

DECLARACIÓN DEL IMPUTADO, EVOLUCIÓN, SITUACIÓN ACTUAL, PROYECCIÓN. ART. 18 DE LA CONSTITUCIÓN

Pedro Mayor

1. INTRODUCCIÓN

La investigación de un hecho punible, el juzgamiento, y posterior sanción de la conducta, son poderes delegados por los ciudadanos en el Estado, para que a través del Poder Judicial, en su sentido amplio –Ministerio Público y los Jueces-, este los administre. Surge así un monopolio que implica directamente la sustitución de la venganza particular por la del establecimiento y uso de reglas que protejan los intereses de las partes, intentando con ello restablecer la paz social, con el dictado de una resolución definitiva.

El individuo, inicialmente sindicado como el presunto responsable del hecho, es conocido por nuestra legislación como “imputado”¹. Históricamente, y durante mucho tiempo fue considerado como objeto de un proceso inquisitivo del derecho común, que tendía a la averiguación de la verdad, a cualquier costo, sobre todo por la idea imperante de la época que un delito agraviaba no solo la conciencia de los hombres sino a Dios mismo, siendo comunes las prácticas de la tortura, la obligación de declarar y de hacerlo bajo juramento, dejando al individuo indefenso ante el estado. Estas prácticas dieron luego lugar a la aparición de corrientes humanistas, que lograron suavizarlas, originando dos modelos procesales básicos, el anglosajón y el europeo continental, dando forma a una nueva concepción del imputado, la de sujeto del proceso, dotado de derechos garantizados expresamente en la normativa procesal y en la ley suprema.-

La persona del imputado, su naturaleza, para el derecho procesal moderno, sin embargo aún está en discusión. El consenso se da en la concepción acerca de que el mismo puede ser objeto de prueba, a través de la coacción estatal, debiendo soportar si así se le exige, como: 1) reconocimiento de personas, 2) examen grafológico, 3) hue-

¹ Art. 74 del Código Procesal Penal, Ley N° 1286/98.

llas digitales, 4) extracciones de sangre y fluidos etc. Pero en lo que respecta a ser “sujeto de prueba” ya la situación es diferente.

Para un sector de la doctrina —europeo continental— (mayoritaria), la declaración del imputado, solo puede ser considerada, en su producción y valoración, como un “medio de defensa”, Para otros en minoría, esta tiene una triple naturaleza, ser medio de defensa, fuente de prueba y medio de prueba.

El derecho a prestar declaración, contenida en la normativa procesal penal es el anverso de la misma moneda “el derecho a la defensa”. En el reverso se encuentran el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, conocido también como derecho al silencio, o autoincriminación forzada, que a su vez se hallan íntimamente ligados a otros derechos como el de “la presunción de inocencia” y “la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Todos ellos interactúan al momento de la aparición de elementos de sospecha sobre una persona por la comisión de un hecho punible.

Intentaré con una breve mirada a la historia de la *declaración del imputado*, su evolución, las tendencias ideológicas, encontrar los fundamentos que sostienen que la misma debe ser considerada en su triple naturaleza, siempre y cuando hayan estado presentes al momento de decidir declarar, —además de su abogado defensor—, los elementos constitutivos de su voluntad: discernimiento, intención y libertad. La ausencia de cualquiera de ellos, nos llevaría a suponer la obtención ilícita de la misma, lo que implicaría una autoincriminación forzada, la que no es admitida con toda lógica por la normativa procesal sea esta nacional o internacional. De la misma manera expondré los beneficios e eliminar la ambigüedad en la que actualmente se encuentra dicha declaración y sobre todo, que la misma es un derecho y como tal, el sujeto pasivo del proceso es el que debe decidir, cuando lo ejercitará.

2. LA INQUISICIÓN

El Concilio de Tolosa, durante el reinado del Papa Gregorio IX (1227-1241) fue el que dio lugar a la creación de los llamados “inquisidores de la fe” en 1229 que convergería posteriormente en el Tribunal del Santo Oficio, constituyéndose en un instrumento desti-

nado a la defensa de la fe y la sociedad, para reprimir la acción de los herejes, destruyendo cualquier signo que fuera contra la religión católica, llegando a convertirse en una fuerza policial más crueles y severas de la época, alimentada permanentemente por informaciones - muchas de ellas falsas- de personas que pretendían ser rigurosamente fieles a las prácticas y costumbres del catolicismo de la época viendo en aquellos que no compartían su fe como los enemigos de Dios y en consecuencia suyos. Estas informaciones también procedían de los círculos de poder políticos, económicos, sociales y científicos, como una manera de desprenderse de sus eventuales adversarios u opositores.

Herejía es por definición, todo aquello que va contra los dogmas las tradiciones, las enseñanzas, los sacramentos, los ritos y las creencias católicas. Antes de su estructuración como mecanismo investigador, juzgador y ejecutor, la vigilancia de los obispos y de otros prelados de la iglesia había sido suficiente para contener y reprimir la herejía.

Desde un punto de vista teológico, la Iglesia Católica vio en los herejes un grave peligro para su propia existencia. Pero los reales alcances del delito de herejía se explican no solamente por factores estrictamente teológicos, sino también políticos sociales, jurídicos y económicos. La organización de la Inquisición no fue la obra de un solo Papa, sino más bien la resultante de un largo proceso, iniciado durante la gestión de Lucio III, continuado durante la gestión de Inocencio III y que alcanzó su forma definitiva con Gregorio IX. Él fue quien, a través de tres diferentes bulas, entre los años 1231 y 1233, le dio sus trazos definitivos.

La presente investigación no pretende referirse a la Inquisición como su objeto principal sino tratarla de manera tangencial. No pretendemos realizar juicios de valor sobre la misma, pero sí referirnos a los métodos utilizados por ella para la consecución de sus fines, entre los que se encuentra el de *obligar a las personas a declarar en su contra, bajo juramento más allá de la verdad, con el fin supuesto de expiación de sus pecados*, observándose además en esa práctica una clara advertencia a los "enemigos de la iglesia".

Más allá de nuestra concepción actual sobre los procedimientos utilizados para obtener información por parte de los inquisidores — los que indudablemente son rechazados— históricamente la valoración en aquellos tiempos de esta institución fue otra. Observemos que en la mentalidad medieval no existía la separación del orden civil y eclesial. Este era un todo que no conocía de límites precisos, ocasionando permanentemente colisiones de poder. Al establecerse la Inquisición se logra regularizar, legalizar y humanizar a “otros más bárbaros y terribles suplicios”, a los que eran sometidos los brujos y brujas y cualquier enemigo de los reyes y de un “buen católico”. En este sentido, el historiador Menéndez Pelayo, al hablar de los excesos que Pedro el católico había decretado contra los herejes, afirma que la Inquisición, con todos sus errores y excesos, era un evidente progreso al lado de semejante legislación.

En España, el Consejo de la Suprema y General Inquisición fue creado, previa autorización del Papa Sixto VI, en 1478. Dos años después inició sus acciones en la ciudad de Sevilla, para expandirse posteriormente por el resto de España.

En América, el Tribunal del Santo Oficio se estableció por primera vez en la isla de Santo Domingo, llamada en ese entonces La Española, gracias a que el cardenal Adrián de Utrech, regente del reino e inquisidor general de España, extendió el nombramiento de inquisidor de todas las tierras descubiertas y a descubrir a Don Pedro de Córdoba, residente de Dominicana.

3. EL HUMANISMO

Existe un consenso generalizado a la hora de afirmar que sólo se puede hablar de humanización del Derecho penal a partir del siglo XVIII. Hasta ese entonces los intelectuales de la época no se cuestionaban sistemática y articuladamente acerca de la respuesta penal a los conflictos vinculados a la delincuencia que se suscitaban en ese momento. Se podría llegar a decir que "el pensamiento precedente se mostró escasamente crítico con las instituciones penales del antiguo

régimen o, al menos, su crítica careció de una orientación global y totalizadora².

El humanismo renacentista reafirma la dignidad, autonomía y libertad de los seres humanos. La quiebra de la unidad de la Iglesia y la nueva mentalidad determinaron una progresiva secularización de la sociedad. Finalmente, el pluralismo religioso desembocó en la defensa de la tolerancia que, a partir de entonces, se constituye en uno de los valores fundamentales para la configuración del pensamiento moderno. Por consiguiente, parece que las condiciones eran propicias para someter a crítica los principios básicos de un Derecho penal caracterizado, entre otras cosas, por su extrema crueldad. Sin embargo, tal crítica no se produjo durante los siglos XVI y XVII. Puede decirse que la mayoría de los autores juristas, filósofos, teólogos e incluso literatos) no cuestionan en ningún momento —al menos de un modo total— la legitimidad de un sistema decididamente represivo, brutal y despiadada que debía repugnar a las nuevas conciencias. Como ha dicho Bloch “el proceso penal discurría completamente aparte del mundo exterior, siniestro, pavoroso, lleno de horribles abusos, desembocando en la mutilación o la muerte, y sólo por milagro en la absolución”³.

Es indudable que la época estaba marcada por profundas diferencias sociales y económicas, a su vez, respecto a la aplicación del derecho, por supuesto no es igual para ella un rico que un pobre en este sentido se ha dicho ciertamente “la ley no era igual para el noble y para el plebeyo en ninguno de los sectores del Derecho, y lógicamente lo mismo habría de suceder con el penal. Tan sólo al final del antiguo régimen surgen algunas voces que consideran injusta tal situación; pero aún entonces es éste un punto casi unánimemente admi-

² L. Prieto Sanchiz, “La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio”, Anuario de derechos humanos, 1985, p. 289, Citado por Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*.

³ E. Bloch., “Derecho Natural y Dignidad Humana”, Madrid, Aguilar, 1980, trad. de F. González Vicén, pp. 249-250 Citado por Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*.

tido por el legislador y los juristas —a juzgar por las escasas quejas— por la mayoría de las personas ilustradas, a excepción de aquellos más próximos a la línea liberal, que apunta ya en algunos en los últimos años del XVII⁴ En este sentido por ejemplo la nobleza era tratada de manera privilegiada al momento de la investigación de los delitos, su juzgamiento y la ejecución de la sanción.

En lo que respecta a la obtención de la información —que para el caso de los plebeyos era simple y no producía inquietudes de algún tipo— respecto a la aristocracia de la época, sus integrantes podían eludir fácilmente el proceso poseían influencia sobre los juzgadores, ejercían presión sobre los reyes por ende la ley no les alcanzaba en la medida que llegaba a la “clase menos favorecida”. “Los nobles estaban exentos del tormento salvo en delitos extremadamente graves. En otro orden de cosas tampoco se les podían aplicar ciertas penas corporales como los azotes, las mutilaciones o las galeras. Los ejemplos que acaban de citarse no constituyen una mera anécdota puesto que tales exenciones representan en buena medida el núcleo central de la justicia penal de la época. ...”; “...la extrema severidad que caracterizaba los sistemas penales de entonces no afecta —o afecta en menor medida— a ciertos estamentos. Esta circunstancia permite comprender por qué las clases dirigentes se muestran poco críticas con un sistema que les reconoce una situación de privilegio y que impide que las penas más crueles les sean aplicadas. En definitiva, estamos en presencia de una legislación discriminatoria que se ceba —como sucede siempre— con los más débiles”⁵.

Otra característica típica de la época, consistía en la ambigüedad de las normas jurídicas —que si bien ya se hallaban mejor sistematizadas—, dejaban grandes vacíos y al momento de juzgar procedimientos o sanciones la discreción judicial era amplísima, la que por

⁴ F. Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta*, ref. 5, p.318.

⁵ Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo I, p. 462.

lo general y para confirmar la norma, afectaba más gravemente al pobre que al rico.

Otro rasgo típico, era el fuerte componente religioso, presente en la regulación penal. En esa época se consideraba que el que comete un delito, afrenta a Dios, a sí mismo y a la sociedad. Por lo tanto era merecedor de una sanción. Pues lo más grave consistía en ofender a Dios lo que se producía al cometer un delito. “*La cercanía entre las ideas de delito y pecado existente en las mentes y las obras de teólogos, juristas y legisladores hacía ver en el delincuente un pecado. La violación de la ley penal, justa ofende a Dios en todo caso, según enseñaban los teólogos castellanos del siglo XVI. Desde estos supuestos, la pena era principalmente el castigo merecido por el delincuente, y su imposición tenía muchos visos de una justa venganza*”⁶.

Una de las características más comunes de la época -siglos XVI y XVII, herencia eficientista de la historia negra de la humanidad, afinada y perfeccionada durante la inquisición, consistía en el tormento judicial.⁷ Debemos decir, a fuerza de los elementos históricos que la tortura fue concebida preferentemente como un medio de prueba pero por supuesto su carácter de pena durísima tampoco se excluye, como un ejemplo de lo dicho, se encuentra la obra de un jurista del siglo XVII Antonio Quevedo y Hoyos (1603) Libro de indicios y tormentos, citado por Manuel Segura Ortega; que contiene toda la práctica criminal, y el procedimiento paso a paso de cómo descubrir el delito y al delincuente y ponerlos en situación de evidencia para obtener su condena o su absolución. “Si los argumentos esgrimidos durante los siglos XVI, XVII y primera mitad del XVIII contra el tormento no lograron ni la supresión ni la simple reforma de esta institución, fue por que se dirigían aisladamente contra ésta y no contra todo un sistema procesal-penal del que la tortura era una pieza

⁶ Introducción a la obra de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, p. 30.

⁷ P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. En España, F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*; G. Martínez Diez. “La tortura judicial en la legislación histórica española”, en *Anuario de historia del Derecho español*, pp. 223-300.

básica y consustancial”⁸ Es así los caracteres del proceso penal de la época propiciaban la utilización de la tortura cuya finalidad básica era obtener la confesión del inculcado. En este sentido es que la confesión se constituye en una de las pruebas fundamentales que fundamentan las sentencias, tranquilizando las conciencias, pues el reo había confesado y con ello se había descubierto al delincuente y este habría de purgar por ellos su condena. Pero como podemos suponer la confesión no solía producirse de manera voluntaria y por eso el tormento aparecía como un instrumento sumamente eficaz para doblegar la voluntad rebelde del inculcado. El sufrimiento, el dolor se constituye así como un medio que pretende además de aclarar que sucedió históricamente, lo fundamental consistía en obtener una “autoincriminación del reo” lo que facilitaba el procedimiento de investigación y por supuesto allanaba el camino para dar por concluido el proceso a través de la sentencia condenatoria⁹.

El problema de tortura para lograr la autoinculpación fue la constante en dicha época, y por supuesto que esta afectaba por igual a culpables e inocentes. Con esta postura no se justifica dicha práctica, pero muy pocas personas (intelectuales de la época), plantearon cuestionamientos en contra de la misma. “El resultado, pues, de la tortura es un asunto de temperamento y de cálculo, que varía en cada hombre en proporción a su robustez y sensibilidad; tan es así que con este método un matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, encuéntrese el grado de dolor que lo hará confesar culpable

⁸ F. Tomás y Valiente, *La tortura en España*, ref 23, p 123.

⁹ En este sentido Manuel Segura Ortega, “La situación del Derecho penal y procesal en los siglos XVI y XVII”, en *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I*: “Los reos que eran sometidos a tortura y confesaban tenían que ratificar con posterioridad su declaración y si tal ratificación no se producía la confesión no era válida. Pero la negativa a ratificar la confesión suponía la posibilidad de ser torturado nuevamente –dos o tres veces más según las distintas legislaciones- lo que naturalmente colocaba al reo en una difícil posición. Es cierto que si el reo no confesaba a pesar del tormento debía ser declarado inocente pero superar con éxito el martirio del dolor exigía una capacidad de resistencia tan fuera de lo común que muy pocos podían superar la prueba”.

de un delito determinado. El interrogatorio de un reo se hace para conocer la verdad; pero si esta verdad se descubre difícilmente en el aire, en el gesto en la fisonomía de un hombre tranquilo, mucho menos se descubrirá en un hombre en quien las convulsiones del dolor alteran todos los signos por los cuales del rostro de la mayor parte de los hombres se trasluce – a veces a pesar suyo- la verdad. Una extraña consecuencia que se deriva necesariamente del uso de la tortura es que al inocente se le coloca en peor posición que al culpable. Así, pues, mientras que el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar”¹⁰.

También se debe decir que la tortura como mecanismo para obtener una confesión obligada, muchas veces no rindió sus frutos. En efecto, ante el descontrol de esta práctica la falta de reglamentación, la discrecionalidad y la arbitrariedad motivaron a los sujetos pasivos del proceso a desarrollar técnicas, procesales para evitarlo, científicas o químicas para pasar el tormento, o mágicas para alejar el riesgo o en la creencia de que determinados conjuros convocarían a poderes sobrehumanos quienes brindarían al beneficiario, la fuerza necesaria para soportar el dolor. Así por ejemplo “no faltaban recursos a los profesionales del crimen: conjuros, encantamientos, drogas, contra los cuales la experiencia y picardía de los jueces encontró también los remedios. Los débiles, los inocentes, los que por primera vez se veían envueltos en las complejas redes de la administración de justicia, eran los que salían peor parados”¹¹.

La situación en este periodo, nos hacen ver la importancia que las autoridades, en especial las judiciales, otorgaban a la confesión obligada. Y la práctica del tormento era la pieza clave que movía el engranaje procesal, hacia una condena. En muchas oportunidades la confesión obtenida por tortura, era la única prueba con la que se contaba, y por supuesto esta en modo alguno era dejada de lado, sino que se constituía en la *probatio-probatissima*, -el hecho de que había sido obtenida por tortura era nada más que una circunstancia- y por supuesto, que ello más que neutralizar la prueba, le daba el mérito más alto, pues fue obtenida luego de haber sido vencidos todos los

¹⁰ C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, pp.98-99.

¹¹ M. P. Alonso, *El proceso penal en Castilla*, p.256.

límites del reo, hasta que por fin, la ley de los hombres y de Dios prevaleció, el delincuente, confesó. Lo cierto es que, “el proceso penal entregaba al inculcado sin ninguna protección a un funcionario que era, a la vez y de modo profundamente parcial, juez de instrucción y juez penal. El acusado era simplemente objeto del proceso, solo destinado a aportar pruebas contra sí mismo, y en caso de que se resistiera a ello o incluso de que tratara de defenderse, lo único que le esperaba era la tortura”¹².

Los métodos que se aplicaban durante los tormentos para extraer una confesión eran extremadamente crueles e inhumanos¹³. Las prácticas se realizaban en sótanos especialmente diseñados para ello, con calabozos rodeando la sala principal, la que podía ser observada por los reos cuyas confesiones eran solicitadas, -demás está decir que muchos de ellos, confesaban y firmaban lo que se les pusiera enfrente- de tal manera a que los tormentos que le estuvieran siendo aplicados a uno, producían en simultáneo efectos sobre los demás, contorsiones, muecas de dolor, desmembramientos, gritos y alaridos, lograban también efectos psicológicos muy útiles a quienes tenían que rendir cuentas del producido de su “labor”, al obtener rápidamente el resultado esperado.

Los tormentos como forma de obtener la confesión, perduraron en Europa hasta finales del siglo XVIII. Las ideas humanistas de la Ilustración, llevaron con el tiempo a la secularización del derecho en especial el penal y procesal extirpando todo tipo de resabio religio-

¹² E. Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, p. 249.

¹³ Quevedo y Hoyos nos describe en su Libro de indicios y tormentos: “*El primero modo, pues, de afligir a los reos es echar agua al paciente por las narices, tapándole la boca; y este se tiene por peligroso. Otro llaman de ladrillo, que es poniéndole muy caliente a los pies del reo, dejándolos primero que estén bien fríos. Otro llaman del moxcon, que es poniéndolo en el ombligo del paciente de forma que no se pueda ir, y este causa grandísimo dolor, porque casi orada las mismas tripas. Otro tormento ai que dicen de la cabra, que es teniéndola encerrada, y sin comer por algún tiempo. Y estando hambrienta untar con sal los pies del reo, y soltarla para que los lama, lo cual ella hace tan bien con el hambre y gusto de la sal, que se los rompe y despedaza, y le saca la sangre con tanto dolor del atormentado, que no tiene encarecimiento...*”

so que nutría la anterior concepción jurídica y por supuesto su normativa.

En Inglaterra, en época de los tribunales eclesiásticos, se aplicó el *ius jurandum de veritate dicenda* con el único requisito previo de que el acusado fuera de mala fama y la negativa a jurar le permitía considerarlo "*culpable proconfesso*". Las luchas religiosas del sigloXVI llevaron a la Corona a adoptar los métodos eclesiásticos con finalidades políticas pero chocaron con los tribunales de derecho común. Las prácticas que requerían la confesión jurada fue desapareciendo con el tiempo. Las objeciones al juramento inquisitivo se extendieron, fundándose entre otras cosas en que el procedimiento afectaba a la dignidad humana. En este sentido "La superación de las prácticas inquisitivas en Inglaterra puede entenderse completada hacia fines del siglo XIX época en que los prisioneros se encuentran totalmente resguardados de todo interrogatorio judicial, antes o durante el juicio"¹⁴

En Francia, con la Ordenanza de 1670, luego de recopilar toda la información referente a la existencia de un hecho delictual se le informa de esto al procurador del rey, quien luego de revisar el peso de la evidencia, ordena que el imputado sea escuchado. El interrogatorio no era voluntario sino obligado y era exigido en casos de crímenes, debe ser incesante e iniciarse antes de las 24 horas de su detención, debiéndosele tomar juramento, práctica que, según Hélie, citado por Hendler, proviene de los Merovingios¹⁵. Las prácticas inquisitoriales desaparecen recién en 1897, se estableció el derecho de abstenerse de declarar que debía ser advertido y cuyo ejercicio no acarrea consecuencias¹⁶.

Es indudable, luego de haber realizado una revisión rápida de la historia del sistema jurídico penal en los referentes históricos, en

¹⁴ Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco, "La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra", en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edit. Ad-Hoc, 1999.

¹⁵ Conf. Hélie, M.F.

¹⁶ Conf. CHAMPCOMMUNAL, Giuseppe: "La riforma dell'instruttoria in Francia" en *Rivista Penale*, vol. XLVIII, 1898, pp. 5-19.

especial, del mecanismo para la obtención de una confesión forzada como sustento de una condena buscada y querida por una sociedad en la que las pautas religiosas y jurídicas se hallaban entrelazadas hemos establecido la punta del ovillo que hasta el día de hoy sigue dando de tejer a las ideas conservadoras y reformistas, a los eficientistas y garantistas, en un enfrentamiento que sigue generando debate, no ya sobre el tema principal "derecho del imputado al silencio" -es decir a no ser obligado a declarar- tema este consensuado por lo menos en el ámbito de Doctrina, sino sobre, otros aspectos que subyacen ese derecho, como el de no sacar conclusiones negativas de su ejercicio; o el derecho intrínseco a mentir, cuando decida voluntariamente declarar.

En un proceso histórico se va decantando la necesidad de considerar al tormento y a la confesión forzada, como prácticas inhumanas y degradantes, partiendo en primer lugar de la consideración del ser humano como sujeto y no ya como objeto del proceso penal, en el que no necesariamente se debe buscar la condena a todo costo, de la persona que inicialmente surja como responsable de un hecho punible, sino que se debe buscar reconstruir los hechos con una labor investigativa, que en un primer momento histórico, se adjudicó la obligación a las partes involucradas, para posteriormente encomendársela exclusivamente al acusador. Surgen en consecuencia dos corrientes jurídicas y doctrinarias, la europea continental y la anglosajona que tienen un origen común a -la declaración del imputado.

El derecho del imputado en un proceso penal enfoca dos aspectos: El primero de ellos conlleva el ejercicio de su defensa de una manera activa, es decir prestando declaración ante la autoridad facultada para tomarlo, una vez que esta le haya impuesto de la causa en la que se lo involucra, derecho este expreso que le acuerda la ley y el Segundo, cuando también decide hacer uso de su derecho de defensa pero de una manera pasiva, es decir guardando silencio, derecho que lo resguarda contra cualquier presión que afecte su voluntad, libre y consciente y que pueda perjudicarlo si declarase o incriminarlo¹⁷.

¹⁷ Garantía consagrada en la máxima "*nemo tenetur se ipsum accusare*", o ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo.

La libertad del imputado de prestar o no declaración si bien provino de un origen común, -cual era la practica del tormento y la confesión forzada y jurada- alcanzó un consenso histórico, pero con variantes en ambos lados del Atlántico. En una costa, por derecho al silencio se entendió la libertad que tenía una persona acusada de un delito para prestar declaración, permitiéndole no estar sujeta a un interrogatorio; mientras que al otro lado, se consideró que dicha libertad estaba dada para erradicar simplemente la práctica más inhumana que era consecuencia de la ausencia de este derecho: la tortura, y el juramento que la acompañaba. Debemos también, considerar más allá de lo expuesto que el derecho al silencio se encuentre también enmarcado en un principio de raíces muy antiguas¹⁸.

Ferrajoli¹⁹ señala que el interrogatorio del imputado es donde se han manifestado y se han medido las diferencias más profundas entre los métodos inquisitivo y acusatorio. Así, en el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba el “comienzo de la guerra forense”, es decir “el primer ataque” del acusador contra el reo para obtener de él por cualquier medio, la confesión.

Es importante también señalar que antes de que se extendiera la utilización de la tortura y la confesión como instrumentos del proceso, otros medios de prueba cumplían un rol central. Así, el juramento era el medio de prueba más simple y más importante en el proceso germano-acusatorio. Se exigía que el juramento de los litigantes fuese reforzado por el juramento adicional, posterior o precedente, de otras personas, los llamados consacramentales o conjurantes. Este juramento no versaba sobre el tema de la prueba, ni siquiera tenían que tener algún conocimiento propio de los hechos controver-

¹⁸ Esto surge en la afirmación de San Crisóstomo (ca. 400) en su comentario a la Epístola de San Pablo a los Hebreos cuando dijo: “*No te digo que descubras eso -tu pecado- ante el público como una condecoración, ni que te acuses delante de otros*”. Citado por Marquez Figueroa, Hector L., en su trabajo “La renuncia al privilegio de no autoincriminarse”, publicado en la *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. XLI, 1972, Nº 2, pag. 385, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*; Trotta, *Teoría del garantismo penal*, p. 607.

tidos. Sólo confirmaban que el juramento de la parte a la cual asistían era “puro y no falso”, o sea que simplemente manifestaban estar convencidos de la credibilidad de esas personas²⁰. Asimismo, en caso de que un clérigo estuviera mal afamado, el sistema canónico obligaba a éste a “purificarse” mediante el procedimiento de los consagramentos²¹.

Decíamos anteriormente, que las cortes eclesiásticas habían introducido el *jusjurandum de veritate dicenda* o juramento inquisitivo, bajo la influencia del Papa Inocencio III. Este juramento, a diferencia del compurgatorio, implicaba la interrogación activa del acusado por parte del juez, además que aquel debía revelar —bajo esa presión— la totalidad de la verdad de lo que se estaba investigando. No obstante, las cortes eclesiásticas tenían ciertas limitaciones respecto al uso de este recurso; el acusado no podía ser expuesto a su juramento en la ausencia de alguna presentación (presentment), es decir sin el respaldo de la acusación bajo juramento hecha por cierto número de vecinos de la que ya hemos hablado. Sin embargo, en la práctica, el procedimiento significaba que un individuo podía ser llamado ante la Corte y tener que responder a un amplio interrogatorio sobre sus asuntos personales sin que interese la naturaleza o la fuerza de las acusaciones en su contra²².

El sistema anglosajón, a través de sus cortes, la Star Chamber y las Courts of High Commission adoptó esta práctica. Era exigido al imputado el juramento ex officio, aún cuando no existía en su contra imputación o cargo alguno. Se aguardaba el inicio del interrogatorio para obtener elementos de cargo, constituyéndose así su declaración en base de su propia inculpación. Cuando estas prácticas se enfrentan al derecho común sufren van sufriendo reveses. En efecto, hacia 1568 el juez Dyer, presidente de la Court of Common Pleas, otorgó una orden de habeas corpus liberando a un prisionero que había sido forzado a tomar un juramento. En dicha concesión, justificó la objeción al juramento con la máxima *nemo tenetur seipsum prodere*, esto

²⁰ Walter Gerhard, *Libre apreciación de la prueba*, p. 49.

²¹ Op. cit., p. 40.

²² Cf. McCormick on Evidence, pag 279, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

prodere, esto es: ningún hombre podrá ser forzado a producir evidencia contra sí mismo²³.

El derecho a no autoincriminarse va cobrando forma con el caso de John Lilburn. Arrestado e interrogado en la Star Chamber en 1637-1638 por imprimir libros sediciosos en Holanda e importarlos a Inglaterra, Lilburn negó los cargos ante el interrogatorio del procurador general. Al ser preguntado sobre otros temas, se negó a responder. Al rehusarse a prestar el juramento que le exigía la Star Chamber dijo que éste era "...un pecaminoso e ilícito juramento... contrario a la práctica del mismo Cristo... contrario a la misma ley de la naturaleza, porque ésta tiende a preservarse a sí misma..."²⁴. Por dicha negativa fue multado y torturado. Luego fue liberado por el Long Parliament, en su primera reunión. Posteriormente La cámara de los Comunes resolvió el 4 de mayo de 1641, que "la sentencia de la Star Chamber contra John Lilburn es ilegal, y contraria a la libertad de la persona; y también sangrienta, cruel, malvada, bárbara y tiránica". La Cámara de los Lores, estableció posteriormente que dicha sentencia debía ser anulada "por ilegal y muy injusta, contraria a la libertad de la persona, a la ley del país y a la Carta Magna...y que el mencionado Lilburn será por siempre absolutamente libre y totalmente absuelto de dicha sentencia y de todos los procedimientos que de ella deriven, tan entera y ampliamente como si nunca hubieran existido"²⁵.

El parlamento inglés debido a los abusos de las prácticas del juramento ex officio, resuelve prohibirlo en 1641, para los casos penales. A partir de ese momento empezó a ser considerada de una manera especial la declaración del acusado. Esta ya no podría ser

²³ Cf. O'Reilly, Gregory W., "England Limits the Right to Silence and Moves Towards an Inquisitorial System of Justice", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol 85, N° 2, 1994, p. 415, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁴ Howell, "States Trials"; 1315-1367, citado por Bumbauld, Edward, *The Bill of Rights*, Univ. Of Oklahoma Press, pp. 79 y ss; citado a su vez por Gugeler, P.: p. 881, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁵ P. Butteler, p. 879, citado por Hendler, ref. 16.

forzada, sino que solo podría ser lograda si el sujeto así lo solicitaba, entonces sí debía jurar. La innovación provino de una ley del Parlamento inglés de 1898: la Criminal Evidence Act en la cual se reconocía el derecho del imputado de ser testigo en causa propia, debiendo al igual que cualquier otro, prestar el correspondiente juramento.

Las ideas revolucionarias surgidas en Inglaterra, encuentran una vía de expansión hacia América, a través del “Mayflower”, arraigándose bien en las nuevas tierras y en lo que conformaría la sociedad y el derecho anglo-norteamericano, Hendler citando a Pittman refiere que el privilegio contra la autoincriminación, que resguarda al acusado, fue bastante bien establecido antes de 1650 en las colonias de Nueva Inglaterra y en Virginia apenas después ²⁶.

Al tiempo de la formación de la Unión el principio de que ninguna persona pueda ser obligada a testificar contra sí misma estaba incorporado al common law como rasgo distintivo de otros sistemas jurídicos, Entonces como ahora se lo consideraba como un privilegio de gran valor, una protección para el inocente, aunque un refugio para el culpable, y una salvaguardia contra procesos temerarios, infundados y tiránicos. Cinco de los trece Estados originales (Carolina del Norte, 1776; Pennsylvania, 1776; Virginia, 1776; Massachusetts, 1780, y New Hampshire, 1784, habían ya entonces incluido el principio en sus Constituciones, para preservarlo de modificaciones legislativas o judiciales... y el resto de los Estados indudablemente recogían este principio por parte de sus tribunales. El principio tal como inicialmente fue formulado sirvió de base para su incorporación en la Actual Constitución Federal de los Estados Unidos de América que dice en su quinta enmienda “...Nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself” o “nadie será obligado en juicio criminal a ser testigo contra sí mismo”, dejando con ello garantizado el derecho a la libertad del individuo por sobre cualquier intento de forzarla.

²⁶ Pittman, *The colonial and Constitutional History of de Privilege Against Self Incrimination in America*, 21 Virginia Law Re. 763, 781 (1935), citado en McCormick on Evidence, p 282; citado a su vez por Hendler, ref. 16.

4. EL DERECHO EUROPEO CONTINENTAL

En este lado del Atlántico, las cosas fueron por otros caminos, los excesos, de las prácticas inquisitivas de obtener forzosamente la confesión de los individuos perseguidos por diferentes motivos por el estado o la iglesia, a través de la declaración forzada, jurada y por torturas, fue suavizada como se mencionó por el advenimiento del iluminismo, pero no por ello desapareció enteramente. El desarrollo que tuvo para el derecho europeo continental la declaración del imputado, fue dispar a la del derecho anglosajón, situó al sujeto como el centro del proceso, y en un afán de desterrar definitivamente las prácticas crueles del tormento y el juramento divino, las suprimió manteniendo sí una convocatoria obligada del imputado, para que resuelva si prestará o no declaración, minimizando la libertad y el derecho de convertirse el acusado en medio de defensa y prueba cuando este lo decida por consejo de su defensor o sin él. El imputado pierde así su libertad de ser él quien lleve su declaración ante el Juez. Adoptando el sistema europeo continental, el criterio de que la declaración es un medio de defensa y de instrucción, en el que el imputado — “supuestamente” con el fin de exorcizar cualquier influencia inquisitiva, no está obligado a jurar de todo cuanto tenga que decir.

En octubre de 1789, La Asamblea Constituyente de la nueva Francia modificó la ordenanza de 1670 de manera provisional, para intentar con ello evitar los abusos en los que se había incurrido, proscribiendo el juramento del indagado²⁷.

En torno a estos dos sistemas ha girado la doctrina del derecho constitucional y procesal, optando desde mi punto de vista por el sistema anglosajón, pues es en definitiva quien atendiendo al fondo de la cuestión ha sido el que —aún manteniendo el juramento en la declaración, se ha apartado del modelo inquisitivo, poniendo al sujeto pasivo del proceso en el lugar exacto para el ejercicio de sus derechos en igualdad de trato que los demás, garantizándole la especial naturaleza de testigo especial, aquél que no podrá ser obligado a declarar, y que solo lo hará en el momento en así lo crea conveniente. Es decir,

²⁷ Cf. A. Vélez Mariconde, pp. 135 y ss., citado a su vez por Hendler, ref. 16.

“El juramento inquisitivo supone por un lado la forma, es decir el juramento mismo y por el otro, el fondo, es decir las interrogaciones insistentes en búsqueda de la confesión. Al consagrar el derecho a no declarar como manera de desterrar esa práctica, los reformadores franceses prestaron atención a lo primero y suprimieron el juramento sin prohibir totalmente las interrogaciones voluntariamente hechas. Los anglosajones en cambio centraron la atención en el interrogatorio mismo pero dejaron vigente la obligación del juramento de quienes declaran por propia voluntad. La explicación podría ir todavía un paso más notando que en el sistema mixto de procedimiento (o inquisitivo reformado) la declaración del imputado tiene naturaleza ambivalente, según ya hemos señalado que lo advertía Hélie: tiende a la averiguación instructoria y al mismo tiempo es un medio de defensa. En el sistema acusatorio la ambivalencia ni siquiera se sugiere.

La explicación bien podría hallarse en una observación de Stephen: el juicio criminal es el sustituto de una guerra privada²⁸. Bajo esa perspectiva se entiende que las declaraciones, que suponen siempre una forma de testificar, sean una manera de participar de la contienda, lo que no deja dudas del bando en cuyo favor se lo hace. De allí entonces que, en ese sistema, la declaración del imputado tenga el sentido de ejercitar un derecho que lo asiste y que puede serle condicionado a la prestación de un juramento. Lo que no se permite es que pueda ser convocado al estrado en interés o por iniciativa del bando contrario”.²⁹

5. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO ¿MEDIO DE DEFENSA O MEDIO DE PRUEBA?

Es indudable que el tema que a continuación se expondrá, es conflictivo en cierto sector de la doctrina, pero creo ciertamente que lo que aquí se concluya podrá ayudar a configurar la verdad en el proceso penal, y sin entrar en mayores discusiones sobre ¿qué ver-

²⁸ Cf. Stephens, j.f.: vol. I, p. 432, citado a su vez por Hendler, ref. 16.

²⁹ Edmundo S. Hendler e Ignacio F. Tedesco, “La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la Justicia Criminal en Francia e Inglaterra”, en *Sistemas Procesales Penales Comparados*, Edit. Ad-Hoc 1999.

dad?, podemos consensuar por los menos, que la verdad que motivará la resolución judicial al final del proceso, será la verdad procesal³⁰, y esta no es más que una verdad relativa, verdad relativa que sin embargo se considera objetiva y suficiente cuando ha logrado motivar con grado de certeza la resolución judicial, con el consecuente impacto social de seguridad jurídica.

En la búsqueda de la verdad, el proceso penal se vale de una serie de actos probatorios, entre ese conjunto de actuaciones se encuentra en muchos casos, la prueba personal³¹ que es dada por el imputado, con la cual se puede coadyuvar a determinar esa verdad procesal, por medio de sus declaraciones, constituyéndose así el mismo imputado en una fuente y su declaración en un medio de prueba³².

³⁰ Como señala P. Pisani, "La tutela penale delle prove formate nel processo, Giffre", Milán, 1959, p. 28, toda la verdad del proceso es "formal", ya que el modo a través del cual se desenvuelve su búsqueda está legislativamente predeterminado o tiene límites insuperables, aunque más simple y correcto es decir que existe una verdad "procesal". Y esta verdad procesal, como afirma L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 50-51, puede concebirse "como una verdad aproximativa respecto del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia", citados por Huertas Martin, M. Isabel, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 278.

³¹ A esto, denomina J. Bentham, *Tratado...*, cit, p. 29, prueba personal a la que es suministrada por un ser humano, comúnmente denominada testimonio, citado por Huertas Martin.

³² Para Roxin: *Strafverfahrensrecht*, cit., pp. 175-176, las declaraciones del imputado y su presentación en el juicio oral juegan sin duda alguna un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal, pero sin embargo considera que el imputado no es en sentido técnico un medio de prueba como lo es el testigo, puesto que aquél, como se recoge en el art. 14.III del PIDCP, no puede ser forzado a declarar contra sí mismo ni a reconocerse culpable. Citado por Huertas Martin. Efectivamente tales derechos tienen toda su vigencia pero, no obstante los mismos, si el imputado decide declarar, e incluso hacerlo contra sí mismo, tales declaraciones pueden ser tenidas en cuenta por el juzgador, constituyéndose así aquéllas como un medio de prueba, medio de prueba que, en función precisamente del ejercicio de tales derechos, resulta en todo caso contingente, lo cual no obsta para que en reali-

El interrogatorio del imputado siempre se ha considerado como un punto relevante del proceso, sobre todo si con el se puede llegar a concluir rápidamente “el caso”, por lo que se debe rodear a su declaración de amplias garantías³³ a fin de evitar que los investigadores se vean tentados de utilizar mecanismos que violenten la libertad y la dignidad de la persona humana.

La doctrina europea-continental, que se debate hoy -si efectivamente la declaración del imputado es un medio de defensa, un medio de prueba o ambos-, pone como centro de la misma, la valoración que se ha de realizar sobre los dichos del imputado. Con ello pretendiendo apartarse definitivamente del modelo inquisitivo anterior, configuraron para el imputado un especial acto procesal, que por su ambivalencia, no posee la utilidad práctica que quizás inspiró a sus precursores. En efecto, en su evolución, como ya se refiriera anteriormente, la declaración del imputado abandonó en ambos lados del Atlántico, -y esto es fundamental- *el carácter obligatorio de la misma*. Mientras el sistema anglosajón, en una construcción también especial, por la propia situación del sujeto pasivo, considera a este, un testigo en causa propia, incorporándolo entre los medios de prueba, cuando éste decida constituirse como tal, ejercitando su derecho a declarar; el sistema europeo continental lo construye como un “híbrido”, el que, al igual que el anterior, no está obligado a brindar explicación alguna, pero sin embargo es compelido por la ley a manifestar expresamente ante el tribunal que declarará, o que no lo hará, brindando a dicha declaración un valor muy relativo, en razón de provenir

dad, y técnicamente, cuando se produce, pueda ser tenido en cuenta como tal.

³³ La declaración del imputado constituye un concepto más amplio que el de la confesión, por cuanto de la declaración puede derivarse obviamente, la confesión, pero no es el único resultado o contenido posible que puede extraerse de aquélla -entre otras razones porque el imputado, si es inocente, no tendrá nada que confesar-, siendo necesario que no sólo la confesión, sino la declaración globalmente considerada se encuentre rodeada de las garantías constitucional y legalmente previstas. Huertas Martín, M. Isabel, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 282.

de parte interesada y sobre todo, en virtud de que no existe sanción alguna para el caso de que mienta³⁴.

El derecho a prestar declaración³⁵, es el más importante de los derechos a la defensa. Es la posibilidad de ser "oído" antes que la autoridad fiscal y/o judicial tomen decisión alguna. Es decir es el derecho del imputado a valorar los elementos de cargo en su contra y dar su versión de los hechos, si así conviniere a la estrategia procesal que debe ser trazada por su abogado defensor desde el inicio, aconsejándole este, si conviene o no que declare. Este derecho también se halla previsto en el código de procedimientos al momento en que el juez debe decidir sobre los presupuestos de la prisión preventiva, para lo cual convoca al imputado, a una audiencia³⁶ previa para analizar su situación y escuchar cuanto tenga que decir con referencia a la medida solicitada por el Fiscal. Asimismo, se observa que la ley permi-

³⁴ *"La indagatoria, por sus mismas características procesales (exonerado del juramento o la promesa de decir verdad) tiene relativa importancia para fundar en ella una sentencia condenatoria y/o absolutoria, sin el apoyo en otras piezas procesales..."* Ac. y Sent. N° 25 del 18-X-1985, Tribunal de Apelación en lo Criminal, 2ª Sala.; *"...la imputación de un procesado hecho en su indagatoria o una tercera persona, no constituye ninguno de los medios de prueba admitidas en el Código de Procedimientos Penales. Desde luego, un procesado no tan solo declara sin el juramento de ley, sino que se le advierte que no está obligado a declarar la verdad. ..."* A.I. N° 284 del 19-VIII-1937; y Ac. y Sent. N°40 del 13-VIII-1969 Tribunal de Apelación en lo Criminal.

³⁵ Art.84, Código Procesal Penal, *"Libertad de declarar, oportunidades y autoridad competente. El imputado tendrá derecho a declarar y a abstenerse de declarar, como también a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no aparezca como un medio dilatorio en el procedimiento. Durante la investigación, el imputado declarará ante el fiscal encargado de ella. Durante la etapa intermedia, el imputado declarará si lo solicita; en ese caso, la declaración será recibida en la audiencia preliminar por el juez penal. Durante el juicio, el imputado declarará, en la oportunidad y formas previstas por este código. En todos los casos, la declaración del imputado sólo tendrá validez si la hace en presencia de un abogado defensor, salvo en los caos en que el imputado sea abogado"*.

³⁶ Art. 242.- CPP. Prisión Preventiva. *El Juez podrá decretar la prisión preventiva, después de ser oído el imputado, solo cuando sea indispensable y...*

te hacer declaraciones al inicio de la audiencia de Juicio oral³⁷ una vez definido -por la acusación pública y particular si lo hubiere- el objeto del debate; como también durante el mismo, si fuese ampliada la acusación sobre la base de nuevos hechos y circunstancia.³⁸ Antes del cierre del debate, el tribunal le preguntará al imputado -ya en ese momento acusado- si tiene algo más que decir³⁹, brindándole una última posibilidad de ser oído por el tribunal sobre todas las pruebas producidas, sobre el o los hechos, antes de pasar a deliberar y dictar la Sentencia.

6. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El derecho a la defensa también puede ser ejercido guardando silencio⁴⁰ el imputado, sobre los cargos que le son presentados por el fiscal. Este derecho le permite evaluar con detenimiento todas las

³⁷ Art. 383.- CPP. Declaración del imputado y presentación de la defensa. *"Una vez definido el objeto del juicio, el presidente dispondrá que el defensor explique su defensa, siempre que lo estime conveniente. Inmediatamente recibirá declaración al imputado, explicándole con palabra claras y sencillas el hecho que se le imputa, con la advertencia de que podrá abstenerse de declarar y que el juicio continuará aunque él no declare. El imputado podrá manifestar cuanto tenga por conveniente, y luego será interrogado por el fiscal, el querellante, el defensor y los miembros del tribunal en ese orden..."*

³⁸ Art. 386.- CPP. Ampliación de la Acusación. *"Durante el juicio, el fiscal o el querellante podrán ampliar la acusación mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en la acusación o en el auto de apertura a juicio, que modifica la calificación legal o la sanción del mismo hecho o integra un hecho punible continuado. ...", "...En tal caso, con relación a los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la ampliación, se recibirá nueva declaración al imputado..."*

³⁹ Art. 395.- CPP. Discusión final y cierre del debate. *"...Finalmente, el presidente preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar. Inmediatamente después declarará cerrado el debate."*

⁴⁰ Art. 12 Constitución, *"... Toda persona detenida tiene derecho a: 1) que se le informe, en el momento del hecho, de la causa que la motiva, de su derecho a guardar silencio y ser asistida por un defensor de su confianza..."*

pruebas que han sido recogidas durante la investigación, y en especial su circunstancia y su vinculación con los hechos, por supuesto con el asesoramiento de un defensor, quien podrá objetivamente realizar el análisis de los elementos presentados por el Ministerio Público y tomar la decisión de permanecer pasivo, aguardando que el acusador se encargue de reunir las pruebas en su contra.

El derecho del imputado o acusado a guardar silencio sea al momento en que es aprehendido e interrogado por la policía como durante el proceso, se considera contenido en dos derechos que gozan de protección internacional: el derecho a que se presuma la inocencia⁴¹ y el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo⁴² ni a confesar su culpabilidad. Un Juez o Tribunal no puede sacar conclusiones adversas en perjuicio del imputado que ha hecho uso de su derecho a no declarar⁴³.

Nuestra Constitución ha recogido los derechos a guardar silencio y a no ser obligado a declarar contra sí mismo, que en conjunto podríamos englobarlos genéricamente en derecho al silencio. Esta acepción pareciera más correcta que la de derecho a no auto-incriminarse, en razón de que el inculcado puede declarar todo lo que crea conveniente a su favor pero también puede querer realizar una confesión con lo que se estaría auto-inculpando, todo esto dentro de la libertad que debe serle garantizada al imputado para la toma de esa decisión. Pero aquellas no son más que manifestaciones concretas del contenido del derecho a guardar silencio ya que, lógicamente, si uno no quiere realizar declaraciones, la mejor manera, además de la posibilidad de mentir, es guardar silencio.

⁴¹ Art. 17 inc. 1 Constitución; Art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art. XXVI De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Art. 8° inc.2 De la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 14 inc. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴² Art. 18 Constitución; Art. 8° inc. 3° De la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Art. 14 inc. 3° literal g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴³ Art. 75 inc. 6 CPP.- Derechos del Imputado. "...Abstenerse de declarar, ..."

El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, es el centro del problema y la solución en la definición de la naturaleza de la declaración del imputado. En efecto lo que postula la constitución es que el imputado *no sea obligado a declarar*, dejando abierta la posibilidad de que lo haga cuando éste así lo crea conveniente bajo asesoramiento profesional. Apunta en este sentido Fenech Navarro que también son medios de defensa las declaraciones de los testigos que han sido propuestos por la defensa, y en general todos los elementos probatorios aportados por la misma, sin que por ello pueda negarse su carácter de medios de prueba, y por ello, aunque la tendencia natural del imputado a ocultar lo desfavorable obliga a la prevención, esto no afecta a la naturaleza jurídica de la declaración, sino a la valoración de la misma⁴⁴.

Ahora, como consideraremos a la declaración del imputado. Ciertamente que *cuando este decida hacerlo*, no podría permanecer dentro de la figura “híbrida” de la “indagatoria”, término este que sí tiene connotaciones inquisitivas. La declaración del imputado, será objeto quizás del tópico donde actualmente se encuentra. Esta deberá incorporarse al proceso en el momento que así lo determine el imputado, bajo las formalidades del testimonio, con sus reglas propias pero

⁴⁴ M. Fenech Navarro, *Derecho Procesal Penal*, p. 652. En la misma línea, indica V. Fairen Guillen, *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, p. 1219, que ambas direcciones, esto es, la que señala a la declaración del imputado como medio de defensa y la que lo hace como medio de prueba, son compatibles, ya que por un lado, el imputado toma parte en un medio de prueba de valor indiciario, mientras que, por otro, la ley reconoce al imputado un interés en su defensa y el medio de exponerlo es el de sus propias declaraciones; en este sentido, expresa J. L. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, pp. 113 y ss., que el interrogatorio y la declaración del imputado tiene, desde el punto de vista de éste, la vertiente de instrumento de defensa, mientras que desde la perspectiva del interrogador se pretende su utilización como fuente de prueba; también T. Muñoz Rojas, *El imputado en el proceso penal*, p. 71, destaca esta doble perspectiva: de un lado es un medio de defensa porque el imputado no tiene la obligación de ser imparcial y de otra parte es medio de prueba porque versa sobre hechos que son objeto del proceso, citados por M. Isabel Huertas Martín, en *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, p. 315.

adecuadas a la persona del imputado, pudiendo en este punto, cuando ya ha tomado la decisión de declarar, sin que haya existido presión o coacción alguna ex – ante, advertírsele, de las consecuencias para aquellos que declararan falsamente, pudiendo a su vez, al igual que para los testigos, serle exigido el juramento o promesa de decir verdad. En este sentido el derecho del imputado a guardar silencio permanecería con él, a fin de ejercerlo ante cualquier interrogatorio, que bajo consejo de su abogado se estimare prudente no responder. Este planteamiento no implicaría una involución de la corriente europea-continental hacia sus fuentes inquisitivas, de las que le tomó tiempo y sangre salir, si no más bien el reencuentro con la rama anglosajona, en la que se da preeminencia a la libertad de la persona, para la toma de una decisión como la autoincriminarse.

7. DEL JURAMENTO AL IMPUTADO

La Ley 1 del Título XI, partida III, definía al juramento como: *“Averiguamiento que se hace, nombrando a Dios o alguna cosa santa sobre lo que algunos afirman o niegan que es así”*.

Para Arturo Orgaz, es un medio de prueba por el que se vincula la fe religiosa y cívica al deber de producirse con verdad y sin malicia en una declaración judicial o de actuar sin torcer la justicia y el Derecho al desempeñar una comisión o profesión.

“Invocación que se hace poniendo como testigo de la verdad de un hecho o de una promesa, a Dios, a su fe u otra institución que resulte sagrada para el que lo presta”⁴⁵.

El concepto del Juramento englobaría en si los más altos valores que posee una persona pudiendo ser estos de carácter religioso, moral, social etc., y los expone y compromete en prueba de la veracidad de sus dichos. Constituyendo desde el punto de vista procesal una garantía de probidad y buena fe.

⁴⁵ *Diccionario Jurídico*, Voz “Forum”, t. 2, pág. 549.

La doctrina europea-continental, prohíbe que al imputado le sea exigido juramento o promesa de decir verdad. También, en Latinoamérica esa es la constante a excepción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, con influencia decisiva del sistema jurídico anglosajón. Como fuente histórica reciente, se encuentra el derecho colombiano que en 1981 incluye en su normativa procesal penal la posibilidad de exigir al acusado que quisiera declarar el correspondiente juramento. El art. 1º de la ley 6ª literal g), decía: "...el sindicado no estará obligado a declarar, pero si lo quiere hacer, deberá prestar juramento y podrá ser interrogado como cualquier testigo". Nuestro ordenamiento procesal penal, siguiendo la corriente mayoritaria, también prohíbe que le sea exigido el juramento al imputado que resuelve declarar.⁴⁶

Sobre el artículo en cuestión la Corte Suprema de Justicia de Colombia (sala constitucional) expuso: "El sentido exacto del artículo 25 de la Constitución es el de ser una prohibición a los funcionarios de utilizar cualquier medio de coacción tendiente a obtener en los procesos penales confesiones, o declaraciones contra parientes, en los grados indicados en tal disposición, garantía de integridad y dignidad de la persona y la familia, sin que deba dársele otro alcance..."

"...De lo que se deduce que si la confesión o la declaración son formuladas espontáneamente, deliberadamente, sin que medie presión alguna y con el solo ánimo de colaborar en el esclarecimiento de los hechos, en nada se afecta aquella garantía constitucional con exigir que, para mayor seriedad y para darles una evaluación adecuada, se preste un juramento pues este requisito no envuelve amenaza ni entraña coacción, ya que implica tan solo promesa de ser fiel a la realidad materia de la declaración..."⁴⁷.

⁴⁶ Art. 88 CPP.- *Métodos prohibidos. En ningún caso, se le exigirá al imputado juramento o promesa de decir la verdad, ni podrá ser sometido a ninguna clase de fuerza o coacción. Se prohíbe toda medida que afecte la libertad de decisión del imputado, su voluntad, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de su propia declaración.*

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional), *Revista Foro Colombiano*, núm. 131, Bogotá, mayo de 1980, p. 406.

La autoincriminación como un acto voluntario realizado con discernimiento intención y libertad como se ve, no está fuera de la ley. Lo que no es admitido, es que violentando esa libertad, se obtengan informaciones que podrían perjudicar penalmente al que las hizo. Existiendo entonces el derecho al silencio, de cuyo ejercicio no pueden sacarse conclusiones adversas, no siendo obligatoria la declaración del imputado, sino todo lo contrario, él decidirá cuando declarar, no se explica entonces el porqué no se sanciona al imputado mentiroso. Dicen algunos, si se le exigiera al imputado al igual que el testigo que declara, que "jure o prometa decir la verdad" sobre lo que va a declarar, se lo estaría constriñendo psicológicamente a declarar contra sí mismo. Esta situación no es tal, en razón de que el juramento o promesa de decir verdad es posterior a la decisión de declarar, tomada libremente por el imputado, previo examen de conveniencia sobre si guardaba silencio o no.

8. ¿EFICACIA VERSUS GARANTÍA?

Si el juramento o promesa de decir verdad es una presión para aquellos imputados con un alto nivel de religiosidad y consecuentemente si se les exigiere juramento no tendrían más opción que decir la verdad, o cometer perjurio ante su Dios y con ello autoincriminarse, esta posición no tiene el sustento que pretende brindársele, debido a que un hombre religioso, ante la disyuntiva de mentir o decir la verdad y autoincriminarse tiene aún, el derecho constitucional a guardar silencio y que sea el acusador particular el que se encargue de probar su culpabilidad. Este mismo argumento puede servir para el imputado agnóstico o el ateo. Lo central aquí radica en que, no existe un derecho a la mentira, si bien esta afirmación tiene sus cuestionadores,⁴⁸ también tiene a sus defensores⁴⁹.

⁴⁸ Altavilla, Foschini, Guarneri, Gianturco y Mattia.

⁴⁹ Gómez Carnelutti, De Luca; Massari, Loasses, Santoro, Frosali, Cantarano, Andrioli, Ranieri; Aloisi y Maggiore; Pannain, del Castillo; Martín Pallin; Fayos Gardo; Asencio Mellado; Vazquez Sotelo, Capizzano.

La Constitución es clara en este sentido “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o contra la persona con quien está unido de hecho, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad inclusive...*”, de la misma no surge ni explícita ni implícitamente el derecho de mentir para el imputado, conducta esta que debe ser tipificada en el ordenamiento penal de fondo, para erradicar la cultura de la falsedad tan arraigada en nuestro medio, promocionada por muchos profesionales, ante la atipicidad de la conducta de sus clientes y por ende sin consecuencias para quienes los instigan.

La eventual incorporación en las bases legislativas procesales, del juramento de decir verdad, que como ya se expusiera, es hoy, un certificado de veracidad de lo manifestado ante el Juez, habiendo abandonado su antigua naturaleza exclusivamente religiosa, tendrá consecuencias penales para los infractores, es decir para aquellos que cometan perjurio, sea como autores inmediatos como los mediatos, (asesores que instiguen la comisión del hecho punible a sus clientes), como asimismo dejaría de considerarse ciertas declaraciones falsas como atenuantes de las conductas o inclusive eximentes de sanción, según lo expuesto en el art. 245 del Código Penal, Ley N° 1160.

En una sociedad en la que sus componentes relativizan la moral y la ley y actualmente acostumbrados legalmente a mentir ante el juez de su proceso (pues la ley les habilita a ello sin consecuencias negativas para ellos), la exoneración del juramento no solo es un escollo para la averiguación de la verdad, la que es ubicada por este mecanismo al final de un laberinto, cuya solución en la gran mayoría de los casos se hace difícil pues, el imputado, al exonerarse el juramento, y estar liberado de las consecuencias penales por falsedad en juicio, no duda en armar con su abogado una estrategia de defensa, basada en muchos casos en la mentira, la invención de coartadas, la aparición de testigos falsos etc. La posibilidad de la “mentira”, hoy, está garantizada y legalmente prevista tanto en nuestro Código Procesal Penal.

El imputado tiene una doble opción perfectamente compatible con su derecho constitucional a no ser obligado a declarar. Por un lado, si es culpable, se siente culpable y quiere confesar, el mecanis-

mo deberá ser el de un testimonio calificado por el autor del mismo que resulta ser el acusado, si es inocente podrá hacerlo, tal como se espera que declare una persona que pudo haber tenido un conocimiento acabado de lo que aconteció. Por otro lado si es culpable o no, tiene el derecho constitucional de guardar silencio, sin que su negativa a declarar pueda ser utilizada en su contra. Pues es perfectamente posible y legal, que tanto el culpable como el inocente prefieran (motu proprio o por indicación de su abogado) no prestar declaración por la falta de elementos suficientes que fundamenten la misma por lo tanto al no tener estos elementos la abstención es decir el guardar silencio es la opción constitucional para los casos descriptos.

El sistema anglosajón, (acusatorio), ha influenciado en gran medida a nuestro actual sistema procesal, que actualmente es un acusatorio morigerado no puro, pero con tendencia a desterrar toda reminiscencia inquisitiva. La declaración del imputado con la naturaleza descripta, en las situaciones expuestas y con los requisitos que podrán serle exigidos, están integrados al sistema anglosajón hacia cuya implementación pura nos dirigimos. Basta una mirada, a la estructura actual del procedimiento, la incorporación efectiva de ciertos derechos y garantías que antes solo existían en el discurso de los teóricos pero no reconocida en las disposiciones legales. El sistema de rai-gambre europeo continental que abandonamos casi en su totalidad, tenía como características: 1) un proceso iniciado de oficio, 2) desequilibrio de partes en el proceso, donde la figura del juez prevalecía sobre los demás, 3) un juez activo, 4) secreto del proceso, 5) no contradicción, 6) justicia delegada, 7) prueba tasada. En el sistema anglosajón a diferencia del anterior, se distinguen como características principales, en nuestro ordenamiento legal: 1) la existencia de una imputación y/o acusación previa, 2) la igualdad de partes, 3) la pasividad del Juez, 4) la oralidad, 5) la publicidad, 6) el contradictorio, 7) la inmediatez, 8) libertad probatoria y sana crítica para juzgar, 9) única instancia.

La constitución le garantiza al imputado en la comisión de un hecho delictivo, el derecho de que: *“no podrá ser obligado a declarar contra sí mismo”*, no le habilita a mentir al juez en su defensa. Pretender extender este derecho constitucional al extremo de considerar legal la *“mentira ante los tribunales”* por parte de los encausados,

es desvirtuarlo y desnaturalizar la función del Derecho Procesal Penal y consecuentemente se debilita a la Justicia (Poder Judicial) y el restablecimiento del orden jurídico quebrantado por el accionar delictivo, por entender erróneamente que exigirle juramento de decir la verdad al imputado que ha decidido hacer uso de su derecho constitucional de declarar, es violatorio del mismo principio⁵⁰.

⁵⁰ M.I. Martín Huertas, existe una parte de la doctrina que se opone a la vigencia de este derecho de falsedad, y así, MASSARI, LOASSES, SANTORO, FROSALI, CANTARANO, ANDRIOLI, RANIERI, defienden la existencia de una obligación moral de veracidad; por otro lado, ALOISI y MAGGIORE apoyan la tesis según la cual sobre el imputado pesaría un verdadero deber jurídico de decir la verdad, mientras que PANNAIN, ALTAVILLA, FOSCIINI, GUARNERI, GIANTURCO Y MATTIA, sostienen que el imputado soporta la carga procesal de declarar la verdad, de modo que de su silencio o de su falsedad se derivan consecuencias desfavorables en cuanto a la formación de la convicción del órgano judicial acerca de su culpabilidad; por último, CARNELUTTI y DE LUCA han sostenido que el imputado ha de estar sometido a un deber o una obligación testimonial.

BIBLIOGRAFIA

ÁVALOS, Raúl W., *Declaración contra sí mismo. Supresión de Tormentos. Derecho Procesal Penal*, Ed. J. Cuyo, Santiago de Chile, 1993.

ARMIJO, Gilbert, *La confesión ante las reglas de la valoración de la prueba en el proceso penal. Garantías Constitucionales, Prueba Ilícita y La Transición al Nuevo Proceso Penal*, 2ª Ed. San José, IJSA, junio del 2001.

BATTISTELLI, Luigi, *La Mentira del Acusado. La Mentira ante los tribunales*, Bogotá-Colombia, Temis, 1984.

BERNAL VALLS, J., *El juramento. El falso testimonio*, Edit. Tecnos, 1992, Madrid.

BETTIOL, Giuseppe, *El principio de la Declaración de la Verdad. Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, Bosch, 1977.

BINDER, Alberto M., *El derecho a no declarar contra uno mismo. Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.1999.

BORTHWICK, Adolfo E. C., *Situación del Imputado. Nuevo Sistema Procesal Penal*, Corrientes, Mario A. Viera, Ed. 1999.

BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad. Revista Ciencias Penales*, Costa Rica, 2001.

CAROCCA PÉREZ, Alex, *La Autodefensa. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, Barcelona, BOSCH, 1998.

CASAÑAS LEVI, José, *Legislación Penal Paraguaya*, Asunción, Intercontinental Editora, 2000.

DÖHRING, Erich, *El interrogatorio del Imputado. La prueba su práctica y apreciación. La investigación del estado de los hechos en el proceso*, Buenos Aires, Librería el Foro S.A., 1996.

GORPHE, François, *Confesiones y Declaraciones. Apreciación judicial de la prueba*, Bogotá, Colombia, Temis, 1985.

HENDLER, Edmundo S. y TEDESCO, Ignacio F., *La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: La Justicia*