

## LA DECLARACIÓN DEL INculpADO

Juan José OLVERA LÓPEZ

SUMARIO: I. *La declaración del inculpado es más una versión de parte en juicio, que un medio de prueba.* II. *El inculpado no puede ser obligado a declarar.* III. *El inculpado goza de la garantía de ser informado de que no puede ser obligado a declarar.* IV. *El defensor tiene la obligación de enterar al inculpado de las consecuencias de declarar o no declarar.* V. *La invalidez es la sanción para la declaración reunida contra derecho.* VI. *Bibliografía.*

El inculpado es la figura central del drama del proceso penal; su declaración debe ser cuidadosamente observada en tanto que constituye una alternativa de uno de sus derechos fundamentales: ser oído en juicio. Sin embargo, y al contrario de lo que suele pensarse, declarar en el juicio no le asegura beneficios, declarar sobre los hechos que se le atribuyen no es precisamente su mejor opción, pues conforme a nuestro sistema constitucional cobra cabal vigencia el principio *todo lo que diga el inculpado podrá ser usado en su contra*. Bajo ese esquema, bien valdría la pena reconsiderar que el enunciado: *el inculpado no podrá ser obligado a declarar* (artículo 20, apartado A, fracción II, constitucional) significa que más que tener derecho a declarar tiene derecho a guardar silencio.

La experiencia de juez de distrito durante casi cuatro años, la mitad en la especialidad de procesos penales federales, me ha permitido observar que al menos en la práctica judicial suele asignarse a la declaración del inculpado la calidad de medio de prueba por sí, cuando en realidad, dada su propia naturaleza de dicho de *una parte del juicio*, constituye una *versión* que exige ser demostrada; puede, en efecto, constituir un medio de prueba, pero sólo como una posibilidad y siempre en perjuicio del inculpado, ya porque se declara confeso, ya porque permite conocer medios de

prueba que lo perjudican o ya porque sostiene una versión que por inverosímil e indemostrada constituye un indicio de su responsabilidad; sólo en pocas ocasiones su declaración le es útil, no porque sea una prueba en su favor, sino porque durante el juicio logra demostrar la versión exculpatoria que en ella sostiene.

Esa realidad me motiva a desarrollar las siguientes ideas: que la declaración del inculpado es más una versión de parte en juicio que un medio de prueba; que el inculpado no puede ser obligado a declarar; que el inculpado goza de la garantía de ser informado de que no puede ser obligado a declarar; que el defensor tiene la obligación de enterar al inculpado de las consecuencias de declarar o no declarar, y que la invalidez es la sanción para la declaración rendida contra derecho.

#### I. LA DECLARACIÓN DEL INCULPADO ES MÁS UNA VERSIÓN DE PARTE EN JUICIO QUE UN MEDIO DE PRUEBA

Aunque el proceso penal tiene algunas similitudes con el proceso civil, porque ambos se sustentan en los principios torales de la teoría general del proceso; por ejemplo, que uno y otro se inician a instancia de parte, también presentan discrepancias fundamentales, entre ellas lo referente a la *versión de parte*, tema sobre el que aquí se trata.

En el proceso civil, la admisión de los hechos por parte contraria a la que los afirma implica que el juez tiene que partir de la existencia de los mismos, debe el juzgador considerar que esos hechos no forman parte del debate, y encausar la prueba sólo a aquellos que sí fueron controvertidos, es decir, a los afirmados por una parte y negados por la otra; pero ese principio que es característico de un proceso *dispositivo* no puede aplicarse al proceso penal que hoy por hoy se edifica sobre el principio *acusatorio*; en éste no existe una relación jurídica material entre el Ministerio Público y el inculpado, ni un derecho subjetivo a la imposición de una pena por quien ejerce la acción. Si son partes contrarias, pero bajo este esquema el único que delimita los hechos es el Ministerio Público y sólo en la medida en que precisa cuáles son aquellos por los que ejerce la acción penal,<sup>1</sup> mas la circunstancia de que el inculpado los acepte total

<sup>1</sup> Y es relativo, porque al dictar el auto de formal prisión o de sujeción a proceso es el juzgador quien precisa los hechos que serán la materia y medida del proceso, en observancia del artículo 19 constitucional.

o parcialmente no los deja fuera del litigio cual si se dieran por existentes, ni basta, por sí sola y por el simple hecho de ser confesión, para tenerlos por demostrados<sup>2</sup> a grado tal que los deje fuera del debate. En el proceso penal los hechos afirmados por el Ministerio Público como sustento de su acción es una versión que debe ser demostrada para el éxito de su pretensión y no se deben tener por existentes, aunque el inculpado los confiese, dado que esa confesión, a lo sumo, se constituye en un medio de prueba que le favorece proveniente del dicho de su contraparte, pero además con valor limitado; su valor probatorio pleno y su carácter de “reina de la prueba” en materia penal es parte del pasado; en la actualidad esa confesión es un simple medio de prueba, pero además con valor limitado, de indicio.

En ese esquema, el alcance de la declaración del inculpado<sup>3</sup> depende de cualquiera de estos tres sentidos en que se produzca: 1) Que los hechos no ocurrieron como lo sostiene el Ministerio Público, sino de una forma diversa; en este caso constituye una versión, que por provenir de una *parte* debe ser demostrada para que tenga trascendencia en el juicio; 2) Que los hechos sí ocurrieron como se sostiene en la versión del Ministerio Público, dado que entonces constituye una confesión, es decir, una prueba en contra del propio confesante, o 3) Si acepta que los hechos ocurrieron como lo refiere el accionante, pero precisa que participó en ellos bajo una causa de exclusión del delito, supuesto en el cual podrá constituir una confesión calificada divisible si no demuestra los extremos en los que sustenta esa causa de exclusión delictual. Cualquiera que sea la alternativa, queda evidenciado que su declaración nunca constituye un medio de prueba en su beneficio, que se traduce en el principio de que cuando el inculpado decida no guardar silencio *todo lo que diga podrá ser usado en su contra*, pues la probabilidad que deriva del término “podrá” estriba en la circunstancia de que, al declarar, eventualmente confiese los hechos o que, aunque los niegue, refiera hechos de los que puedan conocerse y posteriormente recabarse pruebas en su contra; en efecto, una cosa es que tenga derecho a no ser obligado a declarar ni extraer

<sup>2</sup> La jurisprudencia del máximo tribunal del país es clara en señalar que la confesión del inculpado no basta por sí sola para fundar una condena, criterio que en todo caso es congruente con el valor de mero indicio que el legislador le ha asignado (artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales).

<sup>3</sup> En el supuesto de que sí declare, pues en párrafos subsecuentes se verá que tiene derecho a no declarar.

consecuencias negativas del silencio del inculpado y otra muy distinta es que si el inculpado declara lo que diga pueda servir como elemento de prueba al juzgador para condenarlo. Por ello, la declaración del inculpado es más un medio de defensa que un medio de prueba, y cuando es esto último, en todo caso, lo es en su perjuicio en tanto que aporta elementos de convicción de la versión que lo incrimina.

La señalada naturaleza procesal de la declaración del inculpado hace inexplicable algunas prácticas que actualmente ocurren en el procedimiento penal, cuando menos del orden federal:

1. Por lo que hace a la defensa, es frecuente que durante la instrucción ofrezca diversos medios de prueba y además la declaración o ampliación de declaración del inculpado, con la petición de que ésta se desahogue después de que se hayan desahogado los aludidos medios de prueba. Esta última condición no reporta utilidad alguna a los fines de su defensa, porque aun con conocimiento del resultado de los medios de prueba el panorama no podrá ser diferente; ciertamente, si lo que ha de declarar es una confesión, producirla antes o después no cambia las cosas, ni siquiera constituye un aspecto favorable al momento de individualizar la sanción; si ha de ser introduciendo una versión diferente a la del accionante, subsiste la necesidad de su demostración, incluso en ese momento (hasta que se hayan desahogado los medios de prueba, como se pide) con menor tiempo para hacerlo; y si ha de ser para controvertir el dicho de los demás declarantes, realmente constituye formulación de alegatos para lo cual ni siquiera es necesario que sea mediante “declaración” en audiencia formal, pues puede hacerse en cualquier momento, incluso vía conclusiones en la audiencia final y a través de cualquier medio, como es simple promoción escrita.

Un ejemplo de la vida real ilustra mejor la última hipótesis:

A fin de desahogar la ampliación de declaración del encausado... el procesado dijo: que el día de hoy no es mi deseo ampliar mi declaración hasta que no se desahoguen las pruebas de ambas partes para que tenga oportunidad de contradecir cualquier hecho o circunstancia que me pudiera incriminar. Causa 30/2003. Juzgado Decimosegundo de Distrito en Materia de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, 23 de abril de 2003.

Antes bien, existen diversos criterios jurisprudenciales de los que deriva que la inmediatez procesal dota a la confesión de credibilidad pre-

sunta, pero no así a la declaración exculpatoria, porque el devenir del tiempo no altera su origen y calidad de *versión de parte*, de modo que próxima o no a la fecha de los hechos debe ser demostrada. Véanse un par de criterios:

CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio procesal de intermediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores. (Primera Sala, Tesis de Jurisprudencia, publicada en el *Ius2003* con el número de registro 389,975).

CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO CONTRADICTORIAS CON LA. Las primeras declaraciones no tienen en todos los casos fuerza probatoria preferente, dado que la inmediatez no es el único dato indicador de su veracidad, sino que debe atenderse a otros elementos que las corroboren y las hagan, por lo mismo, creíbles; lo que no ocurre cuando la primera declaración exculpatoria resulta inverosímil y, además, contradictoria con la posterior confesión. (Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Tesis de Jurisprudencia, publicada en el *Ius2003* con el número de registro 390,975).

2. Por lo que hace al juzgador, también con cierta frecuencia se advierte que al resolver a favor del inculpado, cuando la versión de éste no implica confesión, se le asigna carácter de prueba en su beneficio, pues al evaluarla se dice que se robustece, adminicula o engarza con determinados medios de prueba y se le otorga valor de indicio. Lo inapropiado de tal proceder obedece a que esa versión no puede robustecerse, adminicularse o engarzarse, sino en todo caso demostrarse, pues como no tiene valor en sí misma dada su naturaleza de postura de *parte* interesada, lo aceptable en todo caso es que los medios de prueba evaluados la han demostrado, y aunque esa incorrección pudiera apreciarse, a primera vista, como de simple redacción, se torna verdaderamente trascendente si al eliminar “esa prueba” de entre las que sirvieron para acoger esa postura cambiaría el sentido de la decisión, si al prescindir de esa declaración las pruebas no son suficientes para soportar el fallo favorable al inculpado.

## II. EL INculpADO NO PUEDE SER OBLIGADO A DECLARAR

En nuestro contexto nacional tal derecho fundamental deriva de este enunciado: “No podrá ser obligado a declarar” (artículo 20, apartado A, fracción II, constitucional). Esa garantía encierra varias lecturas: que el inculpado no tiene obligación de declarar, que tiene derecho a guardar silencio, que tiene derecho a decidir si habrá de declarar o no, que tiene derecho a declarar y que tiene derecho a declarar lo que quiera, incluso que tiene la libertad de mentir,<sup>4</sup> pues si el derecho lo es a no declarar, no puede existir obligación de declarar de una manera determinada, menos a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable. El legislador federal lo consagró así: *no declarar si así lo desea* para la fase de averiguación previa (artículo 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en adelante CFPP) y *preguntarle si es su voluntad declarar* en la fase judicial (artículo 154, CFPP).

Surge así el derecho al silencio, como ligación de reaccionar, mediante declaración, a una imputación de la culpa de las manifestaciones de la presunción de inocencia:<sup>5</sup> no tiene obvia es inocente, hasta en tanto quien se la impute no demuestre lo contrario; si no tiene obligación de demostrar su inocencia porque es obligación primaria del accionante demostrar plenamente su culpabilidad, menos aún tiene obligación de contribuir con éste para la reunión de pruebas que lo incriminen, en este caso mediante su confesión. La presunción *iuris tantum* de su inocencia durante el proceso lo desliga de la obligación probatoria, y con mayor razón de la obligación de aportar elementos de prueba que puedan probar en su

<sup>4</sup> Si bien no constituye un derecho, sí es una libertad, en tanto que no existe sanción para ello; la mentira del inculpado al declarar en juicio se ha considerado doctrinalmente como una causa de justificación, lo que explica el hecho de que antes de declarar no se le toma la protesta de decir verdad, como sí ocurre con los testigos (artículo 248, CFPP).

<sup>5</sup> Que como principio toral del proceso penal constituye un derecho fundamental del inculpado, pues si bien no está expresamente contenido en la carta magna, sí deriva de los diversos principios de debido proceso legal y acusatorio contenidos en los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo. Así lo sostuvo el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis del 16 de agosto de 2002 del rubro “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, publicada en el *Ius 2003* bajo el registro 186, 185. Véase el examen acusatorio que sobre esta cuestión realiza Raul F. Cárdenas en *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.

contra. Franco Cordero (1993) señala que ese derecho al silencio es una manifestación del abandono del sistema inquisitorial y fruto de normas civilizadas que garantizan un *procedimiento leal*.

No obstante, la libertad implícita en la no obligación de declarar lleva también ínsito el derecho de contestar, de declarar, si así lo decide, para defenderse de esa imputación. Este derecho representa una diferencia de gran valía respecto del proceso civil. En éste puede imponerse a la parte demandada (desde luego, también al demandante) la carga de: 1) Pronunciarse expresamente sobre los hechos afirmados por la parte contraria, de modo que el silencio o las evasivas significan la aceptación de los hechos relativos, y 2) Contestar de manera categórica a cada una de las posiciones que se le formulen en la prueba de confesión en juicio, de manera que la negativa a contestar o las respuestas evasivas conducen a que se tengan por confesos los hechos contenidos en las relativas posiciones. En cambio, estas dos cargas no pueden imponerse al inculcado en el proceso penal en tanto que el derecho a guardar silencio rechaza la existencia de la *confesión ficta* o *de posiciones*.<sup>6</sup>

Congruente con esa realidad constitucional, el legislador ordinario estableció (artículo 287 del CFPP) los requisitos que debe reunir la confesión del inculcado, entre los que destaca, por un lado, que sea hecha ante el Ministerio Público o el juez, es decir, que se exprese, que se produzca de manera activa y explícita, no que se deduzca o extraiga de una actitud silenciosa, y por otro lado, la prueba de posiciones no está expresamente prevista para el proceso penal ni puede admitirse a través de la puerta abierta del artículo 206 del CFPP, porque si esa prueba, de naturaleza

<sup>6</sup> Montero Aroca, Juan, en *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, sostiene: “Realmente la diferencia entre los procesos civiles y los penales deberían referirse a dos instituciones jurídicas: 1a.) La confesión en sentido estricto, con juramento decisorio o indecisorio, que no puede existir en el proceso penal, de modo que el acusado no puede declarar con juramento en caso alguno, lo que comporta la imposibilidad de que se den por existentes hechos con la sola admisión por el acusado, dado que ello supondría bien la existencia de prueba legal bien que el acusado puede disponer de los hechos, y 2a.) El interrogatorio del acusado, que es al que se refiere, propiamente la no obligación de declarar, con lo que la declaración del acusado debe contemplarse más como un medio de defensa del mismo que como una carga procesal o un medio de prueba. Si la declaración del acusado depende exclusivamente de la voluntad del mismo y es un medio de defensa, esa declaración no guarda relación alguna con el interrogatorio de las partes en el proceso civil, pues éste sí que es principalmente un medio de prueba. Desde estas consideraciones la conclusión obvia es que el tribunal no puede llegar a extraer consecuencia perjudicial alguna para el acusado de su negativa a declarar” (p. 157).

civil, tiene por característica que el silencio o la respuesta evasiva ante una posición concreta implica el reconocimiento del hecho contenido en esa posición, es una prueba contra el derecho en materia penal, dado que ante el silencio del inculpado obliga a presumir aceptado el hecho.

Si la negación del inculpado a declarar es una garantía, y, como tal, libre de sanción, no puede permitirse que el juzgador extraiga consecuencias negativas de esa actitud; el silencio no significa nada para los fines de la decisión; hacerlo pesar significaría asignarle el carácter de una prueba negativa. Es frecuente que en el foro y aun entre los juzgadores se hagan las siguientes preguntas: ¿Por qué no quiere declarar? ¿Qué acaso tiene temor a que se conozca cómo ocurrieron los hechos? Si tiene temor de que se esclarezcan los hechos ¿será acaso porque se sabe culpable de ellos? Si se dice inocente ¿por qué no quiere que los hechos se esclarezcan? ¿Por qué no ayuda a esclarecer los hechos si habrá de resultar inocente, o será justamente por lo contrario, que está consciente de que si declara podría advertirse su culpabilidad? En todos esos cuestionamientos subyace la convicción de que una persona que no quiere declarar está ocultando su culpabilidad; sin embargo, esta conclusión no suele ser parte de los argumentos expresos de una sentencia, ni para tener por demostrada la culpabilidad del acusado ni para determinar el grado de culpabilidad (al individualizar la sanción), y no lo son quizá porque los jueces están conscientes de que hacerlo implicaría convertir ese derecho en un medio de incriminación; por fortuna, en nuestro contexto nacional no se tiene noticia, al menos no expuesto expresamente en la motivación de las sentencias, de que la negación persistente a declarar sea considerado como indicio de obstinación y de falta de capacidad de comprensión, y se aumente la pena por esa razón.<sup>7</sup>

Esta garantía fue diseñada por el Constituyente como genérica, de modo que no es dable ponerle limitantes; debe entenderse en toda su amplitud: que el inculpado no sea obligado a *declarar*, que no sea constreñido a emitir pronunciamiento sobre los hechos en los que está involucrado.

Por eso mismo, la garantía de no ser obligado a declarar:

- a) No se limita a la prohibición de obligarlo a *confesar*, pues aunque pareciera que una declaración sin confesión ningún perjuicio le

<sup>7</sup> Sí ocurre, en cambio, en el Tribunal Supremo Federal Alemán, en materia penal, como lo refiere Claus Roxin en su obra *Derecho procesal penal*, trad. de la 25a. edición alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 211.



*ocasiona*, no es así; ciertamente, aunque no confiese los hechos puede referirse a ellos de tal manera que permitan al Ministerio Público y aun al juzgador enterarse de la existencia de medios de prueba que pudieran depararle perjuicio, y así conocidos pueden incorporarse al juicio; dicho de otra manera, una declaración sin confesión no puede ser considerada como medio de prueba en sí misma, pero sí un recurso para conocer y eventualmente recabar otros medios de prueba que pudieran afectar al inculcado. De igual manera, una declaración sin confesión puede constituirse en indicio contra el inculcado si durante todo el procedimiento se ha modificado tantas veces como veces declare el inculcado, y en todas ellas la versión sea inverosímil, pues si no se ofrece prueba alguna para soportar cualquiera de esas versiones es innegable que tal postura activa del inculcado representa un constante interés por dificultar el conocimiento de los hechos; cierto que en este caso no ha confesado, pero también es cierto que tampoco se ha mostrado silencioso, sino que ha incorporado versiones diferentes, increíbles e indemostradas por indemostrables, de modo que al momento del juicio propiamente dicho tal postura se aquilata como un indicio de su responsabilidad en los hechos de los que deriva el delito por el que se le enjuicia.

- b) No se refiere únicamente a las particularidades del caso (a los hechos referentes a la existencia del delito y de la responsabilidad del inculcado), pues tampoco se le puede obligar a declarar sobre sus datos personales, debido a que tal información se pondera para la individualización de las sanciones (artículo 52 del CPF; por ejemplo, antecedentes penales, edad, educación ilustración o costumbres) o para determinar el monto de las sanciones (según el artículo 29 del CPF; por ejemplo, ingresos económicos que obtenía cuando supuestamente se cometió el delito); es decir, constituye material útil para el juicio que puede deparar perjuicio al acusado.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el dicho del inculcado sobre sus ingresos económicos, por sí solo y no controvertido por otro medio de prueba, constituye confesión de ese hecho, y tiene valor pleno para acreditar tal extremo, que es fundamental para fijar el monto de la multa que se imponga como pena. Tesis de jurisprudencia del rubro: “MULTA, EL

CRITERIO PARA IMPONERLA ES LA PERCEPCIÓN NETA DIARIA DEL SENTENCIADO, SU DICHO TIENE VALOR DE PRUEBA PLENA, SI NADA LO DESVIRTÚA”, publicada en el *Ius 2003* con el número de registro 200,422.

Por ello si puede afectarle es inadecuado obligársele a que proporcione esos datos. La redacción del artículo 154 del CFPP permite suponer que antes de preguntarle *si es su voluntad declarar* se le tomarán sus datos generales; sin embargo, si la Primera Sala del máximo tribunal del país ha considerado que un dato ahí proporcionado constituye confesión, lo adecuado es iniciar tal diligencia con tal pregunta al inculpado, que en todo caso ningún derecho fundamental trastoca, porque implica variar el orden cronológico ahí establecido, pero en aras de respetar otra garantía del enjuiciado. Pese a la trascendencia de la información así recabada del propio inculpado, en los tribunales se dispone de formatos de audiencia de declaración preparatoria, conforme a los cuales primero se recaban los datos personales del inculpado y después, al enfocarse a los hechos materia de la acción penal, se le hace saber que tiene derecho a no declarar, y, no obstante que tal irregularidad ocasiona la nulidad de lo así informado, al individualizar y determinar las sanciones en sentencia se toman en cuenta sus datos generales, ya como indicio o ya como prueba plena en su contra.<sup>8</sup>

- c) Asimismo, la garantía de no ser obligado a declarar asiste al inculpado durante el procedimiento; es decir, el derecho a no declarar lo tiene en toda ocasión en que sea llamado a declarar, pues aunque normalmente se asocia con la declaración ministerial (durante la fase de averiguación previa) y con la declaración preparatoria (en la fase judicial), porque es ahí donde se le debe hacer saber que dispone de ese derecho, el artículo 20 constitucional no establece esa limitante. Para entender tal idea basta tener presente que una es la garantía de *no ser obligado a declarar* y otra garantía, muy diferente, es *que se le haga saber* que tiene aquella primera garantía. La primera le asiste en todo momento, y la segunda sólo en su declara-

<sup>8</sup> Adviértase que la tesis de jurisprudencia apenas citada concede valor de prueba plena a la confesión, pese a que el artículo 285 del CFPP tan sólo le asigna el valor de indicio.

ción ministerial y en la declaración preparatoria. En líneas posteriores se abordará con más detalle esta distinción.

Así, el derecho a no ser obligado a declarar le asiste para decidir si desea declarar o no, si quiere hacerlo verbalmente o por escrito (artículo 155, CFPP), que la haga en ese momento o con posterioridad, si desea dar respuesta al interrogatorio que le formulen las demás partes o el juzgador, o a cuál de ellas no, si desea no declarar desde luego, o si decide no hacerlo después de que se entere de cada pregunta que se le formule.

Durante el proceso son comunes las diligencias en las que es llamado a declarar, y, por ende, en las que le asiste esa garantía: 1) cuando se desahoga su ampliación de declaración, ofrecida regularmente por la defensa<sup>9</sup> y en no pocos casos por el Ministerio Público; 2) cuando es sometido a careos procesales, y 3) cuando es llamado a declarar como testigo dentro de su propia causa, pero respecto de otros inculcados, sea para declarar sobre los hechos o aun sobre la responsabilidad de aquéllos. En este último caso dispone de esa garantía porque existe la posibilidad de que al declarar coadyuve a esclarecer datos en su propio perjuicio, ya que si se refiere a los hechos materia del proceso es indiscutible que alude a un tema en el que está involucrado como inculcado, y si se refiere a la participación en ellos de sus coinculcados existe la posibilidad de que en sus respuestas, precisamente por existir coparticipación, se involucre a sí mismo.<sup>10</sup> Pero esa misma razón hace inexplicable que quien ha dejado de ser inculcado, al ser llamado a declarar como testigo pretenda acogerse a esa garantía, dado que dejó de tenerla en cuanto dejó de tener la calidad de inculcado.

<sup>9</sup> Esta costumbre de la defensa podría estimarse innecesaria y arriesgada, claro está, desde el punto de vista de la defensa. Innecesaria porque si se dispone de la oportunidad de rendir declaración por escrito puede hacerse por el mismo medio cuantas veces estime conveniente a la defensa, y, riesgosa porque aunque el inculcado sólo deseara dar respuesta al interrogatorio de su defensor, el simple hecho de hacerlo de manera verbal y frente a la presencia judicial implica el riesgo de confesar los hechos o proporcionar datos que permitan conocer medios de prueba que puedan depararle perjuicio, riesgo que no existiría si se presentara por escrito.

<sup>10</sup> La falta de disposición expresa en nuestra legislación ocasiona que tal derecho del inculcado sea cuestionado, lo que no ocurre en otras latitudes; por ejemplo, en Italia, pues el artículo 197 del Código de Procedimientos Penales señala que los coacusados en el mismo delito o los acusados en un procedimiento conexo no pueden ser testigos.

Así alegó una persona en una causa en la que había dejado de ser inculpado:

... en relación con los hechos que son materia de la presente causa, la Procuraduría General de la República me confirió el carácter de probable responsable e incluso, ejerció acción penal en mi contra. Al ofrecer mi testimonio en la presente causa, el Ministerio Público pretende interrogarme respecto de hechos en los que me imputa una responsabilidad, vulnerando en mi perjuicio la garantía contenida en la fracción II del artículo 20 Constitucional... en virtud de ello solicito... se me exima de rendir declaración en la presente causa, ya que me acojo a la garantía contemplada en dicha disposición. Escrito de 31/01/2002, causa 160/2001, Juzgado Decimosegundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.

Sin embargo, si fue inculpado mientras se integró la averiguación previa dejó de serlo al no ejercerse la acción penal en su contra; si fue inculpado porque se ejerció la acción penal en su contra dejó de serlo cuando se dictó el auto de libertad por falta de elementos para procesar en su favor, y si lo fue porque se le sometió a proceso dejó de serlo porque se dictó la sentencia en su contra.<sup>11</sup> Es cierto que las determinaciones a que se refieren esos tres supuestos no lo despojan definitivamente del carácter de inculpado, en tanto que existe la posibilidad de que lo readquiera por ejercicio posterior de la acción o por el dictado de un auto de formal prisión (surgido de nuevos elementos); sin embargo, como posibilidad que es no puede sobreponerse a la certeza de no ser inculpado en ese momento. En todo caso, de ocurrir un nuevo ejercicio de la acción penal, sobrevenir un auto de formal prisión o sujeción a proceso, o una reposición del procedimiento, las declaraciones que haya rendido como testigo de otros coinceptados no podrán ser valoradas en su perjuicio, en tanto que no dispuso de la garantía de no ser obligado a declarar.

<sup>11</sup> Igualmente cuestionable resulta esta situación en nuestro contexto nacional, pero en el procedimiento penal italiano está claramente resuelto: podrá ser testigo en relación con sus coinceptados si en su contra ya se dictó sentencia irrevocable (a. 197, 1.a).

### III. EL INculpADO GOZA DE LA GARANTÍA DE SER INFORMADO DE QUE NO PUEDE SER OBLIGADO A DECLARAR

El derecho del inculpado a no declarar está antecedido de otro no menos importante: que se le haga saber que tiene ese derecho, lleva pues imbibida una obligación para la autoridad —Ministerio Público y juez— de enterarlo de que tiene derecho a no declarar (artículo 20, apartado A, fracción IX, constitucional, y 128, fracción III, inciso a) en la fase de averiguación previa, y 154, cuarto párrafo, en la fase judicial, ambos del CFPP). De qué sirve al inculpado el que tenga derecho a no ser obligado a declarar si no conoce ese derecho. Por ello, para hacerlo realidad se elevó a garantía constitucional el diverso derecho de que se le haga saber aquél. Al igual que con todos los derechos fundamentales del inculpado, debe asentarse en el acta respectiva que se le hizo saber que tiene derecho a no ser obligado a declarar, pues si en el expediente no obra tal circunstancia prácticamente se carece de prueba de que se le respetó tal garantía y su declaración será inválida.

### IV. EL DEFENSOR TIENE LA OBLIGACIÓN DE ENTERAR AL INculpADO DE LAS CONSECUENCIAS DE DECLARAR O NO DECLARAR

¿De qué le sirve al inculpado saber que tiene derecho a no ser obligado a declarar? Enterado de tal derecho, en no pocas ocasiones el inculpado pregunta: ¿Eso me ayuda o me perjudica? ¿Qué pasa si no declaro? ¿Qué pasa si declaro?

Cualquier especialista en la materia podrá contestar con facilidad que como derecho que es, el no declarar no puede acarrearle sanción alguna; cualquier especialista podrá contestar que si no declara tiene una ventaja: por el simple hecho de permanecer callado, no correrá el riesgo de aportar medios de prueba en su contra, pero también tiene una desventaja: que como no existe versión de su parte, su defensa se limitará a una vía: que la ofensiva (versión de cargo) no prospere, por ser en sí misma insuficiente o porque su defensa la ha de destruir; y, por último, cualquier especialista podrá contestar también que si declara tiene una desventaja: que corre el riesgo de aportar medios de prueba, por el simple hecho de hablar, pero a cambio tiene una ventaja: que al hacerlo introduzca una versión de su parte diferente a la del acusador, en cuyo caso su oportunidad de

defensa se amplía a dos vías: 1) que la ofensiva (versión de cargo) no prospere, por ser en sí misma insuficiente o porque su defensa la ha de destruir, y 2) que aunque prospere la versión de cargo su versión también quede demostrada y baste por ello para obtener una resolución favorable.

Un ejemplo ilustra mejor la idea de la ventaja que implicaría declarar: el Ministerio Público sostiene que el inculpado traía consigo veinte pastillas psicotrópicas. El inculpado, en cambio, sostiene que ninguna pastilla traía consigo, pero que además es adicto a esas pastillas. Sus oportunidades de obtener una sentencia favorable son las siguientes: primera, que no se logre demostrar que en efecto traía consigo veinte pastillas psicotrópicas, porque el Ministerio Público no pudo demostrarlo plenamente o porque las pruebas ofrecidas de parte del inculpado impidieron tener por demostrado ese hecho; segunda, porque demostró que esas veinte pastillas, de haberlas traído, serían para su estricto consumo personal porque es farmacodependiente (en cuyo caso dice el artículo 199 del Código Penal Federal que no se aplicará pena alguna).

Sin embargo, en la casi totalidad de los casos el inculpado no es especialista en derecho, y esas preguntas no están fuera de lugar. Pero ¿a quién corresponde contestarlas? Recuérdese que conforme a la Constitución y a la ley procesal, los derechos del inculpado estriban en: 1) no declarar si así lo desea, y 2) ser enterado de que tiene ese derecho, lo que se traduce en que el juzgador no tiene la obligación de enterarlo de las consecuencias de si decide declarar o no declarar. Podría argumentarse que para hacer realidad aquellos derechos la autoridad —Ministerio Público o juez— debe enterarlo de las citadas consecuencias, pero hay dos razones que impiden asumir esa postura: una, mientras ese derecho no esté expresamente consignado en la ley, la autoridad no tiene la correlativa obligación de observarlo, y dos: la variedad de consecuencias que pueden derivar de la postura que decida asumir el inculpado implican que está asociado a la estrategia de defensa que desde ese momento decida asumir y, por ende, no es el juzgador el más indicado en ilustrar al inculpado ante tal situación, sino justamente corresponde hacerlo al defensor.

Esa realidad justifica la trascendencia de la labor de su defensor y explica la necesidad de que esté presente desde el inicio de la audiencia; más aún, no sólo que haga acto de presencia, sino de que tome parte activa, que explique al inculpado en qué consiste ese derecho de no ser obligado a declarar, de cuáles son las consecuencias si se acoge a él o no.

Pese a ello, otra realidad en los juzgados es que no se permita al defensor comunicarse con el inculcado antes de que declare, ni menos cuando se cuestiona a este último si quiere declarar o no, haciendo que en muchas ocasiones el defensor se vea obligado a indicar a su defenso, de manera discreta con señas o ademanes, que no declare, como si fuera algo indebido. Para hacer realidad esta garantía debe permitirse al defensor que se entreviste con el inculcado antes de que tome aquella decisión.

#### V. LA INVALIDEZ ES LA SANCIÓN PARA LA DECLARACIÓN RENDIDA CONTRA DERECHO

Cómo se garantiza al inculcado el derecho de no ser obligado a declarar. Su efectividad está garantizada debido a que su lesión torna invalorable la declaración. Estos son los candados protectores:

a) Si la declaración implica una confesión, rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, carece de valor. Esta restricción constitucional es genérica, ya que cualquiera que sea esa diversa autoridad priva del valor de confesión al reconocimiento que el inculcado haga de los hechos que se le atribuyan y sean considerados como delictuosos; el legislador ordinario, en congruencia con esa magna disposición, estableció, por un lado, que la policía judicial no puede obtener confesiones, y si lo hace las obtenidas carecerán de valor, y, por otro lado, que las diligencias practicadas por los propios agentes de policía judicial tendrán valor de testimonio, pero en ningún caso podrá considerarse como confesión lo asentado en esos informes sobre lo dicho por el inculcado (artículo 287, párrafos penúltimo y último, CFPP).

Es frecuente que en los informes de las autoridades policiacas por los que ponen a disposición del Ministerio Público a una persona detenida en flagrancia se sostenga que se entrevistó al inculcado y éste les refirió los motivos y la forma en que cometió el delito. Estos son los términos de un caso concreto:

... para en ese momento indicarnos esos dos sujetos que dicho estupefaciente era de su propiedad ya que ellos se dedican a la venta del mismo en el perímetro de la Delegación Coyoacán. Por tal motivo procedimos a asegurar a las citadas personas. “Informe y puesta a disposición” de 24 de

mayo de 2003. Causa 67/2003, Juzgado Decimosegundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.

En esos casos es evidente que ningún valor merecen, porque se trata de información proporcionada directamente por el inculpado a una autoridad diversa del Ministerio Público y del juzgador.

De igual manera, pese a la consabida falta de validez, en la práctica policial el informe recaído a una orden de investigación dentro de una averiguación previa, en la mayoría de los casos se sigue limitando a la entrevista con el inculpado. Tal información es perfectamente inútil y, por consecuencia, estéril la labor policial que así se realiza. Así lo revela este ejemplo:

En atención a su oficio... mediante el cual ordena se lleve a cabo una exhaustiva investigación... los suscritos nos entrevistamos en estas oficinas con el que dijo llamarse... quien dijo de manera voluntaria que... los policías de seguridad pública haciéndole una revisión le encontraron el arma de fuego la cual le regaló un alumno... Informe de investigación de 24 de septiembre de 2002, Causa 36/2003, Juzgado Decimosegundo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.

b) La confesión rendida ante el Ministerio Público o el juez sin asistencia de su defensor también carece de valor probatorio. Para comprender esta exigencia deben distinguirse dos cosas: 1) la obligación de que esté asistido por defensor al rendir una confesión, y 2) la obligación de que en todo el procedimiento tenga una defensa adecuada. Conforme al artículo 20, A, II, la validez de la confesión exige la asistencia de *defensor*, mientras que el artículo 20, A, IX, establece que el derecho de *adecuada defensa* se podrá ejercer por sí, por abogado o por persona de su confianza; incluso, manda que si el inculpado no designa a cualquiera de éstos, se le designará un defensor de oficio; el artículo 287, CFPP, por su parte, al establecer los requisitos de una confesión, incluye el de que haya sido producida con asistencia de defensor o persona de confianza. Así, es posible que esa persona de confianza no sea abogado o licenciado en derecho, y no por ello afectarse la validez de la confesión. Es cierto que el artículo 160, CFPP, establece el derecho del inculpado, desde el inicio de la fase judicial, de designar defensor, que puede serlo persona de su confianza, pero cuando éste no sea licenciado en derecho o pasante



de esa licenciatura, obliga al juzgador a asignarle al defensor de oficio, que conforme a la Ley Federal de Defensoría Pública debe ser licenciado en derecho,<sup>12</sup> pero ello sólo garantiza que cuando la confesión sea ante la fase judicial siempre se producirá ante licenciado en derecho, mas no que aun en la fase ministerial así deba ser, pues ni la Constitución ni el código citado así lo exigen. En conclusión, si la confesión se rinde en la fase ministerial con asistencia de persona de confianza, es válida;<sup>13</sup> en cambio, la confesión rendida en la fase judicial sólo será válida si el inculpado está asistido de licenciado en derecho.

c) La confesión rendida sin que previamente se haya hecho saber al inculpado que tiene derecho a no ser obligado a declarar también carece de valor, pues una formalidad del procedimiento es que sea enterado de ese derecho antes de que declare (artículo 20, IX, C) y, a su vez, sólo tendrá validez si se recaba dentro del procedimiento y con plena observancia de las formalidades que para dicho procedimiento se establecen (artículo 287, II, CFPP).

En conclusión, la declaración del inculpado no ha sido apreciada en su justa medida, al menos en la práctica judicial, y la observancia de las garantías que giran en torno a ella no son cabalmente respetadas. Ciertamente es que la declaración del inculpado constituye un instrumento valioso para el esclarecimiento de los hechos, y el respeto absoluto a su derecho a guardar silencio dificulta esa noble finalidad; sin embargo, no es adecuado valerse de esa vía para conseguir el anotado fin, no al menos en un sistema como el nuestro, que dejó de ser inquisitorio; el Ministerio Público, y aun el juzgador, disponen de una amplia gama de medios de prueba para encontrar la verdad de los hechos, y lo menos que de ellos se espera es observar las garantías que giran en torno a la declaración del inculpado si de ella se quiere obtener una prueba.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS RÍO SECO, Raúl F., *La presunción de inocencia*, México, Porrúa, 2003.

<sup>12</sup> Artículo 5o., fracción II, Ley de Defensoría Pública.

<sup>13</sup> Así lo clarificó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 91/2001, publicada en el *Ius2003* con el número de registro 188,418.

“Codice di Procedura Penale”, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, Italia, 22 de septiembre de 1988.

Código Federal de Procedimiento Penales.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CORDERO, Franco, *Procedimiento penal*, tt. I y II, traducción del italiano por Jorge Guerrero, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 2000.

Ley Federal de Defensoría Pública.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25a. edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.