

EL CINTURON DE SEGURIDAD DEL DERECHO A GUARDAR SILENCIO/PRESTAR DECLARACION DEL DETENIDO: LA INTERVENCION OPORTUNA Y EFECTIVA DEL DEFENSOR

*María Francisca Zapata García**

1. Introducción; 2. Derecho a defensa: derecho a guardar silencio/derecho a declarar: derecho a no autoincriminarse: tríada garantista de orden constitucional que nos pone en la perspectiva de un justo y racional procedimiento; 3. El “cinturón de seguridad” del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor o la concreción de la garantía de la debida intervención del letrado; 4. Rearmando el puzzle en clave garantística, bajo una justificación normativa con inspiración profiláctica; 5. Estatuto regulador del derecho a prestar declaración del imputado detenido; 6. Conclusión.

1. Introducción

Para todo el que ejerce dentro de las nuevas dinámicas del proceso penal acusatorio no es novedad escuchar en audiencia alegaciones por parte de la defensa que ponen en tela de juicio la operatividad de ciertas garantías cuando ellas precisamente deberían haberse impuesto en un escenario tan contrario a su titular como es el de un imputado recién privado de libertad. Así, una y otra vez, se levantan temas referente a la “efectiva” información de derechos al detenido frente a un registro escrito de Lectura de Derechos, que aparece firmado por el imputado prácticamente en el cien por ciento de los casos.

La alegación hasta ahora no ha pasado de ser un mero “téngase presente” de un defensor que no cuenta con herramientas para demostrar que las cosas sucedieron de una forma distinta a lo consignado en la carpeta del fiscal.

Esto no sería tal vez mayormente preocupante – salvo para la doctrina y su sana actitud de crítica hacia las “divergencias” entre el mundo normativo y el mundo en que aquellas normas debieran ser rigurosamente aplicadas, principalmente porque el “saldo en contra” lo paga el imputado- si de la ausencia de una efectiva información de derechos no se siguieron consecuencias en contra de su titular.

Por el contrario, si con la falta del cumplimiento del deber de información por parte del funcionario que practicó la detención acerca de los derechos que

* Juez del 1° Juzgado de Garantía de Santiago. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

asisten a todo detenido, se impide, restringe o perturba el ejercicio del derecho en cuestión y con ello se obtiene información que puede ser usada en contra del imputado en un juicio¹, el tema deja de ser uno que sólo preocupe a un académico riguroso y pasa a convertirse en un asunto que compromete los delicados equilibrios de un sistema procesal que pretende ser funcional a un modelo de estado de derecho y, consecuentemente, la inconducta y sus efectos debe ser sancionada.

Lo afirmado no presenta mayor novedad. En efecto, la regla de exclusión de prueba por inobservancia de garantías fundamentales es el instrumento que el legislador ha puesto al servicio, entre otras, de la vigencia de la cláusula del debido proceso y ella operará –de acreditarse sus presupuestos fácticos y normativos– restableciendo el derecho amagado y velando, qué duda cabe, por la disuasión de la inconducta policial y, al mismo tiempo, por la legitimidad de la pena estatal.²

Pero el mundo no funciona en blanco y negro, ni mucho menos. Hay una gruesa franja gris inmersa en la cual se debaten una serie de interrogantes difíciles de resolver.

Los operadores del sistema cuentan con un diseño normativo que va desgranando, artículo por artículo, ciertas hipótesis respecto de las cuales fija ciertas pautas, pero la lectura de cada una de ellas la hará cada uno de acuerdo a su interés específico. Así, muchas veces el defensor postulará que el imputado recién privado de libertad no estuvo en condiciones de decidir adecuadamente acerca de ejercer o no su derecho a guardar silencio y, por su parte, el fiscal levantará el registro firmado por el imputado que da cuenta, al menos en el papel, de una lectura de derechos. El juez de garantía preguntará al imputado si es suya la firma y éste dirá que sí, pero que firmó sin leer una serie de papeles que un policía le puso por delante.

Para resolver el dilema el juez de garantía, a mi juicio, debe hacer una búsqueda sustantiva por sobre los postulados basados en cumplimientos meramente mecánico-formales.

Para guiarnos en esa búsqueda escribo estas líneas.

¹ La sanción también puede operar en etapas anteriores al juicio, si la información cuestionada pretende ser usada como soporte fáctico de resoluciones que afecten fuertemente derechos fundamentales, por ejemplo la que ordene la prisión preventiva del imputado. En tal caso, probablemente las exigencias de las letras a) y/o b) del artículo 140 del Código Procesal Penal no se verán satisfechas, al pasar a ser los antecedentes fundantes inutilizables para dichos efectos.

² Más sobre esto en Zapata García, María Francisca. *La Prueba Ilícita*. Ed. Lexis Nexis. Santiago (Chile) 2003.

2. Derecho a defensa; derecho a guardar silencio/derecho a declarar; derecho a no autoincriminarse: tríada garantista de orden constitucional que nos pone en perspectiva de un justo y racional procedimiento

A través de la historia se ha avanzado hacia la protección del derecho de toda persona a no ser obligada a declarar en contra de sí mismo en causa criminal. En el antiguo derecho común inglés, antes de 1200, existía el juramento por compurgadores, una forma de ordalía. Posteriormente el Papa Inocencio III estableció el juramento inquisitivo: *Jusjurandum de veritate dicenda*, que implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez. La práctica de la autoincriminación inducida empezó a ser desterrada del derecho común inglés en 1641, con el caso de John Lilburn, acusado ante la Star Chamber de imprimir e importar libros heréticos y sediciosos quien negó los cargos y se rehusó a jurar y contestar otras preguntas, por lo que fue azotado y puesto en picota. Posteriormente el parlamento reconoció la ilicitud de la sentencia y le acordó reparaciones.³

En Francia, las Ordenanzas de agosto de 1536 y 1539 generalizaron el interrogatorio como medio de prueba, el cual encontró consagración definitiva en la Ordenanza de 1670, que dedica un título entero a reglamentar la práctica interrogatoria.⁴ Posteriormente, por medio de un Edicto Real de 1788 y gracias a la presión popular, se prohibió la tortura para obtener la confesión y para descubrir a los cómplices, y en octubre de 1789 se proscribió el juramento del indagado.⁵

La declaración de Derechos (Bill of Rights) agregó a la Constitución de los Estados Unidos la Enmienda V, en la que quedó establecida la garantía de no ser compelido en un proceso criminal a dar testimonio contra uno mismo. Posteriormente, en el caso *Miranda con Arizona* la garantía alcanzó su más elaborada extensión, al exigir que la persona que se halla bajo custodia policial al ser interrogada, tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; c) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio; d) su derecho a asesorarse con el abogado antes de hablar; e) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos.⁶

³ Hendler, Edmundo S. *Derecho Penal y Procesal de los Estados Unidos*. Ed. Ad Hoc. Buenos Aires (Argentina) 1996, p. 175.

⁴ Hendler, Edmundo S. *Sistemas Procesales Penales Comparados* Ed. Ad Hoc. Buenos Aires (Argentina) 1996, p. 404

⁵ Hendler, Edmundo S. *Sistemas Procesales...* cit. p. 406

⁶ Este fallo sigue vigente en el ordenamiento jurídico norteamericano y así ha quedado establecido muy recientemente en el caso *Dickerson v. United States* 2000, que ha reiterado el carácter constitucional de la decisión contenida en *Miranda*.

Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con una serie de disposiciones concernientes al derecho a no declarar en contra de uno mismo, contenidas en la Constitución, tratados internacionales y leyes procesales, las que pasamos a analizar:

La Constitución Política de la República establece en el artículo 19 N° 3⁷ la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Y puntualiza en el inciso segundo que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.⁸

El derecho de defensa del imputado, nos dice Maier, comprende la defensa material, es decir, la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe, actividades que pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo, la de probar los hechos que el mismo invoca, valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable⁹.

“La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando, incluso, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible (pena o medida de seguridad), o inhibir la persecución penal”¹⁰ Completa el sistema la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar, que todos los

⁷ Art. 19 Constitución Política de la República: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 3: La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

⁸ Evans de la Cuadra, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago (Chile) t.II., 1999, p. 139. El N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980 puede ser considerado como la expresión de un nuevo derecho en la Constitución, ya que, aunque contiene los preceptos de los artículos 11 y 12 de la Carta de 1925, abarca, además, un conjunto de bienes jurídicos destinados a asegurar la protección igual para todos en el ejercicio de los derechos ante toda autoridad, la seguridad de la intervención del abogado defensor, las garantías del justo y racional proceso e investigación previa, la presunción de inocencia y una relativa prohibición de las leyes penales en blanco.

⁹ Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal Argentino. Fundamentos*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires (Argentina) 1989 p. 311.

¹⁰ Maier, Julio, cit. p. 316

códigos adjudican al imputado, sin que su silencio se pueda interpretar como elemento de prueba en su contra.¹¹

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

De este análisis se concluye que parte sustancial de la dimensión material del derecho a defensa contenido en la cláusula constitucional “*derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale*” está integrada por el derecho del imputado a guardar silencio o (renunciando a ello) por la facultad de declarar lo que estime conveniente a efectos de refutar los cargos que pesan en su contra.

Por donde quiera que se mire esta moneda – cara: *callar* o cruz: *hablar en defensa* - de uso y dominio propio del imputado, se perfilará la misma idea básica: no puede forzarse a una persona a autoincriminarse.

Refuerza el contenido del derecho a defensa jurídica así contextualizado, la especificación constitucional subsiguientemente expresada en estos términos: “ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado^{12 13} si hubiere sido requerida” que, a su vez se sella determinando: “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos.”

Es importante precisar que el derecho a defensa jurídica tiene un contenido que va mucho más allá¹⁴ de la defensa técnica o debida intervención del

¹¹ Maier, Julio, cit. p. 334.

¹² Evans de la Cuadra, Enrique, cit. p. 142. Por “debida” intervención del letrado: “Pertinente y respetuosa, conforme a los procedimientos que la ley señala o conforme las exigencias de un racional y justo procedimiento si no existiere una normativa legal que regule la forma de ejercer la defensa de los derechos que han sido atropellados, limitados o desconocidos o que puedan serlo, por un tribunal o autoridad pública, de cualquier naturaleza o categoría.”

¹³ Incluso la expresión “letrado” es propuesta como una que abarcaría no sólo al abogado defensor, sino que al juez mismo actuando como garante del derecho a defensa: Carlos Cerda Fernández. La Universalización de los Derechos Humanos en la última década. Conferencia 15 de enero 2003 Haifa. Israel. “Se ha querido ver en esta disposición una referida únicamente a la actuación del abogado que representa judicialmente los intereses de un mandante; por añadidura, a los egresados y estudiantes de derecho, en su caso. No nos parece. La voz letrado es, en su propio contexto y sentido, onmicomprensiva; ha de abarcar, antes que nadie, a los miembros de los tribunales de justicia; por supuesto, también a los abogados. En materia de DD.HH. la interpretación debe ser siempre extensiva o amplificante; de otra manera se corre el riesgo de infringirlos. La ley primera es categórica al vetar todo intento, de cualquier origen, sea impeditivo, sea restrictivo, sea perturbatorio de la actividad jurisdiccional.”

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Ed. Trotta. Madrid (España) 1995 p. 614: Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes de la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las

letrado, reconociendo, sin duda, que es uno de sus aspectos más potentes. Su vital importancia justifica su explicitación en la Carta Fundamental en términos de prohibir su impedimento a toda autoridad o individuo.¹⁵

Lo afirmado queda claro con la sola lectura del inciso 3° del precepto constitucional aludido que distingue entre “asesoramiento “ y “defensa jurídica”, constituyendo la última expresión una voz amplia que la ley llena de contenido con diversos institutos que la perfilan y que ya hemos aludido en parte: derecho a conocer el contenido de la investigación, derecho a conocer la acusación, exigencias de congruencia entre formalización, acusación y sentencia; derecho a declarar, derecho a aportar pruebas, derecho a refutar las pruebas contrarias, etc, y entre ellos figura en forma preponderante el derecho a la asesoría del letrado.

Por otra parte, el numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución en su letra f)¹⁶ asegura a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual señalando que: “en consecuencia, en las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio.”^{17 18}

Se podría decir frente al examen de esta disposición que nuestra Constitución asocia la declaración sobre hecho propio bajo juramento (aspecto comprendido en el concepto de autoincriminación) con un riesgo de vulneración

pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos. La primera de estas dos condiciones exige que el imputado esté asistido por un defensor en situación de competir con el Ministerio Público.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, cit. p. 614: La segunda condición, relativa a la esfera de intervención del imputado y su defensor, es todavía más importante. El pensamiento ilustrado, en coherencia con la opción acusatoria, reivindicó la presencia de uno y otro en todas las actividades probatorias. Voltaire protestó contra la posibilidad de que el careo entre el imputado y los testigos de la acusación quedase a la discrecionalidad del juez en vez de ser algo obligatorio. Filangieri sostuvo que, al imputado, el legislador debería permitirle que contase con el auxilio de uno o más abogados en todos los trámites del proceso. Bentham propugnó la presencia del defensor en el interrogatorio no sólo del imputado sino también de los testigos. Y otro tanto hizo Pagano, que quiso que los testigos de la acusación se interrogaran *ex integro* en presencia del reo.”

¹⁶ Art. 19 Constitución Política de la República: La Constitución asegura a todas las personas:

Nº 7: El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

f) En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio.

¹⁷ Esta cláusula tiene sus raíces en anteriores disposiciones de jerarquía constitucional, pudiendo consecuentemente encontrarla en la Constitución de 1822, de 1833 y de 1925.

¹⁸ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago (Chile) 2004, t.II. p. 81. La identificación del principio de no autoincriminación con el derecho a no prestar juramento tiene su raíz histórica en la concepción predominante de este principio durante los siglos XVI, XVII y XVIII. La idea latente detrás de este criterio es que la exigencia de juramento representa una forma inadmisibles de coacción en cuanto pone al imputado en la necesidad de inculparse, bajo amenaza de cometer el delito de perjurio.

de la libertad personal y seguridad individual. Pareciera a primera vista que es principalmente en la protección de estos derechos en lo que se está pensando cuando se dibuja el límite señalado: no exigir juramento, idea que nace a partir de la voz “en consecuencia” que anuncia la prohibición.

Sin embargo, si bien la decisión de desterrar el juramento de la declaración sobre hecho propio en causa criminal tiene que ver con la idea de erradicar la coacción moral que éste pudiere conllevar para quien lo presta, en el entendido que esta coacción actúa directamente sobre la libertad (a nivel de conciencia) de la persona juramentada¹⁹, estimamos que esta afirmación queda en el aire, se oye incompleta y, lo que es peor, corre el riesgo de quedarse sin contenido, si no se la conecta, explica y justifica con el derecho a no ser forzado a autoincriminarse, pues es en este derecho fundamental donde encuentra su real sentido. Es decir, estimamos que la Constitución tiene razón al temer la perturbación del derecho a la libertad individual de quien es imputado en un proceso penal al exigírsele que declare bajo juramento sobre hecho propio, pero agregamos: tal perturbación a la libertad no es tolerable en razón de su consecuencia más natural y obvia: la autoincriminación forzada resultante.²⁰

Sin embargo, debemos admitir que la literalidad de esta cláusula constitucional es mezquina, y lo es en doble vertiente: porque parece proteger únicamente al inculpado en tanto impide que sea obligado a declarar sobre *hecho propio*; y porque centra la prohibición -correlativa al derecho que asegura- en el

¹⁹ Beccaria, Cesar. *De los Delitos y de las Penas*. Ed. Fondo de Cultura Económica. (México), 2000, p. 256: Una contradicción entre las leyes y los sentimientos naturales del hombre nace de los juramentos que se piden al reo sobre que diga sencillamente la verdad cuando tiene el mayor interés en encubriarla; como si el hombre pudiese jurar de contribuir seguramente a su destrucción: como si la religión no callase en la mayor parte de los hombres cuando habla el interés. (...) La ley que ordena el juramento no deja en tal caso al reo más que la elección de ser mártir o mal cristiano. (...) Que los juramentos son inútiles lo ha hecho ver la experiencia, pues cada juez puede serme testigo de no haber logrado jamás por ese medio que los presos digan la verdad. Lo hace ver la razón que declara inútiles, y por consiguiente dañosas, todas las leyes cuando se oponen a los sentimientos naturales del hombre. Acaece a éstas lo que a las compuertas o diques opuestos directamente a la corriente de un río: o son inmediatamente derribados y sobrepujados o el esfuerzo lento y repetido del agua los roe y mina insensiblemente.

²⁰ Evans de la Cuadra, Enrique, cit. p. 188. Esta disposición viene a constituir un principio o precepto de derecho natural, pues toda persona está obligada a decir la verdad, pero no en su propio perjuicio, porque no puede llegar a tanto el deber impuesto por la ley para la realización de la justicia, toda vez que nadie tiene la obligación de condenarse a sí mismo. Esta afirmación que sentamos es un eterno principio, no solo de justicia, sino también de un orden moral, pues, según ha dicho un autorizado tratadista de derecho procesal: “Exigir juramento, es decir verdad a quien se supone culpable de un crimen cuando por los autores y circunstancias de éste se le pregunta, equivaldría a exigirle la propia condenación o el perjurio.”Voto particular de Gustavo Lorca que dirimió la discusión del constituyente en orden a suprimir o mantener esta disposición que venía de la Constitución de 1925, en la Constitución de 1980.

juramento, y consecuentemente no le exime de la obligación de declarar en causa penal.^{21 22}

Una lectura de sentido –actual- de esta disposición constitucional²³ nos permitiría aventurar que lo que habría de derivarse de ella es la prohibición de la autoincriminación forzada, entendiendo por tal aquella que se materializa a través de cualquier expresión del imputado, verbal o escrita, capaz de producir información que puede llegar a ser relevante para la acusación, sin mediar en ello una renuncia libre e informada de su derecho a guardar silencio.

La idea de erradicar únicamente la exigencia de juramento es marcadamente corta. De hecho sostenemos que lo vedado excede con creces la mera imposición del juramento –fórmula que por su evocación garantizaría veracidad a la declaración consiguiente por el temor al perjurio- pues lo prohibido universalmente es la posibilidad de echar mano en el proceso penal de alguna (cualquiera) herramienta o fórmula que implique introducir una cierta magnitud de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja su libertad para decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar o callar. Lo prohibido es obligar al imputado a que declare, *bajo juramento o no*, sobre un hecho, *propio o no*, que pudiera incriminarlo.²⁴

²¹ Evans de la Cuadra, Enrique, cit. p. 188. Es conveniente aclarar que lo que la Constitución prohíbe es que determinadas personas declaren bajo juramento, pero ello no las exime de declarar.

²² Contra esta mezquindad de la disposición constitucional se alzan numerosas normas del Código Procesal Penal, dejando atrás su miopía y direccionando el contenido sustancial del derecho a defensa: derecho a guardar silencio/derecho a declarar hacia una intangibilidad real.

²³ Acerca de una lectura extensiva de las cláusulas constitucionales que permita su adecuación en el tiempo: Voto Ministro Brandeis en *Olmstead contra E.U* 277 E.U 438 (1928): “La Corte expresó en *M Weems contra Estados Unidos*: La legislación, ambas, estatutaria y Constitucional, está promulgada, es cierto, en defensa de una experiencia maligna, pero su lenguaje no debería, por ello, ser necesariamente confinado a la forma que tal malignidad ha tomado antes. Los tiempos cambian, y traen a la existencia nuevas condiciones y propósitos. En consecuencia, un constituyente, para ser vital debe ser capaz de aplicaciones más amplias que el agravio que le dio origen. Esto es particularmente cierto respecto de las Constituciones. Ellas no son actos legales efímeros, diseñados para regular ocasiones pasajeras. Ellas son, usando las palabras del Ministro Presidente Marshall, 'diseñadas para aproximarse a la inmortalidad tan cercanamente como las instituciones humanas pueden hacerlo' El futuro implica su cuidado y disposiciones para evento de buenas y malas tendencias de las cuales ninguna profecía puede dictarse. En la aplicación de una Constitución, en consecuencia, nuestra reflexión no puede referirse sólo a lo que ha sido sino a lo que puede ser. Bajo cualquier otra regla una Constitución sería ciertamente tan fácil de aplicar como deficiente en eficacia y poder. Sus principios generales tendrían poco valor y serían convertidos mediante precedentes en fórmulas impotentes e inanimadas. Los derechos declarados en palabras pueden perderse en la realidad.”

²⁴ Con todo, esta interpretación no es ni con mucho considerada la más protectora del derecho analizado, pues en su contra se esgrime que a la larga el imputado se enfrenta con una subvaloración de su declaración, si la hiciera, pues, al no existir la exigencia de juramento en la generalidad de los juicios se tiende a estimar que carece de verosimilitud. Este análisis hizo variar la perspectiva a la Corte Suprema Norteamericana, la cual llegó a aceptar que al acusado se le permitiera declarar bajo juramento.

En el sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales del que formamos parte, el derecho a no ser obligado a declarar en contra de uno mismo cuenta con reconocimiento autónomo. En efecto, el artículo 8.2 letra g)²⁵ de la Convención Americana señala que durante el proceso toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable, y el artículo 8.3²⁶ especifica que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. Ambas disposiciones deben ser interpretadas como una prohibición a las autoridades estatales para ejercer presión alguna, directa o indirecta, física o psicológica, sobre una persona, a fin de hacerle confesar su culpabilidad por la comisión de un delito, siendo inaceptable su sometimiento a tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes para alcanzar ese objetivo.²⁷

De su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 letra g)²⁸ dispone que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a no ser obligada a declarar en contra de sí misma ni a confesarse culpable.

El análisis normativo presentado demuestra que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con herramientas suficientes como para cautelar debidamente el derecho a no declarar en contra de uno mismo, como quiera que se le justifique: desde el sustrato constitucional exclusivamente y, en tal caso, a partir del derecho a defensa que integra el binomio “derecho a guardar silencio/derecho a declarar” como estructura base del derecho a la no autoincriminación; o desde el ordenamiento internacional contenido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes y ratificados por Chile, reconocido esta vez como derecho autónomo y de principal estatura.²⁹

²⁵ Art. 8.2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

²⁶ Art. 8.3 Convención Americana Sobre Derechos Humanos: la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

²⁷ Huerta Guerrero, Luis Alberto. “Debido Proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” //www.cajpe.org

²⁸ Art. 14.3 Pacto de Derechos Civiles y Políticos: Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

²⁹ La renuncia al derecho a guardar silencio, sin embargo, libre e informada está reconocida plenamente en el ordenamiento jurídico nacional e internacional y la información obtenida por esta vía puede naturalmente ser usada en contra del imputado, según las reglas de valoración de prueba vigentes. Sobre esta idea: Zapata García, María Francisca “La Confesión en el Nuevo Sistema Procesal Penal: ¿Una Reina Que Perdió Su Trono?”, *Gaceta Jurídica* N° 252. Santiago (Chile) 2001.

El estatuto descrito y contextualizado: derecho a defensa;, derecho a guardar silencio/derecho a declarar; derecho a no autoincriminarse, constituye una tríada garantista de orden constitucional que nos pone en perspectiva de un justo y racional procedimiento, pues su poder de maniobra operativa asegura que el programa punitivo diseñado por la ley logre sus fines -o al menos lo intente- dentro de un marco de legitimación del *ius puniendi* estatal.³⁰

3. El cinturón de seguridad del derecho a guardar silencio/prestar declaración del detenido: la intervención oportuna y efectiva del defensor o la concreción de la garantía de la debida intervención del letrado

Una primera e ineludible precisión, es aquella referente a la calidad de imputado que posee toda persona desde el preciso momento en que es detenido por un agente de persecución penal. Basta que un policía impida a una persona el ejercicio de su libertad ambulatoria, cualquiera sea la razón que le asiste para ello, para que rijan a su respecto el estatuto del imputado con todas las facultades, derechos y garantías asociados a este sujeto procesal.

Ninguna duda deja sobre lo afirmado el prístino tenor del artículo 7 del Código Procesal Penal³¹, que señala que las facultades, derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce al imputado, pueden hacerse valer por la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia, puntualizando que para este efecto se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia

³⁰ Bascuñan Rodríguez, Antonio. “Derechos Fundamentales y Derecho Penal”. Apuntes de Clases. Curso Derecho Constitucional. Instituto Estudios Judiciales, Santiago, (Chile) Marzo 2005. La legitimación inicial del *ius puniendi* es provisoria. No asegura sin más su legitimidad, sino que lo somete a una dialéctica de legitimación. En el marco de esa dialéctica, el ejercicio del *ius puniendi* políticamente legitimado queda sujeto a estándares jurídicos de legitimación negativa particularmente estrictos. Esos estándares normativos forman parte del núcleo firme del catálogo de derechos fundamentales y sus arreglos institucionales. En este contexto de aplicación, los derechos fundamentales constituyen el marco normativo para el control judicial del ejercicio del *ius puniendi*.

³¹ Art. 7 Código Procesal Penal: *Calidad de imputado*: Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

La riqueza de esta norma es manifiesta y su importancia vital, por lo que nos detendremos un minuto en su dimensión sustancial.

Esta norma regula con claridad meridiana los siguientes aspectos:

1º) Define quien es "imputado" para el derecho: es "imputado" la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible a través de cualquier diligencia o gestión realizada por o ante un tribunal con competencia criminal, el Ministerio Público o la policía.

2º) Señala la oportunidad para hacer valer los derechos del imputado: las facultades, derechos y garantías que la Constitución y leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por éste desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

3º) Puntualiza el concepto de "primera actuación del procedimiento": se entenderá por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación o de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

Establecido sin margen de duda que todo detenido tiene desde el primer instante de su privación de libertad la calidad de imputado, y advertido con nitidez que la importancia del asunto radica en que tal calidad entrega a la persona la posibilidad de hacer valer todas las facultades, derechos y garantías que la Constitución y las leyes reconocen a este sujeto procesal, estamos en condiciones de revisar el estatuto de protección del derecho a guardar silencio o a declarar de la persona detenida.

Para ello debemos partir señalando que el Código Procesal Penal de 2000 establece en su artículo 8,³² entre los principios básicos que deben regir el enjuiciamiento criminal, el derecho de defensa. Recordemos que la explicitación de principios básicos importa la especificación de contenidos de la Constitución y de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que constituyen las bases a partir de las cuales se diseña el nuevo sistema.^{33 34}

³² Art. 8 Código Procesal Penal: *Ambito de la defensa*: El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código.

³³ Mensaje del Código Procesal Penal Chileno.

³⁴ No está de más traer a la memoria que originalmente el Proyecto del CPP contenía un artículo 9 diferente al que hoy conocemos que rezaba: "*Aplicación de normas constitucionales y de tratados internacionales*. Serán directamente aplicables al procedimiento penal las normas constitucionales que fijen las bases generales del ordenamiento jurídico y las que establecieren los derechos y garantías individuales. También lo serán las normas contenidas en los Tratados Internacionales sobre

El ámbito del derecho a la defensa aparece extendido a tres ramas. La primera, contenedora de la *defensa técnica*: el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Las segunda y tercera ramas que integran la *defensa material* especifican el derecho a ser oído (faz activa del derecho a no declarar en contra de uno mismo), lo que significa que el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, y suma el derecho del imputado a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento.

La faz pasiva del derecho a no declarar en contra de uno mismo está constituido por el derecho a guardar silencio, que aparece expresamente consagrado en el artículo 93 g) del Código Procesal Penal.

La consagración del derecho de defensa –en calidad de principio básico-contenedor del derecho a ser defendido por un abogado desde la primera actuación del procedimiento, del derecho a guardar silencio y del derecho a declarar, sirva de faro iluminador para llegar a buen puerto en el asunto en estudio.

Cualquier análisis que se pretenda hacer cargo de lo dispuesto en el artículo 91 del Código Procesal Penal³⁵ que regula la declaración del imputado ante la policía obliga a poner de relieve que esta norma teje su formulación alrededor de la “presencia” o “ausencia” del defensor.

Denotado lo anterior resulta de toda evidencia que esta norma trabaja sobre la idea de que el imputado “tiene” o, lo que es lo mismo, “no carece” de defensor. La distinción en el escenario del artículo 91 se basa en si el defensor que “tiene” el imputado está presente o ausente al momento de declarar.

Derechos Humanos ratificados por Chile.” Este artículo fue objeto de una indicación supresiva, pues se dijo que se trataba de una norma que siempre debía cumplirse, aun cuando el proyecto nada dijera sobre el particular. En su tramitación se sugirió una redacción alternativa que considerara la aplicación de estos preceptos tanto al procedimiento como al juzgamiento penal, así como su carácter vinculante respecto de los órganos de persecución penal y de los órganos jurisdiccionales, y su aplicabilidad con preferencia al ordenamiento legal interno. Esta redacción alternativa, pese a haber sido considerada mejor a la propuesta inicial no fructificó por haberse presentado fuera del plazo otorgado por la Sala para las indicaciones.

³⁵ Art. 91 Código Procesal Penal: *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 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.

Esta lógica no puede ser impugnada, pues fluye con naturalidad de la parte final del mismo artículo 91 cuando señala que el defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

Obviamente esta oración tiene sentido en la perspectiva de un imputado que “tiene” defensor, pero que está ausente en el momento en que declara y que, no obstante, puede “incorporarse” siempre y en cualquier momento a la diligencia.

Es innegable que el artículo 91 contempla la posibilidad de que el imputado declare sin su defensor e, incluso más, prevé la posibilidad de que en ausencia del defensor manifieste su deseo de declarar. Sin embargo, estas posibilidades no excluyen en caso alguno la idea ya denotada en orden a que – como quiera que opere el artículo 91 en el caso en particular- el imputado debe tener desde un momento anterior un defensor designado y contactado. Muy por el contrario, sostengo que para llegar a la operatividad del artículo 91, entendiendo por tal la obtención válida de una declaración del detenido en ausencia del defensor, las agencias de persecución penal deben poner en escena previamente una serie de normas de garantía asociadas a la calidad de imputado y detenido y, consecencialmente, detenerse en las estaciones que detallo a continuación, para mejor claridad:

Primera estación:

Una persona que camina por una calle de pronto es interceptada por funcionarios policiales que le detienen. En el momento mismo en que la aprehensión material se produce, surge respecto de esta persona el escudo protector, estatuido como garantía del imputado privado de libertad en la letra b) del artículo 436, contenedor de los insumos aludidos en el artículo 13537 y

³⁶ Art. 94 Código Procesal Penal: *Imputado privado de libertad*. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos: b) A que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135.

³⁷ Art. 135 Código Procesal Penal: *Información al detenido*: El funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.

Asimismo, le informará acerca de los derechos establecidos en los artículos 93, letras a), b) y g), y 94, letras f) y g) de este Código. Con todo, si por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso, ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido. Se dejará constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren presenciado.

La información de derechos prevista en el inciso anterior podrá efectuarse verbalmente, o bien por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le entregará al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el Ministerio Público.

descritos en los artículos 93 letras a), b) y g) y 94, letras f) y g)38 del Código Procesal Penal.

Activado el escudo protector, el funcionario aprehensor debe ser la voz que revela el contenido de su banda concentrada de información y, consecuentemente deberá indicar al detenido los hechos que se le imputan, que tiene derecho a ser asistido por un abogado a partir de ese momento, a entrevistarse con él y que tiene derecho a guardar silencio.

Segunda estación:

Tras la activación del escudo protector y la comunicación por el funcionario del derecho que le concierne al detenido de ser asistido por un abogado y a entrevistarse privadamente con él, corresponde a los agentes de persecución penal recabar del detenido la información acerca de si tuviere o no un defensor de su confianza, a fin de hacer operativo el mandato del artículo 102 del Código Procesal Penal.³⁹

Tercera estación:

Si el imputado tuviere un defensor de su confianza, la policía deberá facilitar su contacto para hacer efectivo su derecho a entrevistarse privadamente con él, y ello puede lograrse a través del ejercicio por el detenido de las garantías

³⁸ Art. 93 Código Procesal Penal: *Derechos y garantías del imputado*: Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

En especial tendrá derecho a: a) Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes; b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación; g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

Art. 94 Código Procesal Penal: *Imputado privado de libertad*. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos: f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto; g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare.

³⁹ Art. 102 Código Procesal Penal: *Derecho a designar libremente a un defensor*. Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza. Si no lo tuviere, el Ministerio Público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.

Si el imputado se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquel correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor.

del artículo 94 letras e) o h),⁴⁰ esto es, información a familiares u otros, comunicaciones por escrito o cualquier otro medio.

Cuarta estación:

Si el detenido “no tuviere” defensor de confianza, el fiscal solicitará que se nombre un defensor penal público, o bien el juez de garantía procederá a hacerlo en los términos que señale la ley.⁴¹

Es esta estación la que principalmente marca un hito distinto respecto de la práctica actual, pues exige la realización de una conducta hasta ahora omitida por completo, al menos en la oportunidad o momento específico que se propone: tras la detención y antes que el imputado haga cualquier manifestación que pueda tener incidencias en su derecho a no autoincriminarse.

La norma contenida en el artículo 102 del Código Procesal Penal da un mandato directo al fiscal y al juez de garantía sin mayores detalles, destacando únicamente lo sustantivo: les ordena que se designe un defensor al imputado (detenido) que carece de uno de su confianza, pues se ha realizado una actuación (primera o no) del procedimiento en su contra.

La pregunta atinente es: ¿cómo se ha de cumplir este mandato por sus destinatarios?

Estimo que el fiscal cumplirá con su obligación solicitando se nombre defensor público al imputado. Según sea la situación, formulará la petición concreta al juez de garantía o a la defensoría local correspondiente.

En efecto, nótese que el artículo 102 en comento únicamente dispone que si fuera realizada una actuación del procedimiento en contra del imputado y éste no tuviere defensor de confianza, el fiscal “solicitará que se le nombre un defensor público”. No especifica ni a quien debe efectuarse dicha solicitud, ni tampoco quien es el llamado a satisfacerla concretamente.

Esta amplitud nos permite suponer que alguien distinto del juez de garantía puede ser el destinatario de esta solicitud y, consecuentemente, su

⁴⁰ Art. 94 Código Procesal Penal: *Imputado privado de libertad*. El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos: e) A que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare; h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el artículo 151.

⁴¹ Naturalmente que esta tarea puede ser delegada por el Ministerio Público a la policía a través de instrucciones generales.

ejecutor. Estimo que en caso de detención practicada en alguna de las hipótesis de flagrancia tal destinatario ha de ser, naturalmente, la defensoría local respectiva.⁴²

Para el caso de detenciones cuya orden se solicita al tribunal y tratándose de un imputado que a ese momento no tiene un defensor de confianza, estimo que el fiscal puede solicitar que se nombre un defensor penal público al mismo juez de garantía que resolverá la petición principal, esto es, la detención, en la misma presentación escrita o solicitud verbal.

Naturalmente, además, ésta es una situación en la que el juez de garantía puede, directamente y sin mediar solicitud del fiscal, designar defensor penal público para la persona que será detenida en virtud de su resolución.

Esta vía tiene ventajas y desventajas.

Las ventajas son evidentes. Se zanja desde su inicio la carencia de asistencia letrada respecto de una persona que será privada de su libertad y que en el escenario de mayor vulnerabilidad provocada por las condiciones de aislamiento y presión sobre su voluntad propias de ella, arriesga otras afectaciones asociadas, como a su derecho a guardar silencio y o derecho a declarar como medio de defensa.

Siendo tan relevantes los derechos fundamentales involucrados, estimo que incluso el juez puede –y ojalá así sea cada vez en la práctica- ordenar concretamente la materialización del derecho del detenido a entrevistarse con el defensor designado como primera medida tras la detención, pues la jurisdicción cautelar tiene una competencia amplia dibujada en la cláusula legal del artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales que señala que le corresponderá al juez de garantía “garantizar los derechos del imputado”, lo que le permite, fuera de toda duda, rodear las afectaciones que autoriza en casos específicos de garantías particulares, vinculando, a través de su imperio, a las agencias de persecución penal a efectos de su cumplimiento.

Las desventajas son más bien operativas y tienen que ver con ciertas lógicas de gestión de las entidades involucradas.⁴³

⁴² Para nadie es desconocido que las Defensorías Regionales se han organizado de tal manera que siempre haya uno o más defensores disponibles para proporcionar defensa letrada en el caso que ello sea necesario, lo cual facilita enormemente las cosas a la hora de ponerse a pensar en fórmulas posibles de coordinación interinstitucional.

⁴³ Así, se puede decir que si el juez de garantía designa un defensor que está disponible al momento de dictar la resolución, puede que éste no sea el que enfrente el turno el día en que se concrete efectivamente la detención. Tiendo a pensar que por ser éste un asunto que incide directamente en aspectos gestionales de una entidad determinada como lo es la Defensoría Penal Pública, acuerdos previos interinstitucionales pueden probablemente encontrar una fácil y óptima vía de solución

El juez de garantía cumple entonces el mandato del artículo 102 designando defensor penal público para el imputado cuya detención ordena, sea que lo solicite o no el fiscal expresamente.

Cumple, además, su mandato de una forma algo distinta para el caso en que cualquier persona le solicite que se designe defensor, proponiéndolo o no, a una persona que se encuentra privada de libertad. En este caso el juez de garantía dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia con el objeto de que acepte la designación del defensor.

La aceptación de la designación del defensor en presencia del juez de garantía, a nuestro juicio, es exigida como acto preciso y determinado únicamente en este caso, con lo que quiero decir que en los supuestos de nombramiento o designación anteriormente descritos, no es preciso que se realice.

La diferencia parece justificada, pues se trata de una petición de designación de defensor –con propuesta o no de uno- proveniente de una persona distinta del imputado que, por lo demás, se encuentra en ese momento privado de libertad, lo que hace perfectamente viable disponer su comparecencia inmediata a efectos de la aceptación de esta designación. Estimo que esta mecánica pretende no pasar por alto la decisión del titular de los derechos que están siendo afectados y, poniéndolo en el centro como un sujeto dueño de sus decisiones, al menos por sobre terceros que no poseen mandatos específicos de custodia jurisdiccional, quiere respetársele su derecho a aceptar o no tal designación.

Sostengo que esta modalidad es una salvaguarda a operar en el caso que los primeros destinatarios del mandato hubieran fallado en su cumplimiento, es decir, para el caso en que un detenido careciera de defensor de confianza y, no obstante ello, el fiscal no hubiese solicitado nombramiento de defensor penal público ni el juez lo hubiera designado. Así pensado, no debiera darse en la generalidad de los casos.

Efectuado el nombramiento del defensor penal público que asesorará al detenido, sea por la defensoría local a partir del sistema de coordinación interinstitucional que se acuerde o por el juez de garantía, se facilitará por las agencias de persecución penal el primer contacto (entrevista) entre el defensor y el detenido, que estimamos puede ser personal o vía telefónica.

En esta etapa la actitud del defensor designado y que, ordinariamente corresponderá al defensor de turno, es principal. Será de su cargo, una vez que conoce su designación, llegar junto al detenido y entrevistarse con él.

Quinta estación:

Realizado el primer contacto entre el defensor (de confianza o defensor público) y el detenido –oportunidad por la cual debe la policía esperar el tiempo

razonable y prudente para que ello se concrete- estamos en condiciones de pasar, si fuere del caso, al escenario del artículo 91 del Código Procesal Penal.

Como ha quedado de manifiesto, el paso previo más importante que se introduce en el examen de validez de la operativa del artículo 91 del Código Procesal Penal es la designación de abogado defensor para el imputado que no lo tuviere y la materialización de un primer contacto que podría, según el caso, ser personal o telefónico, lo que constituye, a nuestro juicio, una intervención oportuna y efectiva del defensor o la concreción de la garantía de la debida intervención del letrado, exigencia que, de ser cumplida, hace las veces de “cinturón de seguridad” del derecho a guardar silencio/prestar declaración del imputado detenido.

4. Rearmando el puzzle en clave garantística, bajo una justificación normativa con inspiración profiláctica

El caso del detenido que aparece prestando declaración en ausencia de su defensor es el que presenta los mayores problemas. Invariablemente los principales cuestionamientos se focalizan alrededor de la manifestación del imputado de su deseo de declarar y de la voluntariedad de la renuncia de su derecho a guardar silencio que siempre ésta conlleva.

Es aquí donde nos queremos detener para plantear una estrategia con miras a lograr plasmar en la práctica, en el día a día, en el mundo real, los mecanismos de tutela necesarios y suficientes de los derechos asociados a la calidad de imputado privado de libertad. Así, con el propósito de bajar a tierra el programa que ofrece el ordenamiento jurídico, y hacerlo sustancia verdadera y no meros enunciados de telenovela, intentaré justificar normativa y valóricamente una tesis que, a mi juicio, rearma el puzzle en clave garantística.

La tesis sostiene que siendo toda persona detenida acreedora del derecho a tener un abogado, deberá ser asesorada por uno antes de prestar declaración ante el fiscal o la policía, particularmente si declara en ausencia de su defensor, por constituir siempre esta decisión una renuncia a su derecho a guardar silencio.

Esta tesis encuentra justificación en dos sólidos bloques normativos:

a) Artículos 7, 8, 94 b), 135, 93 b) y g) 94 f), 136 del Código Procesal Penal.

Leídas sistemáticamente estas reglas nos indican que cuando una persona es interceptada y detenida por funcionarios policiales, en el momento mismo en que la aprehensión material se produce, surge respecto de ella un escudo protector que, básicamente, opera entregando una banda concentrada de información que se

ha estimado de suma importancia sea conocida por la persona al momento de ser privada de libertad.

La información que contiene el escudo en su seno y que el funcionario que practica la detención debe exteriorizar una vez señalado al afectado el motivo de la detención, es que, en su calidad de imputado privado de libertad, goza ya, a partir de esta detención, de los derechos a: ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación; guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración a no hacerlo bajo juramento; entrevistarse privadamente con su abogado; y tener, a sus expensas, las comodidades compatibles con el recinto.

Los materiales de que está hecho el escudo protector pretenden darle una maciza figura. Así se deja ver de la lectura del artículo 136 del Código Procesal Penal⁴⁴ que, tras imponer al funcionario que practica la detención el deber de proporcionar determinada información al imputado, estatuye la obligación de fiscalizar su cumplimiento, entregando este control al fiscal y, en su caso, al juez.

Y se va más allá aun: se traspasa a estos operadores la obligación misma de entregar la información concentrada en el escudo si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, agregando que de la omisión se pondrá en antecedentes a las autoridades competentes a fin que actúen en consecuencia.

Pero si bien el escudo protector constituye una institución de garantía por excelencia al traducir obligaciones de no lesión respecto de ciertos derechos subjetivos atribuidos por normas jurídicas a las personas en cuanto tales, la pregunta central es si, activado el escudo protector por la detención y puestos en conocimiento del imputado los derechos que le asisten y exigidos comunicar, ya sea verbalmente o por escrito, en el lugar de la detención o en la unidad policial si fuere el caso, ¿debemos dar por garantizados (tutelados efectivamente) los derechos fundamentales involucrados?

Y si así fuera ¿por qué los titulares de estos derechos (a ser asistido por un abogado en ese mismo momento y a guardar silencio) prácticamente en casi todos los casos no los ejercen efectivamente?

Esta pregunta tiene dos respuestas posibles: la primera, porque sencillamente renuncian a ellos. La segunda, porque el deber de información de que le asisten estos derechos es un mandato que se “acata pero no se cumple”. En otras palabras, el detenido no llega a saber realmente que puede guardar silencio y

⁴⁴ Art. 136 Código Procesal Penal: *Fiscalización del cumplimiento del deber de información*. El fiscal y, en su caso, el juez, deberán cerciorarse del cumplimiento de lo previsto en el artículo precedente. Si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, informarán de sus derechos al detenido y remitirán oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren.

menos aun llega a comprender que puede efectivamente exigir un abogado en ese mismo momento.⁴⁵

Como supondrá el lector, quien escribe estas líneas adscribe a la segunda respuesta. El escudo protector diseñado por el artículo 135 es una estructura contundente, pero presenta flancos débiles. Por eso estimamos que la protección efectiva exige mucho más. Exige una armadura a traje completo, tejida con la flexibilidad y la solidez de los mejores elementos. Para encontrarlos, recurriremos al segundo bloque normativo.

b) Artículos 91 y 102 del Código Procesal Penal y artículo 5 de la Constitución Política de la República.

Estas reglas nos permiten encontrar respuesta al siguiente cuestionamiento: si el detenido tiene desde el momento de la detención derecho a ser defendido por un abogado, ¿cómo se hace operativa esta garantía?, ¿cómo es que este derecho puede ser ejercido efectiva y oportunamente?

La referencia a la oportunidad es vital, pues el momento oportuno para ejercer un derecho es aquél en que se necesita imperiosamente contar con él, y parece pacífico sostener que la situación de privación de libertad es uno de ellos. De poco puede valer que el imputado tenga un defensor en una audiencia si antes de su realización no ha contado efectivamente con su asesoría y, a raíz de ello, ya se han obtenido los efectos que se pretenden evitar. Y lo más curioso del caso es que defensores existen, están disponibles para los detenidos, sin embargo la práctica, la maniobra concreta en el mundo real del día a día, no ha favorecido su intervención y en algunos casos –en una actitud irracional- la ha impedido.

En torno a la oportunidad en que ha de designarse abogado al imputado, encontramos que, después que la ley fija en el artículo 102 del Código Procesal Penal el mandato al fiscal y al juez de designar un defensor penal público para quien no tuviere uno de confianza, en inciso aparte señala que: “En todo caso la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.”

⁴⁵ *Miranda con Arizona* 384 US 436 (1966) Las circunstancias que rodean a los interrogatorios bajo custodia pueden operar muy rápidamente para sobreponerse a la voluntad de alguien a quien sus interrogadores solamente han puesto en conocimiento de la existencia de su derecho. Por lo tanto el derecho a que el abogado esté presente en el interrogatorio es indispensable para la protección del derecho establecido por la V Enmienda bajo el sistema que delineamos hoy. Nuestra meta es asegurar que el derecho del individuo a elegir entre el silencio o la declaración permanece indemne durante el proceso interrogatorio. Una notificación efectuada una vez, realizada por aquellos que conducirá el interrogatorio, no puede por sí misma ser suficiente para tal fin para aquellos que requieren conocimiento de sus derechos. Una mera advertencia hecha por quienes interrogan no es por sí sola suficiente para cumplir tal objetivo.

La expresión “en todo caso” enfatiza la idea de límite máximo para designar defensor en caso que fuera a celebrarse una audiencia y nada dice acerca de la concreción de esta exigencia respecto de momentos anteriores, por lo que, a nuestro juicio, la oportunidad para designar defensor penal público al imputado ha de determinarse en relación con las actuaciones que en cada caso en particular se realicen.

Así, si aceptamos que el escenario del artículo 91 del Código Procesal Penal, que regula la declaración del imputado ante el fiscal o la policía bajo la distinción de defensor presente físicamente o ausente, pero siempre alrededor de la idea de un defensor existente, debemos admitir que el “antes” del artículo 102 del Código Procesal Penal específicamente en relación con el artículo 91 debe leerse como “antes que el imputado preste declaración”.

Sostengo que la intervención del defensor en las etapas inmediatamente siguientes a la detención y, si el imputado manifiesta su deseo de declarar, antes que efectivamente lo haga, no sólo debe ser respetada, sino que debe ser promovida por los actores del proceso penal. Y para esta tan básica y sencilla afirmación encuentro sustento en la Constitución Política de la República, la que no deja lugar a refutaciones cuando impone en su artículo 5⁴⁶ a los órganos del Estado, el deber de respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y, en este caso, lo que está en juego es precisamente una tríada de derechos de primera entidad, como el derecho a defensa jurídica, derecho a guardar silencio y derecho a declarar.

Justificada normativamente la tesis propuesta bajo la cobertura de las reglas contenidas en los bloques normativos explicitados, pasaré finalmente a adicionar una justificación material o, si se quiere, de sentido a la exigencia de anteponer al escenario del artículo 91, esto es, a la declaración del detenido ante las agencias de persecución penal, el cumplimiento por las mismas del mandato explicitado en el artículo 102 del Código Procesal Penal, es decir, la designación de abogado.

El artículo 91 despliega una serie de posibilidades de hecho relacionadas con la vertiente activa del derecho a no autoincriminarse, esto es, el derecho a declarar, lo que significa entregar a través del lenguaje verbal o escrito algún trozo

⁴⁶ Art. 5° Constitución Política de la República: La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

de información sobre hecho propio o ajeno que pueda ser relevante para la acusación.

Pero decíamos anteriormente que la faz pasiva del derecho a no autoincriminarse estaba constituido por el derecho a guardar silencio, y éste, aun sin estar aludido específicamente en la descripción del artículo 91, está, sin duda, comprometido en sus contornos.

En efecto, existe un orden consecutivo indiscutible: al ejercicio del derecho a declarar (o incluso a la manifestación del deseo de declarar) le precede siempre la renuncia del derecho a guardar silencio.

Al imputado, desde que es detenido le asiste el derecho a guardar silencio. Tras un proceso interno que puede durar desde un instante a horas, días, etc., llega un momento en que el imputado decide declarar. En ese mismo momento se produce la renuncia al derecho opuesto: a guardar silencio. No se puede declarar y guardar silencio a la vez, por lo que el ejercicio de uno de estos derechos implica siempre la renuncia del otro que es incompatible.

De la renuncia a este derecho estimado como fundamental se obtendrá una ganancia para la persecución penal consistente en prueba de cargo a ser rendida en el juicio en contra del imputado, por ello es que ésta debe ser voluntaria, ya que en caso contrario se estaría forzando a una persona a autoincriminarse, cuestión prohibida por el derecho.⁴⁷

Nadie puede discutir, y así lo ha reconocido universalmente la doctrina y la jurisprudencia, que una persona privada de su libertad, sin –o casi sin- contacto con el exterior, sufre un fuerte golpe en su ánimo y su voluntad, en su seguridad emocional e incluso en su capacidad de decisión.⁴⁸

⁴⁷ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, cit. p. 85. El derecho al silencio, es claramente un derecho renunciabile, de manera tal que el imputado puede en cualquier momento del procedimiento optar por prestar declaración y responder a las preguntas que se le formulen. Para que la pregunta sea válida, sin embargo, debe reunir el doble carácter de ser libre e informada.

⁴⁸ *Miranda con Arizona* 384 US 436 (1966) La cuestión Constitucional que decidimos en cada uno de estos casos es la admisibilidad de declaraciones de un acusado obtenidas al ser interrogado mientras estaba bajo custodia y privado de su libertad de acción de cualquier manera significativa. En cada uno de ellos, el acusado fue interrogado por un funcionario policial, detectives, o un fiscal en una habitación en la cual estaba aislado del mundo exterior. En ninguno de estos casos el demandado tuvo aviso pleno y efectivo de sus derechos al comienzo del proceso interrogatorio. En todos los casos, el interrogatorio arrancó admisiones verbales y en tres casos, también declaraciones firmadas que fueron admitidas en los juicios. Todos los casos entonces comparten características salientes – la interrogación de individuos incomunicados en una atmósfera dominada por la policía que resulta en la autoincriminación sin pleno conocimiento de los derechos constitucionales.

Bajo esta premisa, la sospecha de que la renuncia a guardar silencio del imputado privado de libertad no se basa en una decisión voluntaria, es decir, libremente determinada y por tanto no exenta de algún irreductible grado de coacción⁴⁹, es tremendamente difícil de contrarrestar, sino imposible.⁵⁰

Estas coordenadas: renuncia voluntaria del derecho a guardar silencio/declaración del imputado, determinan una exigencia insoslayable y una oportunidad precisa para su satisfacción. La exigencia: designación del abogado defensor al detenido que no tuviere uno y la concreción de un primer contacto (entrevista). La oportunidad: antes, siempre y en todo caso *antes* de que el imputado preste declaración.

En definitiva, nuestra posición es que de la activación del escudo protector se sigue la inmediata puesta en marcha del artículo 102 del Código Procesal Penal, por lo que las agencias de persecución penal deben hacerse cargo de gestionar la designación de un abogado defensor para el detenido y facilitar su contacto. Si esto se pasare por alto, las consecuencias han de determinarse en cada caso en particular en atención a las actuaciones llevadas a cabo, a la entidad de la afectación y a los efectos concretos producidos.

Pero dejamos en claro que, si en un marco de privación de libertad el imputado presta declaración en ausencia de su defensor, el escrutinio de voluntariedad de la renuncia a su derecho a guardar silencio se verá notablemente impactado por la omisión de la oportuna designación del abogado defensor, al punto de poner peligrosamente en riesgo de exclusión la información obtenida con la declaración.

Por el contrario, la designación oportuna de un abogado defensor y el contacto entre éste y el detenido en forma previa a la declaración constituyen, a nuestro juicio, una salvaguarda prácticamente insustituible del derecho a guardar silencio y, consecuentemente, da una pauta de confianza respecto del

⁴⁹ *Miranda con Arizona* 384 US 436 (1966) A menos que se empleen mecanismos protectores adecuados para eliminar la compulsión inherente a la detención bajo custodia, ninguna declaración obtenida del acusado puede ser verdaderamente el producto de su libre elección.

⁵⁰ *Miranda con Arizona* 384 US 436 (1966) Si el interrogatorio continúa sin la presencia de un abogado y se obtiene una declaración, una pesada carga cae sobre el gobierno para demostrar que el acusado consciente e inteligentemente renunció a su privilegio contra la autoincriminación y a su derecho de designar o nombrar un abogado. Este tribunal siempre ha establecido altos estándares de prueba para establecer la validez de la renuncia a los derechos constitucionales y hemos reafirmado estos estándares aplicándolos a la interrogación bajo custodia. Dado que el Estado es el responsable de establecer las circunstancias bajo las cuales el interrogatorio aislado tiene lugar y tiene los únicos medios para facilitar la prueba de la existencia de notificaciones durante el interrogatorio incomunicado, esta carga debe, apropiadamente, caer sobre sus hombros.

conocimiento del derecho que se tiene, de la oportunidad efectiva para ejercerlo y, finalmente, de la voluntariedad de la renuncia.⁵¹

5. Estatuto regulador del derecho a prestar declaración del imputado que se encuentra detenido

Revisaremos con algún detalle el estatuto regulador de la faz activa del derecho a no autoincriminarse, esto es, el derecho a declarar.

Si bien la declaración del imputado en el marco del proceso penal está direccionada hacia su defensa, es innegable que de su ejercicio se pueden derivar consecuencias en contra del imputado si la información entregada por éste es relevante para los fines de la persecución penal. Por ello es que las maniobras permitidas en esta área están claramente delimitadas en el artículo 91 del Código Procesal Penal⁵².

Reiteramos que para llegar a este escenario ha existido una renuncia del imputado a su derecho a guardar silencio, la que para ser admitida como válida ha debido ser libremente determinada, es decir, voluntaria. La calificación de esta voluntariedad deberá determinarse caso a caso tomando en cuenta cada vez las condiciones que rodearon la decisión, entre las cuales reviste particular importancia la intervención oportuna del defensor, entendida como una medida profiláctica de primer nivel del derecho en cuestión.

⁵¹ El test de voluntariedad que se propone es similar al contenido en el Estatuto 3501 dictado por el Congreso Norteamericano dos años después de Miranda. Este señala que “El juez al resolver la cuestión de la voluntariedad de la confesión deberá tomar en consideración todas las circunstancias que la rodearon, incluyendo (1) el lapso transcurrido entre el arresto y la confesión prestada, (2) si el imputado conocía la naturaleza de la ofensa que se le atribuía al tiempo de prestar la confesión (3) si acaso se le advirtió al imputado que no estaba obligado a declarar y si lo hace, la declaración podría ser utilizada en su contra (4) si antes del interrogatorio se le advirtió de su derecho a una asistencia letrada (5) si el imputado estaba o no con un defensor al momento de prestar la confesión.

⁵² Art. 91 Código Procesal Penal: *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 del defensor, el imputado manifiestare 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.

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

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

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

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

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

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

Esta norma impone un fuerte límite a la actividad de la policía en materia de interrogatorio del imputado. Esta norma está diciendo que respecto de un detenido sin defensor presente –físicamente al lado del detenido- las preguntas que se formulen al imputado se referirán únicamente a su identidad. Esta norma va directo a un objetivo: impedir que la policía tome declaración al detenido sin ningún tipo de control. En este escenario la norma ordena al policía actuar bajo una lógica impeditiva, la que será modificada –sólo en parte- únicamente si se da el presupuesto descrito en el inciso siguiente: que en ausencia del defensor el imputado manifieste su deseo de declarar.

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

Pero antes de entrar en ello diremos que el artículo 91 en el primer inciso impone una regla básica en la materia, la que puede formularse indistintamente de dos maneras:

i. La policía sólo puede interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor y siempre que éste hubiere manifestado su deseo de declarar, lo que implica una renuncia previa a su derecho a guardar silencio.

ii. La policía no puede interrogar autónomamente al imputado si su defensor no está presente, ni aun cuando el imputado manifieste su deseo de declarar, renunciando a su derecho a guardar silencio.

c. Imputado que se encuentra detenido y, en ausencia de su defensor, manifiesta su deseo de declarar

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

Como decíamos unas líneas atrás, si bien la manifestación del imputado de su deseo de declarar modifica la lógica impositiva del accionar policial en el área de la declaración del detenido cuyo defensor está ausente, contenida en el inciso primero, tal modificación es solamente parcial, pues no llega a facultar a la policía para interrogar autónomamente al imputado, sino que muy por el contrario, le ordena tomar las medidas necesarias para que el detenido declare inmediatamente ante el fiscal.

La declaración se realizará bajo el estatuto prescrito en el artículo 194 del Código Procesal Penal⁵³, es decir, antes de comenzar el fiscal comunicará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojar en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere.

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

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

⁵³ Art. 194 Código Procesal Penal: *Declaración voluntaria del imputado*. Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal comunicará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojar en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere. En todo caso, el imputado 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.

En este supuesto se rompe en algún grado la lógica impeditiva impuesta a la policía en materia de declaración de un imputado cuyo defensor está ausente. Pero aun así el desarrollo de esta actuación no es discrecional, sino que está supeditada a más de un presupuesto, a saber:

1. Que el imputado detenido, en ausencia de su defensor, manifieste su deseo de declarar, lo que implica una renuncia previa a su derecho a guardar silencio.
2. Que, tomadas las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal, esto no fuere posible y el fiscal autorice bajo su responsabilidad a la policía para que proceda a consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar.
3. Que, si se trata de la primera declaración, antes de comenzar la policía comunique detalladamente al detenido cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida, incluyendo aquéllas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra.

Sostengo que el estatuto contenido en el artículo 194 del Código Procesal Penal, que obliga al fiscal a cumplir con proporcionar cierta información relevante al imputado antes de tomar su declaración, se traslada íntegramente a la toma de declaración del imputado por la policía, precisamente porque ésta está actuando por delegación de una facultad que la ley otorga al fiscal. Sería absurdo sostener que el fiscal puede delegar una facultad que la ley le concedió bajo el sometimiento de estrictas exigencias, libre de ellas.

En contra de esta posición se ha sostenido que las exigencias recaídas sobre el fiscal no pueden extenderse a la policía, proporcionando un argumento práctico: la policía no está en condiciones de cumplir con estas imposiciones que exigen un detallado dominio de aspectos jurídicos. A nuestro juicio, dicha argumentación es una pobre excusa, pues de la operativa diseñada por la ley se advierte que para que la policía llegue a recibir la declaración del imputado, necesariamente debe haberse comunicado (previamente) con el fiscal, a efectos de lograr que el detenido declare inmediatamente ante él, y sólo si esto no hubiera sido posible, con autorización y bajo la responsabilidad del fiscal del caso, podrá proceder a consignar las declaraciones que éste se allanare a prestar. Es en el momento en el cual el fiscal, impedido de tomar por sí mismo la declaración otorga a la policía la autorización para proceder, cuando deberá instruirle detalladamente acerca de los aspectos de hecho y de derecho del caso. Como se puede ver, el argumento práctico cae por su propio peso.

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

No es pacífico el poder de maniobra que la cláusula “consignará las declaraciones que (el detenido) se allanare a prestar” otorga a la policía.

Se ha sostenido por una parte que el sentido está dado centralmente por su literalidad y, consecuentemente, las posibilidades de la policía en este escenario se reducen a consignar -registrar, asentar por escrito- las declaraciones que el detenido decidiera efectuar.

Se ha argumentado para postular lo contrario que la interpretación restrictiva convierte a la larga a los policías en “actuarios” de los fiscales respecto de la declaración que el detenido se allanare a prestar, al impedirles practicar un interrogatorio, perdiendo sentido la autorización del fiscal.

A nuestro juicio, para desentrañar esta cuestión debemos volver a la regla base del artículo 91 contenida en su inciso primero: la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor.

Al encontrarnos situados precisamente en las antípodas de este escenario, la regla debe leerse: la policía no podrá interrogar autónomamente al imputado en ausencia de su defensor.

El concepto de “autonomía” asociado a la actuación policial en el contexto de la manifestación del imputado de su deseo de declarar es vital. Este concepto nos está hablando del grado de libertad que se concede al policía en dicho contexto y la diferencia la marca la presencia o ausencia del defensor al momento de declarar.⁵⁴

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

Se ha postulado en contra de nuestra posición que la alusión a la autonomía en el interrogatorio no está asociada a la presencia o no del defensor, sino que a la existencia o no de la autorización del fiscal, proponiendo la siguiente lectura del artículo 91, siempre en el contexto de la manifestación del imputado de su deseo de declarar: la policía podrá interrogar autónomamente (sin pedir la autorización del fiscal) al imputado en presencia de su defensor. En ausencia del defensor, la policía no podrá interrogar autónomamente (sin pedir la autorización

⁵⁴ En este mismo sentido: Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, cit. p. 91. La policía sólo tiene en esta situación facultades para recibir y dejar constancia de las declaraciones voluntarias del imputado, pero carece de facultades para *formular preguntas*, ya que esto se enmarca en el concepto de “interrogar autónomamente”, lo que sólo le está permitido hacer en presencia del defensor.

al fiscal) al imputado, consecuentemente, tomará las medidas para que preste declaración ante el fiscal y si ello no fuere posible, podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, entendiéndose comprendida en esta cláusula la facultad de “interrogar” al imputado.

Esta interpretación desplaza los ejes centrales dispuestos en el artículo 91 sin ninguna explicación. Borra sin empacho la diferencia de sentido que proponen los dos incisos. Supone aceptar que la diferencia entre ambos cuadros normativos descansa exclusivamente en el aviso que se le da al fiscal acerca del deseo del imputado de declarar y su autorización a la policía para proceder.

Supongamos por un momento (cerrando los ojos incluso a la inusual claridad literal) que esta interpretación pudiera tener alguna base, la pregunta es ¿gana algo el imputado con el cumplimiento por parte de la policía de esta formalidad?. La respuesta es en principio que sí, pues obviamente la exigencia tiene un sentido de tutela de los derechos del imputado. Pero esta ganancia estimada en abstracto ¿puede considerarse de la misma entidad que la que ofrece la presencia del defensor al momento de declarar?. La respuesta a esta segunda pregunta, a mi juicio, no puede ser afirmativa. Y si no podemos igualar las situaciones descritas en ambos incisos desde el punto de vista sustantivo, desde el punto de vista de la potencia del estatuto de protección de la declaración del imputado, no creo posible igualar las facultades de la policía.

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

Finalmente, según señala el inciso final del artículo 91, el defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

Dos precisiones:

Uno: si el defensor se incorpora a esta diligencia el escenario cambia bruscamente: cesa la lógica impeditiva impuesta a la policía y consecuentemente, estando nuevamente situados dentro de los contornos del inciso primero del artículo 91, la policía podrá interrogar autónomamente al imputado. La restricción desaparece, pues se desvanece con la presencia del defensor la situación que la norma pretende evitar: un detenido solo siendo interrogado por la policía.

Dos: la consagración de la facultad del defensor de incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia constituye una terminante excepción a la norma contenida en el artículo 184 del Código Procesal Penal, que gira en torno a la idea base de que es el fiscal quien, bajo un parámetro de utilidad, permite o no

la asistencia de los intervinientes a las actuaciones o diligencias, pudiendo incluso excluirlos de ellas en cualquier momento.

De la sola lectura del artículo 91 del Código Procesal Penal se advierte con claridad que la idea de que la policía tome declaración al imputado no cuenta con las simpatías de sus redactores. Desde la primera frase se destila una cierta desconfianza (*la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor*) y uno (*si el defensor no estuviere presente las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto*) tras otro límite (*si en ausencia del defensor el imputado manifiesta su deseo de declarar, se tomarán las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuera posible, la policía consignará las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal*) se van imponiendo a las posibilidades de actuación de la policía. Por ello hemos aludido a una cierta lógica impeditiva en el área de la declaración del detenido en sede policial.

Se ha diseñado la declaración del imputado ante la policía bajo un estatuto cauteloso por excelencia. Sólo se permite su actuación autónoma en esta área si el defensor del imputado se encuentra físicamente presente.⁵⁵

El ordenamiento jurídico entiende que la presencia del defensor del detenido en la declaración que éste presta la valida, la acredita como fruto de una decisión libre e informada. Por el contrario, la ausencia física del defensor vuelve la condición del imputado –particularmente en dicha área- a todas luces muy precaria. Recordemos que el artículo 91 del Código Procesal Penal se refiere en general a la declaración del imputado ante la policía, sin distinguir si éste se encuentra libre o privado de libertad y por ello rige para ambos. Naturalmente que el detenido al no tener su defensor presente (físicamente a su lado) en este primer momento presenta una vulnerabilidad difícil de reeditar en otra etapa a lo largo del procedimiento. Y es esta vulnerabilidad la que está reconocida bajo las restrictivas imposiciones del artículo 91 del Código Procesal Penal.

6. Conclusión

⁵⁵ Boletín 1630-07 Cámara de Diputados. Comisión de Constitución Legislación y Justicia: al discutirse el artículo 102 del proyecto del Código Procesal Penal que se refería a la posibilidad de que la policía tomara declaración, se consignó en actas que en apoyo de la disposición se hizo constar que el artículo 120 bis N° 5 del Código de 1906 dice: “sin orden judicial, la policía sólo puede tomar las declaraciones que las personas se allanaren a prestarle”. Y se agrega que “Los mayores abusos y excesos 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 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”.

Tras el análisis expuesto, nuestra conclusión es la siguiente: para echar a correr las reglas del artículo 91 tantas veces descritas debe haber operado en primer lugar el artículo 102 del Código Procesal Penal, lo que significa que el detenido que presta declaración ha debido contar efectivamente y en forma previa con un defensor. Éste ha podido ser el defensor de confianza si lo tuviere, o bien un defensor público nombrado a solicitud del propio fiscal de la causa o designado por el juez de garantía.

Esta interpretación otorga sentido de realidad, da vida, llena de contenido las cláusulas contenidas en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, particularizadas en diversas normas del Código Procesal Penal.

Leídas en sintonía, una tras otra, calzan como piezas de un puzzle hecho para un niño pequeño, sin ninguna dificultad.

Veamos. La cláusula constitucional dispone que toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale.

Y señala la ley en el artículo 8 del Código Procesal Penal que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.

Y dice el artículo 7 que habiéndose realizado la primera actuación dirigida en su contra por la policía a través de una diligencia cautelar (detención), se activará el escudo protector contenido en el artículo 135 que obligará al funcionario policial a informar al detenido del derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación y a guardar silencio.

Dice igualmente la cláusula constitucional en su inciso 1° que se asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Y la ley en el artículo 102 protege en forma igualitaria el ejercicio del derecho a defensa al precisar que desde la primera actuación del procedimiento el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza y que *si no lo tuviere*, el Ministerio Público deberá solicitar que se le nombre un defensor penal público y al juez hacerlo, en los términos que señale la ley.

Es procedente hacer en este punto una reflexión en torno a la odiosa diferencia de trato hacia la que peligrosamente se tendería en el área de la protección de derechos de los detenidos si no se impusiera el criterio que se propone.

En efecto, no necesito argumentar demasiado para que todos estemos de acuerdo en que el detenido que cuente con un defensor de su confianza exigirá

una entrevista con éste antes de tomar cualquier decisión que pudiere afectarle, más aun si ésta se trata de una posible declaración sobre hecho propio.

Y tampoco necesito demostrar con números –pues es por todos sabido– que la mayoría de los imputados no está en condiciones de contratar un abogado.

Sostengo que si entendiéramos que basta a los propósitos constitucionales una mera “lectura de derechos”, estaríamos aceptando que el detenido que carece de abogado y de recursos económicos para pagar uno visualice apenas las posibilidades que le ofrece el sistema en orden al ejercicio de su derecho a defensa. En el mejor de los casos entenderá que puede hablar con un abogado si tuviera como pagarlo.⁵⁶

Por ello es que proyecto la fórmula constitucional de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos hacia el derecho a defensa letrada y con esto esta última con la designación oportuna y efectiva del defensor, entendiendo que reúne estas calidades la que se realiza inmediatamente después de la detención y que se traduce al menos en la materialización de una entrevista entre el detenido y su defensor, en todo caso antes de cualquier manifestación del detenido acerca de cualquier aspecto concerniente a su derecho a no autoincriminarse.

Estimo que la designación oportuna y precisa del defensor así entendida para el caso del detenido constituye una tutela seria y real del derecho constitucional de defensa en sus aspectos técnicos y material, entendiendo que dentro de esta última se ubica el derecho a guardar silencio y el derecho a declarar, componentes ambos (pasivo y activo) del derecho a no declarar en contra de uno mismo.

Finalmente, esta designación que necesita ser oportuna y efectiva en los términos dichos para ser una real garantía del derecho a defensa, es a nuestro juicio un aspecto de la garantía de “la debida intervención del letrado” que está a su vez tutelada constitucionalmente cuando el mismo artículo 19 N° 3 de la Constitución señala que ninguna persona o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiera sido requerida.

La designación de un defensor al detenido que no lo tuviere y la materialización de una entrevista constituye, a nuestro juicio, una salvaguarda prácticamente insustituible del derecho a guardar silencio y, por lo mismo, un elemento clave en el escrutinio de voluntariedad que ha de hacer el juez respecto de su renuncia, en el caso de que el imputado hubiere manifestado su deseo de declarar y declarado sin la presencia de su defensor.

⁵⁶ Esta idea también estuvo presente en *Miranda con Arizona*: “Aunque las autoridades no están obligadas a aliviar la pobreza del acusado, tienen la obligación de no tomar ventaja de su indigencia en la administración de justicia.”

Para cerrar este análisis me parece pertinente traer a colación la discusión que se dio con ocasión del caso *Miranda con Arizona* entre los jueces de la Corte Suprema y las partes y representantes de grupos de interés en carácter de *amicus curiae*.⁵⁷

El Sr. Nedrud, de la Asociación Nacional de fiscales, afirmó en su exposición que el Estado debía designar un abogado al detenido si éste lo pidiese, y agregó: “no pienso, sin embargo, que debamos incentivarlo a tener un abogado”.

Acto seguido le preguntó el chief justice Warren: “¿por qué dice que no deberíamos animarlo a tener un abogado?, ¿son los abogados una amenaza?”

Esta pregunta –y su eventual respuesta afirmativa- puede ser a la larga la que sobrevuela en el análisis y bien valdría la pena sincerar la discusión, al momento de levantar argumentos muchas veces disfrazados de sensatez, pero que –más temprano que tarde- se descubren en su real dimensión: la desconfianza, el recelo, la poca amistad que tiene nuestra cultura jurídica con los resguardos que pudieren tutelar efectivamente los derechos de los imputados, frente a las sobredimensionadas expectativas asociadas a la persecución penal.

⁵⁷ Miller, Jonathan y otros. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal. Constitución, Poder Político y Derechos Humanos*. Ed. La Ley, Buenos Aires (Argentina) 2002, p. 138