

“Omisión de dar cuenta a la autoridad policial y negativa injustificada a someterse a exámenes corporales desde una perspectiva constitucional y procesal”. Informe en Derecho. N°1 Departamento de Estudios. Defensoría Nacional.

Dr. Jonatan Valenzuela S.

Profesor Asistente de la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Chile

Introducción

La Defensoría Penal Pública, a través de su Departamento Nacional de Estudios, me ha solicitado que informe en derecho sobre el estatuto de la omisión de dar cuenta a la autoridad policial y de la negativa injustificada a someterse a exámenes corporales introducidos recientemente en la ley N° 18.290 desde una perspectiva constitucional y procesal.

El informe, de acuerdo a lo solicitado por la Defensoría Penal Pública, debe orientarse a la definición del sentido de dos reglas que parecen constituir una novedad en el sistema procesal penal chileno: la punición de la falta de noticia a la autoridad en el actual artículo 195 de la ley N° 18.290 y la punición de la negativa a someterse a exámenes corporales del artículo 195 bis del mismo cuerpo legal.

El presente informe debe abordar ambas instituciones desde el punto de vista constitucional y procesal. Para ello se entenderá que el escenario constitucional es en realidad un grupo de principios que constituyen razones para las reglas procesales. Para decirlo de un modo más claro: no hay independencia entre las consideraciones propiamente procesales y las relativas a los principios constitucionales que resultan aplicables. Por ello, no es posible establecer un análisis sobre interpretación de reglas procesales que prescinda del escenario constitucional en términos de definir la adecuación de estas reglas a las razones

constituyentes.¹

En este orden de consideraciones, el trabajo se ordenará partiendo por las razones de orden constitucional que permiten dar cuenta del estatuto de la investigación en materia penal. Por otro lado, debe enfrentarse desde esta perspectiva general la justificación de las instituciones contenidas en el artículo 195 y 195 bis de la ley N° 18.290.

Debe mencionarse que la reforma legal que da lugar a estas instituciones ha tenido lugar en circunstancias peculiares. Esto queda expresado en el mensaje con que el ejecutivo envía el primer proyecto de ley que termina en la modificación de la ley 18.290:

“Con fecha 21 de Enero de 2013 se produjo la muerte de la menor Emilia Silva Figueroa, de sólo nueve meses de edad, ocasionada por un accidente de tránsito causado por un conductor ebrio. Ante la conmoción social causada por este caso, diversas iniciativas buscaron generar las modificaciones legales necesarias para impedir que conductores ebrios que ocasionaban lesiones graves e incluso la muerte a terceros fuesen condenados a penas menores, y que finalmente son cumplidas en libertad.”²

En esta línea y reconociendo el esfuerzo parlamentario por generar una reforma legal que permita enfrentar esa “conmoción social” es que el proyecto pretende:

“Este Proyecto de Ley tiene por fin principal hacerse cargo de la sensación de impunidad ante este tipo de delito, ya que la baja extensión de la pena y la existencia de penas sustitutivas finalmente

¹ Esta premisa de trabajo no implica un compromiso con la denominada “interpretación original”, es decir, no se trata de ver la adecuación de las reglas que se analizan frente a un programa constitucional inamovible, sino que de incluir en la interpretación de esas reglas las razones de orden constitucional que les sirven de fundamento.

² Véase Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de ley que modifica la ley de tránsito, en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad, causando lesiones graves gravísimas o con resultado de muerte, de 28 de mayo de 2014.

llevan a que los autores de este delito cumplan las penas en libertad. Así ocurrió con el responsable de la muerte de la pequeña Emilia quien, a pesar de la gravedad del delito, fue condenado a dos años de pena remitida, cumpliendo dicha condena en libertad.”³

Este razonamiento marca una clara propuesta del ejecutivo en orden a generar una modificación legal de cara a una “sensación” de impunidad respecto de ciertos daños sociales asociados. Ciertamente resulta cuestionable que una reforma legal de impacto en el sistema penal, tenga por objetivo desplazar una actitud proposicional colectiva no corroborada y que por tanto resulta muy difícil de abordar.⁴

Este es, sin embargo, un problema general de diseño institucional de esta reforma legal cuya detección no impide que existan otras razones que justifiquen el estudio de sus instituciones. Puede criticarse ciertamente cualquier decisión legislativa basada en consideraciones que prescindan de márgenes mínimos de racionalidad, pero por otro lado, debe tenerse en cuenta que la crítica general no es capaz de enfrentar el hecho de que se trate de una ley que merece atención interpretativa en tanto regla jurídica que admite ser aplicada por los tribunales.

El análisis que se llevará a cabo tiene por objeto, entonces, el análisis general de las reglas sobre el debido proceso que deben entenderse vinculadas con las dos figuras que motivan el encargo realizado, para luego, analizar ambas instituciones desde el punto de vista de su racionalidad procesal penal. Se usará como marco general el escenario constitucional pues como se verá, existen deficiencias en las figuras en análisis desde el punto de vista de su fundamentación constitucional.

En este sentido debemos centrarnos en el actual texto del artículo 195 de la ley N° 18.290 que sostiene:

³Ibid. p. 2

⁴ Desde un punto de vista criminológico además resulta un claro modo de legislar en la línea del denominado “populismo punitivo”, sobre el particular véase el trabajo de Varona, 2011.

“Artículo 195.- El incumplimiento de la obligación de dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que sólo se produzcan daños, señalada en el artículo 168, será sancionado con multa de tres a siete unidades tributarias mensuales y con la suspensión de la licencia hasta por un mes.

El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado medio, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y multa de siete a diez unidades tributarias mensuales.

Si en el caso previsto en el inciso anterior las lesiones producidas fuesen de las señaladas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o se produjese la muerte de alguna persona, el responsable será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales y con el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

Las penas previstas en este artículo se impondrán al conductor conjuntamente con las que le correspondan por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”

A su turno, el artículo 195 bis del mismo cuerpo legal sostiene:

“Artículo 195 bis.- La negativa injustificada de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos

destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo, previstos en el artículo 182, será sancionada con multa de tres a diez unidades tributarias mensuales y con la suspensión de su licencia hasta por un mes.

En caso de accidentes que produzcan lesiones de las comprendidas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, la negativa injustificada del conductor que hubiese intervenido en ellos a someterse a las pruebas respiratorias evidenciales o a los exámenes científicos señalados en el artículo 183 de esta ley para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o la presencia de drogas estupefacientes o sicotrópicas, o la realización de cualquier maniobra que altere sus resultados, o la dilación de su práctica con ese mismo efecto, serán castigadas con la pena de presidio menor en su grado máximo, multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal. Para los efectos de determinar la pena prevista en este inciso, será aplicable lo dispuesto en los artículos 196 bis y 196 ter de esta ley.

La pena prevista en el inciso anterior se impondrá al conductor conjuntamente con la que le corresponda por la responsabilidad que le pueda caber en el respectivo delito o cuasidelito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”

Como puede apreciarse, ambas disposiciones constituyen innovaciones en nuestro sistema penal desde varios puntos de vista. Lo que nos interesa es analizar el sentido que tiene de cara a la lógica constitucional, procesal general y particularmente probatoria de la prescripción de dar cuenta a la autoridad y de la negativa de someterse a exámenes físicos.

Uno de los puntos de acuerdo más comunes en el marco de la comprensión del proceso penal es la relativa al estatuto privilegiado de la no autoincriminación. En esta medida, uno de los aportes fundamentales que la lógica ilustrada del derecho penal ha realizado a la conceptualización del proceso es precisamente la posibilidad legítima por parte de los ciudadanos de mantener una actitud estratégica frente a la persecución penal.

Este punto de partida se ve fuertemente trastocado por medio de la introducción de las figuras cuyo análisis ha sido solicitado por la Defensoría Penal Pública.

Para efectos de enfrentar el trabajo, el esquema que seguirá será mostrar el estado de la discusión sobre debido proceso, y en ese marco dar cuenta del sentido del estatuto privilegiado de la no autoincriminación en el marco del escenario constitucional procesal. Posteriormente, analizaremos las dos figuras objetos de este informe en la perspectiva de un modelo de razonamiento probatorio, a fin de ofrecer conclusiones que permitan enfrentar el sentido que aparece en esta regulación de cara a una crítica por su conformidad con el nivel de los principios.

II. El debido proceso y sus límites

La discusión sobre relevancia de los principios en materia procesal penal tiene larga data y es sin duda una de las discusiones que ha dado mayor espacio a definiciones generales del sistema acusatorio chileno.⁵

El entramado de reglas y principios constitucionales queda descrito de manera de dar por sentada la idea de satisfacción de criterios fundamentales que ordenan y explican las diversas decisiones legislativas.

En esa óptica, la noción de debido proceso impacta de lleno en el escenario en el que nos encontramos. Se ha entendido por nuestra doctrina que el debido proceso es el:

“Conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas

⁵ Esto se expresa con particular énfasis en la comprensión de los principios de cara a la actividad judicial. Sobre el particular véase entre otros Taruffo, 2008.

rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de él”
(Maturana y Montero, 2010: 29)

Esta noción tan general de debido proceso, muestra que la perspectiva que debe el legislador atender mira al mantenimiento de unas condiciones mínimas que deben observarse de cara al diseño institucional. Lo complejo es que una noción de debido proceso, sin especificidad, tiende a depender de la interpretación que pueda hacerse de las nociones generales asumidas como parte del concepto.

Desde una perspectiva internacional, el problema depende de la admisión de nociones tan amplias y vagas como las ya descritas. En diversas disposiciones encontramos menciones del mismo tipo: en la Declaración Americana de Derechos Humanos⁶, la Convención Americana de Derechos Humanos⁷, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸, entre otros.

⁶ Así la mencionada declaración en sus artículos XVIII y XXVI sostiene:

- Artículo XVIII Declaración Americana de Derechos Humanos: “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.
- Artículo XXVI Declaración Americana de Derechos Humanos: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.

⁷ La mencionada convención contempla en sus artículos 8 y 25:

- Artículo 8 Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. 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: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser

Si quisiéramos enfrentar la manera en que esta clase de enunciados generales se vuelven reglas más específicas de cara a la actividad del juzgador encontramos pronunciamientos que tienden a identificar “principios” entendidos como máximas que representan alguna clase de ideario político de impacto en la práctica institucional acerca del proceso.

sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

• Artículo 25 Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen. a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

⁸ Artículo 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de mora, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleados en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Como puede apreciarse, lo que aparece en primer plano en todas estas reglas internacionales, es la idea de protección de derechos de las personas en el marco del proceso penal.

Es por ello que la mayoría de la doctrina asume que la idea de debido proceso requiere ser descompuesta en “sub principios” que permitan concretar el contenido de estos derechos para los ciudadanos:

- (i) *Presunción de inocencia*: “(...) al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.⁹
- (ii) *Non bis in ídem*: “Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima”.¹⁰
- (iii) *Derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial*: “Esta Corte ha determinado que la imparcialidad exige garantías subjetivas, de parte del juez, así como garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. En este sentido la Corte ha precisado que la recusación es un instrumento procesal que permite proteger el derecho a ser juzgado por

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12.11.1997.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo vs. Perú 17.09.1997

un órgano imparcial. De igual modo, la Corte ha precisado que las garantías de independencia e imparcialidad se extienden a otros órganos no judiciales a los que corresponda la investigación previa al proceso judicial”¹¹.

(iv) *Juicio dentro de plazo razonable*: “El principio de “plazo razonable” al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”¹².

(v) *Garantías no taxativas*: derecho a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan, derecho a defenderse personalmente o mediante asistencia de abogado que elija y de forma gratuita, y a comunicarse libre y privadamente con su defensor. También incluye, derecho a tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, interrogar a testigos, obtención de comparecencia de testigos, expertos y otras personas, apelar de la sentencia ante una instancia superior y derecho a un juicio público. Además, de ser asistido por traductor o intérprete. (Del Campo, 2010: 224)

Como puede apreciarse, la idea de concreción del principio general de debido proceso tiende a la formulación de principios derivados que son tenidos en cuenta en el diseño institucional. Lo interesante es que todas esas formas muestran la necesidad de considerar en un lugar privilegiado a los intereses de los ciudadanos que son sometidos al proceso penal.

El escenario de los principios genera un espacio en que confluyen varias razones para proteger los intereses de los ciudadanos, pero que por otro lado no encuentran una correcta organización para poder apreciar concretamente la manera en que estos intereses se proyectan en el proceso penal.

En el caso en análisis, debemos enfrentar la pregunta relativa si las figuras de obligación de dar cuenta a la autoridad como la punición de la negativa

¹¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso J. vs. Perú, 27.11.2013

¹²Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12.11.1997

injustificada a realizarse exámenes corporales permiten una justificación derivada del juego de los principios que informan al sistema penal.

En este entendido, vemos que resulta muy difícil conciliar la estructura del proceso penal con las figuras en análisis debido principalmente a razones de orden constitucional.

El debido proceso debe actuar como límite en términos constitucionales. En este orden de argumentos debemos apreciar que nuestro Tribunal Constitucional se ha referido al contenido de la garantía de la no autoincriminación del siguiente modo:

“El listado mínimo de garantías reconocido por esta Magistratura incluye el derecho a la acción, la bilateralidad de la audiencia (lo que comprende el conocimiento oportuno de la acción y el emplazamiento); el derecho a formular las defensas, a la adecuada defensa y asesoría con abogados; la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida; el derecho a impugnar lo resuelto por el tribunal y la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores; y la publicidad de los actos jurisdiccionales (STC Rol N° 1448, considerando 40°; Rol N° 1307, considerandos 20°, 21° y 22°; entre otras). Los órganos de control de constitucionalidad, respetando las reglas de interpretación constitucional y sirviendo un concepto dinámico y abierto de debido proceso, pueden exigir al legislador someterse al listado mínimo de garantías procesales, pero no pueden imponerle garantías que el legislador, dentro del estándar de racionalidad y justicia, no ha querido reconocer, máxime cuando el propio constituyente, de modo claro, no ha querido establecer una garantía determinada para todo tipo de procedimiento sino sólo para un procedimiento en particular” (STC 2381-12, considerando Decimosegundo)

Como puede apreciarse, desde el punto de vista de la carga que supone imponer a los ciudadanos una figura de colaboración con el actuar de la justicia y una figura que sancione la falta de disposición a la producción de evidencias

de cargo del propio imputado, resulta evidente que nos encontramos ante una tensión con el contenido mínimo de las garantías que informan al proceso pena. La libertad probatoria supone una amplia cabida al principio general de inclusión pero siempre restringido a la capacidad de los ciudadanos de defender sus intereses frente a la persecución penal. De otro modo, estos aspectos quedarían completamente vaciados en el escenario de las figuras en análisis.

Debemos enfrentarnos directamente al estatuto privilegiado de la no autoincriminación, pues a partir de la revisión de su mecánica veremos que existen modos para entender concurrentes a varias instituciones que aparecen ya denotadas en la discusión sobre principios.

I. El estatuto privilegiado de la no autoincriminación, la presunción de inocencia y el silencio

Ahora debemos fijar nuestra atención en el sentido que en el marco de un sistema acusatorio racional debe tener la idea de no autoincriminación. El programa general de principios de nivel constitucional no permite, por sí mismo, la comprensión del estatuto que tiene la información que posee el acusado o imputado de cara al proceso penal.

Al respecto, nuestra doctrina ha definido a la no autoincriminación como una clase de regla prohibitiva de cara a la configuración de la persecución penal. Así se ha dicho:

“A lo largo del tiempo, el principio de no autoincriminación, ha tenido tres variantes respecto a las cuales podemos identificarlo, en primer término, se ha identificado con el derecho de no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatorias en contra de sí misma” (Horvitz y López, 2004:79)

Ciertamente, los límites que parecen imponerse al proceso por medio de la consideración de la no autoincriminación aparecen difusos. Todo proceso se encamina a la averiguación de la verdad, con lo que en gran medida el ejercicio investigativo y luego el probatorio supone la administración de información que sirve de base para la justificación de la decisión de absolución o condena. Sin embargo, la razón por la cual debe entenderse que existe una necesaria proscripción de cara a la recolección de evidencias, dado que se encuentre en la

órbita de la información del acusado, no queda razonablemente justificada con esta noción.

En el contexto internacional la noción de no autoincriminación aparece vinculada también a una exigencia de tipo político de cara al proceso de investigación más que a una regla de claro sentido:

1. *Artículo 8º inciso 2 letra g de la Convención Americana de Derechos Humanos*: “Toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.
2. *Artículo 14 número 3 letra g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.
3. *Artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos*: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia”.

Como se ve, también en el contexto de la regulación internacional la idea de no autoincriminación supone la realización de un tipo de proceso que tienda a la evitación de la obtención de información del radio de control del imputado o acusado.

A su turno el Tribunal Constitucional español ha sostenido sobre esta garantía:

“En cuanto al privilegio contra la autoincriminación o el derecho a permanecer en silencio el TEDH, sentencia *Alian contra Reino Unido* de 5.11.2002, ha reiterado que esos derechos están generalmente reconocidos en los patrones internacionales que se encuentran en el núcleo de un proceso equitativo, su finalidad es proporcionar a un acusado la protección contra una coacción impropia por parte de las autoridades y evitar así errores judiciales y garantizar los fines del art. 6 (sentencia *John Murray contra Reino Unido* de 8.2.96). El derecho a no autoincriminarse afecta en primer lugar al respeto a la voluntad de la persona acusada a permanecer en silencio y presupone que la acusación en un proceso penal busca probar el caso contra el acusado sin recurso a pruebas obtenidas por

medios no previstos legalmente desafiando la voluntad del acusado (sentencia Saunders contra Reino Unido de 17.12.96), por cuanto —decimos nosotros— la verdad no puede ser hallada en el proceso penal a cualquier precio sino que se encuentra limitada por el escrupuloso respeto a los derechos fundamentales”.(STC español, 145/2014)

Y con mayor precisión el mismo Tribunal sostuvo anteriormente:

“La cuestión que aquí se plantea ha sido resuelta por este Tribunal, entre otras, en las SSTC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2, ya citadas, declarando la autonomía jurídica y la legitimidad constitucional de la valoración de la prueba de confesión, esto es, de las declaraciones de los imputados, al entender que los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. En consecuencia, “las garantías frente a la autoincriminación reseñadas permiten afirmar, cuando han sido respetadas, la espontaneidad y voluntariedad de la declaración. Por ello, la libre decisión del acusado de declarar sobre los hechos que se le imputan permite, desde una perspectiva interna, dar por rota, jurídicamente, cualquier conexión causal con el inicial acto ilícito. A su vez, desde una perspectiva externa, esta separación entre el acto ilícito y la voluntaria declaración por efecto de la libre decisión del acusado atenúa, hasta su desaparición, las necesidades de tutela del derecho fundamental material que justificarían su exclusión probatoria, ya que la admisión voluntaria de los hechos no puede ser considerada un aprovechamiento de la lesión del derecho fundamental” (STC 161/1999, FJ 4)”. (STC español, 36/2006)

En esta misma línea, nuestro derecho positivo, consagra a la no autoincriminación en términos de reconocer un margen de defensa del imputado en lo relativo a mantener una actitud estratégica con la información que puede entenderse disponible de cara a su probable condena. Este es el sentido del artículo 19 N° 7

de la Constitución Política de la República que en su letra f) menciona que: “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”. De modo complementario, el artículo 19 N° 7 letra g) de la Constitución nos señala: “En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio”.

En esta óptica, el artículo 93 letra g) del Código Procesal Penal señala como garantía del imputado hasta el término del proceso: “Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento”¹³.

Lo relevante de la idea de prohibición de autoincriminación se relaciona con dos instituciones que deben ser analizadas para dar sentido específico a esta regla: la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio.

La presunción de inocencia es una regla que ha motivado mucha discusión doctrinaria. En síntesis, podemos decir que se trata de una regla que a pesar de contar con cierta tradición para ser considerada un “principio” (como hemos visto hasta aquí de la mano de la enunciación de las reglas constitucionales e internacionales en la materia) en realidad tiene varias versiones de cara al proceso. La presunción de inocencia, tal como ha mostrado Ferrer, es una institución poliédrica que de cara al proceso penal, genera una regla de trato, una regla de prueba y una regla de juicio.¹⁴

La presunción de inocencia en tanto regla de prueba tiene un alto impacto en la institución de la no autoincriminación y por tanto en el problema que nos convoca. Tal como todas las presunciones en el derecho, parece ser que la existencia de la

¹³ Respecto al derecho al silencio, se ha señalado que no se pueden extraer conclusiones de dicho silencio. De esta forma: que “permitir que un tribunal extraiga conclusiones inculcatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo”, Horvitz y López, 2004: 85.

¹⁴ Y ha generado también un debate constitucional desde el punto de vista de la satisfacción de la no autoincriminación, véase la STC español, 142/2009, que muestra el entronque entre el privilegio de la no autoincriminación y el derecho a la presunción de inocencia español.

presunción de inocencia “invierte la carga de la prueba” esto es, pone de cargo de una de las partes la necesidad de “destruir” el estado de cosas en que la presunción pone a los hechos. Se dará por existente un hecho (aunque no haya existido) si existe en su favor una determinada presunción.¹⁵

Tal como ha sostenido Ferrer al respecto: “la derrota de la presunción de inocencia debe cumplir una serie de requisitos procedimentales probatorios para que la presunción sea, efectivamente, vencida y no violada: A) debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; B) que pueda considerarse como prueba de cargo; C) suministrada por la acusación (en el sentido de que a ella corresponde la carga de la prueba); D) practicada en el juicio oral; y E) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales.”¹⁶

En este sentido, la regla de prueba se relaciona con la actividad probatoria en el sentido de carga de producción de prueba. En el caso chileno, esta relación se produce entre la presunción de inocencia como regla de prueba en tanto proyección del artículo 4 CPP y entre el estándar de prueba contenido en el artículo 340 CPP.

La garantía aquí parece ser redactada como sigue: “dado que se presume inocente al imputado debemos generar prueba para desvirtuar esta situación”. Y esta prueba, debe ser considerada prueba de cargo, debe ser producida en el juicio oral y debe haber sido obtenida sin violación de garantías. Como puede apreciarse, la prueba que debe servir de base a la derrota de la presunción de inocencia no puede provenir del propio imputado.

La regla de prueba derivada de la presunción de inocencia supone necesariamente una estrategia de disolución de una incertidumbre de hecho: entendemos decidido considerar cierto que el imputado es inocente si no es culpable. Esto quiere decir, que en el caso de que un acusador pretenda que se

¹⁵ La noción de “presunción” ha generado un intenso debate en términos de su sentido como estructura lógica. Para una tipología en el derecho continental véase Gama, 2013.

¹⁶ Véase Ferrer, 2012.

condene a un imputado sin haber producido prueba aunque sea mínima, o que habiéndose producido prueba ésta no sea considerada de cargo, o que se ha pretendido introducir el 'razonamiento probatorio' en una etapa distinta del juicio oral o se han violado garantías fundamentales en la obtención de los medios de prueba, nos encontramos ante una posible violación de la garantía de la presunción de inocencia en su proyección de regla de prueba.

Lo importante es que la presunción de inocencia en tanto regla de prueba es una regla dirigida a la selección de hechos para la decisión. Es decir, es una regla dirigida fundamentalmente a las partes, en el proceso penal a la parte acusadora, que sostiene que en caso de incertidumbre fáctica consideraremos al acusado inocente.¹⁷

En este sentido se explican las disposiciones contenidas en las reglas de los artículos 98 y 195 del CPP.

El artículo 98 precisa el sentido que la declaración del imputado tiene en el contexto del proceso penal. Lo que de ahí aparece es que en todo caso la declaración del imputado debe ser considerada un *medio de defensa*. Esto pues el juego de las reglas que configuran la investigación fiscal supone que sea el persecutor el que produzca prueba de cargo que permita afirmar la necesidad de ejecución del plan punitivo estatal.¹⁸

¹⁷ Sobre la relación entre presunción de inocencia y razonamiento probatorio, véase Valenzuela, 2013.

¹⁸ El artículo 98 CPP sostiene: Declaración del imputado como medio de defensa. Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

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

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

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

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

A su turno el artículo 195 del CPP marca la necesidad de evitar la coacción sobre precisamente la información que provee el imputado en el marco de una investigación penal, generando un “método prohibido” de indagación.¹⁹

Esta regla muestra el cuidado que el legislador ha puesto en regular los modos en que debe apreciarse la intangibilidad de los derechos del imputado en lo que dice relación con sus derechos procesales.

¿Qué condiciones habilitan al estado para romper este estado de cosas? Ciertamente debe apuntarse que aparecen dos órdenes de razones. Las primeras dicen relación con la necesidad de reconocer el imperativo de adecuación a los principios de las reglas del derecho. En este grupo de argumentos, lo que debe apreciarse es la necesidad de dar una interpretación a las reglas que permitan su adecuación a los principios. En el caso en análisis principalmente se generarían problemas respecto del principio de no autoincriminación y con la presunción de inocencia.

Es esta la clase de argumento que deriva de motivos tales como la “deferencia” que desde el punto de vista constitucional puede tenerse al legislador. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional que ha señalado:

“En efecto, nuestro esquema de control de constitucionalidad supone el reconocimiento de la autonomía del legislador y la deferencia razonada, que implica reconocer la discrecionalidad del legislador dentro de los márgenes fijados por la Constitución” (Sentencia TC 2337-12-).

¹⁹ Artículo 195.- Métodos prohibidos. Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuencia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal. Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis. Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados.

En segundo lugar la razonabilidad de la *deferencia* supone generar decisiones en la medida que no se vea cuestionado el marco de actuación establecido por la Constitución, lo que ciertamente queda en entredicho en este caso.

Así se ha remarcado por nuestro TC desde el punto de vista de la entidad de la afectación de derechos:

“[V]ulnerando así lo prescrito por el artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental, toda vez que el legislador no es libre para regular el alcance de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y asegura a todas las personas (...).

Que estos principios y valores constituyen mandatos expresos para gobernantes y gobernados, por lo que deben desecharse interpretaciones contradictorias con ellos, lo que lleva a concluir que deba excluirse la que admita al legislador regular su ejercicio hasta extremos que imposibilitan la plenitud de su vigencia efectiva. Como lo dispone el artículo 19, N° 26°, de la Constitución, el legislador debe respetar siempre la esencia del derecho que se trata de regular, complementar o limitar, como también evitar la imposición de condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio” (Sentencia TC, 2513-13)

El derecho a la presunción de inocencia y su proyección sobre la idea de carga de producción de evidencias así el derecho a no autoincriminarse supone que desde la perspectiva de la justicia constitucional pueda producirse una interpretación que vacíe de contenido a las mencionadas garantías.

De todos modos este no es el único punto de vista que debe ser atendido. Además al radicar la producción de evidencias en el imputado, quien necesariamente tendrá un razonamiento estratégico respecto de la información, en términos efectivos aumenta la posibilidad de decisiones erróneas en el procedimiento. Esto debido a que la información que proviene del imputado coaccionado por una regla de sanción puede resultar de mala calidad dado el desequilibrio epistémico que se produce.

IV. La prueba como actividad y el principio general de inclusión

El problema que plantean las figuras contenidas en los artículos 195 y 195 bis de la ley N° 18.290 tienen una evidente conexión con el problema de la conceptualización de la actividad probatoria en el sistema penal y más precisamente con los límites al cumplimiento del denominado “principio general de inclusión”.

La prueba jurídica en nada difiere de la prueba en cualquier área del conocimiento. En tanto actividad, la prueba jurídica sirve de base para la justificación de decisiones racionales en cualquier campo en el que se pretenda satisfacer el enunciado “*está probado que p*”.²⁰

En esa proposición “p” representa un enunciado relativo a un hecho que permite dotar de sentido a una determinada decisión. El enunciado que corrientemente se encuentra en juego es el relativo a la hipótesis de hecho que se pronuncia por la responsabilidad penal de un sujeto determinado respecto de un delito determinado.

El estudio del derecho probatorio ha supuesto clarificar los denominados “momentos” de la actividad probatoria. En particular, se pretende definir cuáles son las operaciones que, en términos analíticos, se despliegan de cara a la formación del material probatorio, su valoración y el sometimiento frente a una regla de estándar de prueba.²¹

El problema que nos ocupa se sitúa en el primer grupo de operaciones. La definición del material probatorio supone la consideración de variadas reglas. La primera en juego es el denominado “principio general de inclusión”. Conforme a este principio, debe considerarse en el marco de la actividad probatoria a toda evidencia que resulte relevante o pertinente para la verificación de una determinada hipótesis de hecho.

²⁰ Véase por todo, Ferrer, 2005.

²¹ Véase por todos, Ferrer, 2013.

En este sentido, cualquier evidencia cuya capacidad de explicar alguna hipótesis de hecho resulte pertinente o relevante para solución del caso concreto es una evidencia que debe incluirse. Este es el típico modo de definir a las evidencias en el contexto de procedimientos en las denominadas ciencias del descubrimiento. Cualquier dato que aparezca relevante se incluye dentro del material probatorio.

En el contexto jurídico sin embargo la aplicación de este principio no resulta admisible sin filtros. Como bien se ha destacado, el proceso de determinación de la verdad a través de la prueba, propio del contexto jurídico, supone la consideración de reglas contra epistémicas que derechamente dificultan el acceso a la verdad.²²

En este sentido, existen reglas en todo proceso jurídico que obedecen a valores diversos a la averiguación de la verdad. Pensemos por ejemplo en las reglas sobre plazos, sobre exclusiones de prueba por obtención de la evidencia con inobservancia de garantías fundamentales, entre otras. Todas las reglas de este tipo tienden a la protección de valores en el derecho respecto de los cuales el proceso manifiesta la disposición de la comunidad para provocar incluso una falsa absolución.

Estas reglas contra epistémicas convierten a la prueba de los hechos, en algún sentido, en prueba jurídica. Ello porque la relación teleológica entre actividad probatoria y verdad en el derecho se encuentra mediada por la satisfacción de criterios tales como el respeto por los derechos de las personas, la necesidad de dar contenido operativo a la idea de debido proceso, la seguridad jurídica, la realización de los cometidos del derecho sustantivo, entre muchos otros.

Entre las reglas de este tipo encontramos la proyección de la idea de no autoincriminación. La posibilidad de que el acusado no se encuentre obligado a proveer información que vaya en su contra asume precisamente la forma de una regla que limita al principio general de inclusión: deben considerarse todos los datos que resulten relevantes para la definición del apoyo probatorio de una

²² Véase en este sentido Gascón, 2005: 128.

determinada hipótesis sobre los hechos salvo aquellos datos que no lesionen valores considerados como relevantes de cara a la definición de la investigación criminal.

Esto supone mostrar que el proceso penal y la actividad probatoria no pueden ser entendidos como un ejercicio puramente epistémico. El derecho debe detenerse de manera de respetar una serie de intereses que resultan relevantes para definir los diversos valores que se encuentran observados por el proceso penal.

Un rasgo esencial de esta clase de reglas y del principio general de inclusión es que deben manifestar un claro **equilibrio epistémico** de cara a definir si la hipótesis de hecho admite ser probada de manera de dar sentido pragmático a la garantía que surge del apuntado juego entre las reglas del nivel constitucional y la presunción de inocencia como regla de prueba.

Ese equilibrio es la manera en que en este ámbito se proyecta la regla que prohíbe que el legislador presuma de derecho la responsabilidad penal, lo que en este orden de argumentos puede ser visto como la necesidad de someter a un escenario de razonamiento probatorio las acusaciones penales realizadas en contra de los ciudadanos.

Por otra parte, la decisión que se tome en el nivel de la inclusión probatoria impacta de lleno en los dos momentos que siguen en el marco de la actividad probatoria: la valoración de la prueba y el sometimiento de las evidencias a una regla de estándar de prueba.

La garantía general de un procedimiento racional y justo que emana de nuestra Constitución Política se concreta, entre otros, en la necesidad de contar con un contexto probatorio racional. La racionalidad de ese contexto, depende a su vez, de la observancia de criterios epistémicos generales que quedan enmarcados en lo que tradicionalmente se denomina “valoración de la prueba”.

Deberíamos poder identificar evidencias producidas para la verificación de los tres puntos anotados de manera de poder razonablemente valorar esa evidencia y una

vez traspasado un umbral de exigencia probatoria, sostener que la regla ha sido infringida en los hechos.

V. Dar cuenta a la autoridad policial: un delito de colaboración con la justicia.

La figura contenida en el artículo 195 de la actual ley N° 18.290 en lo relativo a la necesidad en que se encuentra una persona, bajo la regla de comportamiento presente en la actual versión de la ley, exige que los ciudadanos actúen como coadyuvantes de la labor de investigación. Es un delito que se enmarca dentro de la discusión de punición de la falta de solidaridad a la administración de justicia.

Estas figuras resultan en extremo discutibles, consideremos por ejemplo lo dispuesto en el CP español de 1822:

“Artículo 122. Toda persona que vea cometer o que sepa que se va a cometer un delito está obligada a impedirlo, siempre que pudiere hacerlo sin perjuicio ni riesgo suyo, o a dar aviso inmediatamente para que lo impida la autoridad, ministro de Justicia o fuerza armada más inmediata, bajo la pena de reprensión y un arresto de uno a seis días o una multa de diez reales vellón a tres duros”

Para Alamillo (1962:47) la estructura confusa del Código Penal de 1822 (que permitía coexistir a disposiciones claramente penales, como a disposiciones procesales o de organización de la justicia), permite decir que el hecho de que lo dispuesto en el artículo 122 se encuentre dentro de la “parte general del código”, en la rúbrica “de la obligación que todos tienen de impedir delitos y de noticiarlos a la autoridad; y de la persecución, entrega o remisión de los delincuentes”, permite decir que tienen un carácter “cívico”, explicable por la “necesidad social de lucha contra el delito”.

En un sentido similar, tenemos la discusión acerca del artículo 450 del CP español. Al respecto, se sanciona a quien omite evitar la comisión de un delito contra la libertad, libertad sexual, integridad física o vida de un tercero.²³

Sobre el particular debemos destacar lo señalado por Sola, quien advierte que la respuesta para el bien jurídico protegido y por tanto para justificar esta clase de figuras involucra necesariamente una idea general que sirva de referencia para los distintos intereses que pueden verse involucrados. Esto es así por la necesidad aglutinadora, y por la relativa inoperancia que advierte en utilizar los bienes jurídicos vida, libertad, integridad y libertad sexual.

Las opciones que se abren en este punto para Sola son dos: la administración de justicia y la solidaridad (Sola 1999: 27).

La primera de las alternativas, la administración de justicia, tiene a su favor, por supuesto, la decisión del legislador de haber incluido este delito en el título reservado para los delitos que atentan contra la administración de justicia. (Sola, 1999: 27)

Puede sostenerse a favor de esta tesis que es legítimo involucrar en la lucha contra la delincuencia a los ciudadanos y que esta lucha se manifiesta centralmente en el ámbito de los órganos jurisdiccionales. O, en otros términos, la inactividad de los ciudadanos en orden a no impedir determinados delitos, pone a los órganos encargados de luchar contra el delito en una desventaja que provendría de los propios ciudadanos. (Sola, 1999: 28 – 29).

La solidaridad, en cambio parece dar sentido general a la relevancia de los intereses ajenos de parte cada ciudadano, justificando el interés estatal en generar

²³ Art. 450. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

normas de comportamientos reforzadas penalmente para sancionar la “indiferencia”.

Esta es la idea que al parecer ha tenido nuestro legislador chileno. De esta forma, se ha pensado que existe una oposición entre la fundamentación de una figura en la solidaridad por una parte y el estatuto de la no autoincriminación. Sin embargo, son razones que operan en planos diversos. La solidaridad es un tipo de argumento ciertamente justificatorio de valores que hacen necesaria la protección de la relación política entre ciudadanos. De este modo, la noción de solidaridad que se identifique por el legislador puede justificar una acción tal como generar un delito. Esa acción se sujeta a límites derivados del contexto constitucional y otros. Entre esos límites podemos encontrar al principio de no autoincriminación. Reavivar la lucha contra la delincuencia de parte de todos los miembros de la comunidad y sancionar penalmente a quienes se nieguen a la denuncia. Como se ve esto admite una crítica inmediata de cara al significado del plan constitucional derivado del nivel de los principios ya explicados en las secciones anteriores.

El proceso penal parece estar definido como un proceso que debe soportar fuertes exigencias de racionalidad, con lo que la generación de un argumento que permita la punición por la negativa de información de parte de terceros²⁴ requeriría la existencia de un argumento de principios que generara la necesidad de contar con una regla de este tipo. En ese campo, el caso en que encontraríamos

Sin embargo, si se tiene en cuenta el escenario en el que se inserta la actividad probatoria, veremos que la necesidad de generar una regla de comportamiento que cree la necesidad de colaboración de los ciudadanos con la justicia horada la idea de producción de prueba de cargo de modo oficial.

La inserción de una figura de este tipo supone avanzar a lo que en la doctrina comparada se denomina una *teoría del rescate*. Es decir, un argumento que permita justificar la existencia de deberes públicos de rescate de ciudadanos por medio de actuaciones de otros ciudadanos para rescatarlos del mal.

²⁴ Y en el caso de nuestro el destinatario del deber es el conductor, es decir, quien puede haber causado el daño.

La teoría del rescate se desarrolla como una escala. En su base tenemos a la obligación política. Por lo tanto, debemos ser capaces de encontrar los argumentos que permitan delinear una obligación política en la comunidad.

El segundo peldaño viene dado por los intereses. El rescate cobra sentido si existen intereses que nos parezcan relevantes. Es decir, sólo podremos admitir en el derecho una institución que nos obligue (penalmente) al rescate de alguien si es que entendemos que valoramos positivamente situaciones tales como no vernos expuestos a males sin que quien pudiera ayudarnos se niegue a ello.

Pero además, una obligación de rescate debe poder ser desplegada en el mundo. Debe ser verosímil la posibilidad del rescate. A este nivel, que coincide con lo que Klosko llama “*requirement state actions*”, le hemos llamado simplemente “acciones de rescate”.²⁵

Esa verosimilitud requiere su despliegue en la realidad, y en esta medida genera una actividad en los hechos. Pero contar con una teoría de este tipo, requiere a su vez una fundamentación en el nivel de los principios que fundamentan la obligación política que conforme a lo ya revisado encuentra un escenario cuanto menos difícil.

De esta manera, una figura de “autodenuncia” debe enmarcarse en los límites que vengan determinados tanto por el marco del manejo de la información jurídico-penalmente relevante (i.e. el proceso) como por las cargas que se entienden pertinentes en el nivel jurídico general (argumentos de pertinencia constitucional).

Una teoría del rescate sirve para la generación de argumentos para discutir la manera en que una determinada legislación puede asumir como correcta la inclusión de figuras que recarguen la necesidad de actuación de los ciudadanos. En ese entendido, es necesario dar cuenta de la constante necesidad de limitar la existencia de esta clase de figuras al equilibrio procesal que deriva del estatuto de la no autoincriminación. La punibilidad de conductas como esta debe quedar reservada a supuestos excepcionales y que permitan que las garantías

²⁵ Véase Klosko, 2004.

procesales, tales como la no autoincriminación, el derecho a defensa y la presunción de inocencia no queden horadadas, lo que no sucede en los términos del artículo 195 de la Ley N° 18.290, porque la obligación que se le impone a quien supuestamente es el autor de daños y lesiones en un accidente de tránsito, es dar cuenta a la autoridad de dicho accidente, (incisos 1° y 2° respectivamente), lo cual de no ocurrir trae como consecuencia determinadas multas. Así, no es posible el establecimiento de una regla de sanción, como en este caso serían las multas establecidas, en caso de no autodenunciarse.

VI. Negativa injustificada a someterse a exámenes corporales

Probablemente con mucha mayor intensidad la idea de sancionar a un ciudadano por negarse, injustificadamente, a realizarse un examen corporal en el marco del despliegue de actividad investigativa que puede ordenarse como una investigación en su contra pugna con el sentido de la actividad procesal general y probatoria en particular.

Es casi autoevidente que en el nivel de los principios ya expresados no aparece ninguna evidencia que permita justificar una regla de sanción a la negativa de un ciudadano para someterse a una prueba en su contra. No aparecen argumentos en el nivel constitucional ni en los instrumentos internacionales en la materia que permitan justificar la inclusión de una figura de este tipo en nuestro derecho.

Desde el punto de vista de la actividad probatoria, tampoco parece razonable el establecimiento de una regla de sanción de cara a la infracción de una regla de conducta que suponga tolerar en ciertas circunstancias la realización de exámenes en contra de ciudadanos.

Como hemos advertido, la existencia del principio general de inclusión en materia jurídica supone asumir la necesidad de morigerar su imperio de cara a la satisfacción de ciertos valores que se encuentran expresados en reglas que

ciertamente dificultan el cometido epistémico por definición del proceso: la averiguación de la verdad.

Entre esas reglas, cobra especial importancia la regla de presunción de inocencia y su correlato en la regla de silencio de nuestro CPP. Como ha podido advertirse esas reglas generar una garantía de cara a la necesidad de producción de evidencias de cargo en contra de un ciudadano que se encuentre en situación de soportar una imputación que le responsabilice de algún delito.

En términos de razonamiento probatorio, la regla de sanción a una persona que se niegue a la realización de un examen médico, diluye el tipo de inferencia inductiva que debe realizarse para justificar la necesidad de existencia de prueba de cargo. Esto porque la negativa, calificada como injustificada, deberá ser vista como una evidencia de responsabilidad autónoma frente al derecho. Es decir, la negativa constituye, en el escenario positivo actual, la base para realizar una inferencia con significado penal *per se*.

Esto resulta llamativo de cara a la definición de la garantía derivada de la presunción de inocencia y el correlativo sentido que la incertidumbre parece tener en el proceso. Este será un caso en que una hipótesis de incertidumbre sobre un hecho será considerado base de un razonamiento inductivo responsabilizador de quien se haya negado a la información.

En este punto, se generará un razonamiento judicial que no carecerá de efectos de cara a la formulación de predicciones respecto a otras probables infracciones, todas amparadas en una hipótesis de incertidumbre.

En otros términos, aparece como una obligación del potencial imputado por un delito la producción de evidencias o en su caso la facilitación de la producción de evidencias contra sí mismo. Como hemos visto con anterioridad, existen al menos dos maneras de enfocar el inadecuado marco probatorio que esta regla genera. Por una parte vacía de contenido a la garantía de no autoincriminación ampliando la capacidad del Estado de obligar a sus ciudadanos a producir prueba en contra de sí mismos.

Por otra parte, genera una necesaria tensión frente a la regla del artículo 276 CPP, en la medida que posibilita la inclusión probatoria de evidencias que han traspasado el escenario en virtud del cual se espera que las garantías o derechos fundamentales del imputado sean cautelados durante el procedimiento.

Este punto tiene la mayor relevancia pues no aparece ninguna razón que permitiera justificar la inclusión de una regla que subvierta el escenario de entrega de pruebas de parte del imputado que además justifique la creación de una regla de comportamiento penalmente reforzada. Dicho de otro modo, pareciera que la alteración de la carga de la prueba no permite justificar un delito que permita sancionar penalmente la sobrecarga sobre el imputado.²⁶

Por otro lado, surgen una serie de inquietudes de cara a la efectiva aplicación de estas figuras. ¿Bajo qué criterios el Ministerio Público evaluará sus actuaciones de investigación con una clara duplicidad persecutoria? Aparece evidente que la prueba de la infracción subyacente a la incriminación de la negativa a someterse a exámenes físicos se relaciona directamente con la posibilidad de acreditar otro injusto (la conducción bajo efectos del alcohol o las drogas por ejemplo). ¿Es posible admitir esa prueba producida por medio de la coacción derivada de la persecución penal?

²⁶ Esta discusión se ha producido a propósito de la legitimación constitucional de los delitos contra la seguridad vial contenidos en el CP español. En este sentido el artículo 383 sostiene: "Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.. Al respecto el TC español que tiene un compromiso con la idea de presunción de inocencia como "derecho", ha sostenido: "este derecho no se integra la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. Y según se ha dicho también en su fundamento jurídico 7º, "las pruebas de detección discutidas, ya consistan en la espiración de aire, ya en la extracción de sangre, en el análisis de orina o en un examen médico, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminación, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente [...] su propia imputación penal o administrativa" (STC español, 234/1997).

Estas preguntas tienen sentido de cara a la manera en que quedarán, en el marco del proceso penal, revisadas las garantías relativas al derecho probatorio. Como se sabe, el sistema acusatorio chileno descansa en la idea de defensa de ámbitos de actuación estratégica de parte del imputado sobre todo en lo relativo al manejo de información de cargo. Esta idea es lo que da sustento a la posibilidad de contar con actuaciones de investigaciones estatalmente justificadas por parte del Ministerio Público y ciertamente, da sentido a la regla de carga de producción de evidencias en el sistema procesal penal.

VII. Conclusiones

Conforme a lo expuesto, pueden ofrecerse las siguientes conclusiones:

1. El legislador chileno ha optado por una modificación radical en lo tocante a la regulación de los deberes ciudadanos de información al proceso penal en el marco de la reforma a la ley N° 18.290. Esta modificación radical se deja ver como una intensificación en la búsqueda de información proveniente de terceros ciudadanos como del propio imputado conforme a lo redactado en los artículos 195 y 195 bis de esa ley, lo que se aprecia como una recarga punitiva basada en “sensaciones generales” no justificadas racionalmente.
2. Las nociones constitucionales aplicables al proceso penal, en particular la noción de debido proceso, como la manera en que puede explicarse el estatuto privilegiado de la no autoincriminación, la presunción de inocencia y sus proyecciones, y el sentido del silencio en el proceso, constituyen un escenario en el que puede determinarse un marco de alta protección a la decisión privada y según el caso, estratégica de los ciudadanos de cara al proceso penal. Dicho de otro modo, existen razones constituyentes para el proceso penal que dificultan la pervivencia de las garantías o derechos subyacentes a esa estructura con la introducción de las figuras en análisis en el presente informe.
3. En particular, en el marco del razonamiento probatorio penal, la modificación penal queda en claro entredicho si tenemos en cuenta la relevancia de las denominadas reglas *contra epistémicas* en materia de inclusión probatoria. La prueba jurídica se encuentra intensamente atada a la necesidad de reconocer estas reglas que de hecho son lo que permite que la actividad de inclusión probatoria tenga límites impuestos por los

diversos valores protegidos por las reglas jurídicas en general, y procesal penales en particular. A diferencia de la regulación de la actividad probatoria en otras disciplinas del conocimiento, la prueba jurídica está sujeta a compromisos de protección de derechos y valores que resultan relevantes y son necesariamente óbice a la completa averiguación de la verdad. Ello incluye desde luego, la posibilidad del propio imputado o acusado de no entregar información que le incrimine en ningún sentido.

4. La idea de sancionar penalmente la omisión de noticia a la autoridad de ciertos daños o males en la sociedad se enmarca en un contexto de alta exigencia de información en el contexto del proceso penal y requeriría de un argumento sólido en el nivel de los principios que le justificara. En lo particular, más bien aparecen argumentos que dificultan o derechamente impiden su justificación.
5. La sanción a quien se niega injustificadamente a someterse a una prueba corporal frente a una probable imputación personal, directamente no puede ser justificada en el nivel constitucional. El derecho al silencio y a la negativa de información de parte del ciudadano perseguido en el marco del proceso parece un lugar asentado por las reglas constitucionales derivadas de la noción de debido proceso y de no autoincriminación, a nivel nacional como en los instrumentos internacionales.
6. Esta sanción tampoco soporta un análisis interno en el marco del modelo de razonamiento de la actividad probatoria. La necesidad de equilibrio epistémico y la consideración de racionalidad probatoria en materia penal, derivada de la misma presunción de inocencia como de los límites al principio general de inclusión no admiten una horadación a la capacidad del imputado de guardar por decisión propia información de cara al proceso.

Esta regla pugna con la idea de racionalidad del sistema probatorio en materia penal.

7. En este sentido se aprecia un déficit en cuanto a la satisfacción de la exigencia de racionalidad y justicia de todo procedimiento por la vía de alterar el escenario de administración de la información probatoria presente en todo proceso penal.

8. Puede apreciarse paralelamente una infracción de lo dispuesto en la letra f del número 7 del artículo 19 CPR, pues el escenario penal tiene una prohibición expresa de uso de información que proviene del propio imputado, con lo que en las ambas figuras en análisis en el presente trabajo aparece claramente en entredicho el sentido de esta disposición constitucional. Esta infracción es simple corolario del razonamiento expuesto en este trabajo y permite dudar de la adecuación a la Constitución de las figuras analizadas.

Es todo cuanto puedo informar,

Prof. Dr. Jonatan Valenzuela S.

REFERENCIAS

ALAMILLO, FERNANDO (1962) "La solidaridad humana en la ley penal (ley de 17 de julio de 1951)", Madrid: Sección de publicaciones del Ministerio de Justicia.

DEL CAMPO, AGUSTINA (2010) "El derecho al debido proceso y a un juicio justo en el sistema interamericano de derechos humanos", en Claudio Nash Rojas e Ignacio Mujica Torres (ed.) "Derechos Humanos y Juicio Justo", Lima, Perú: Gráfica Columbus S.R.L.

FERRER, JORDI (2005) "Prueba y verdad en el derecho", Barcelona: Marcial Pons.

FERRER, JORDI (2012). Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. En *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, núm. 4(4).

FERRER, JORDI (2013) "La prueba es libertad, pero no tanto. Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana", en Vazquez, Carmen (ed.) "Estándares de prueba y prueba científica", Barcelona: Marcial Pons.

GAMA, RAYMUNDO (2013) "Concepto y tipología de las presunciones en el derecho continental", en *Revista de Estudios de la Justicia*, número 19, pp. 65 – 89.

GASCÓN, MARINA (2005) "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos" en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 28, pp. 127-139.

GONZALEZ, DANIEL (2014) "Presunción de inocencia, verdad y objetividad" en García, Juan y Bonorino, Pablo (Coords.), "Prueba y razonamiento probatorio en Derecho", Madrid: Comares.

KLOSKO, GEORGE (2004) "Duties to Assist Others and Political Obligations", en *Politics, Philosophy & Economics*, núm. 3, pp. 143 – 159.

MATURANA, CRISTIAN Y MONTERO, RAÚL (2010) "Derecho Procesal Penal", Santiago, Chile: Legal Publishing

SOLA RECHE, ESTEBAN (1999), La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, Granada: Comares.

TARUFFO, MICHELLE (2008) "Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31/08, pp. 383 – 392.

VALENZUELA, JONATAN (2011) "Inocencia y razonamiento probatorio" en *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 18, pp. 13 - 23.

VARONA, DANIEL (2011) "Medios de comunicación y punitivismo", en *Indret Revista para el análisis del derecho*, núm. 1/11, disponible en www.indret.com.