amplio a la defensa. El principio de reserva de la ley garantizó, finalmente, que la intervención del Estado en la esfera de libertad del imputado sólo se llevara a cabo conforme a las leyes”.²

Y **para asegurar la vigencia efectiva de tales derechos**, el Código proclama que toda actuación del procedimiento – cualquiera que exprese la persecución penal - que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, **requerirá de autorización judicial previa del Juez de Garantía** (art. 9º del Código). Esta prescripción, que no hace sino repetir el artículo 80 A de la Constitución, obliga desde luego **al Ministerio Público a ajustar su actuación a la Constitución y a la ley procesal**, imponiéndole por lo mismo el deber de velar porque **la policía**, que es su auxiliar, **actúe también con íntegra licitud**.

3. La función de la Policía como auxiliar del Ministerio Público.

La relación entre fiscales y policías es de **cooperación**, de **colaboración** y **coordinación**. Desde este prisma procuraremos precisar el tema.

Desde luego, la Constitución y el Código **entregan al Ministerio Público la exclusividad de la investigación de los delitos**. Este “dirigirá” la investigación (artículo 80 A de la Constitución). Los fiscales “practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público” (artículo 77 del Código). Los fiscales **dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos** (artículo 180 del Código).

Estas mismas ideas se repiten en el Código con ocasión del tratamiento de la policía. Entendiendo que la investigación corresponde al Ministerio Público, el Código regula la situación del cumplimiento por la policía de tareas o encargos pero bajo la **“dirección del ministerio público”**. Su artículo 80 señala que los funcionarios policiales que en cada caso cumplieren funciones previstas en este Código **ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartieren para los efectos de la investigación**. Sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren, también deberán cumplir las órdenes que les dirigieren los jueces.

Los funcionarios policiales deberán cumplir de inmediato y sin más trámite las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces, cuya conveniencia, procedencia u oportunidad no podrán calificar, sin perjuicio de exigir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando correspondiere.

La normativa citada es coherente con el reconocido propósito del legislador de crear un órgano especial y autónomo para la investigación de los delitos, al que ha dado incluso rango constitucional. Pero lo anterior no ha llevado al Código al equívoco de olvidar la experiencia comparada, que indica que **el ministerio público**

² Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, Año 2000, pág. 11

requiere necesariamente considerar la preparación, capacidad operativa y formación técnica de la policía. Por esto, precisamente, el Código califica a la policía como un órgano auxiliar del ministerio público y por lo mismo, regula su labor, especialmente la que puede realizar sin necesidad de orden previa de los fiscales.

Tanto fiscales como policías están bajo el control del juez de garantía y deben considerar especialmente que el imputado es sujeto de derechos y tiene la potestad de hacerlos valer desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia, entendiéndose por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, sea de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal penal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible (art. 7º del Código).

La función de los fiscales y policías se halla inmersa, en definitiva, en una investigación y un proceso en los que debe regir un sistema de garantías que se traducen en el cumplimiento de exigencias o condiciones mínimas que constituyen límites a los poderes estatales de persecución y de juzgamiento, sin los cuales estos se tornan ilegítimos.

Merece reiterarse, finalmente, que el Código Procesal Penal ha nacido de la necesidad de adecuar nuestra legislación procesal penal a esos estándares propios del llamado debido proceso de ley.³

4. Cuestiones básicas de la regulación de las atribuciones de la policía.

El Código Procesal Penal contiene una más amplia regulación de las atribuciones policiales que la contenida en la legislación procesal común que en definitiva sustituirá. Las normas del Párrafo 3º, del Título IV, del Libro I, consagran una subordinación, aunque solo funcional, de la policía al Ministerio Público, la cual impide que este tenga a su respecto potestades disciplinarias y de aplicación de sanciones, las que mantuvo en la institución de origen del policía de que se trate, pero al mismo tiempo **define restrictivamente las atribuciones que a la misma se reconocen para actuar autónomamente.** Así, la policía es autónoma sólo para actuar en caso de **flagrancia**, para **recibir denuncias**, para **proteger a la víctima**, para atender a lo que **voluntariamente le señalen imputado y testigos** y para **resguardar el sitio del suceso** y recoger y conservar evidencias (art. 83 del Código).

La policía puede **autónomamente hacer sólo aquello que el Código ha definido expresa y taxativamente** en este artículo 83, sin perjuicio de sus facultades de control e identificación que se refieren a una materia distinta (art. 85). Y tratándose de la recepción de denuncias, la obliga a informar, **“inmediatamente y por el medio más expedito al ministerio público”** de las denuncias que recibiere.

Además, dispone también que esta cuestión de las atribuciones autónomas debe regularse por instrucciones particulares y generales de los fiscales y de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público.⁴

Esta **definición restrictiva de la autonomía policial** que el Código asume responde a la consideración de **experiencias comparadas** relacionadas con la necesidad de enfrentar **problemas generalmente reconocidos** que repercuten negativamente en el trabajo policial e impactan en su imagen pública.

³ En tal sentido, téngase en cuenta la siguiente clara afirmación: “La característica principal de la legislación chilena en materia procesal penal (se refiere, al Código de Procedimiento Penal) es la de una fundamental contradicción entre sus dos sistemas normativos: por una parte están el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales Chile forma parte, los que establecen un conjunto de principios y garantías que básicamente recogen los principios y garantías que básicamente recogen los principios básicos reconocidos actualmente como estándares del debido proceso”... pero “si bien el sistema jurídico chileno contempla las garantías básicas del proceso penal, ya sea en la Constitución o por la vía de la incorporación de los tratados internacionales, estas garantías no están consagradas en el nivel de la legislación específica y, por lo tanto no tienen ninguna operatividad práctica”. (Las Reformas Procesales Penales en América Latina, Julio B.J. Maier – Kai Ambos – Jan Woischnik, Prólogos de Albin Eser y Stefan Jost, Editorial Gráfica Laf s.r.l, Buenos Aires, Año 2000, págs. 167 y 171).

⁴ Véase sobre el particular las instrucciones No. 19 y No. 31 de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales No.s. 1 a 25 y No.s 25 a 50. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000.

“Como muestran algunos estudios empíricos, las intervenciones policiales en las etapas más tempranas del proceso **son las más problemáticas para los derechos humanos**. Los principales problemas están específicamente relacionados con dos tipos de actividades policiales: la primera es el uso masivo de detenciones predelictuales (por sospecha) o basadas en infracciones de poca gravedad. **La segunda es el uso de la tortura y otros abusos en las investigaciones relacionadas con delitos mas serios**. El problema de la tortura se debe a la persistencia en **su utilización como instrumento en la interrogación de sospechosos en las etapas prejudiciales de la investigación criminal**. La ley establece un plazo de 24 o 48 horas, dependiendo de la causa de la detención, para poner al detenido a disposición del juez. En algunos casos, cuando el detenido tiene antecedentes criminales y tratándose de cierto tipo de delitos, algunos agentes policiales utilizan la tortura y otras presiones abusivas para obtener confesiones u otras informaciones útiles para el caso. Los jueces no tienen la posibilidad de controlar efectivamente la actuación policial por diferentes razones. Pero, además, en el sistema vigente (el del Código de Procedimiento Penal) no está totalmente claro que controlar a la policía sea parte de sus deberes. El rol persecutorio que el sistema les impone **presiona a los jueces para obtener información y evidencia y el principal instrumento en esa tarea es la propia policía**. Cuando la pruebas obtenidas surgen de procedimientos policiales sospechosos o cuando el imputado reclama del tratamiento recibido por la policía, el juez se ve enfrentado a un dilema. Por una parte el rol persecutorio, ejercido sin controles posteriores fuertes, lo lleva a utilizar aquella prueba que le resulta creíble, aunque su obtención aparezca cuestionada. Por otra parte, el juez debiera cumplir la función de garantizar los derechos del imputado. **No parece absurdo presumir que en aquellos casos en que el juez cree en la veracidad de la prueba, tenderá a no ejercer un control demasiado exigente**. Probablemente, en cambio, tenderá a ejercitar controles más intensos, tales como investigar criminalmente las denuncias contra la policía, presentar reclamos ante la autoridad de la misma policía o aun no otorgarle valor a las pruebas, cuando considere que la información no es creíble, típicamente, por ejemplo, cuando considere que la policía esté acusando a una persona inocente. »⁵

El Código Procesal Penal, al restringir la autonomía de la actividad policial busca obviamente **suprimir la fuente o la causa del problema, busca eliminar las condiciones en que el abuso de la policía podría eventualmente darse**.

Pero no es esta la única explicación. Es también cierto que el Código ha buscado “juridizar” el trabajo de la policía, no sólo enmarcándolo en las prescripciones de la ley sino **orientándolo hacia aquello que jurídicamente interesa, que importa desde una perspectiva jurídica o que es efectivamente aprovechable desde el punto de vista del derecho y en el proceso**. En tal sentido, el Código impone siempre la **intervención del fiscal** y lo **responsabiliza de todo lo que hace la policía**, porque el fiscal es quien tiene el criterio jurídico y se trata que transmita ese criterio a la actuación policial, para que la policía actúe conforme con ese criterio. Cuando se trata de la declaración del imputado ante la policía, el Código la admite sólo en presencia de su defensor. En estas regulaciones se aprecia ese ideal de resguardar lo jurídico que, en el fondo, no es otra cosa que lograr **la vigencia de las garantías**.

Por lo mismo, estas restricciones o limitaciones no deben verse como muestras de desconfianza hacia la policía sino más bien **como mecanismos de refuerzo del interés en la vigencia cabal de las garantías**. Es obvio que la capacidad de autodefensa que se reconoce al imputado, que la serenidad y tranquilidad que deben presidir el acto en que declara y que la confianza con que debe procederse se entiendan más resguardadas con la presencia de operadores jurídicos. Antes que nadie, los fiscales y los defensores, sin perjuicio por cierto del

⁵ Mauricio Duce J, Felipe González M, María Angélica Jiménez A., Cristián Riego R. Juan E. Vargas V., La Reforma de la Justicia Penal, Universidad Diego Portales. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie seminarios 38, Año 1998, Editorial Alfabeto Artes Gráficas, págs. 38 y 39.

juez, están llamados a cuidar un acto trascendental que es básico para la vigencia de todos los derechos.

5. Referentes de derecho comparado acerca de las atribuciones de la policía particularmente en relación con la declaración del imputado.

Resulta interesante tener en cuenta dos normativas reguladoras de esta materia. La primera, parte de una propuesta jurídica de excelencia, cual es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica que, como se sabe, fue especialmente considerado por los redactores de nuestro Código Procesal Penal y la segunda, la legislación argentina contenida en el Código Procesal Penal de la Nación.

A continuación transcribiremos las normas relevantes de los textos señalados.

5.1 Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica

“Libro I

Disposiciones Generales

Capítulo 2

Sección 2ª.

41.- Advertencias preliminares. Antes de Comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgue aplicables.

*Se le advertirá también que **puede abstenerse de declarar** y que esa decisión **no podrá ser utilizada en su perjuicio**.*

*En las declaraciones que preste durante el procedimiento preparatorio será además instruido acerca de que puede **exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir, antes de comenzar la declaración sobre el hecho**. En este caso, si no estuviere presente, se dará aviso inmediato al defensor, por cualquier medio, para que comparezca y, de no ser hallado, se fijará nueva audiencia para el día próximo procediéndose a su citación formal. Si el defensor no compareciere, se designará inmediatamente a un defensor de oficio, para que cumpla su función en ese acto, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al defensor elegido.*

Será instruido también acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba, efectuar las citas que considere convenientes y dictar su declaración.

45.- Métodos prohibidos para la declaración. *En ningún caso se le requerirá al imputado rectificación solemne de su exposición, **ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa**, salvo aquellas expresamente autorizadas por la ley penal o procesal, ni se usará medio alguno para **obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión**.*

Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos está prohibida en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados "sueros de la verdad", "detectores de mentiras" y la hipnosis.

47.- Oportunidad y autoridad competente. *Durante el procedimiento preparatorio, el imputado prestará declaración **ante el ministerio***

público cuando él mismo lo pidiere, compareciendo espontáneamente, o cuando lo ordenare el ministerio público, **siempre en presencia de un defensor.**

Si el imputado hubiere sido aprehendido, se dará aviso inmediatamente al juez de la instrucción para que declare en su presencia, a más tardar en el plazo de doce horas a contar desde su aprehensión. Este plazo podrá prorrogarse otro tanto, cuando lo pidiere el imputado para elegir defensor. En casos excepcionales, cuando fuere absolutamente imposible el traslado de personas en el plazo establecido, por la gran distancia, la grave dificultad de las comunidades, una catástrofe, el aislamiento u otro hecho extraordinario similar, el juez podrá fijar un plazo distinto, acorde con las circunstancias, por resolución fundada y bajo su responsabilidad.

Durante el debate la declaración se recibirá en la oportunidad y forma previstas por los arts. 306 a 309.

Durante el procedimiento intermedio, si lo pidiere el imputado, la declaración será recibida **por el presidente del tribunal**, y, en la audiencia, presidida por él.

El imputado **podrá declarar cuantas veces quiera**, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca sólo como un procedimiento dilatorio o perturbador.

48.- Facultades policiales. La policía no podrá interrogar autónomamente al imputado. Sólo podrá dirigirle **preguntas para constatar su identidad**, con todas las advertencias y condiciones que establecen los arts. 41 y 45. En caso de que **el imputado manifieste su deseo de declarar**, deberá instruirlo acerca de su declaración inmediata **ante el ministerio público o un juez y** facilitarle la posibilidad de tomar notas para no perjudicar su memoria actual, notas que sólo utilizará libremente durante su declaración.

Capítulo 3

EL ACUSADOR Y ORGANOS AUXILIARES

73.- Función. La policía, por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden del ministerio público, deberá investigar los hechos punibles perseguibles de oficio, impedir que los tentados o cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir los elementos de prueba útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento (absolución anticipada). Si el hecho punible dependiese para su persecución de una instancia particular o de una autorización estatal, regirá las reglas del art. 229.

Los funcionarios policiales serán auxiliares del ministerio público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio.

74.- Subordinación. Los funcionarios de la policía administrativa, en tanto cumplan actos de policía judicial, **ejecutarán sus tareas bajo la superintendencia directa del ministerio público y deberán ejecutar sus órdenes**, sin perjuicio de la autoridad administrativa a la cual estén sometidos.

Deberán también cumplir las órdenes que, para la tramitación del procedimiento, les dirijan los jueces ante quienes penda el proceso.

El ministerio público supervisará el correcto cumplimiento de la función judicial de la policía; podrá impartirle instrucciones generales al respecto, cuidando de respetar su organización administrativa.

Libro Segundo

El Procedimiento Común

246.- Prevención policial. Los funcionarios policiales que tengan noticia de un hecho punible perseguible de oficio, **informarán enseguida detalladamente al ministerio público** y practicarán una investigación preliminar, para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y evitar la fuga u ocultación de los sospechosos.

A tal efecto tendrán todas las facultades otorgadas por este Código al ministerio público, **actuando bajo su dirección.**

247.- Formalidades. La prevención policial observará, para documentar sus actas, en lo posible, las reglas previstas para el procedimiento preparatorio a cargo del ministerio público. Bastará con asentar en una sola acta, con la mayor exactitud posible, las diligencias practicas, con expresión del día en que se las realizó, y cualquier circunstancia de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el acta de las instrucciones recibidas. El acta será firmada por las personas que proporcionen información, las demás personas que hubieren intervenido y el oficial que dirige la investigación”⁶.

Como queda de manifiesto de las disposiciones transcritas los funcionarios de policía son auxiliares del ministerio público para llevar a cabo el procedimiento preparatorio y deben ejecutar sus tareas bajo su superintendencia directa. La policía no puede interrogar autónomamente al imputado, quien debe declarar ante el ministerio público o el juez

5.2. Código Procesal Penal de la Nación.

“Libro I

Diposiciones Generales

Capitulo II

Actos de la Policía Judicial y de las Fuerzas de Seguridad

Atribuciones.

Art. 184.-

Art. 184. - Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

- 1) recibir denuncias;
- 2) cuidar que los rastros materiales que hubiere dejado el delito sean conservados y que el estado de las cosas no se modifique hasta que llegue al lugar la autoridad judicial competente;
- 3) disponer, en caso necesario, que ninguna de las personas que se hallaren en el lugar del hecho, o sus adyacencias, se aparten de aquél mientras se lleven a cabo las diligencias que corresponda, de lo que deberá darse cuenta inmediatamente al juez;
- 4) si hubiera peligro de que cualquier demora comprometa el éxito de la investigación, hacer constar el estado de las personas, de las cosas y de los lugares, mediante inspecciones, planos, fotografías, exámenes técnicos y demás operaciones que aconseje la policía científica;
- 5) disponer los allanamientos del art. 227 y las requisas urgentes con arreglo al art. 230, dando inmediato aviso al órgano judicial competente;
- 6) si fuere indispensable, ordenar la clausura del local en que se

⁶ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires 1989, págs 61, 62, 63, 68, 113 y 114.

suponga, por vehementes indicios, que se ha cometido un delito grave, o proceder conforme al art. 281, dando inmediato aviso al órgano judicial competente;

7) interrogar a los testigos;

8) aprehender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su incomunicación cuando concurran los requisitos del art. 205, por un término máximo de seis horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.

En tales supuestos, deberá practicarse un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

9) usar de la fuerza pública en la medida de la necesidad.

No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los arts. 104, párrafos primero y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por tal grave incumplimiento.

En caso de que el imputado manifieste **razones de urgencia para declarar, el funcionario policial o de las demás fuerzas de seguridad que intervengan deberá instruirlo acerca de su declaración inmediata ante el juez competente o en su defecto,** si por algún motivo éste no pudiera recibirle declaración en un lapso razonablemente próximo, ante cualquier **otro juez de instrucción** que al efecto podrá ser requerido.

Los auxiliares de la policía y fuerzas de seguridad tendrán las mismas atribuciones para los casos urgentes o cuando cumplan órdenes del tribunal.

Título IV

Situación del imputado

Capítulo IV

Indagatoria

294.- Cuando hubiere motivo para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida inmediatamente, o más tardar en el término de 24 horas desde su detención. Este término se podrá prorrogar por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para designar defensor.

Art. 295.- **A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el ministerio fiscal. El imputado será informado de este derecho ante de comenzar con su declaración.**

Art. 296.- **El imputado podrá abstenerse de declarar.** En ningún caso se le requiera juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coerción o amenaza o medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda.

Art. 297.- Después de proceder a lo dispuesto en los artículos 107, 197, 295 y 296, **el juez invitará al imputado** dar su nombre, apellido, sobre nombre o apodo, si lo tuviere, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilios principales, lugares de residencia anterior y condiciones de vida; si sabe leer o escribir, nombre, estado civil y profesión de los padres; si ha sido procesado, y, en su caso por qué causa, por qué tribunal, que sentencia recayó y si ella fue cumplida.

Art. 298.- Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cual es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y **puede abstenerse a declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.**

Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusará suscribirla se consignará el motivo".⁷

5.3. Jurisprudencia sobre las normas del Código Procesal Penal de la Nación argentino, antes citada.

Las normas señaladas en el número precedente, como puede comprobarse muestran una regulación de las atribuciones de la policía similar a la contenida en nuestro Código Procesal Penal y por lo mismo resulta de interés consignar algunos fallos de tribunales argentinos relevantes recaídos en cuestiones relacionadas con ellas, a saber:

a) Dichos del imputado en sede policial.

a.1.- Las **manifestaciones autoincriminatorias vertidas por el imputado en sede policial**, y a partir de las cuales se inicia el proceso, son claramente **lesivas a las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso**, máxime cuando era obligación del funcionario policial interrumpir cualquier manifestación autoincriminatoria desde su inicio, y anotar al encausado acerca de los derechos que le asistían, y no lo hizo, siendo factible dudar de la "espontaneidad" de tales dichos. En consecuencia, carece de validez todo lo actuado a partir de los dichos del imputado (T.Oral 1, c. 14, 14/9/93, «Benítez, Silvio Andrés»; c. 94, 3/6/93, «Silva, José Manuel").

a.2.- No corresponde declarar la nulidad de los actos cumplidos con fundamento en que los dichos del imputado no fueron vertidos ante el juez, si tales manifestaciones no constituyeron el presupuesto de la investigación ni de los actos procesales posteriores, **pues sólo conllevan la inhabilidad para ser utilizados como prueba en su contra** (T.Oral 2, c. 132, 7/0/93, «Osterrieth, Luis A.").

a.3.- A los funcionarios de la **policía y las fuerzas de seguridad**, por imperio del último párrafo del art 184 del C.P.P., les está **vedado tomar declaración al imputado** salvo la meramente identificatoria. En su caso deben hacerle saber todos los derechos y garantías que rodean a la declaración de este tipo (arts. 104, pirrs. 1 y 4, 197, 295, 296 y 298, del C.P.P.) (C.N.Casac. Penal, Sala II, c. 441, reg. 54,3, 8/91/95, "Cavila, José Arturo").

a.4.- La **imposibilidad legal de valerse de declaraciones prestadas en sede policial que tiendan a la autoinculpación del hecho**, amén de asegurar un correcto procedimiento prevencional, garantizan la vigencia del derecho de defensa en juicio y el **debido proceso** consagrados en el art. 18 de la Constitución nacional

⁷ D'Albora, Francisco J. Código Procesal Penal de la Nación. Anotado-Comentado-Concordado. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 321, 499, 502, 503 y 506.

(C.N.Casac. Penal, Sala II, c. 441, reg. 543, 8/9/95, «Cavila, José Arturo»).

a.5.- Conceder valor a las pruebas obtenidas por medios ilegales -en el caso las declaraciones del imputado en sede policial, y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias (C.N.Casac. Penal, Sala 11, c. 441, reg. 543, 8/9/95, "Cavila, José Arturo).

a.6.- Es nula la **declaración espontánea prestada por el imputado en sede policial** con fundamento en el obrar irregular del personal preventor, quien plasmó en un acta de procedimiento una declaración del detenido en clara violación al último párrafo, del art. 184 del C.P.P. y sin anoticiarlo previamente de que podía guardar silencio sin que su negativa hiciera presumir en su contra, del derecho de nombrar defensor de confianza, de que éste presencie tal declaración, y de poder entrevistarse con él en forma previa (C.N.Casac. Penal, Sala II, c. 441, reg. 543, 8/9/95, "Cavila, José Arturo).

a.7.- La **imposibilidad legal de valerse, como medio de prueba, de las declaraciones prestadas** en sede prevencional que tiendan a la **autoinculpación** de un hecho (art. 184, C.P.P.) asegura la vigencia del **derecho de defensa consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional** (C.Fed. La Plata, Sala 3ª., 23/4/93, "Sosa, Vicente E., y otro", "J.A.", 5/10/94⁸

6. Los derechos del imputado: derecho de defensa y derecho a guardar silencio o a no autoincriminarse.

a) Derecho de defensa.

Básicamente, este derecho se traduce en la **posibilidad real de intervención del imputado en la investigación y en el juicio**, comprendiendo tanto la posibilidad de acceder al mismo, como la de actuar efectuando alegaciones y produciendo pruebas, **de manera de asumir una postura procesal determinada**. Se trata, en definitiva, de un derecho dirigido "a poder intervenir en la formación de la decisión jurisdiccional"⁹.

De este derecho se goza durante todo el proceso y conforme con el Código Procesal Penal el imputado puede ejercer sus facultades, derechos y garantías, que son expresión de su derecho de defensa jurídica, "desde la primera actuación del procedimiento" (artículo 7°). Así, a lo largo de la investigación y del Proceso, tiene derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento (artículo 8°); a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le asisten; a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen; a solicitar que se active la investigación y a conocer su contenido; **a guardar silencio**; a no ser juzgado en ausencia; a que se le exprese el motivo de su detención; **a prestar declaración durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere** (artículo 98); a que su defensor ejerza todos los derechos y facultades que la ley le reconoce, a excepción de los que él reserve para ejercerlos personalmente (artículo 102); **a defenderse personalmente, salvo que ello perjudicare la eficacia de su defensa** (artículo 102); a que se le comunique formalmente y ante el juez de garantía la investigación que el fiscal efectúa en su contra (artículo 299); a

⁸ Los fallos citados se han tomado del Código Procesal Penal de la Nación. Antoado con Jurisprudencia. Sergio Amadeo y Palazzi. Desalma Editor. Buenos Aires 1999, págs. 300 y 301.

⁹ Carocca Alex, y otros autores. Nuevo Proceso Penal. Ed. Jurídica Conosur, Santiago 2000, pág. 61.

conocer el contenido de la acusación, a formular a su respecto objeciones formales, a exponer los argumentos de defensa que considere necesarios, y a señalar los medios de prueba cuyo examen solicite en el juicio oral (artículo 263); a ejercer su defensa durante el juicio oral, a que actúe en él su defensor, y a manifestar libremente en esa audiencia lo que creyere conveniente respecto de la o las acusaciones formuladas (artículo 326); a comunicarse libremente con su defensor durante el juicio oral (artículo 327); a producir sus pruebas; a que su defensor intervenga en la clausura del juicio oral y replique; a usar finalmente de la palabra para expresar lo que estimare conveniente (artículo 338).

Con todo, ha de valorarse especialmente que el Código Procesal Penal ha reconocido que este derecho de defensa puede ejercerse "por dos modalidades...la primera es **a través del propio imputado**, actuando personalmente, caso en el que se da origen a la **autodefensa, defensa personal o defensa privada**...la segunda es a través del **defensor**, que da origen a la **defensa técnica**".¹⁰

Interesa especialmente este reconocimiento de la autodefensa, porque la misma supone que el imputado **actúa y decide su postura procesal, por medio de sus declaraciones y actuaciones personales**, al punto que tiene **para defenderse la primera y la última palabra**. Los artículos 98, 102, inciso 4°, 326, inciso 4° y 338 del Código, cuyos contenidos antes reseñamos, son especialmente claros sobre este punto.

b) Derecho a guardar silencio o de no autoincriminación.

La Constitución Política, en su artículo 19 número 7, letra f), asegurando a todas las personas su derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, garantiza también que "**en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio**; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley". La historia del establecimiento de este precepto registra un debate acerca de la mantención de la prohibición de obligar al inculcado a declarar bajo juramento sobre hecho propio, cuestión que fue definida por el voto de uno de los comisionados, en el que se expresa que "prohibir la obligación de prestar juramento a los presuntos culpables obedece a un principio admitido hoy en todas las legislaciones, cual es que no se ponga a los inculcados en la dura e imprescindible necesidad de faltar a sabiendas a la verdad cometiendo un perjurio que su conciencia rechaza, o de que declaren desde luego reos del delito que se les imputa por faltar al juramento prestado, **lo cual repugna también a los buenos principios procesales y a la doctrina sostenida por la mayoría de los tratadistas**, según los cuales **no se puede exigir al inculcado que colabore en su perjuicio ni que preste su auxilio para que se le persiga por el delito que cometiera**, pues a esto equivaldría **el constreñirle a declarar la certeza de su delincuencia** por no faltar a la santidad del juramento"¹¹

La norma constitucional citada consagra de manera insuficiente o muy poco explícita la garantía de que tratamos y por lo mismo, su recepción en nuestro derecho ha de encontrarse, más bien, en los tratados internacionales vigentes y en el propio Código Procesal Penal.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra en su artículo 8°, letra g), el derecho "**a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable**", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, número 3, letra e), establece que "durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, **a la garantía mínima de no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable**".

¹⁰ Carocca, Alex, y otros autores. Nuevo Proceso Penal. Ed. Jurídica Conosur, Santiago 2000, pág. 71

¹¹ Evans de la Cuadra, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1986. Tomo II, págs. 60 y sigtes.

El Código Procesal Penal, por su parte, en su artículo 93, letra g), entre los derechos del imputado reconoce el derecho a "guardar silencio o, en **caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento**", y en su artículo 135 incisos 2º a 4º, el de ser informado de dicho derecho.

A su vez, en el artículo 195, regulando la declaración del imputado, prescribe que " queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte **la libertad del imputado para declarar**", agregando que "en consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa", razón por la cual "se prohíbe ...todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis". Estas **prohibiciones** se encuentran fundadas, por lo demás, en la norma constitucional que garantiza el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, prohibiendo la aplicación de todo apremio ilegítimo, norma que **refuerza el derecho del imputado a guardar silencio o a no autoincriminarse** (artículo 19, N° 1 de la Constitución).¹²

Naturalmente este derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse está relacionado con el derecho de defensa del imputado. Con razón se sostiene que **es una modalidad de ejercicio de la autodefensa** en la manifestación pasiva de esta, es decir, de la autodefensa "que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación quien, en consecuencia, puede **optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses**, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable"¹³

El ejercicio de este derecho significa, en definitiva, fortalecer lo que ya hemos dicho: que el imputado " **pierde su antigua y única condición de objeto del proceso, para pasar a convertirse en lo que siempre debió ser, y es, sujeto y parte procesal**"¹⁴

Dicho de otro modo, al imputado "**no es posible obligarlo a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza**"¹⁵

8. El juicio oral.

Como ya hemos señalado, el juicio oral es la etapa central del procedimiento penal, con lo que no quiere decirse otra cosa que el juicio oral es el proceso penal.

¹² Montero Aroca, Juan. Principios del Proceso Penal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, Año 1997, pág. 157). "En las normas reguladoras del proceso penal **no sólo no 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**. En el proceso civil se ha llegado a hablar de los efectos probatorios de la actitud de las partes en el proceso o de deberes de las partes de lealtad y probidad o de buena fe, pero ni los efectos ni los supuestos deberes pueden referirse al proceso penal y al acusado, al que por el contrario debe reconocérsele el derecho incluso a mentir, sin que del ejercicio de ese derecho pueda extraerse consecuencia perjudicial alguna".

¹³ Sentencias del Tribunal Constitucional Español: 36/1983, Fundamento Jurídico 2, y 127/1992, Fundamento Jurídico Barcelona, citadas por Carocca Pérez, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal. Editorial Jurídica Olejnik, 1998, Santiago, pág. 478

¹⁴ Lo verdaderamente valioso, en suma, es el derecho al silencio, "independientemente de lo que pueda declarar el imputado sea o no perjudicial para el mismo, de modo que si utilizamos el concepto de derecho a no auto-incriminarse, deberíamos concluir que el imputado debe declarar todo cuanto le sea favorable, y aunque normalmente en la práctica esto sucederá, es decir, que el imputado declare todo aquello que exista a su favor, puede sin embargo ocurrir en algunos casos, y obedeciendo a distintas razones (proteger a otras personas, memoria confusa de lo sucedido...) que aquél no quiera declarar nada, no favorable, ni desfavorable para sí mismo. Por tanto, puede decirse, en general, que el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable cuyo contenido no es otro que el **reconocimiento de la libertad del imputado en cuanto a las declaraciones que efectúe en sus dos aspectos relativos a la propia decisión de realizarlas y al contenido de las mismas**, no son más que manifestaciones concretas del contenido del derecho a guardar silencio ya que, obviamente, si uno no quiere emitir declaraciones que puedan perjudicarlo o no quiere declarar su culpabilidad, **el mejor modo de hacerlo, aparte de la posibilidad de declarar falsamente, de lo que enseguida se hablará, es guardar silencio**". Huertas, María Isabel, El Sujeto Pasivo en el Proceso Penal como el objeto de la Prueba. J.M Bosch Editor. Barcelona 1999, págs. 292 y sigtes.

¹⁵ Maier Julio, Derecho Procesal Penal Argentino, Hammurabi, Buenos Aires 1989, pág. 434

Es decir, sin perjuicio de la aplicación de otros procedimientos o de salidas alternativas, **el juicio oral es el punto culminante de todo el proceso, la única etapa donde se producirá la prueba y también la única en que se pronunciará una decisión sobre el objeto del proceso.**

Prescribe el Código que la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá **rendirse durante la audiencia del juicio oral**, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley, y agrega que el tribunal formará su convicción sobre la base de la **prueba producida durante el juicio oral**. Consecuentemente, carecen de mérito probatorio las diligencias realizadas en la etapa de investigación. Los antecedentes encontrados y valorados por fiscales y policías, la información y las señales que sirvieron para fundar la acusación, **cobrarán valor de prueba y podrán tener más o menos mérito probatorio en cuanto sean lícitamente producidas como tales ante el tribunal oral.**

Así, entonces, la etapa de investigación y su resultado material queda, por así decirlo, consumida en la acusación. Tras ella, en la etapa procesal que corresponde, **debe procederse a probar, a verificar que eso que se obtuvo y recogió es medio de prueba lícito, válido, eficaz para demostrar los hechos afirmados en la acusación.**

El juicio oral es así **un juicio para la prueba**, un momento para **depurar y controlar la calidad y contundencia de la información de que se dispone** y que las partes controvierten. Y por eso mismo este control o depuración tiene lugar en una fase procesal en que deben darse una serie de garantías sin las cuales no habría certeza acerca de la calidad del control ni de la legitimidad de la depuración que se realiza. Así se entiende entonces que inicialmente el Código imponga la exigencia de un **tribunal distinto al que conoció de la investigación**, para asegurar su imparcialidad, y seguidamente requiera la **oralidad**, la **continuidad** y la **concentración** de la o las audiencias en que el juicio se desarrolle, como formas más perfectas de asegurar la intermediación, **el contacto directo entre el juez y la prueba, que asegura un verdadero juicio de credibilidad de la misma**. Así se entiende también que consagre decididamente el **contradictorio** entre las partes, asegurando siempre la posibilidad de una confrontación entre acusador y defensor, tanto en el debate como en la prueba.

Con todo, y más allá de la importancia del juicio oral mismo, su centralidad se proyecta, influye o repercute en otras áreas y en otras competencias del proceso. **El Código proclama el derecho al juicio oral y este como garantía de todo imputado influye decididamente en la etapa de investigación.** La sola posibilidad de su ejercicio **obliga a todos los sujetos procesales y especialmente a fiscales y policías** a actuar siempre y desde luego antes del juicio -en la investigación-conforme con la ley, de manera legítima, **de modo de evitar o de no verse expuestos a que les sea adverso el control de esa legalidad y legitimidad durante el juicio oral.**

9. La prueba como actividad propia del juicio.

Siendo la investigación una etapa preparatoria desformalizada, en ella **no se produce prueba**. Como señaláramos, en ella se conoce, recoge y prepara la prueba; se la sopesa para determinar si será, en el juicio, capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. **“La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral**, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley” (art. 296 del Código), que no son otras que los casos de **prueba anticipada** previstos en los artículos 191, 192 y 280. A su vez, “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba **producida durante el juicio oral**” (art. 340, inciso 2°, del Código).

El Código Procesal Penal reconoce que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso pueden ser probados por cualquier medio. Es el principio de libertad de pruebas. Sin embargo, este principio tiene “restricciones, también llamadas **prohibiciones probatorias...** referidas al objeto de prueba, que **impiden que un determinado tema se convierta en objeto de prueba**, esto es, en objeto de averiguación” o a que “**el hecho puede ser probado**

con ciertos impedimentos relativos a la producción de la prueba, a los órganos de prueba o a los métodos para indagar la verdad”¹⁶

Nuestro Código Procesal Penal reconoce expresamente estos límites a la prueba al admitir la posibilidad de **excluir pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales**.¹⁷ Estas pruebas excluibles, que suelen conocerse también bajo la denominación genérica de **pruebas ilícitas**, se identifican con la idea de “**la inadmisibilidad de incorporar al procedimiento los elementos de prueba – desfavorables para el imputado- obtenidos ilegítimamente o, si ya fueron incorporados, la expulsión de su seno**”.¹⁸

Como señala Picó y Junoy “el término “prohibiciones probatorias” es utilizado por primera vez en la doctrina alemana a principios de siglo, para hacer referencia a distintos supuestos en los que la prueba es ilícita, y que afectan tanto..., **la adquisición de las fuentes objeto de investigación**, como a los **medios probatorios** a través de los cuales dichas fuentes se introducen en el proceso”.¹⁹

Más allá de ser este un concepto que ha recibido múltiples críticas por parte de la doctrina, “objetándosele que carece de un significado unívoco que permita delimitar con precisión su contenido ... lo cierto es que se trata de un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto, para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, a saber, **la prohibición de su admisión y la prohibición de valorar el medio probatorio ilícitamente practicado**”²⁰

Si, como hemos dicho, el sistema procesal parte de la base **que no puede buscarse la verdad a cualquier precio** y que el proceso **debe desarrollarse conforme con determinadas normas esenciales insoslayables**, entonces es lógico y de absoluta coherencia que existan límites a la facultad de investigar los delitos y que las **restricciones impuestas a la actividad probatoria** en resguardo de la persona y su dignidad **se traduzcan en la no valoración de esas pruebas en caso de infracción de tales restricciones**.

En el fondo, las prohibiciones probatorias se configuran como sanciones procesales de un acto ilícito, o cuya ilicitud se declara en el plano material. “**El concepto de ilicitud es único para el mundo jurídico y lo ilícito, según el derecho material, deviene ineficaz en el plano procesal**”²¹

En suma, la exclusión de la prueba ilícita opera en el Código como mecanismo general correctivo de las infracciones a las garantías o del reconocimiento irregular e insuficiente de las mismas.

Si bien el primer y vital efecto de la consagración de esta doctrina es naturalmente un **reforzamiento de la vigencia de las garantías de que se trata** –la de inviolabilidad del hogar y de la correspondencia cuando se excluye el material

¹⁶ Julio Maier.. Derecho Procesal Penal Argentino. Editorial Hammurabi. Buenos Aires 1989, págs. 586 y 587.

¹⁷ No parecen problemáticas las situaciones en las cuales la sentencia judicial, desfavorable para el titular de la garantía, tiene fundamento directo en un acto reñido con ella, que incorpora un elemento de prueba decisivo, por ejemplo, la sentencia condenatoria fundada en una confesión bajo tormento. En estos casos resulta clarísimo que **el elemento de prueba obtenido en forma ilegítima es invalorable en una decisión judicial**, salvo cuando favorezca al titular de la garantía. **De otro modo no tendría sentido la garantía, que quedaría a merced de la voluntad omnimoda del funcionario que practica el acto**. Pues una cosa es sostener que ese funcionario será eventualmente punible, si lleva a cabo un hecho de esa especie (tortura, apremios ilegales, allanamiento ilegítimo, etc.), y otra distinta es fijar la atención en el destinatario de la garantía y en su razón de ser, al proscribir métodos para alcanzar la verdad, que la ley no tolera en la investigación de un hecho punible; la primera afirmación no excluye la segunda, ni resulta suficiente para asegurar la vigencia de la garantía.

Son equiparables a estos casos aquellos en los cuales los elementos de prueba que fundan la decisión judicial, desfavorable al titular de la garantía, si bien no son obtenidos directamente por un medio prohibido, **resultan inmediatamente vinculados con él, como**, por ejemplo, el secuestro que procede de un allanamiento y registro ilegítimos. La razón es clara: el allanamiento es solamente una autorización coercitiva para poder llevar a cabo el registro de un domicilio y, eventualmente, el secuestro de cosas que se hallan en esa morada; por ello, todas las condiciones que habilitan el ingreso a un domicilio -condiciones del registro- deben ser consideradas como extendidas al acto final que se pretende con él, la inspección y el secuestro. Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino. Edit. Hammurabi. Buenos Aires, 1989, págs. 467 y 468.

¹⁸ Maier, Julio. Derecho Procesal Penal Argentino..Edit. Hammurabi. Buenos Aires , 1989, T 1b , pág. 462.

¹⁹ Picó I Junoy, Joan. El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil. J.M. Bosch Editor, S.A., Barcelona 1996, pág. 290

²⁰ Idem cita anterior.

²¹ De Marino, R. Los Problemas Probatorios como Límite del Derecho a la Prueba”, Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983, p.607).

obtenido tras un allanamiento ilegal y la privacidad cuando se excluye la información obtenida por medio de interceptaciones telefónicas ilegítimas, por ejemplos— hay también **otro efecto, tan relevante como el anterior**, que es **“el disuadir a potenciales infractores del orden jurídico de su estéril actuar”**^{22 23}

La consagración por el Código de la doctrina de la prueba ilícita y de las prohibiciones de prueba, entonces, envuelve para el sentenciador una doble responsabilidad. Por un lado, **su atención al origen de la prueba**, en particular a la manera como fue obtenida durante la investigación. Por otro, **la rigurosidad para sancionar aquellas obtenidas con infracción**. De la satisfacción de una y otra dependerá **la legitimidad de la evidencia** que habrá de ponderarse y consecuentemente, de la **decisión que se pronuncie**.

II

LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

1.- Generalidades

Como hemos dicho, **el derecho de defensa y el derecho al silencio y a la no autoincriminación**, sin perjuicio de otras garantías como el principio de legalidad y la presunción de inocencia, **cobran especial vigencia o repercusión a propósito de la declaración del imputado**, materia en la que el Código ha sido particularmente cuidadoso y riguroso según da cuenta el Libro I, en el Párrafo 4° sobre “El Imputado” y su número I, intitulado “Derechos y Garantías del Imputado”.

Conviene considerar en este punto que siendo el imputado quien posiblemente posea mayor información sobre el supuesto delito cuya investigación se inicia, surge naturalmente el legítimo interés de los órganos de persecución penal por conocer esa información. Sin embargo, ante tal interés el Código proclama **la libertad del imputado para declarar** y regula las garantías que han de respetarse para que esa declaración sea legítima.

No es la declaración del imputado un hito procesal que deba lograrse durante la investigación. **La persecución penal no debe dirigirse a que el imputado declare porque ha de tener siempre presente que no puede pretender convertir al imputado en acusador de si mismo**. El Código protege al imputado como conocedor de los hechos investigados y como medio de información o testigo de esos hechos y en la investigación y en el juicio proclama su libertad de declarar unida siempre a su derecho de defensa. El artículo 98, regulando precisamente sus derechos y garantías, establece su declaración “como medio de defensa”, mientras el artículo 326, ya en el juicio oral, insiste en que “el acusado tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8°...(en cuyo caso) podrá prestar declaración...(y) se le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas”.

Es inescindible esta libertad para declarar que aparece reconocida en el Código, particularmente en los artículos 93, letra h), 98, 193, 194, 195 y 196, del derecho de defensa del imputado que le permite **“formular los planteamientos y**

²² Picó y Junoy, Joan. El derecho a la Prueba en el Proceso Civil, J.M.Boch Editor, Barcelona 1996, p. 300.

²³ En tal sentido, LOPEZ BARJA DE QUIROGA afirma que el rechazo de la prueba lograda antijurídicamente «desalentará a quienes recurren a tales medios, y eso ya supone un importantísimo paso para la consecución del Estado de Derecho»; y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO destaca que «la principal ventaja de la «prueba prohibida» es su efecto disuasorio». De igual modo, cfr. ZUCKERMAN, A.A.S.: «The principle of criminal evidence», *Clarendon Law Serie*, Oxford, 1989, pág. 344; VIGORITI, Vincenzo: «Sviluppi giurisprudenziali in tema di provee illecite», en *Riv. Dir. Proc.*, 1972, pág. 330; CAFFERATA NORES, J.I.: «La prueba en el proceso penal», Edit. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 16; HERRMANN, J.: «Nuevas orientaciones en la administración de justicia penal norteamericana», en *Justicia* 111/1987, pág. 712; y D'ALBORA, F.J.: ob. cit., págs. 449 y 451”. Picó y Junoy, Joan. El Derecho la Prueba en el Proceso Civil.

alegaciones que considerare oportunos...como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere”.

Estos derechos o garantías vinculados esencialmente a la declaración del imputado juegan, entonces, **para su defensa, para lo que lo beneficia, para lo que le permite controvertir y desvirtuar la imputación, para lo que le sea favorable.** Para eso es la garantía, que opera siempre en su beneficio y nunca en su perjuicio.

Es que una garantía es siempre una **limitación al poder del Estado.** Una limitación al poder de persecución penal. Precisamente porque el Estado ha instituido ese poder creando órganos dotados suficientemente para ejercerlo, **ha debido reconocer derechos suficientes por consideraciones humanas básicas a quien debe resistir ese poder.**

Aplicado lo dicho a la declaración del imputado se entiende que fiscales y policías investiguen con amplísimas atribuciones que a su vez están limitadas con derechos absolutos del imputado: ningún órgano de persecución puede comprometer la libertad del imputado para declarar ni olvidar **que su declaración es un medio de defensa.** Para eso el Código consagra normas que hacen que la defensa sea inviolable y el imputado incoercible.²⁴

Ello explica, también, porqué el Código ni siquiera alude a la confesión del imputado. No lo hace, no porque el imputado no pueda reconocer los hechos y su participación, no porque no pueda materialmente declararse culpable. Ello puede hacerlo en cualquier momento. Pero el Código **no ha establecido el derecho de defensa y el derecho al silencio y a la no autoincriminación para hacerlos lesivos, dañinos, gravosos o perjudiciales para el imputado sino para asegurarle su condición de sujeto y para su defensa en el sentido más genuino de invocar razones y eximirse de culpa.** Por ello, si libremente el imputado reconoce los hechos podrá favorecer la investigación, podrá generar en el fiscal la convicción de haber ocurrido el ilícito, pero en caso alguno este podrá considerar que posee una confesión ni se liberará de su deber de indagar y de sopesar otras evidencias que, entre otros propósitos, hagan verosímil el relato autoincriminatorio del imputado.

Es claro que **esa declaración inculpatoria ocurrida en la investigación no es prueba,** porque la prueba sólo puede producirse ante el tribunal del juicio, pero no lo es, además, porque **la declaración es medio de defensa. Sólo así puede entenderla el fiscal conforme con el artículo 98 del Código.**

En el juicio oral, a su vez, la declaración inculpatoria podrá también darse, pero en esta ocasión tendrá lugar en el más amplio marco de garantías representado por la presencia del tribunal oral, que la apreciará y valorará en el contexto de la prueba del proceso.

Finalmente, debe señalarse que los resguardos, los límites y prohibiciones establecidos por la Constitución y el Código en relación con la declaración del imputado deben entenderse referidos **a todas sus declaraciones cualesquiera sea la modalidad que las mismas asuman, ya se trate de casos en que el fiscal obtiene la declaración ya sea el caso que lo haga la policía con autorización del fiscal ya lo haga el imputado directa y espontáneamente.** En todas estas hipótesis y en cualquier otra en que haya declaración del imputado, **esta debe ser considerada como medio de defensa,** en los términos del artículo 98. Siempre será una declaración del imputado, declaración cuyos sentido, límites y efectos el Código regula especialmente y de los cuales nadie debe apartarse bajo ninguna circunstancia.

Tratándose de una garantía fundamental la interpretación y aplicación de sus normas reguladoras debe ser estricta y apartarse de toda interpretación

²⁴ En tal sentido, véase Horvitz, M. Inés y López, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Edit. Jurídica e Chile, Tomo I, Pgs. 225 y 226 “Con ello **se supera aquella concepción inquisitiva** que tendió a ver al imputado como un objeto del procedimiento y de investigación judicial, esto es, **como una fuente de información destinada a la averiguación de la verdad materia.** Fue, justamente, en este último contexto que la confesión se convirtió en “la reina de las pruebas” y sirvió para todo tipo de excesos y abusos. Hoy, en cambio, el imputado tiene derecho ...a que , en el evento en que consienta en declarar, **ella solo sea entendida como un medio de defensa”.**

meramente formal o procedimental, y con mayor razón de alguna dirigida a respaldar subterfugios.

2.- Declaración del imputado ante el juez de garantía.

En ejercicio de su derecho de defensa material y técnica “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”, declaración que podrá obviamente tener lugar ante el juez de garantía, en cuyo caso se prestará en audiencia, a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto (art. 98 del Código).²⁵

El contenido de la audiencia demuestra todo lo antes dicho. La presencia del juez de garantía tiene por objeto dar certeza de una actuación dentro de las reglas de la ley procesal y de una investigación racional y justa (siempre el tribunal debe dejar constancia en registros de cumplir las normas sobre derechos y garantías del imputado, según el artículo 97). La audiencia **carece de todo carácter indagatorio, es provocada por el imputado, los intervinientes pueden o no concurrir, rigen plenamente los principios y garantías de la libertad de declaración, el derecho al silencio y la no autoincriminación y si el imputado lo admite, puede ser interrogado**; además, puede solicitar diligencias para ser recomendadas por el juez al ministerio público cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad. Nótese esta última parte del artículo 98, inciso 3°, que reafirma la idea de una audiencia en **beneficio del imputado**. Es una audiencia establecida para contraargumentar, para desvirtuar; no para autoincriminarse.

Mirada desde la perspectiva probatoria, **tal audiencia no tiene por objeto la producción de una prueba. La declaración producida allí, no es medio de prueba porque la misma no está realizada ante el juez de la prueba y porque como hemos dicho su sentido es otro, es proteger y asegurar la defensa del imputado.**

Precisamente porque no es prueba no ha sido reglada por el Código como una hipótesis de prueba anticipada.

Por otro lado, la audiencia y la declaración no son más que un registro, que muy excepcionalmente y en las solas hipótesis de los artículos 331 y 332, podrá leerse durante el juicio oral. Dispone el artículo 332 que tal registro puede ser leído **“sólo una vez que el acusado ...hubiere prestado declaración”** en parte o partes para apoyo de memoria, demostrar o superar contradicciones o solicitar aclaraciones. Es decir, el Código, regulando el debate y la prueba del juicio oral, reitera lo antes dicho en orden a que esta declaración del imputado ante el juez de garantía es de su interés, de su disposición. **Sólo si el imputado presta declaración en el juicio podrá hacerse valer el registro, pero si no lo hace, el registro no se puede invocar, porque no es prueba, no contiene prueba alguna.**

Se entiende así el sentido de estas normas. La declaración del acusado podrá probar hechos, pero ya en el juicio. Lo que antes declaró, en la investigación, no es prueba.

²⁵ No incluiremos aquí el tratamiento de la posible existencia de un derecho a la falsedad vinculado a la declaración del imputado, porque rebasa el tema de este informe. Pero, téngase en cuenta que Gómez del Castillo y Gómez, en “El Comportamiento Procesal del Imputado, Bosch Barcelona, 1979, págs. 48 y sigtes., fundamenta: “no ya sólo el derecho al silencio del imputado, sino también su derecho a mentir, en el propio derecho a la inviolabilidad de la personalidad, del derecho de defensa y del derecho a la libertad, enfatizando que, sobre todo, es necesario que el comportamiento procesal del imputado no se vea coaccionado o constreñido ni jurídica ni moralmente en modo alguno, pues han de evitarse a toda costa la existencia de situaciones que puedan entrar en contradicción con la misma naturaleza humana”. Todo en Huertas, María Isabel, ob. cit., págs. 297 y sigtes.

3.- Declaración del imputado ante el Ministerio Público.

También se refiere el Código a la declaración del imputado ante el Ministerio Público. Durante la investigación estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando este así lo dispusiere (art. 193) para satisfacer un deber básico de apersonamiento a la investigación, pero la **declaración del imputado como medio de defensa tiene lugar cuando este se allana a prestarla**, en los términos del artículo 194 del Código. Como ya hemos reiterado, la declaración del imputado es siempre voluntaria.

Ante el fiscal, el imputado tiene obviamente, también, el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. Puede así **negarse a responder y a declarar**, pero no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad, debiendo responder a las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación. Esta norma que en principio aparece como un límite serio al derecho al silencio, constituye en verdad uno sólo aparente porque negándose el imputado a tal declaración de identidad no existe fórmula legítima de obtener de él esa declaración.

Pero puede, también allanarse a prestar declaración. Si esta fuere la primera declaración, el fiscal deberá comunicarle “detalladamente cual es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra” (art. 194). Tras todo ello “el imputado podrá declarar **cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere** (art. 194)

Todo lo dicho a propósito de la declaración del imputado ante el juez de garantía es esencialmente válido para la declaración ante el fiscal.

Así como al juez de garantía corresponde velar por la vigencia de las reglas de la investigación y el proceso racionales y justos, corresponde al ministerio público adecuar sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley (artículo 4° de la Ley 19.640, orgánica constitucional del ministerio público). Luego, será el ministerio público el primer obligado a respetar la Constitución y la ley y por lo mismo, a conducir la persecución penal por el camino del Derecho. Sólo cabe de su actuación **el debido respeto de la declaración del imputado como medio de defensa y la consideración estricta de los límites que a su proceder establece la normativa procesal penal.**

En particular y aún más allá de la cuestión objeto de este Informe, cabe preguntarse si requerido por el imputado para declarar o en la hipótesis de allanarse el imputado a declarar, **puede el fiscal tomar o recibir esa declaración en presencia de la policía y concretamente con el propósito de transformarla en testigo de cuanto aquel le dijere.** Sobre este punto preciso, ha de señalarse que el Código se refiere **al fiscal y a la declaración ante el fiscal, sin mencionar a la policía, por lo que puede pensarse que la excluye (art. 194, primera parte).** El fiscal debe actuar en los términos prescritos por el artículo 194 y en ellos la policía no está considerada.

Pero es más, la exclusión nos parece clara si pensamos en el **carácter vigilante e indagador propio de la policía**, que puede comprometer el ambiente de libertad y confianza que debe caracterizar una audiencia de este tipo, al punto de intimidar al imputado.

Por último, ha de tenerse presente **la falta de sentido que tendría que los policías oyeran esas declaraciones toda vez que como hemos dicho e insistiremos a continuación, salvo el caso de una declaración que el fiscal autoriza tomar a la policía bajo su responsabilidad, toda otra declaración del imputado ante la policía está prohibida cualquiera sea la modalidad, forma y condiciones en que se realice.**

3.1. Exigencias especiales previstas por el Código tratándose de la declaración del imputado prestada ante el fiscal y ante la policía autorizada por el fiscal y bajo su responsabilidad.

En las dos hipótesis en que la declaración del imputado es admitida por la ley ante la policía, con la presencia del defensor, o con la autorización del ministerio público y bajo responsabilidad de este, tendrá el ministerio público la carga de **acreditar que la declaración de que se trata ha sido prestada cumpliéndose todas las exigencias procesales**, como única forma de desvirtuar la impugnación de la legitimidad de la misma que puede plantear la defensa cuando esa declaración pretenda introducirse al juicio oral a través del registro de la misma y en alguna de las excepcionales hipótesis de los artículos 331 y 332.

El acatamiento por el ministerio público y la policía de las formas y prohibiciones establecidas especialmente en los artículos 91 y 193 a 196 **debe poder ser demostrable en la correspondiente incidencia y tal demostración pesará sobre el ministerio público.**

En definitiva, todas estas normas restrictivas y prohibitivas respecto de la declaración del imputado dejan en claro que **“se invierte la idea de que el fin de la verdad justifica cualquier medio**, de modo que es únicamente la naturaleza del medio lo que garantiza la obtención del fin. El interrogatorio, precisamente por hallarse encaminado a permitir **la defensa del reo**, debe estar sujeto a toda una serie de **reglas de lealtad procesal**: la prontitud o, en cualquier caso, su realización en un plazo razonable; **la comunicación verbal no sólo de las acusaciones, sino también de todos los argumentos** y los resultados de la instrucción que se opondan a las deducciones defensivas; **la prohibición de preguntas sugestivas y la claridad y univocidad de las preguntas** que se formulen; **la prohibición de cualquier promesa o presión directa o indirecta** sobre los imputados para **inducirles al arrepentimiento** o a la **colaboración** con la acusación ; la redacción autógrafa del acta del interrogatorio por parte del interrogado en caso de proceso escrito y la grabación de sus declaraciones; la tolerancia con sus interrupciones o intemperancias; y, sobre todo, **la libertad personal del imputado, que es lo único que garantiza la igualdad con la acusación, la serenidad de las declaraciones y la capacidad de autodefensa”**.²⁶

4.- Declaración del imputado ante la policía.

4.1. Hipótesis admitidas por la ley (artículo 91 del Código).

4.1.1. El citado artículo 91 textualmente dispone:

“Declaración del imputado ante la policía. La policía **sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor**. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

“Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias **para que declare inmediatamente ante el fiscal**. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”.

4.1.2. De la disposición legal citada resulta incuestionable que el legislador se preocupó especial y expresamente de la materia en análisis. Reguló la declaración del imputado ante la policía, señalando las diversas hipótesis que podrían presentarse y, en cada caso, sus exigencias.

²⁶ Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Valladolid. 1997, pág. 208

4.1.3. En efecto, el artículo 91, recién transcrito, contempla las diversas hipótesis posibles de declaraciones del imputado: ante la policía en presencia de su defensor; ante la policía en ausencia de su defensor; ante el fiscal, y ante la policía con autorización del fiscal:

4.1.4. Primera hipótesis: declaración prestada ante la policía, en presencia del defensor (artículo 91, inciso 1º, primera parte).

Esta primera hipótesis constituye la regla general.

Es así porque este artículo 91 se titula “Declaración del imputado ante la policía”, y a continuación, luego de un punto seguido señala:

“La policía sólo podrá interrogar **autónomamente al imputado en presencia de su Defensor**”.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el adverbio sólo quiere decir “Únicamente, solamente”.

Así, los términos empleados por el legislador manifiestan que se está en presencia de una situación restrictiva o limitativa.

La declaración ante la policía a que se refiere esta primera parte del inciso 1º del artículo 91, puede prestarla el imputado **sólo, única o solamente, en presencia de su defensor**. A contrario sensu, en ausencia de su defensor, por regla general el imputado no puede prestar declaración ante la policía o ser interrogado por ésta, **salvo en las situaciones de excepción que contempla este mismo artículo 91**, que se analizan a continuación.

La frase final de este artículo 91 confirma la intención del legislador de que, como norma general, **siempre el imputado sea interrogado o preste su declaración en presencia de su defensor**, al señalar “... El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”

4.1.5. Segunda hipótesis: declaración prestada ante la policía en ausencia del defensor (artículo 91, inciso 1º, segunda parte).

El artículo 91, después de señalar que la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor, contempla una primera excepción a esta regla general:

“Si éste (el defensor) **no estuviere presente durante el interrogatorio**, las preguntas se **limitarán a constatar la identidad del sujeto**”.

En esta segunda hipótesis, que es excepcional, **de ausencia del defensor**, la policía si bien está facultada para interrogar autónomamente al imputado, lo está muy limitadamente. Las preguntas **“se limitarán” a constatar la identidad del sujeto (inciso 1º, segunda parte)**.

Así, en caso de ausencia de su defensor la ley faculta a la policía para formularle al imputado sólo las preguntas necesarias para constatar su identidad, **y nada más**.

En este caso la policía **no puede interrogar autónomamente al imputado sobre otra materia** que no sea la relativa a la constatación de su identidad, por ejemplo, sobre cómo ocurrieron los hechos investigados, o respecto a su presunta participación en ellos, o sobre otros posibles participantes o testigos, etc.

Consecuencialmente, en ausencia de su defensor, la declaración del imputado sobre cualquier otra materia ajena a lo necesario para constatar su identidad, **excede lo que expresa y excepcionalmente autoriza la ley**. Por ello, tal declaración del imputado no autorizada por la ley sería ilegal y, consecuencialmente, nula.

Los términos restrictivos empleados por el legislador evidencian el claro sentido de la ley, que no deja dudas a este respecto. En efecto, el legislador se encargó de señalar que si el defensor no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas **“se limitarán” a constatar la identidad del sujeto**.

De acuerdo con el Diccionario de La Lengua Española, *limitar* significa “Poner límites a algo.// 2. Acortar, ceñir.// 3. Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien...”

Dicho de otro modo, la declaración prestada por el imputado ante la policía en ausencia de su defensor, y las correspondientes preguntas que se le formulen, sólo pueden tener por objeto constatar la identidad del imputado, sin que dicha declaración y preguntas puedan extenderse o referirse a aspectos diversos a la constatación de dicha identidad.

El señalado carácter limitativo o restrictivo de esta declaración y preguntas queda en claro, además, porque se está en una situación de excepción.

Ya se dijo que la **norma general es que la policía “sólo puede interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor”** (artículo 91, inciso 1º, primera parte), y se señaló, también que la palabra “sólo” quiere decir “Únicamente, solamente”.

Así, atendido los términos limitativos empleados por el legislador en esta segunda hipótesis, y por tratarse, además, de una situación de excepción, queda de manifiesto que esta parte de la disposición **no admite una interpretación extensiva o por analogía, es decir, no puede extenderse a otros casos que los expresamente previstos por la ley.**

4.1.6. Tercera hipótesis: declaración voluntaria prestada ante el fiscal (artículo 91, inciso 2º, primera parte).

De acuerdo con el inciso 2º de este artículo 91:

“Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que **declare inmediatamente ante el fiscal...**”

De esta forma, la ley contempla esta tercera hipótesis, también excepcional, en que se está **en ausencia del defensor pero en que la declaración se presta ante el fiscal y no ante la policía.**

Desde luego, en este caso la declaración se produce a petición o por iniciativa del imputado, quién manifiesta a la policía su deseo de declarar.

No obstante ello, **a pesar de la expresa voluntad del imputado de declarar, como no está en presencia de su defensor la ley impide a la policía tomarle esta declaración** y, en cambio, le impone el deber de adoptar las medidas necesarias para que el imputado declare inmediatamente ante el fiscal.

Así, **aunque voluntariamente el imputado quiera declarar ante la policía, en ausencia de su defensor la ley le impide hacerlo**, y le impone a dicha policía la obligación de adoptar las medidas para que el imputado preste su declaración, **pero ante el fiscal.**

4.1.7. Cuarta hipótesis: declaración prestada ante la policía, autorizada por el fiscal y bajo su responsabilidad (artículo 91, inciso 2º, segunda parte).

Luego de señalar que en ausencia del defensor, si el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal (tercera hipótesis señalada en el número 1.7 precedente), el legislador contempla esta cuarta y última hipótesis, también excepcional, al expresar:

“... Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se **allanare a prestar**, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal...”

Como queda claro en esta parte de la disposición en análisis, esta cuarta hipótesis que se presenta en el caso de **ausencia del defensor** (al igual que la segunda y la tercera hipótesis) es triplemente excepcional porque, por una parte, el imputado debe manifestar **su deseo de declarar** (al igual que en la tercera hipótesis); además, debe existir **imposibilidad para que preste inmediatamente su declaración ante el fiscal**, y por último, *el fiscal debe autorizar* para que dicha declaración se preste *ante la policía*, bajo la **responsabilidad de dicho fiscal.**

4.1.8. Suma. De esta forma, en lo que interesa para los efectos de este informe, el imputado sólo puede prestar declaración ante la policía en tres situaciones: **en presencia de su defensor** (primera hipótesis), que es la regla general y, excepcionalmente, **en ausencia de su defensor**, en dos casos: **a)** para el

sólo efecto de que se **constate su identidad** (segunda hipótesis), y **b)** por **iniciativa del propio imputado**, previa autorización del fiscal y bajo su responsabilidad, cuando no es posible que declare ante él (cuarta hipótesis).

Solamente en estas tres situaciones, en general en presencia de su defensor (primera hipótesis), y por excepción, en ausencia de éste (segunda y cuarta hipótesis) la ley autoriza que el inculpado preste declaración ante la policía.

Por el contrario, el legislador **no autoriza que el imputado preste declaración ante la policía** en casos distintos a los señalados y precisados en este artículo 91.

Lo que el Código establece en su artículo 91 es una prohibición a la policía de recibir o provocar la declaración del imputado. Aclarada suficientemente en párrafos anteriores el profundo sentido jurídico de esta prohibición por su relación con a lo menos tres garantías fundamentales, sólo resta señalar aquí que la transgresión a esta norma y el aprovechamiento como prueba de testigos de la declaración obtenida como consecuencia de ella configura un caso de prueba prohibida que debe ser excluida por inobservancia de garantías fundamentales.

5.- Historia del establecimiento del artículo 91.

5.1 El Código Procesal Penal tuvo su origen en el Mensaje con que el Presidente de la República envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código de Procedimiento Penal (Boletín N° 1630-07).

En el párrafo 3º, titulado “La Policía”, del título IV de este proyecto (arts. 99 a 107), el legislador se refiere a la función de la Policía (art. 99); a la Superintendencia del Ministerio Público (art. 100); a los deberes de la Policía (art. 101); a la obligación de informar al Ministerio Público (art. 102); a la solicitud de actuaciones y plazos (art. 103); a la imposibilidad de cumplimiento (art. 104); a la prohibición de informar (art. 105), y al poder disciplinario (art. 106).

El origen del establecimiento del citado **artículo 91** (antes transcrito y analizado), se encuentra en el inciso 3º y final del recién mencionado artículo 102 del proyecto, intitulado “Obligación de informar al Ministerio Público”.

A continuación, se resume la historia fidedigna del establecimiento de este artículo 91.

5.2. Artículo 102 del citado proyecto de ley sometido a la consideración de la H. Cámara de Diputados (Tomo V.1, página 36).

“Artículo 102. **Obligación de informar al ministerio público.** Los oficiales y agentes de la policía informarán inmediatamente al ministerio público de cualquier investigación a la que dieren inicio.

“Una vez informado, el fiscal instruirá a la policía acerca de la forma de proceder y podrá delegar en ella alguna de sus funciones.

“*La policía no podrá interrogar autónomamente al imputado. Sólo podrá dirigirle preguntas para constatar su identidad, con todas la advertencias que se establecen en el artículo 120. En caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar, deberá conducirlo para su declaración inmediata ante el ministerio público, a menos que éste hubiere delegado la facultad de recibir dicha declaración. Si el imputado exigiere ser conducido ante el juez para prestar su declaración, deberá facilitársele la posibilidad de tomar notas para no perjudicar su memoria actual, notas que utilizará libremente el imputado durante su declaración y que en caso alguno podrán ser valoradas como pruebas en el juicio oral.*”

5.3. Refiriéndose al citado artículo 102 del proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados señaló lo siguiente (Tomo V.1, páginas 180 a 182; Sesión 23ª de la H. Cámara de Diputados, de 13 de enero de 1998):

“El artículo 102 impone a los oficiales y agentes de la policía la obligación de informar al ministerio público de cualquier investigación a la que dieren inicio.

“En apoyo de la disposición, se hizo constar que el artículo 120 bis, N° 5, del

Código vigente, dice: "sin orden judicial, la policía sólo puede tomar las declaraciones que las personas se allanaren a prestarle".

“Los mayores excesos y abusos se producen en este trance, lo que fue corroborado por diversos integrantes de la Comisión. Es una cuestión de principios. Los maltratos se producen en este tipo de interrogatorios. En la práctica, la policía interroga, lo cual es objeto de numerosas críticas. Hay dos alternativas: **o la policía no interroga**, salvo que se lo delegue el fiscal, como se propone, o que **la policía interroge en presencia del abogado.** Constitucionalmente, el letrado debería intervenir en el interrogatorio de la persona que está en presencia de la policía.

“Se hizo presente que en el Código también se adopta una definición en torno a cuál es la concepción de los medios probatorios, entre los cuales se refiere especialmente a la confesión.

“Es una deformación del sistema actual entender la confesión como un medio de prueba en contra del inculpado. **No se puede desvirtuar la confesión, que es un derecho del imputado para declarar o no declarar y cuya garantía más elemental es el derecho a guardar silencio.** Ahí subyace este derecho reconocido en todos los órdenes procesales de que se tiene conocimiento. Luego, no se entiende que la confesión pueda ser legislada o tratada como un medio probatorio para inculpar a la persona respecto de la cual se realiza una investigación. **Lo lógico es que la confesión pueda ser un medio de defensa de la persona y no se tome como un medio para culparla”.**

“Toda persona tiene derecho a preparar su confesión, con un abogado al lado, para que le señale sus derechos y posibilidades en el juicio. Si se le priva de ese derecho, se le expone a que esa confesión sea mal utilizada en su contra.

“Se indicó que este debate era muy propio y comprensible, por nuestra propia cultura jurídica inquisitiva en materia penal. De tal manera que el tema de la posibilidad de la confesión resulta muy relevante. En el actual derecho comparado, la palabra confesión está eliminada de los Códigos. Ya no existe el medio probatorio llamado confesión. Por eso se usa la expresión "declaración", que Manuel Egidio Ballesteros tomó en el Código chileno, declarando en el proyecto que entendía por declaración el modo de donde podían extraerse medios de defensa a favor del inculpado. Tanto es así, que el Código dice que, cuando la persona se finja loca o demente o se crea muda, el juez se limitará a advertirle que no entorpecerá la investigación y que se le puede privar de medios de defensa. Posteriormente, el Código de don Manuel Egidio fue modificado y se terminó en este sistema. Pero la estructura que le dio *ponía el énfasis en la declaración como un medio de procurar defensa al inculpado.*

“El Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal actual tienen la confesión perfectamente relegada. **La confesión fue la que dio origen a los excesos de los enjuiciamientos, porque, cuando se magnificó su importancia como medio de establecer el hecho, todos los procedimientos para obtenerla fueron válidos.**

“Hoy en día, hay que tener en cuenta que la confesión ya no vale. Existen ordenamientos procesales y jurisprudencia europea continental actual que dicen que la verdad material, la verdad absoluta, no es un fin del proceso. No se puede llegar a la verdad por cualquier medio.

“La ciencia procesal actual tiene eliminada la confesión como medio de prueba en todas partes del mundo.

“Al efecto, se dijo que la anterior era una verdad parcial, porque el mismo proyecto establece una serie de salidas alternativas basadas en la confesión y en el principio de la economía procesal. Si una persona se declara culpable, puede pactar una pena menor y no llegar a juicio. Todo eso está construido en la confesión y en el reconocimiento voluntario de ciertos hechos.

“Se retrucó la afirmación anterior indicando que, si bien es efectivo lo expresado, la confesión está establecida respecto del reconocimiento de los hechos pero, de tal manera, que si el tribunal rechaza la posibilidad del acuerdo y hay que ir a juicio, queda vigente la posibilidad de que la persona sea absuelta, lo que revela que es un reconocimiento de hechos y no una confesión. Sin duda, el procedimiento

abreviado se hizo sobre la base del reconocimiento de los hechos, pero no sobre la confesión.

“Se reconoció que había que resguardar los derechos de las personas y erradicar los problemas que hoy generan las confesiones extrajudiciales, sin que ello obste para establecer una vía para que, si una persona quiere reconocer voluntariamente los hechos, lo haga y reciba las sanciones correspondientes. Para ello, lo importante es regular muy bien en qué consiste la declaración y su valor en el juicio.

“Se acotó, a mayor abundamiento, que este Código razona sobre la base de que no hay un sistema de prueba legal tasada, como ocurre hoy en día. En el Código actual, el legislador dice cómo se debe valorar la prueba. En el proyecto, no es la fórmula que se ha empleado. Sin embargo, hay determinados medios probatorios que el Ministerio de Justicia ha decidido regular expresamente, porque son complejos, no obstante existir un sistema de sana crítica. Se pueden admitir otros, en la medida en que al juez le produzcan fe.

“En ese contexto, la declaración tiene el valor de un antecedente para llegar a una convicción, pero no es posible considerarla como medio probatorio y regularla. Cabría indicar, más bien, que la declaración es un derecho-derecho a no autoinculparse, a la no autoincriminación, a guardar silencio- y que el resto de las normas sobre declaraciones razonan sobre una base distinta de lo que es la confesión actualmente regulada.

“Es un tema que tiene tres alternativas: 1. Que las declaraciones se presten única y exclusivamente delante del juez. Es el esquema más garantista de todos. 2. Que el fiscal siempre delegará en la policía la facultad de interrogar. Es un esquema menos garantista, por el cual ha optado el Código. 3. Que se le permita a la policía interrogar autónomamente, pero en presencia de un defensor de oficio, y que esté regulado el procedimiento.

“Lo ideal es que el inculcado preste declaración únicamente ante el juez. La tesis que ofrece el Código es intermedia y sujeta a crítica, porque, en rigor, el Ministerio Público “que es el órgano de persecución penal” siempre delegará esta función en la policía.

“Algunos señores Diputados se manifestaron abiertamente contrarios a que el ministerio público pudiera delegar, por ser de parecer que bajo ninguna circunstancia una persona deba estar obligada a declarar ante la policía. Lo aceptan si lo hace voluntariamente.

“Al final, hubo acuerdo en que la policía no podrá interrogar autónomamente al imputado, salvo en el caso de que se allanare voluntariamente el inculcado a prestar una declaración.

“Se aprobó el artículo con modificaciones. En el primer inciso, se reemplazó “oficiales y agentes” por “funcionarios”. Se agregó un inciso cuarto del siguiente tenor: “Bajo la responsabilidad y autorización del ministerio público, la policía consignará las declaraciones que los imputados quisieran prestar, libre y voluntariamente”.

5.4. La citada Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en definitiva propuso la aprobación del proyecto de Código Procesal Penal que anexó a su informe y cuyo artículo 102 textualmente dispone (Tomo V.1, página 286; Sesión 23ª de la Cámara de Diputados de 13 de enero de 1998):

“Artículo 102. Obligación de informar al ministerio público. Los oficiales y agentes de la policía informarán inmediatamente al ministerio público de cualquier investigación a la que dieron inicio. (326 Córdoba, 249 El Salvador).

“Una vez informado, el fiscal del ministerio público instruirá a la policía acerca de la forma de proceder y podrá delegar en ella alguna de sus funciones.

“La policía no podrá interrogar autónomamente al imputado. Sólo podrá dirigirle preguntas para constatar su identidad, con todas las advertencias que se establecen en el artículo 118. En caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar, deberá conducirlo para su declaración inmediata ante los fiscales del ministerio público.

“Bajo la responsabilidad y autorización de los fiscales del ministerio público, la policía consignará las declaraciones que los imputados quisieran prestar, libre y voluntariamente.

“El ministerio público regulará la forma en que la policía ejercerá esta facultad.

“Si el imputado exigiere ser conducido ante el juez para prestar su declaración, deberá facilitársele la posibilidad de tomar notas para no perjudicar su memoria actual, notas que utilizará libremente el imputado durante su declaración y que en caso alguno podrán ser valoradas como pruebas en el juicio oral”.

En estos términos la Cámara de Diputados aprobó este artículo 102 en este primer trámite constitucional.

5.5. En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (Sesión 5ª), respecto del artículo 102 del proyecto se señaló lo siguiente:

a) “ARTICULO 102.

“Consulta normas sobre dos órdenes de materia.

“En primer lugar, la información inmediata que los funcionarios de la policía debe proporcionar a los fiscales del ministerio público respecto de cualquier investigación a la que dieran inicio, y las atribuciones del fiscal de instruir a la policía acerca de la forma de proceder y de delegar en ella alguna de sus funciones.

“En segundo término, **la posibilidad de practicar interrogatorio policial al imputado.** Al efecto, **se prohíbe a la policía interrogar autónomamente al imputado. Sólo podrá dirigirle preguntas para constatar su identidad,** con todas las advertencias que se establecen en el artículo 118. En caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar, deberá conducirlo para su declaración inmediata ante los fiscales del ministerio público. Bajo la responsabilidad y autorización de los fiscales, la policía consignará las declaraciones que los imputados quisieran prestar, libre y voluntariamente. El ministerio público regulará la forma en que la policía ejercerá esta facultad. Si el imputado exigiere ser conducido ante el juez para prestar su declaración, deberá facilitársele la posibilidad de tomar notas para no perjudicar su memoria actual, las que utilizará libremente el imputado durante su declaración y que en caso alguno podrán ser valoradas como prueba en el juicio oral.

“La Comisión resolvió **desglosar estas materias, a fin de tratarlas en dos artículos, relativo el primero a la información al ministerio público y el segundo a las declaraciones del imputado ante la policía, que se contemplan como artículos 84 y 91 del proyecto que proponemos...**

“El nuevo artículo 91 establece que la policía sólo podrá interrogar autónomamente el imputado en presencia de sus defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto. Si, en ausencia de su defensor, el imputado manifestare su deseo declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

“Por consiguiente, quedó **rechazada la indicación N° 86,** del H. Senador señor Cordero, **que, en concordancia con la indicación N° 81 del mismo autor, permite que la policía reciba excepcionalmente la declaración que el imputado se allanare a prestar tratándose de los delitos mencionados en tal indicación, y suprime el deber de presentar al imputado ante el fiscal para este efecto.**

“Se aceptó, en cambio, con enmiendas, la indicación N° 87, de los H. Senadores señores Bombal, Larraín, Stange y Urenda, que contempla la posibilidad de que el imputado **preste declaración voluntariamente ante la policía, con la autorización del fiscal, pero siempre en presencia del defensor.**

“Todos los acuerdos anteriores lo fueron por unanimidad, con los votos de los HH. Senadores señores Aburto, Diez, Hamilton, Larraín y Viera-Gallo.

b) Por lo anterior, se propuso introducir, entre otras, la siguiente modificación al proyecto de ley aprobado en general:

“Artículo 91.- Declaraciones del imputado ante la policía. La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado **en presencia de su defensor**. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

“Si, en ausencia de su defensor, el imputado manifestare su deseo declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”. (Tomo V.5, página 1479).

Como puede apreciarse, este texto del artículo 91 es prácticamente igual al vigente en el Código Procesal Penal, con la salvedad que se inicia con la palabra “Declaración” en lugar de “Declaraciones”.

5.6. En relación con el proyecto que la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado aprobó y sometió a la consideración del Senado, en la Sesión 6ª de 21 de junio de 2000 consta lo siguiente:

“El señor **GOMEZ** (Ministro de Justicia).- ... Las principales enmiendas -que trataré de resumir- dicen relación a instituciones como las siguientes: ...

“Policía.

“Se impone a la policía el deber de resguardar el sitio del suceso en tanto no se designe a quienes deberán practicar la investigación.

“Esta fase es también de vital importancia en el procedimiento y fue motivo de grandes discusiones tanto en la Comisión de Constitución del Senado como anteriormente en la Cámara de Diputados, y en foros en los que intervinieron profesionales expertos en el tema de la investigación.

“¿Por qué es importante? Porque lo que se pretende con esta norma es que quien lleve a cabo en definitiva la investigación sea un órgano especializado y, por lo tanto, al llegar la policía al sitio donde debe realizar esta acción, en principio sólo se limite a resguardar el lugar hasta que el fiscal designe a quien en definitiva será el investigador.

“Esta materia, que podría estimarse de menor trascendencia, desde el punto de vista de la investigación final y de la forma como en este nuevo Código se implementará el posterior juzgamiento, reviste vital importancia. Cabe recordar en este sentido que las pruebas acumuladas en cada una de estas etapas serán expuestas ante un tribunal oral y público, con la presencia de fiscales y de abogados defensores. Por lo tanto, las pruebas que allí se logren retener deberán ser, desde el punto de vista legal, lo suficientemente rigurosas para evitar posteriormente nulidades de juicios.

“Asimismo, se introduce el control de identidad y se autoriza a la policía interrogar autónomamente al imputado –medida que también constituye una innovación respecto del criterio de la Cámara-, pero en presencia de su defensor o, si aquél se allana a declarar –en este caso, el imputado-, se le permite interrogarlo, siempre que el Ministerio Público haya autorizado a la policía para hacerlo.

“¿Qué pasa en este punto central? Que se acogieron las sugerencias hechas en diversos ámbitos sobre la necesidad de que, en algunos casos, la policía pueda recopilar antecedentes en el momento mismo en que se ha producido una situación determinada. **Sin embargo, aquí se fijan ciertas restricciones y obligaciones para proceder en esa forma, o bien se le permite hacerlo siempre y cuando el Ministerio Público haya delegado esta facultad. Es decir, la responsabilidad final de lo que ahí se haga y de cómo se haga, corresponde en este caso al Ministerio Público.** (Tomo V.6, páginas 1720 y 172).

III

CONSIDERACIONES EN TORNO AL RECURSO DE NULIDAD SUB-LITE

1. Fundamentos del recurso.

En lo que interesa para los efectos de este informe, el fundamento de hecho del recurso de nulidad –actualmente sublite- interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia definitiva de 12 de julio de 2002, que absolvió a los imputados señores Francisco Javier Villarroel Mancilla y Cecilia del Carmen Cárcamo Bórquez, se puede resumir señalando “... **que en el desarrollo del juicio oral, el Tribunal impidió a los funcionarios policiales que declararan sobre lo que los imputados habían señalado al momento de su detención ...**”, siendo que en la audiencia de preparación de dicho juicio a fin de sustentar la acusación, el Ministerio Público ofreció prueba, entre ella, “**la citación en calidad de testigos, de los funcionarios policiales aprehensores, para que depusieran cuanto estaba en su conocimiento acerca de los hechos materia de la causa, siendo toda ella incluida en el auto de apertura del juicio oral**”.

En el recurso se agrega que sobre la base de un incidente promovido por la defensa, el Ministerio Público se vio impedido de que la prueba testimonial, encarnada por los funcionarios aprehensores, fuera rendida en su totalidad, pues el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal “**no permitió que los policías hicieran referencias sobre los dichos de los imputados al momento de ser aprehendidos, sosteniendo que tal testimonio vulneraba la garantía de los acusados de no auto incriminación...**”, lo que determinó que los testigos quedaran impedidos de declarar sobre circunstancias relevantes relativas a la participación de los acusados en los hechos materia de la acusación, y que el Ministerio Público no pudiese cumplir con las exigencias probatorias establecidas en el artículo 341 del Código Procesal Penal, llevando a la absolución de los imputados”.

Sus fundamentos de derecho pueden resumirse en que “los intervinientes no solamente deben estar en condiciones de producir la prueba” oportunamente ofrecida sino, además, el “Tribunal se encuentra en el deber de generar y garantizar un escenario de igualdad en el ejercicio de los derechos que a las partes les asisten” (artículo 5º, inciso 2º, parte final de la Constitución) y “su incumplimiento por parte del Tribunal Oral implicará una infracción al deber constitucional señalado, determinando la configuración de un vicio de nulidad...”

El recurso agrega que “no existe ninguna norma legal que faculte al Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, para impedir la producción de prueba aceptada e incluida en el auto de apertura correspondiente”, lo que se encuentra estrechamente relacionado con el “principio de igualdad” amparado en el inciso 1º, del número 3º, del artículo 19, de la Constitución, que en su manifestación procesal-procedimental se traduce en el derecho a igual tratamiento. En este sentido también existe vulneración a la garantía del debido proceso, consagrada en el N° 3, inciso 5º del citado artículo 19.

El recurso señala que lo anterior **no es incompatible con la garantía de la no autoincriminación** porque si bien el Estado no puede obligar a que el imputado preste personalmente declaración respecto de hechos o circunstancias que lo incriminen, a su vez “ello no impide que aquellas personas que hayan presenciado alguna declaración del imputado puedan reproducirla ante el Tribunal del Juicio Oral...” si tales declaraciones han sido libres y espontáneas. Agrega que “**si tales testigos son los funcionarios aprehensores y, en su caso, deberán haberse cumplido con las exigencias de los artículos 91 y 135 del Código Procesal Penal**”.

El recurso agrega que **“la opción por el silencio que puede hacer valer el imputado sólo tiene efectos desde el momento de la opción y hacia el futuro, pero no puede tener efectos retroactivos...”**

El recurso expresa que de acuerdo con la garantía del debido proceso y al igual que cualquier otro interviniente, el Ministerio Público tiene derecho a rendir la prueba incluida en el auto de apertura del juicio oral, conforme con la letra e) del artículo 277 y que, por otra parte, el artículo 295 dispone la admisibilidad de todo medio probatorio, sin limitación alguna.

Finalmente, además de señalar la causal invocada, el perjuicio y la influencia del vicio en lo decisivo del fallo, señala como infringidos los artículos 5º inciso 2º y 19 números 3º inciso 1º y 5º de la Constitución y los artículos 277 y 295 del Código Procesal Penal.

2. Consideraciones para la decisión sobre el recurso.

2.1. La declaración del imputado no puede ser provocada ni recibida autónomamente por la policía.

Como se ha explicado normativamente, el Código no admite que la policía tome autónomamente declaración al imputado ni que la reciba de él, y tal prohibición tiene su fundamento en el propósito declarado del legislador de evitar aquellos actos que, eventualmente, puedan crear condiciones para la vulneración de garantías fundamentales.

Siendo ello así, jurídicamente la declaración que la policía autónomamente tome **constituye un acto prohibido, un acto que no es admitido por la ley**. En mérito de tales caracteres, nos encontramos claramente ante un caso de medio de prueba prohibido, ante una prueba ilícita. En otras palabras, si el imputado presta declaración ante la policía y se vulneran por lo mismo, **por la sola circunstancia de prestarse declaración ante quien no está autorizado para recibirla ni provocarla**, las restricciones que en esta materia impone expresa y claramente el artículo 91 del Código, a más de las normas constitucionales a que ese artículo responde, esa declaración constituye un medio de prueba prohibido, ilícito.

2.2. Merece razonarse y profundizarse en torno a la calificación de medio de prueba prohibido que hemos dado a la declaración del imputado tomada autónomamente por la policía. No puede existir duda en que la restricción a que la policía tome declaración autónomamente al imputado encuentra su fundamento en el propósito declarado de resguardar y proteger el derecho de defensa y el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. La protección consiste, simplemente, en que la policía, sola, sin autorización del fiscal, no pueda tomar declaración al imputado. Y no sólo que no pueda tomarla cuando existe interés suyo en hacerlo sino que tampoco pueda tomarla cuando el interés es del propio imputado. No se olvide que, **aunque el imputado quiera declarar ante la policía, tal declaración no es admitida por la ley, es prohibida por la ley**.

Lo que el legislador trasunta en el artículo 91 es que no exista posibilidad alguna de un interrogatorio del imputado por la policía. Lo que hace es proscribir la posibilidad. No considera la posibilidad como hipótesis admisible. Y no lo hace porque ella puede favorecer o crear condiciones para que los derechos de defensa y al silencio y a no autoincriminarse puedan verse violentados o amenazados.

2.3. Como dijéramos en otra parte de este informe, **los derechos de defensa y al silencio y a no autoincriminarse están ligados primaria y esencialmente a la declaración del imputado**. Es en ella o con ocasión de ella donde se expresan y ejercen y por lo mismo, es ahí donde la ley procesal pone todos los énfasis y todos los resguardos. Ello es palpable en el Código y así se explica que este **proclame la declaración como defensa, que se aparte de la declaración como oportunidad para la indagación y que excluya categóricamente que el**

imputado sea considerado como objeto y medio de prueba por los órganos de persecución penal.

¿En qué quedarían el sistema de garantías establecido y la consideración clarísima del imputado como sujeto procesal si con ocasión de su declaración no se pusieren todas estas protecciones y resguardos? ¿No es lógico que el legislador sea restrictivo y opte por prohibiciones absolutas en una materia tan delicada, tan determinante ?

2.4. Analicemos ahora otra hipótesis: ¿qué ocurre si es el imputado quien transgrede las normas y declara ante la policía, espontáneamente, sin su defensor y sin que esta actúe por delegación del fiscal. **¿Es procedente que esta declaración oída al imputado pueda introducirse al juicio como prueba de testigos, entendiéndose que los policías son testigos de oídas y pueden declarar lo que en tal calidad han conocido?**

Ello no es procedente. El conocimiento logrado por la policía de lo que oyó decir al imputado actuando ella autónomamente no convierte a la policía en un medio de prueba lícito o admitido en ninguna circunstancia, porque la ley no admite esa declaración ante la policía. Esta declaración de los policías acerca de lo que oyeron al imputado, pero en circunstancias violatorias del artículo 91 del Código, **debe ser excluida como prueba precisamente porque es el resultado de defectos o vicios en la aplicación de una ley establecida para la protección de las garantías constitucionales que se han señalado, porque se la ha obtenido con inobservancia de garantías fundamentales al violar las leyes que las protegen.**

Lo contrario sería reconocer validez a la actuación autónoma de la policía ,en una hipótesis que se aparta de aquellas admitidas por la ley. E importaría “borrar con el codo lo que se ha escrito con la mano” ,toda vez que **una rigurosa y fundada regulación quedaría en definitiva a merced del resultado material que de hecho se produjera en el procedimiento.**

Y no es que pueda testimoniarse por los policías acerca de las declaraciones del imputado inculcado porque estas no han sido tomadas bajo juramento. No. El punto no es si ha habido o no juramento. Desde luego, la exigencia del juramento sólo opera para las declaraciones que se prestan ante los jueces, por lo que tal argumento no es válido en el análisis de las declaraciones ante la policía. El punto es, insistimos, que la declaración del imputado no es considerable ni utilizable en la investigación como medio de prueba de cargo, porque es un medio de defensa. Otra cosa es la declaración que tiene lugar en el juicio.

Finalmente, entiéndase que como toda esta materia, el tema está ligado a la confesión que, como hemos dicho, el Código excluye como medio de prueba en la investigación. Admitir a la policía como testigo de declaraciones del imputado que no correspondan a la naturaleza de esta de medio de defensa es, en el fondo, admitir que la confesión sí puede darse durante la investigación y que la misma puede “reproducirse” por la vía de la prueba de testigos. Claramente, pensamos, la hipótesis contraría las normas del Código.

2.5. ¿Puede el imputado apartarse de las normas que el Código le impone? ¿las normas que restringen a la policía son de interés del imputado y por lo mismo puede renunciarlas?

No es que pretendamos sostener que el imputado no puede renunciar a sus derechos al silencio y a no autoincriminarse. No. Efectivamente puede hacerlo, puede declarar lo que quiera, puede reconocer su participación en los hechos y aclararlos, pero ello surtirá los efectos **naturales de tal acto y estos son los que derivan de la declaración del imputado como medio de defensa, esto es, la no consideración de esa declaración como una confesión.**

No se trata de distinguir si el imputado actúa voluntariamente o forzosamente. El tema no ha sido resuelto por el Código en consideración a la postura que asuma el imputado. La cuestión está resuelta desde la perspectiva de

los intereses generales, en aras de la vigencia objetiva de garantías esenciales y en consideración de los elementos que aseguran de mejor manera esas mismas garantías.

Si lo que declara el imputado en la etapa de investigación no es confesión, no habrá interés procesal ni de ningún orden en provocar ni en obtener esa confesión. Tal es el espíritu del Código.

2.6. Desde la perspectiva de la vigencia del estatuto del imputado, en el que tanto énfasis se ha puesto, la legitimación de las supuestas declaraciones voluntarias del imputado es peligrosa. Si la policía entiende estar legitimada para reproducir lo que oiga decir al imputado espontáneamente, entonces el interés natural por conocer la información del imputado se acrecentará y por ende el de obtener esas declaraciones espontáneas. ¿No estaremos al admitir tal posibilidad favoreciendo aquello que quisimos eliminar? ¿No es que se quiere evitar la ocasión, no crear condiciones favorables para que algunos incurran en ilícitos? ¿No es ello del todo razonable y de vigencia ayer y hoy?. No tenemos dudas que es así y por lo mismo no tenemos tampoco dudas en que lo que el Código dispone es aquello a que hemos arribado.

2.7. La declaración del imputado obtenida por la policía actuando de manera autónoma constituye una prueba prohibida. Esa declaración es un medio de prueba prohibido porque la ley no la admite, la proscribire. Tal declaración es un prohibición de esta prueba constituye una limitación probatoria de testimonio que no puede considerarse probatorio y no puede valorarse por ser consecuencia de una transgresión grave de normas constitucionales y legales.

La origen constitucional que debe explicarse como una protección reconocida por el Estado a las personas en razón de su dignidad de tales.

En los términos del artículo 276 del Código, la declaración del imputado ocurrida o lograda ante la policía procediendo autónomamente, es una prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales y por lo mismo, una prueba que debe excluirse.

2.8. La declaración de la policía como testigo de lo declarado por el imputado ante ella y procediendo autónomamente, es también un medio de prueba prohibido porque la ley no admite que la policía pueda provocar ni recibir esa declaración. Al contrario, la ley proscribire esa posibilidad. Por lo mismo, el testimonio de tales policías no puede considerarse medio de prueba lícito ni legítimo y no puede valorarse como tal.

La prohibición de esta prueba constituye también una limitación a la libertad de pruebas, cuya sentido es al igual que en la situación descrita antes, proteger a las personas en razón de su dignidad.

2.9. La inclusión de un medio de prueba en el auto de apertura del juicio oral no impide que, durante este, el tribunal oral en lo penal pueda excluir la misma prueba si aparecen motivos fundados que así lo justifican .

Si bien el artículo 276 del Código autoriza al juez de garantía para ordenar fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral determinadas pruebas, entre ellas las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales, ello no excluye que el tribunal oral en lo penal, llamado a conocer del objeto del proceso, pueda también resolver excluir una prueba ilícita o prohibida.

El auto de apertura del juicio oral contiene las pruebas admitidas y que deben rendirse en el juicio oral, pero nada excluye que respecto de ellas, ya en el juicio, se denuncie un vicio que compromete esencialmente su validez, que hace imposible su consideración como tal y que por lo mismo, aconseja que sea resuelto de inmediato, de manera de no incorporar al proceso un material probatorio ilegítimo y evitar la producción de una prueba que en definitiva no podrá ser valorada. Estamos hablando de una situación de excepción, por cierto, de una cuestión de prueba prohibida, obtenida con inobservancia de garantías constitucionales, y que por lo mismo justifica de sobra la decisión del tribunal oral. Todo lo relacionado con

las garantías, como es sabido, ha de ser objeto de preocupación permanente del tribunal; y, por otro lado, la no producción de una prueba envuelve siempre una cuestión de economía procesal, materia que para el juicio oral es particularmente sensible.

2.10. Merece tenerse en cuenta también para justificar este incidente de exclusión de una prueba iniciado el juicio, que es perfectamente posible y así ocurre, que en la audiencia de preparación del juicio no se entregue por parte del ministerio público información suficiente para fundar la exclusión que autoriza el artículo 276 del Código. Hay casos, en efecto, en que conocida la intención de producir una prueba de testigos, por ejemplo, no se señala todo aquello que abordará la declaración de ese testigo o se adjunta sobre el objeto de su declaración un resumen escueto que, en principio, no permite la objeción a la prueba, pero no excluye que esa objeción pueda fundamentarse al conocerse la declaración. En estos casos, la insuficiente información proporcionada por quien propone la prueba conspira contra el adecuado debate que prescribe el artículo 272 del Código – claramente hay una lesión al contradictorio que es esencial - y comprometiendo ello una cuestión fundamental, no se ve como podría negarse la incidencia cuando iniciada la declaración del testigo, en el ejemplo, sea advertida su incursión en terreno ilícito o prohibido.

Esto sólo se conoce y se aprecia en su efecto vicioso al momento en que la declaración se produce durante la audiencia y entonces nadie puede discutir la legitimidad de la defensa para plantearlo de la única manera en que ello es posible en tal estadio procesal, a través de un incidente.

2.11. El planteamiento de una cuestión de esta naturaleza, por otra parte, ha de dar origen a un incidente. El Código reconoce que en la audiencia del juicio oral pueden promoverse incidentes, sin limitar la naturaleza de las cuestiones a que los mismos pueden referirse. Es posible, entonces, promover una cuestión sobre prueba prohibida que obligará al tribunal a resolverla de inmediato, sin perjuicio del procedimiento incidental que en cuanto respeta la bilateralidad de la audiencia y el derecho a probar, si la prueba fuere necesaria, es garantía de legitimidad de esa decisión.

Por las mismas consideraciones habrá de reconocerse que en esta hipótesis no se encuentra comprometida la igualdad de las partes; acusador e imputado tienen una oportunidad equivalente. El deber del tribunal de resolver conforme con un incidente, única fórmula a seguir posible, genera y garantiza un escenario de igualdad, entendiendo esta, en su aplicación al caso, como posibilidad real de afirmar y controvertir. No hay, en la hipótesis de tal incidente, riesgo alguno de sorpresa para el acusador ni mucho menos un proceder secreto del tribunal que pudieren comprometer esa igualdad ni el derecho a controvertir la impugnación.

2.12. Así como el juez de garantía asegura durante la etapa de investigación la vigencia de las garantías fundamentales, al tribunal oral le corresponde también velar por el respeto efectivo de las mismas. Casi todas las normas reguladoras del juicio oral están dirigidas al tribunal y referidas precisamente a la manera de conducir la audiencia para lograr que rijan en ella la publicidad, la oralidad, la inmediación, la defensa, etc., por lo que no puede extrañar que en un caso preciso y con antecedentes claros pueda resolver un incidente sobre una prueba prohibida y decidir excluirla. El tribunal del juicio oral es el llamado a juzgar sobre la prueba. Más aún sobre su legitimidad. Por lo demás, ha de considerarse que es el un órgano del Estado, en los términos del artículo 5° de la Constitución, que tiene el deber de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución.

2.13. ¿Puede argumentarse contra la exclusión de esta prueba con la ausencia de inhabilidades a los testigos propia del régimen de prueba libre que el Código consagra y con la ausencia de una norma que prohíba a la policía actuar como testigo?

Esta no es una cuestión de inhabilidades de los testigos. Efectivamente tales inhabilidades no existen para el juicio. Pero sí existen limitaciones o prohibiciones que la ley ha impuesto para la efectiva vigencia de ciertas garantías ciudadanas, las cuales impiden que la policía pueda ser testigo de las declaraciones del inculpado. Entiéndase bien, **la policía no puede ser testigo de declaraciones del imputado que ella no está legitimada para recibir.**

La cuestión puede ser planteada también de otra manera para arribar a un resultado similar. Es claro que el Código Procesal Penal con el propósito de asegurar la vigencia de ciertos derechos constitucionales – en la especie, el derecho de defensa y los derechos al silencio y a la no autoincriminación – ha establecido ciertos **límites a la adquisición del conocimiento necesario para decidir acerca del objeto del proceso, límites consistentes en la prohibición de la obtención de la prueba o si se quiere, en la prohibición de generar y valorar como medio de prueba la declaración o testimonio del imputado y de quienes no pueden recibir su declaración.**

Claramente estamos entonces ante prohibiciones probatorias protectoras de las garantías de que se trata, las que de ser infringidas o vulneradas autorizan **la exclusión del material probatorio obtenido como consecuencia de esa infracción o vulneración.** Si para probar ciertos hechos el acusador presenta como testigos a los policías que oyeron acerca de esos hechos lo que el imputado declaró voluntariamente ante ellos, declaración que se aparta de su naturaleza de medio de defensa, esa prueba de testigos debe ser excluida porque se trata de testigos logrados, producidos o generados con inobservancia de garantías fundamentales.

En efecto, como se ha dicho, esos testigos llegaron a serlo exclusivamente porque no se observó el mecanismo protector de los derechos de defensa y de no autoincriminación utilizado por el Código. Este mecanismo, explícito y riguroso, no admite la generación o producción de testigos a partir de la declaración del imputado, porque esta es un medio de defensa. La prohibición de esa declaración no se entiende sino como instrumento para evitar que esas garantías básicas pudieran ser amenazadas o violadas y por lo mismo es una prohibición absoluta. Simplemente la policía no puede, en ninguna circunstancia, interrogar autónomamente ni recibir autónomamente la declaración del imputado, y tampoco puede eludir esas restricciones por la vía de sostener que se trata sólo de una declaración espontánea.

2.14. ¿ Significa esto que la policía no puede ser testigo de hechos que involucren al imputado y de los que conozca con ocasión de su trabajo policial?. No. La prohibición comprende sólo lo relacionado con la declaración porque abarca sólo a esta y **se traduce en una exclusión parcial del testimonio.**

La policía tiene una amplia gama de actividades que puede desarrollar autónomamente, actos de obtención de pruebas y de constatación de hechos y circunstancias en los que naturalmente obtiene un conocimiento que la convierte en testigo y por ende en medio de prueba de tales hechos y circunstancias. A ellos se refiere expresamente, por lo demás, el artículo 228 del Código al valorar las declaraciones de la policía en el juicio oral por sobre los registros de la misma policía, las constancias de las diligencias practicadas y las circunstancias de utilidad para la investigación constatadas. La policía podrá declarar como testigo, entonces, acerca de los hechos constitutivos del delito flagrante, de las circunstancias ocurridas en torno a él, de los caracteres del sitio del suceso y de lo que haya conocido en lugares investigados y con ocasión de diligencias precisas. Respecto de todas estas materias, en las que no existen prohibiciones probatorias, su declaración como testigo será perfectamente legítima y no podrá ser excluida.

CONCLUSIONES:

1.- Es jurídicamente procedente plantear por vía incidental, durante el juicio oral, una cuestión sobre prueba prohibida o ilícita, con el fin de impedir su producción en el juicio;

2.- El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó obró perfectamente ajustado a derecho al considerar que la declaración de funcionarios policiales como testigos de lo que los imputados habían señalado al momento de su detención, vulneraba la garantía de los acusados a la no autoincriminación y, consecuentemente, es también irreprochable su decisión de impedir o excluir la declaración de los mismos funcionarios;

3.- El Ministerio Público no tuvo derecho a producir como medio de prueba las declaraciones policiales de que se trata porque las mismas, en cuanto comprometen derechos fundamentales, constituyen un medio de prueba prohibido, un caso de prueba ilícita, y consecuentemente al declarar inadmisibles esas pruebas el tribunal no ha cercenado al Ministerio Público el ejercicio de derecho alguno sino por el contrario, ha asegurado el cumplimiento de principios y normas constitucionales y legales que requerían la exclusión de esa prueba;

4.- Así también, al no admitir una prueba ilícita en ejercicio de sus atribuciones y utilizando el procedimiento previsto por la ley procesal, el tribunal no ha violentado de modo alguno la garantía constitucional de la investigación y el procedimiento racionales y justos. Tampoco se ve en el obrar del Tribunal del Juicio Oral de Copiapó al resolver la incidencia sobre prueba ilícita ni en la decisión sobre el fondo pronunciadas en los autos en análisis, otra vulneración ni infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes;

5.- No ha podido configurarse en el caso de autos la causal de nulidad del artículo 373, letra a), del Código Procesal Penal, y por lo mismo no son anulables ni el juicio oral ni la sentencia pronunciada en el; y

6.- Consecuentemente, el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia definitiva de 12 de julio de 2002, del Tribunal Oral en lo Penal de Copiapó, pronunciada en causa seguida contra Francisco Villarroel Mancilla y Cecilia Cárcamo Bórquez, debe ser rechazado en todas sus partes.

.....

Es cuanto puedo señalar sobre el recurso de nulidad que se nos ha sometido a consideración.

Orlando Poblete Iturrate
Magíster en Derecho, con mención en Derecho Judicial, por la Universidad de Chile.
Profesor de Derecho Procesal.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.