

EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO: VISIÓN COMPARADA Y CASO COLOMBIANO*

JUAN DAVID RIVEROS-BARRAGÁN**

RESUMEN

El presente artículo adelanta un análisis del derecho a guardar silencio en el sistema penal colombiano. En este contexto se hace una descripción del derecho a guardar silencio bajo la normatividad internacional tanto en materia de derecho penal internacional como de aquel que corresponde a derechos fundamentales. A su vez, se analiza el citado derecho en el ámbito del derecho comparado para establecer, con mayor claridad, los lineamientos propios del derecho a guardar silencio en Colombia. Se hace referencia a los estándares internacionales y al derecho comparado, se evalúa el ejercicio del mencionado derecho durante las etapas del proceso penal (investigación y juicio), a la vez que se analizan ciertos pronunciamientos

*Fecha de recepción: 7 de agosto de 2008
Fecha de aceptación: 6 de octubre de 2008*

* Este artículo es resultado de las reflexiones que han surgido como consecuencia de la participación del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana en el proceso de reforma e implementación del Sistema Acusatorio en Colombia. El autor agradece la colaboración de María Alejandra Encinales, pues sin su colaboración este trabajo no habría culminado. Con todo, los errores solo comprometen al autor.

** Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor Investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Se ha desempeñado como consultor para el fondo de población de las Naciones Unidas, para la oficina anticorrupción de la Presidencia de la Republica en convenio con el Banco Mundial, y con la Corporación Excelencia en la Justicia en convenio con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la Fiscalía General de la Nación.

Contacto: jriveros@cable.net.co; jriveros@sampedorriveros.com

de la Corte Constitucional respecto de las declaraciones del acusado rendidas durante el juicio, la titularidad del derecho de referencia y las excepciones normativas en relación con el deber de denunciar y de declarar en juicio.

Palabras clave: derecho a guardar silencio; estándares internacionales; derecho comparado; derecho fundamental; etapa de investigación; captura; juicio oral; imputado; acusado.

THE RIGHT TO REMAIN SILENT: COMPARATIVE APPROACH AND COLOMBIAN CASE

ABSTRACT

The purpose of the following article is to explore and further analyze the right to remain silent in the Colombian criminal system. Hence, a legal description is made of the fundamental right to remain silent with regards to the international legal sphere not only concerning human rights and its regulation but also, the ruling established under international criminal law. Additionally, a comparative law evaluation, in reference to such right, is made in order to establish the similarity or not of such institution under other legal systems to the Colombian legal manifestation of the right to remain silent.

Key words: *right to remain silent; international standards; comparative law; fundamental right; investigation; detention; oral hearing; accusation; charge.*

Sumario: I. El derecho a guardar silencio en materia de estándares internacionales.- II. El derecho a guardar silencio en derecho comparado.- III. El derecho a guardar silencio en Colombia.- A. Momento de protección del derecho durante el desarrollo del proceso penal, bajo la Ley 906 de 2004.- 1. Las declaraciones del acusado en el juicio oral.- 2. El derecho a

guardar silencio se predica del imputado o acusado.- IV. Derecho comparado en materia de exoneración del deber de declarar y excepciones al deber general de denunciar.- Bibliografía.

I. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN MATERIA DE ESTÁNDARES INTERNACIONALES

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho fundamental del procesado por los diferentes instrumentos internacionales tanto en materia de derechos humanos como en materia del derecho penal internacional. Incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia¹, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda², el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)³, la Convención Americana de Derechos Humanos⁴ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

1 Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, artículo 21: “Derechos del acusado (...) 4. *Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) De no ser forzada a testimoniar en contra de sí misma o de declararse culpable*”.

2 Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, artículo 20: “Derechos del acusado (...) 4. *Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) A no ser obligada a testimoniar en contra de sí misma o declararse culpable*”.

3 Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. 1. *En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)*”.

4 Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8: “Garantías judiciales. (...) 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: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a*

y Políticos⁵ hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso.

Como fue descrito anteriormente, del derecho a la no autoincriminación se deriva de manera directa el derecho a guardar silencio, y si bien los cuatro convenios internacionales descritos no contienen de manera expresa la protección a este derecho ya sea dentro la etapa de juicio o de investigación, en materia de estándares internacionales, igualmente existe una protección a dicho derecho. Por ejemplo, la regla N.º 42 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas tanto del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia como del Tribunal para Ruanda⁶ y el artículo 55 del Estatuto de la Corte Penal Internacional⁷ hacen una referencia expresa a dicho derecho.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el derecho a guardar silencio, respecto del proceso de interrogatorios, y el derecho a la no autoincriminación son estándares internacionales de reconocimiento general que tienen como base fundamental el derecho al debido proceso⁸. Así mismo, el TEDH ha considerado que dichas inmunidades son absolutas en el entendido de que el

declararse culpable (...)”.

- 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*”.
- 6 Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, Rule 42: “*Rights of Suspects during Investigation. A) A suspect who is to be questioned by the Prosecutor shall have the following rights, of which he shall be informed by the Prosecutor prior to questioning, in a language he speaks and understands: (...) (iii) the right to remain silent, and to be cautioned that any statement he makes shall be recorded and may be used in evidence*”.
- 7 Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. (...) 2. *Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia*”.
- 8 Eur. Court HR, Case *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I, 49, para. 45.

derecho a guardar silencio del acusado bajo ninguna circunstancia deberá ser usado en su contra en juicio⁹. Alternativamente, si el acusado es informado de antemano sobre la posibilidad de una consecuencia negativa derivada de su silencio, dicha advertencia es “mal vista” bajo los estándares internacionales¹⁰. Sin embargo, aunque es clara para el TEDH la protección absoluta del derecho a guardar silencio, dado que el ejercicio de dicha prerrogativa por el acusado no podrá ser el sustento ni la justificación de una sentencia condenatoria, esto no implica de suyo que no podrán existir circunstancias bajo las cuales el guardar silencio, cuando realmente se amerite y requiera de una respuesta del acusado, implique un sustento importante para la teoría del caso de la fiscalía que el juez deberá tomar en consideración. En conclusión, el TEDH establece que cuando exista un conflicto respecto de los dos extremos de interpretación del derecho, es decir, cuando se cuestione si el derecho a guardar silencio es absoluto o no, se deberá contestar de manera negativa; así entonces, será necesario hacer un examen particular de cada caso para determinar los límites del derecho a guardar silencio del acusado¹¹.

Contrario a este pronunciamiento, el artículo 55 ECPI establece, de manera expresa, que aquel que se cree que ha cometido uno de los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) tendrá el derecho “[a] guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia” en el momento de desarrollarse los interrogatorios por parte de la fiscalía u otra autoridad de orden nacional. Este precepto normativo, que en materia penal no solo implica la protección de un derecho fundamental, sino a su vez una garantía para el acusado en el desarrollo del proceso penal, implica de suyo que bajo ninguna circunstancia se podrá derivar una interpretación negativa o positiva del ejercicio efectivo del derecho a guardar silencio.

9 Ibid., 49, para. 46.

10 Ibid., 49, para. 46.

11 Ibid., 49-50, para. 47.

II. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN DERECHO COMPARADO

Diferentes legislaciones han adoptado el derecho a guardar silencio como el pilar fundamental del debido proceso dentro del proceso penal. Así, no solo ha adquirido una protección legal, sino que, en algunos casos, dicho derecho está protegido por las mismas constituciones. A continuación se hará una breve descripción respecto de las referencias expresas al derecho a guardar silencio en el proceso penal en materia de derecho comparado:

1. Australia. La legislación no presenta una norma constitucional que contenga el derecho a guardar silencio, sin embargo, este derecho está ampliamente reconocido por los códigos estatales y federales (*Crimes Acts and Codes*)¹². Adicionalmente, este derecho se ha establecido como un precepto fundamental del derecho común. De manera general, el imputado tienen el derecho a rehusarse a responder preguntas que la policía le formule antes del desarrollo de la etapa de juicio, y tiene el derecho a rehusarse respecto de la entrega de evidencia en el juicio. Así, los jueces no podrán direccionar u obligar al jurado a aducir inferencias en virtud del uso del derecho a guardar silencio del acusado¹³. Sin embargo, existe una excepción a esta regla, y hace referencia a aquellos procesos en los cuales existe una dependencia absoluta de la evidencia circunstancial¹⁴ en virtud de la cual será estrictamente necesaria la declaración del acusado¹⁵.

12 *Federal Anti-terrorism and Victorian Organized Crime Act*.

13 *Petty v. R.* (1991), Australia.

14 “Cualquier hecho puede ser probado por evidencia directa o circunstancial, no importa la centralidad que tenga el pleito. Esto vale para autenticar evidencia, esto es, para establecer que la evidencia ofrecida es, de hecho, lo que el proponente sostiene que es. Esto puede hacerse mediante el testimonio de un testigo a modo de evidencia directa, o mediante evidencia circunstancial, esto es, que las circunstancias apuntan a que la evidencia es lo que el proponente sostiene que es (...) La cadena de custodia es buen ejemplo de evidencia circunstancial convincente de autenticidad”: Ernesto L. Chiesa, *Tratado de derecho probatorio* 912-913 (JTS, Estados Unidos, 2005).

15 *Weissensteiner v. R.* (1993), Australia.

2. Canadá. El derecho a guardar silencio está expresado en las secciones 7 y 11(c) del *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. En aplicación de estos preceptos normativos, el acusado no podrá ser obligado a la autoincriminación en desarrollo del proceso penal, lo que implica que únicamente declaraciones voluntarias que son rendidas ante la policía son admisibles como evidencia (elemento material probatorio). Adicionalmente, el capturado o acusado deberá ser advertido de su derecho a un defensor, y de que cualquier declaración hecha por él se presume como una declaración involuntaria, lo que implica que ésta constituirá evidencia que será inadmisibile¹⁶. Sin embargo, si el imputado decide de manera voluntaria presentar alguna declaración, ésta se entenderá como evidencia admisible para el proceso. De otro lado, si el imputado o acusado llegare a rendir declaraciones, de manera involuntaria, en su contra, ello solo podrá afectar un proceso de un tercero, y no podrá tener incidencia respecto del proceso penal en el cual se encuentra vinculado¹⁷. A su vez, salvo casos de delitos sexuales o delitos en donde las víctimas son menores de edad, el cónyuge del acusado no podrá ser obligado a declarar en contra del mismo.
3. Francia. El Código de Procedimiento Penal (art. L 116) establece que durante la etapa de investigación el juez, en desarrollo de las diversas diligencias, deberá advertir al imputado de su derecho a guardar silencio, rendir declaraciones y contestar las preguntas dirigidas a él en virtud de un interrogatorio. Durante la etapa del juicio el acusado podrá ser obligado a rendir declaración; sin embargo, dicha declaración no se hará bajo la gravedad del juramento. Esta prohibición se extiende también respecto del cónyuge del acusado y cualquier otro familiar cercano del mismo, extensión que podrá eliminarse por acuerdo entre la fiscalía y el acusado.

16 *R. v. Hebert* (1990) 2 S.C.R. 151, Canadá.

17 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Section 13.

4. Alemania. De acuerdo con el § 136 del *Strafprozessordnung* (Código Procesal Penal), el imputado, esté o no privado de la libertad, deberá ser informado de su derecho a guardar silencio antes del desarrollo de cualquier interrogatorio. De esta manera, no se podrá aducir ninguna inferencia respecto del ejercicio de dicho derecho en cualquiera de las etapas del proceso penal. Sin embargo, se permiten dichas inferencias si el acusado guarda silencio con respecto a ciertas preguntas que hacen referencia al mismo delito. Es importante establecer que, al igual que en el caso de Francia, las declaraciones rendidas por el acusado no lo serán bajo la gravedad del juramento. Adicionalmente, el acusado podrá rehusarse, durante un interrogatorio, a autoincriminarse o a incriminar a cualquiera de sus familiares¹⁸.
5. Estados Unidos de América. La quinta enmienda de la Constitución codifica el derecho a guardar silencio. Así, en la legislación este derecho tiene una protección constitucional. En amparo de dicho derecho se han desarrollado los *Miranda warnings*, que consisten en la obligación de la policía de advertir al capturado de su derecho a guardar silencio, a la vez que se deberá advertir que cualquier declaración rendida por él podrá ser usada en su contra, lo cual implica un elemento esencial y diferencial respecto de las demás legislaciones.
6. Inglaterra. En primer término, el derecho a guardar silencio fue codificado en los *Judges' Rules* (reglas de los jueces) en 1912. En desarrollo de este precepto normativo, el acusado podrá escoger entre entregar o no evidencia durante el juicio oral. A pesar de la protección expresa al derecho a guardar silencio, en el *Criminal Justice and Public Order Act 1994* se establece una serie de excepciones a la protección absoluta, permitiéndose de esta manera inferir conclusiones respecto del ejercicio de dicho derecho:

18 *Strafprozessordnung*, § 55.

- Cuando el acusado no menciona un hecho que de manera posterior aduce probado y que de manera razonable se tiene la expectativa de que el acusado lo habría tenido que mencionar.
- Cuando el acusado se rehúsa a entregar evidencia durante el juicio oral, o cuando no responde preguntas.
- Cuando en virtud de una captura en flagrancia el acusado niega la existencia de ciertos objetos, sustancias, marcas dejadas en su cuerpo y vestimenta que estaban en su posesión o en el lugar de la captura.
- Cuando el acusado, en virtud de una captura en flagrancia, niega su presencia en la escena del crimen.

III. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO EN COLOMBIA

En Colombia, este derecho tiene pleno reconocimiento en la Constitución Política, en su artículo 33:

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

La jurisprudencia nacional ha reconocido la importancia del derecho a guardar silencio que ha tenido un gran desarrollo en materia de estándares internacionales. De esta manera, se entiende que el derecho a guardar silencio, junto con el derecho a la no autoincriminación, es el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Así lo ha establecido la Corte Constitucional:

“El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no autoincriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no autoincriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, “[u]na forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”¹⁹.

19 Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2005, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

De esta manera, desde el momento en que inicia la acción penal ejercida por la fiscalía y hasta el momento de culminación del proceso penal, la persona vinculada al mismo está protegida de manera esencial por la garantía de la presunción de inocencia. En desarrollo de dicha garantía, en materia penal, la carga de la prueba se traslada del sindicado o indiciado al Estado por intermedio de la fiscalía, ya que su inocencia se presume ante la ley. Por lo tanto, tiene plena validez jurídica que el sujeto pasivo de la acción penal guarde silencio²⁰.

En conclusión,

“las garantías constitucionales que integran el derecho de defensa material, entre ellas la de ser oído o guardar silencio, así como la no autoincriminación, son garantías históricamente obtenidas, reconocidas por el constitucionalismo moderno y por los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 del Estatuto Fundamental, garantías que no pueden ser soslayadas so pretexto de introducir uno u otro sistema jurídico-penal, independientemente del modelo del que se tomen”²¹.

El derecho a guardar silencio es un derecho fundamental de las personas que no solamente está protegido por la Constitución, sino que nuevamente es un postulado que se encuentra descrito como parte integrante del derecho y la garantía de defensa. De esta manera, la Ley 906 de 2004 en su artículo 8.º, literal d, establece: *“En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a que: (...) c) No se utilice el silencio en su contra”*.

20 Sentencia C-621 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

21 Sentencia C-782 de 2005.

A. MOMENTO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO PENAL, BAJO LA LEY 906 DE 2004

La protección del derecho se da en tres momentos específicos del proceso penal:

- La primera manifestación del derecho a guardar silencio está expresada en el artículo 282 de la Ley 906 de 2004 según el cual, en medio del proceso de indagación e investigación desarrollado por la fiscalía, esta entidad, dada la existencia de motivos suficientes para establecer la posible autoría de una persona por el hecho denunciado, podrá, sin hacer imputación alguna, desarrollar un interrogatorio respecto de dicha persona. En el interrogatorio, la fiscalía tendrá la obligación de darle a conocer al posible autor de la conducta su *“derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*²².
- La segunda manifestación del derecho a guardar silencio en la Ley 906 de 2004 se encuentra bajo el título del régimen de la libertad y su restricción, en el artículo 303 que dispone que uno de los derechos del capturado, de manera legítima, es el derecho a guardar silencio. A la vez, el imputado deberá ser informado de que *“las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*²³.
- La tercera manifestación del derecho a guardar silencio se tiene en el artículo 367 de la Ley 906 de 2004 según el cual, una vez instalado el juicio oral, el juez deberá advertir al acusado de su derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse. A continuación, el artículo establece que si el acusado no hace ninguna manifestación, ésta se entenderá que es de inocencia²⁴. Este precepto normativo es de gran importancia ya que no solo resalta la permanencia de la presunción de inocencia a lo largo del proceso penal, sino que de manera inclusiva expresa, conforme con los estándares internacionales, que la práctica del derecho a guardar silencio no puede bajo ninguna circunstancia implicar una consecuencia diferente a la protección a la garantía de la presunción de inocencia.

22 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 282.

23 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 303.

24 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 367.

Es importante establecer que a pesar de la protección absolutista de este derecho en la legislación penal colombiana, el artículo 131 de la Ley 906 de 2004 permite la renuncia al derecho a guardar silencio²⁵. Sin embargo, en la misma norma se prevé una protección a dicha renuncia ya que se establece que en caso de producirse la renuncia a dicho derecho el juez de control de garantías o el juez de conocimiento deberá “*verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado*”²⁶.

1. LAS DECLARACIONES DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL

El artículo 394 de la Ley 906 de 2004 establece que si el acusado quisiera ofrecer unas declaraciones dentro de su propio juicio, éste deberá comparecer como testigo y será interrogado bajo la gravedad del juramento²⁷.

La Corte Constitucional, en su sentencia C-782 de 2005, declaró la constitucionalidad condicionada de la norma bajo el entendido de que el juramento al que hace referencia, que deberá ser prestado por el acusado declarante, no tiene efectos penales adversos, es decir, en nada afectará las declaraciones hechas en el juicio respecto de su propia conducta. De esta manera lo ha establecido:

“Así, si se entiende que el juramento que se exige al acusado y coacusado que ofrecieren declarar en su propio juicio, es una formalidad previa a la declaración, pero de la cual no se puedan derivar consecuencias jurídico-penales adversas al declarante cuando su declaración verse sobre su propia conducta, desaparece entonces la coacción que priva de libertad y espontaneidad a su dicho y, en tales circunstancias, queda entonces libre ya del temor a incurrir en otro delito a propósito de haber prestado el juramento y rendido su propia versión sobre los hechos que se le imputan, aun en el caso de que calle total o parcialmente si así lo considera necesario en pro de su defensa material. Es entonces el juramento, un llamamiento

25 Sentencia del 29 de agosto de 2002, proceso 16370.

26 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 131.

27 Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, artículo 394.

solemne a que declare la verdad, pero sin que se pueda entender en ningún caso como una coacción con consecuencias penales. Siendo ello así, aunque subsista esa formalidad, se garantiza la plena vigencia de las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación. *No es suficiente, sin embargo, con despojar al juramento así prestado como formalidad previa a la declaración, de sus consecuencias jurídico-penales para garantizar el amparo que la Constitución otorga al derecho de defensa, a la libertad y a la dignidad de la persona que se juzga por el Estado. Es necesario que el sindicado sea plenamente enterado por el juez de que podrá declarar con entera libertad y sin el temor de incurrir en otro delito con motivo de su declaración respecto de su propia conducta (...) Por ello, para que las garantías constitucionales al derecho de defensa y a la no autoincriminación queden a salvo, será un deber del juez advertir previa y claramente a quien ofreció su declaración como acusado o coacusado en su propio juicio, que ese juramento queda desprovisto de las consecuencias jurídico-penales adversas que podrían derivarse en contra suya como consecuencia de la prestación del mismo que antecede a la declaración; es decir, que al sindicado le asiste total libertad respecto del contenido mismo de aquella, así como es legítima su negativa a responder total o parcialmente, ya sea a las preguntas que se le formulen por el juez o a las que se le hagan por la Fiscalía y la defensa en el interrogatorio cruzado propio de un proceso adversarial y de partes, como el que establece el sistema penal acusatorio”.*

2. EL DERECHO A GUARDAR SILENCIO SE PREDICA DEL IMPUTADO O ACUSADO

La jurisprudencia en ocasiones pasadas ha establecido, sin claridad, que el derecho a guardar silencio es propio del declarante, no del imputado o acusado. Sin embargo, como bien se establecerá a continuación, la jurisprudencia nacional e internacional ha establecido de manera mayoritaria que dicho derecho es predicable del imputado o acusado y no del declarante.

La Corte Constitucional ha establecido en numerosas ocasiones que el derecho a guardar silencio está íntimamente ligado al derecho a la no autoincriminación, derecho fundamental que busca proteger las garantías del procesado respecto al debido proceso:

“Al respecto, la Corte encuentra que existen numerosas diferencias ontológicas entre las figuras del indagado y el testigo. Así, el indagado es

(i) sujeto de la acción penal; (ii) sobre él recae la investigación penal; (iii) es titular de los derechos a guardar silencio, no pudiendo ser apreciado tal comportamiento como un indicio en su contra, y a no autoincriminarse, y por ende, la declaración que rinde es voluntaria, libre de todo apremio; (iv) constitucionalmente no está obligado a declarar contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (v) durante la indagatoria debe estar asistido por su defensor de confianza o de oficio, quienes no podrán interrogarlo; y (vi) le asiste el derecho a solicitar la ampliación de su indagatoria. Por el contrario, el testigo (i) no es sujeto de la acción penal; (ii) está obligado a declarar bajo juramento, no pudiendo ser obligado a hacerlo contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (iii) de llegar a faltar a la verdad o la calle total o parcialmente, puede ser sancionado penalmente por el delito de falso testimonio; y (iv) todos los sujetos procesales pueden interrogarlo²⁸. (Resaltado fuera de texto).

Por medio de la sentencia C-621 de 1998, la Corte vuelve a establecer dicho pensamiento al declarar:

“Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”²⁹.

A su vez, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el derecho a guardar silencio es propio del procesado, ya sea en su condición de imputado o de acusado:

“Sin embargo, también es posible que el procesado renuncie a su derecho a guardar silencio, y acceda a rendir diligencia de descargos, evento en el cual, una vez advertido y consciente del derecho a no autoincriminarse, los contenidos de su versión pueden ser confrontados, y si bien es cierto no puede ser constreñido, de ninguna manera, a decir la verdad, y por esta razón se le exime de juramento, ello no se traduce en que si falta a la misma, su actitud no pueda ser tenida como indicio de responsabilidad en

28 Corte Constitucional, sentencia 537 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

29 Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

*el hecho investigado cuando se cumplen las exigencias de orden fáctico y jurídico en su deducción*³⁰. (Resaltado fuera de texto).

De otro lado, en materia de estándares internacionales, el ECPI hace mención expresa al derecho a guardar silencio como un derecho del procesado en la etapa de investigación al hacer referencia a aquel de quien se cree que ha cometido una conducta ilícita:

“Artículo 55 (...) 2. Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia”.

Si bien pareciera que la jurisprudencia nacional tuviera claridad con respecto a de quién se predica el derecho a guardar silencio, incluso en sentencias del año 2006 se hace referencia a la indagatoria, institución que era propia del antiguo régimen de procedimiento penal. La Ley 600 de 2000 preveía la diligencia de indagatoria, momento procesal propio de la etapa de instrucción por medio del cual se hacía la vinculación del posible autor del ilícito al proceso penal³¹. Dicha institución ya no tiene vigencia en el nuevo Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, lo cual implica de suyo que el derecho a guardar silencio, siendo una prerrogativa propia del imputado o acusado, toma una interpretación que podrá generar grandes conflictos al momento de su protección efectiva en un proceso determinado.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 16183, 16 de mayo de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

31 Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, artículos 332 y 333.

IV. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE EXONERACIÓN DEL DEBER DE DECLARAR Y EXCEPCIONES AL DEBER GENERAL DE DENUNCIAR

En las legislaciones latinoamericanas existen excepciones a dos elementos fundamentales del derecho procesal penal lo cuales son el deber de denunciar y deber de declarar. En desarrollo de éstos supuestos, las legislaciones han permitido que los cónyuges y en algunos casos sus descendientes y ascendientes se vean excusados de la obligación de cumplir con dichos deberes de manera estricta.

- Código Procesal Penal de Argentina: la normatividad en la materia de referencia establece tanto la prohibición de denunciar al cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano³², como la prohibición de declarar en contra del imputado que se predica de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos³³. También en el artículo 243 CPP existe una facultad de abstención de testificación en contra del imputado, facultad que es propia de los *“parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos, a menos que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su perjuicio o contra un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado”*.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela: en su artículo 239 se establecen las exenciones en materia de declaraciones, de esta manera, en su numeral 1 se expresa que no está obligado a declarar *“[e]l cónyuge o la persona con quien haga vida marital el imputado, sus ascendientes y descendientes y demás parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus padres adoptantes y su hijo adoptivo”*. Por otra parte, la legislación penal de Venezuela estipula una excepción a la obligación de denunciar respecto del *“cónyuge, a los ascendientes y descendientes consanguíneos, afines o por adopción, hasta el segundo grado, inclusive, del pariente participe en los hechos”*³⁴.
- Código de Procedimiento Penal de Chile: en su artículo 116 se establece la prohibición de querrela, es decir, *“[n]o podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada: a) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus*

32 Código Procesal Penal de Argentina, artículo 178.

33 *Ibíd.*, artículo 242.

34 Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, artículo 297.

hijos, o por el delito de bigamia, y b) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos". A su vez, la normatividad en materia de la obligación de denunciar permite que el cónyuge, el conviviente o los ascendientes, descendientes o hermanos no incumpla esta obligación cuando en caso de haberse formulado la denuncia se arriesgue la persecución propia de los mismos³⁵. Por último, el artículo 302 CPP establece: "*No estarán obligados a declarar [en contra del imputado] el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado*".

- Código Federal de Procedimiento Penales de México: en su artículo 243 se establece: "*No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculcado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculcado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración*".

En Colombia, existen diversas referencias normativas expresas de la Ley 906 de 2004 respecto de estas excepciones, es decir:

- Artículo 8: establece el principio y garantía del derecho de defensa, garantía que implica: "*a) No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad; b) No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad*".
- Artículo 68: estipula la exoneración del deber de denunciar, exoneración que tiene aplicación respecto del cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

35 Código Procesal Penal de Chile, artículo 177.

- Artículo 282: establece el procedimiento de interrogatorio al indiciado, de esta manera el fiscal en dicha diligencia *“le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*.
- Artículo 303: establece como derecho del capturado guardar silencio y no declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- Artículo 385: hace referencia a las reglas generales para la prueba testimonial, establece como excepción constitucional el hecho de que *“[n]adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad”*.

Queda claro, entonces, que las excepciones en materia del deber de denunciar y declarar en materia penal son exclusivos respecto del cónyuge, la compañera o compañero permanente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad (primos) o civil, o segundo de afinidad (hermanos del cónyuge). Sin embargo, queda el interrogante sobre la aplicación de dichas excepciones respecto de aquellos que sostienen relaciones sentimentales estables y que no han hecho la declaratoria de la unión marital de hecho en virtud de la falta de convivencia.

En materia de normatividad de derecho comparado, no pareciera existir una legislación penal que permita una exención respecto de la obligación de denunciar o testificar en contra del imputado en los casos diferentes a los establecidos en la misma legislación colombiana. Unas legislaciones son más amplias que

otras al establecer dicha excepción en cabeza de los familiares en general del imputado³⁶, y otras son más específicas en cuanto a la enunciación de aquellos que se encuentran cobijados por la norma. Incluso un ejemplo importante respecto a la materia se encuentra en el Código de Procedimiento Penal del Estado de Estonia que en su artículo 71 establece las personas que tienen la facultad de rehusarse a dar su testimonio por razones personales:

“Article 71. Refusal to give testimony for personal reasons. The following persons have the right to refuse to give testimony as witnesses: 1) the descendants and ascendants of the suspect or accused; 2) a sister, stepsister, brother or stepbrother of the suspect or accused, or a person who is or has been married to a sister, stepsister, brother or stepbrother of the suspect or accused; 3) a step or foster parent or a step or foster child of the suspect or accused; 4) an adoptive parent or an adopted child of the suspect or accused; 5) the spouse of or a person permanently living together with the suspect or accused, and the parents of the spouse or person, even if the marriage or permanent cohabitation has ended”.

En virtud del precepto anterior, en su numeral 5 la facultad enunciada anteriormente no solo la tiene la esposa y compañera o compañero que cohabitan de manera permanente, sino que adicionalmente incluye una protección respecto de aquellos cuyo matrimonio o cohabitación permanente ha cesado. Esto implica una interpretación más amplia de la facultad de rehusarse a declarar en contra del imputado o acusado. Sin embargo, pareciera que la normatividad respecto a la materia de referencia requiere la existencia de un vínculo legalmente reconocido para aducir los efectos de la excepción aun si el vínculo ha cesado, lo importante es la existencia del vínculo legal de manera anterior a la ocurrencia del hecho. Si bien la legislación colombiana no prevé la extensión de la excepción respecto de aquellos que ya no son compañeros permanentes o respecto de aquellos que se encuentran divorciados, sería importante hacer un análisis referido a dicha situación.

36 Código de Procedimiento Penal de la República de Estonia, artículo 20: “Privilege Against Self-incrimination. 1. No one shall be obligated to furnish evidence against himself, his/her spouse, and close relatives”.

BIBLIOGRAFÍA

NORMATIVIDAD

- Canadian Charter of Rights and Freedoms, Constitution Act*, 1982.
- Código de Procedimiento Penal de la República de Estonia.
- Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, Colombia.
- Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, Colombia.
- Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela.
- Código Procesal Penal de Argentina.
- Código Procesal Penal de Chile.
- Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica, noviembre de 1969.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda.
- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.
- Federal Anti-terrorism and Victorian Organized Crime Act*, Inglaterra.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.
- Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda.
- Strafprozessordnung* (Código de Procedimiento Penal alemán), 1877.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional, sentencia C-782 de 2005, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, sentencia 537 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional, sentencia C-621 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 16183, 16 de mayo de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Eur. Court HR, Case *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I.

Petty v. R. (1991), Australia.

Weissensteiner v. R. (1993), Australia.

R. v. Hebert (1990) 2 S.C.R. 151, Canadá.

