

Capítulo 3:

Aspectos Problemáticos de la institución

“La lucha es el trabajo eterno del derecho.”

von Ihering

3.1. ¿Existe un derecho a mentir?

Si bien se ha establecido que el derecho a declarar, significa la libertad de declarar o de no hacerlo, se presenta la interrogante, si existe un deber de decir la verdad o, visto de otro modo, si una vez que se ha optado por declarar, existe un derecho a mentir.

BENTHAM argumentó que la intimidación propia de un interrogatorio produce una turbación capaz de producir que las personas recurran a mentiras y por ello algunos han fundamentado el derecho a la no incriminación como un medio de evitar errores judiciales.

Sobre este punto se discute si el inculpado tendría un derecho a mentir, como consecuencia del reconocimiento del derecho a la no incriminación. Es decir, si al no exigirse juramento, el inculpado es libre de declarar aun cuando resulte falsa su declaración.

Los autores que defienden esta postura señalan que el derecho a mentir se fundamenta en el derecho al silencio. Otros añaden que además se fundamenta en los derechos a la inviolabilidad

de la personalidad, a la defensa y a la libertad.⁶⁴ Si se establece la prohibición de no obligar a alguien a declarar en su contra y que lo declarado, a pesar de ser falso, no sea sancionado, es coherente hablar de un derecho a mentir del inculpado, de esta opinión son FAYOS GARDO, ASENCIO MELLADO y VÁSQUEZ SOTELO.

De opinión contraria es VICENTE GIMENO SENDRA, quien señala que si bien existe una impunidad frente a la falsa declaración, esa impunidad no puede llevar a sostener un derecho a mentir; ello en razón del deber de colaboración con la justicia que incumbe a todos, incluso al inculpado.⁶⁵

Según CAROCCA PÉREZ no es que el inculpado tenga un derecho a mentir sino que tiene el derecho a declarar, entendido como autodefensa, y donde siempre la parte hará valer sus puntos de vista; si es verdadero o falso lo que introduce al proceso, ello será establecido al final del proceso. Señala que existe una inmunidad para el declarante de que su declaración, si resulta falsa, no le acarreará responsabilidad penal ya que se hizo en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa.⁶⁶

Ello siempre que lo declarado esté circunscrito a su propia participación, pues como señala REVILLA GONZALEZ, si es una falsa imputación de un delito a un tercero “la mentira no se entiende

⁶⁴. Cfr. HUERTAS MARÍN, M. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona, Bosch, 1999, p. 297 comentando la posición de M. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ.

⁶⁵. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, Víctor MORENO CATENA, Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*. Madrid, Colex 1999, 3ª Ed., 1999, p. 390.

⁶⁶. Cfr. CAROCCA PÉREZ; Alex. *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, p. 482.

como una lícita estrategia defensiva, o si se quiere, como contenido del derecho de defensa. El derecho de defensa deja aquí de existir cuando entra en conflicto con el derecho del inocente, y el derecho de la sociedad en razón de la falsa atribución a otra persona del propio delito”.⁶⁷

La posición del Tribunal Supremo español, señalada en la sentencia del 2 de noviembre de 1990, es que si el procesado decide declarar, no tiene la obligación de decir la verdad, “puede manifestar lo que estime procedente, debiéndose destacar que a una declaración falsa del imputado no se pueden asociar nunca consecuencias penales por falso testimonio, frente a lo que acontece con el testigo”. (F.D. único)

La impunidad de la mentira, como señala TIEDEMANN, responde al hecho de que la persona ya es inculpada, se ha iniciado un proceso penal en su contra, por lo que no realiza tipos penales adicionales.⁶⁸

Sin embargo, tal como señala HUERTAS MARTÍN, existe en España otra línea jurisprudencial del Tribunal que se contrapone a la señalada, en la que se establece que lo expresado por el inculpa-do de modo alguno puede ser intrascendente “pues constituye un sumando de los elementos a tener en cuenta a los efectos de formar convicción”. (S. de 6 de mayo de 1994, F.D. 3º). Esto es, la conducta del procesado a valorar a la hora de sentenciar.

⁶⁷ REVILLA GONZALEZ, José-Alberto. *El interrogatorio del imputado*. Ob. Cit. p. 61

⁶⁸ ROXIN, Claus, Günther ARZT y Klaus TIEDEMANN. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. Barcelona Ariel, 1989, p. 154.

El "deber testimonial" del procesado fue defendido en Italia por CARNELUTTI, en concordancia con su posición de la pena y el proceso como redención. Siguiendo este lineamiento en Italia encontramos a FOSCHINI, quien postula una "carga de verdad" que pesa sobre el inculpado ya que las falsas declaraciones traerán consecuencias en la valoración de la prueba por parte del juzgador y según agrega, GUARNIERI, en la determinación de la pena.⁶⁹

En el sistema anglosajón -que si bien proscribió la confesión hace más de tres siglos⁷⁰- existe este deber a declarar, ya que el inculpado es tratado como testigo en su propia causa y en su propia defensa. En este sistema es inconcebible hablar de un derecho a mentir, cuando quien decide declarar lo debe hacer bajo juramento de decir la verdad, de comprobarse posteriormente que mintió sería procesado por "perjurio". Al exigirse juramento al declarar ante el tribunal del Jurado no existe impunidad para el inculpado. A primera impresión pareciera que existe una limitación a la libertad de declarar, y que exista el riesgo de que se presuma que si calla, (en el ejercicio de su derecho a no declarar) es por que si declara lo hará en su contra.

Sin embargo esta situación debe ser vista desde una óptica diferente. Dentro de las formalidades del pre-juicio en los Estados Unidos existe lo que se conoce como "audiencia de alegación" (arrangement) donde se informa al acusado de los cargos en su contra, se le pregunta si se declara inocente o culpable de los cargos im-

⁶⁹. Cfr. HUERTAS MARTÍN, H. Ob. cit. 303.

⁷⁰. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*. p. 678, nota 286.

putados y se le informa de los derechos que le asiste, tales como el guardar silencio.⁷¹

Según indican, los que se han dedicado a estudiar el procedimiento norteamericano, esa declaración de “inocente” o “culpable” constituye una actitud procesal que se adopta frente a la acusación del Fiscal. BOVINO nos dice que “en esta etapa del procedimiento la “declaración” del imputado no consiste, como en nuestro derecho, en una explicación sobre su participación o no en el hecho punible que se le atribuye, sino, únicamente, en una expresión de voluntad referida de manera específica y concreta a la decisión de resistir la imputación –exigiendo la realización del juicio que demuestre su culpabilidad o aceptar su responsabilidad personal por el hecho contenido en la solicitud persecutoria –renunciando a su derecho al juicio garantizado constitucionalmente”.⁷²

Una vez iniciado el juicio, el imputado puede declarar o no, según lo considere conveniente. Es interesante destacar que sólo declarará y por ende prestará juramento, una vez que la parte acusadora haya terminado de desplegar todo los elementos con los que intenta demostrar la hipótesis de culpabilidad. El inculpado, como destaca ALBERTO BOVINO, no es un elemento que coadyuve a demostrar la hipótesis del fiscal, tal como ocurre en nuestro proceso, donde el Fiscal interroga al inculpado sin haber demostrado nada.

⁷¹. RÍOS, Jorge. “Procesos Penales en los Estados Unidos”. En *El Ministerio Público, para una nueva justicia criminal*, Santiago de Chile, 1994, p. 101.

⁷². BOVINO, Alberto. *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, p. 226.

Desde esta perspectiva sería limitado decir que el derecho a la no incriminación en este sistema se encuentra condicionado por el juramento.

3.2 ¿existe el deber del imputado de brindar sus datos personales?

Si bien en algunas legislaciones (Vg. Alemania, Argentina) se establece expresamente que el inculcado tiene el derecho a declarar o no sobre el hecho y por tanto, tiene el deber de declarar sobre sus datos personales o sus “generales de ley,” la discusión sobre el tema no es uniforme.

Limitar el derecho de no incriminación sólo “sobre el hecho” divide a la doctrina. La modificación introducida en la Constitución Mexicana sobre la cláusula de no incriminación en 1993 de la frase “No podrá ser obligado en su contra” a simplemente la expresión “no podrá ser obligado a declarar”, ha llevado algunos estudiosos a señalar que este derecho a no declarar es amplio y no debería permitirse ninguna coacción ni siquiera para la solicitud de datos personales.

De tal opinión es el profesor ALBIN ESER quien señala que “la obligación de declarar en relación con los datos personales parece, de todas maneras, incompatibles con el privilegio contra la autoincriminación (..). Si se toma en serio el privilegio contra la autoincriminación, no queda otro camino que el de reconocer al incul-

pado un derecho de no declarar sin restricciones, que también debe alcanzar sus datos personales”.⁷³

¿Qué pasa si el inculpado brinda datos falsos sobre su identidad?. En el Código Procesal Italiano se establece expresamente (art. 66.1) que la autoridad judicial “invitará” al imputado “a declarar sobre sus datos personales y sobre todo aquello que pueda servir a efectos de su identificación, advirtiéndole de las consecuencias que pudiera derivarse de la negativa a identificarse o de aportar datos falsos”. Consecuencias que son las establecidas en el Código Penal italiano.⁷⁴

Tanto el ordenamiento español (art. 368 de la LECrim) como el nuestro (art. 124 del C. de P.P. vigente y el art. 122 del CPP de 1991 en *vacatio legis*) no prevén una sanción sobre la falsa declaración respecto a los datos de identificación, por lo que se deduce que nuestros legisladores han asumido la posición que señala que el inculpado puede declarar falsamente con impunidad y sin restricciones.

Por ello se establece positivamente otros mecanismos de identificación y a los que no puede rehuir el procesado. Así, en los Estados Unidos diversas sentencias (casos *Mc Nabb vs. United States*, *Malinski vs. New York*, *Oregon vs. Mathiason* etc.) han determinado jurisprudencialmente que no se encuentran dentro del ámbito de protección de la garantía de la no incriminación la obligación del imputado de imprimir sus huellas digitales, de ser fotografiado, me-

⁷³. ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima, Idemsa, 1998, p. 26.

⁷⁴ Cfr. HUERTAS MARTIN, M. Isabel. *El Sujeto pasivo del proceso penal como ordenamiento penal como objeto de la prueba*. Ob. Cit. p. 315

dido, hablar a efectos de su identificación, a comparecer ante el tribunal a permanecer de pie, andar, etc.⁷⁵

3.3.- ¿Existe la obligación de identificarse como responsable de una sanción administrativa.

Los alcances del derecho a la no incriminación en el ámbito administrativo son cada vez más entendidos y aceptados. La garantía referida a que nadie está obligado a declarar en su contra no puede limitarse a un proceso penal, sino que se extiende a todos aquellos actos donde la persona con su declaración pueda producirse un perjuicio, tal como una pena o una sanción económica.

En España ocurrió un caso singular con la dación del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (LTSV) que establecía la obligación administrativa del propietario del vehículo de identificar al culpable de la infracción que se cometiera en el uso de aquél. Los promotores de la acción de inconstitucionalidad de la referida Ley argumentaron que el derecho a la no incriminación se extiende al ámbito del derecho administrativo y que el art. 72,3 de la LTSV vulnera este derecho en cuanto compele al titular del vehículo a confesarse autor de dicha infracción bajo la amenaza de ser sancionado pecuniariamente.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 197/1995 del 21 de diciembre de 1995, señaló que “dado que la identificación

⁷⁵. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del Proceso Debido*. Barcelona, Bosch, 1995, p. 89, nota 81.

del conductor que la ley exige no es la del propietario en condición de imputado sino en la de titular del vehículo, ninguna consistencia cabe otorgar a la pretendida vulneración del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo por parte del precepto legal cuestionado, el cual se limita a configurar un mero deber de colaboración con la Administración de los titulares de los vehículos”.

GIMENO SENDRA emitió voto particular respecto de este fallo, al considerar que se ha tergiversado el sentido de la doctrina plasmada en dicha sentencia, la cual comparte plenamente, ya que se ha convertido la obligación de identificar al autor responsable por la del conductor en el momento de cometer la infracción, pues “el sujeto pasivo de este deber de identificación, según el tenor de las normas, es el conductor 'responsable de la infracción', quien, si coincide con el sujeto activo de la obligación (el titular del vehículo), su cumplimiento ha de entrañar la exteriorización de una autoincriminación que, al efectuarse tras la comisión de un ilícito administrativo y en el seno de un procedimiento sancionador, debiera efectuarse con absoluto respeto al derecho fundamental "a no declarar contra sí mismo".

3.4.- ¿Existe el deber de someterse a una intervención corporal o el deber de proporcionar documentos u otros que puedan auto incriminar?

Algunos sostienen que dichas intervenciones atentan contra el derecho a no inculparse del inculpado, ya que se exige una determinada conducta de su parte que lo va perjudicar.

Sin embargo entendiendo como declaración “el ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita”, el concepto de declaración se restringe. Se ha establecido que al no exigirse una conducta activa de parte del inculpado, no podemos hablar de una vulneración de su derecho a la no incriminación.

Dichas intervenciones son aceptadas por algunas legislaciones aun en contra de la voluntad del inculpado. En este punto el desarrollo actual de la doctrina ha tenido que aceptar que la realización de este tipo de medios de pruebas, conlleva a una revisión del reconocimiento del imputado como sujeto del proceso *siempre* y se acepta que en estos casos cumple un papel de “objeto de indagación”.

El Tribunal Europeo reconoce actualmente que estas intervenciones corporales no atentan ni contra la presunción de inocencia ni contra la garantía de no incriminación, ya que al mismo tiempo que este medio de prueba puede ser desfavorable para el imputado también puede serle favorable.

Las intervenciones corporales como el llamado “registro personal” o “cacheo” por el cual una persona es intervenida a fin de descubrir en su cuerpo o su indumentaria el objeto del delito o los instrumentos utilizados para su comisión se encuentran excluidas de este derecho a la no incriminación por cuanto se considera, como dijimos, al cuerpo humano como objeto pasivo.

Esto no justifica que pueda hacerse un uso irracional de este tipo de intervenciones que generalmente realiza la policía, sino que debe estar justificada por el presupuesto de la existencia de un delito, pues de otro modo se estaría violentado el derecho a la intimidad de las personas.⁷⁶

Los reconocimientos médicos sin duda constituyen actos periciales. La negativa de la persona a someterse a uno de estos actos, luego de que el juzgador ha ordenado su realización merituando la necesidad, proporcionalidad y el que no afecte la salud de la persona, se encontrará sujeta a efectos jurídicos como el inicio de un proceso por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 368 CP) y probablemente generará un indicio.

En Estados Unidos la jurisprudencia ha establecido que las tomas de muestras de orina, sangre u otros fluidos que se lleven a cabo aun en contra de la voluntad de la persona son válidas.⁷⁷

En España, las intervenciones corporales como los test alcoholométricos se encuentran permitidos dentro de los que se conoce como "diligencia policial de prevención" regulado por el art. 284 de la LECRIM constituyendo una acto de investigación. Se sostiene que el deber del sindicado a someterse a dicho test, deriva de

⁷⁶. DÍAZ CABIALE, José Antonio. "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)". En: *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1996, p. 80-84. Comenta además que en la legislación italiana se encuentra prohibida la inspección personal por la policía judicial, al no ser una medida de naturaleza provisional y que ésta sólo puede hacerse a través del Ministerio Público (art. 245 CPP).

⁷⁷. ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del Proceso Debido*. Barcelona, Bosch, 1995. p. 89, nota 81.

un deber administrativo nacido de una norma administrativa. Se acepta además su inclusión dentro del artículo 363 de la LECRIM, equiparándolos a los análisis químicos permitidos para la investigación judicial.

Fue en 1985 que el Tribunal Constitucional Español en la STC 252/1984 definió claramente a la prueba de **alcoholemia** como una pericia técnica, donde no hay declaraciones autoinculpadoras. Señala la STC 103/1985 “El deber de someterse al control de **alcoholemia** no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17,3 y 24,2 CE”.

Meses después en la Sentencia 107/1985 el Tribunal añadía que la realización de una prueba de **alcoholemia** “no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito (...). En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito”.

Se afirmaba además rotundamente que la determinación del grado de alcohol en la sangre a través del correspondiente

test de **alcoholemia** no es contrario a las garantías constitucionales (STC 195/1987 f. j. 2º). El ATC 61/1983 agregaba que “sin perjuicio, naturalmente, del derecho del ciudadano a rehusar la sujeción a tal prueba y de soportar las consecuencias que del rechazo se puedan derivar” (f. j. 2º).

Posteriormente, en 1988, el desarrollo de esta doctrina estableció que la Constitución de 1978 garantiza la intimidad personal y por ende la intimidad corporal frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo se quiera imponer contra la voluntad de la persona, “cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de comunidad”. Sin embargo señala además que en primer lugar “no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones, que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan, o por los instrumentos mediante las que se realizan no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona; y en segundo lugar que la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas, tal afectación de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad y constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno”.⁷⁸

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 161/1997 del 02 de octubre de 1997 que desestima una demanda de inconstitucionalidad del art. 380 C.P. , que tipifica la desobediencia al

⁷⁸. GONZALES CUELLAR, Antonio, José HERNÁNDEZ GUYANO, José María PAZ RUBIO, Luis RODRÍGUEZ RAMOS. *Ley de Enjuiciamiento Criminal y ley del Jurado*: Madrid, Colex, 1999, p. 243.

sometimiento a las pruebas de alcoholemia, señala “que tal garantía no alcanza sin embargo a integrar en el derecho a la presunción de inocencia 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. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias tales como la “identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia.

Señala que la ejecución de estas diligencias “podría ser compelida mediante la advertencia de las consecuencias sancionadoras que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes (STC 37/3989, f. j. 8º). Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio”.

Se estableció además que las pruebas para comprobar si un sujeto conducía un vehículo bajo la influencia del alcohol o las drogas no constituían en rigor una declaración o testimonio, por lo que no pueden suponer vulneración alguna de los derechos a no declarar, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable. “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 autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o puedan sostener directamente, en el sentido antes dicho, su propia imputación penal o administrativa.

Se ha fundamentado este deber de someterse a dichas pruebas alcoholométricas en la legitimidad en estos tipos de actuaciones de los poderes públicos que tiene una función de supervisión de las actividades peligrosas lícitas que se desarrollen en el marco de riesgo permitido por el ordenamiento. El ciudadano, como contrapartida de la propia permisión de ese riesgo circulatorio, tiene el correlativo deber de soportar estas actuaciones de indagación y control, y de colaborar con su práctica, dentro de las garantías esenciales. El objetivo es comprobar si las personas si los conductores cumplen las normas para garantizar la seguridad del tráfico. Visto de ese modo, este acto no puede suponer una autoincriminación en relación con

un delito contra la seguridad en el tráfico, por lo ya expuesto, sino que su inobservancia es sujeto de sanción penal.”

Este criterio asumido por el Tribunal Español es concordante con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. 17 diciembre 1996, caso Saunders contra el Reino Unido, párrafo 69) y la Comisión Europea de Derechos Humanos (asuntos 968/61 y 8.239/1978). El desarrollo jurisprudencial europeo ha resuelto que en el caso de intervenciones corporales debe existir una reserva jurisdiccional, salvo en los casos de test alcoholométricos donde la prontitud que exige su práctica justifica su intervención por personal policial.

En nuestro país el Proyecto de 1995 en su artículo 72 establece que se puede ordenar la investigación corporal del imputado para la constatación de una circunstancia de importancia para el proceso. “Aun si el imputado no colabore o exprese oposición, cuando no fuere de temer perjuicio para la salud”. Dicho dispositivo no se encuentra en el Código procesal de 1991.

El deber de mostrar documentos u otros que puedan auto incriminar previsto en el common law, como un supuesto del derecho a la no incriminación, no se encuentra aceptado en nuestro sistema, ya que se ha restringido al ámbito del derecho a la declaración, recordemos que el derecho a no suministrar pruebas contra uno mismo de origen anglosajón es mucho más amplio que nuestro derecho a la no incriminación. De este modo para nuestro ordenamiento, incumplir la orden de la autoridad de exhibir documentos se encuentra tipificada como delito de desobediencia a la autoridad.

Quizás pequemos en señalar jurisprudencia extranjera, sin embargo resulta muy ilustrativa al tocar temas que aun no se discuten en nuestro medio. En España, sobre la exhibición o aportación de determinados documentos contables, se estableció que quien se ve sometido a esas pruebas no está haciendo una declaración de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad (STC 76/1990). Este es el mismo razonamiento usado en relación con la obligación del titular de un vehículo de identificar al conductor presuntamente responsable de una infracción.

En cuanto a otros procedimientos distintos al penal se ha señalado en dicha jurisprudencia “que cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad(...) no es, en realidad, más que una garantía del cumplimiento de los deberes formales de los sujetos pasivos (...) llevar y conservar los libros de contabilidad, registro y demás documentos que en cada caso se establezcan, facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tengan relación con el hecho imponible”.

En nuestro país en cuanto a los test de dosaje etílico y su práctica a pesar de la negativa a someterse a ello, se ha establecido que “se debe determinar si efectivamente este medio probatorio incompleto es suficiente para que se configure el ilícito penal (de conducción en estado de ebriedad), toda vez que la prueba de alcoholemia, de acuerdo a la doctrina extranjera, es una pericia técnica que no tiene valor probatorio de autoinculpación y no puede considerar-

se lícitamente realizado sino se le informa de este pedido al encausado...” (Exp. 7982*97 Mac Rae Thays, Eyzaguirre Garate Vayo Rivera. En este caso se absolvió al acusado por su reiterada negativa de haber conducido en estado de ebriedad y la falta de intervención del representante del Ministerio Público en la elaboración del atestado policial.

En la investigación del delito de conducción en estado de ebriedad, se ha establecido que debe “valorarse tal situación dentro del contexto general,” (Exp, 8112-97, SS. Baca Carera, Mac Rae Thays, Saquiquaray Sánchez.)

Sobre el deber de someterse a las pruebas alcoholométricas resulta ilustrativa la ejecutoria expedida en la Corte Superior del Cono Norte (Exp. 44-2001 SS. Jo Laos Vásquez Arana. Gutiérrez Tudela) que confirma la sentencia condenatoria expedida, que señala que el procesado se negó a pasar el examen de dosaje etílico, sin embargo se llevó a cabo dicha diligencia, que dio como resultado ebriedad clínica, negándose nuevamente a firmar e imprimir su huella digital, asimismo el acusado admitió que conducía en estado de ebriedad, hecho corroborado con la declaración testimonial del policía que le intervino, por lo que la Sala Penal considera “irrelevante dicha prueba”. Resultando correcto a nuestro entender lo señalado por el Juez Penal de primera instancia (Siclla Villafuerte) quien aprecia el certificado de dosaje etílico a pesar de no estar suscrito por el procesado debido a una valoración conjunta de las actuaciones probatorias.

3.5. ¿Existe el deber del inculpado participar en ruedas de reconocimiento?

La rueda de reconocimiento es un tipo de diligencia donde el inculpado es presentado dentro de un grupo de personas ante terceros, a fin de ser identificado por estos últimos. Identificación que es imprescindible muchas veces como medio probatorio.

El argumento para responder si existe o no el deber de participar en estas ruedas de reconocimiento es el mismo que en el deber de someterse a la prueba de alcoholemia y en el deber de brindar documentos personales, es decir no se exige una manifestación oral. En estos casos no cabe duda que al imputado se le da un tratamiento de objeto de prueba y se le exige el deber de comparecer ante otros.

Por ello la negativa del inculpado de participar en la rueda de reconocimiento, no se encontrará protegida por el derecho a la no incriminación pues el fin de esta rueda es "permitir la determinación del inculpado, siendo éste un mero 'objeto de la percepción visual de su observador' (ATC 494/1983)". El reconocimiento por sí sólo no es prueba de cargo suficiente y debe ser ratificada en el acto del juicio oral.

3.6 ¿Los beneficios de colaboración eficaz o de terminación anticipada contradicen la no incriminación?

El acuerdo entre acusador y acusado sobre las circunstancias del delito y la pena, conocido como la moderna institución de la *conformidad*⁷⁹ en el proceso penal, supone necesariamente una renuncia al derecho de no incriminación.

A decir de KIRSCH, con el argumento de que es el propio inculpado el que solicita el acuerdo disponiendo de su derecho a no declarar, se olvida “la finalidad propia de este derecho; un proceso penal que parte de la vigencia del derecho a la no autoinculparse debe estar en condiciones de garantizar que una determinada imputación penal, en caso necesario, pueda acabar dando lugar a una sentencia aun sin la colaboración del imputado(...). La decisión del imputado de renunciar a su derecho a no declarar en una situación como ésta no es fruto de una motivación autónoma ni puede hablarse en absoluto de una disposición sincera.”⁸⁰

En cuanto a la colaboración eficaz regulado en nuestro país mediante Decreto legislativo 901, estableció que la confesión antes de la acusación podría suponer una reducción desde el 50% hasta la exención de la pena prevista para los delitos establecidos por Decreto legislativos 895 y 896 (terrorismo agravados y delitos agravados), lo que bien implica una auto incriminación bajo el condicionante de un premio.⁸¹

⁷⁹ Este sistema de transacción judicial que tiene sus antecedentes en el *Plea Bargaining* y el *Pateggiamento*. En nuestro país se ha regulado la terminación anticipada en la Ley 26320.

⁸⁰ KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 2000 p. 260

⁸¹ La colaboración eficaz, también está referida a proveer información que conlleve a la no incriminación de personas que constituyan bandas o agrupaciones criminales y que impida “neutralizar futuras acciones delictivas”, según lo precisó el Decreto legislativo 902 del 01 de junio de 1998. En Junio de 2001 se deroga el Decreto Legislativo 896 y en di-

Si bien se argumenta que es la libertad y el libre consentimiento es el lo que diferencia a una declaración válida de una que se realice violentando el derecho a la no incriminación, este fundamento no es del todo feliz.

Al condicionarse la libertad con una regulación legal que promete beneficios por colaboración eficaz o reducción de pena estamos limitando el ejercicio del derecho a la no incriminación, pues según sostiene Kirsch, “la decisión del imputado de renunciar a su derecho a no declarar en una situación como ésta no es fruto de una motivación autónoma ni puede hablarse de una disposición sincera.”⁸²

En este tipo de procedimientos una vez más la balanza de eficacia y garantía no se encuentra compensada y los linderos de la voluntad y la auto incriminación no están delimitadas. Al responder a la interrogante planteada de si estos mecanismos contradicen la no incriminación, la respuesta es que si bien no la contradice, la condiciona al extremo de no poder diferenciar si existe una libre voluntad.

ciembre de 2001 se modificó el Decreto legislativo 895, subsistiendo la colaboración eficaz para los tipos penales previstos en los artículos 108, 152, 173, 173-a, 188 al 200 del Código Penal.

⁸² KIRSCH, STEFAN. “¿Derecho a no autoinculparse?” En: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ob. Cit. p. 260