



ENTRE EL SILENCIO Y LA MENTIRA: LÍMITES DE LA AUTO DEFENSA FRENTE AL DERECHO A NO AUTO-INCRIMINARSE

Daniel Reis Alves dos Santos¹

Resumen: Guardar silencio es un derecho fundamental y, como consectario lógico, tampoco está obligado a declarar su culpabilidad o testificar contra tí mismo. Se comprobará, por tanto, si el interrogado tiene un derecho público subjetivo a mentir o si, al falsear la información aportada, estaría extrapolando su derecho constitucional de legítima defensa. Para ello, se utilizará como técnica de investigación la metodología de aproximación dialéctica y el análisis bibliográfico y jurisprudencial. El problema enfrentado está eminentemente correlacionado en la expresión, exteriorización, del lenguaje. Se infiere que una persona no tiene derecho a mentir ante la autoridad judicial o policial, ya que estará sujeta a sanciones tipificadas como delitos (identidad falsa, denuncia calumniosa o falsa autoacusación, *verbi gratia*).

Palabras clave: Derecho fundamental; Mentir; Lenguaje; Delitos; Identidad falsa.

1 Introducción

La República Federativa de Brasil otorga al criminal imputado algunos derechos petrificados a nivel fundamental, incluido el derecho de defensa en juicio, el derecho a permanecer callado y el derecho a no ser declarado culpable antes de que la sentencia penal condenatoria sea cosa juzgada. La duda y el análisis propuesto de esta investigación están directamente relacionados con el supuesto y sofismable derecho que tiene el interrogado, en el ejercicio de su derecho de defensa, a mentir en juicio sin que ello le acarree perjuicios procesales.

En este contexto, la pregunta es: ¿En qué medida la mentira narrada por el imputado, en su interrogatorio, puede desarrollar consecuencias procesales y/o materiales negativas para él?

La doctrina especializada y la jurisprudencia brasileña ya han discutido (y siguen analizando) el tema. Autores como Cesare Beccaria, Nicola Framarino dei Malatesta, Eugênio Pacelli y André Luiz Nicolitt (y otros) trataron esta discusión, tal es su relevancia.

Al problema actual, se podría mencionar que no habría ninguna consecuencia para el interrogado, ya que se encuentra en el ámbito de su defensa en juicio; o que, habiendo subsunción del hecho a la norma, incurriría en conducta delictiva; o, además, que el magistrado, una vez comprobada la falsedad de los alegatos, podría fijar la pena inicial del imputado por

¹ Master in Law (Centro Universitário FG - UniFG). Especialista en Derecho Civil y Procesal Civil (Instituto Elpidio Donizetti), Especialista en Derecho Público (Centro de Estudios Jurídicos de Salvador), Licenciado en Derecho (Facultad de la Ciudad de Salvador). Egresado de los siguientes grupos de investigación: Democracia, proceso y efectividad del Derecho y Centro de Estudios sobre Acceso a la Justicia (CAJU). Además, se desempeña como Abogado, Conciliador en el Poder Judicial del Estado de Bahía (PJBA) y Profesor de Educación Profesional vinculado al Departamento de Educación del Estado de Bahía. E-mail: danielreisalves@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2465-8355>

encima del mínimo establecido por la ley.

La investigación propone analizar los límites al ejercicio del derecho del imputado a defenderse ampliamente. Para eso, será necesario confrontar el derecho a guardar silencio con el supuesto derecho a mentir; verificar las convergencias y divergencias doctrinales y jurisprudenciales sobre las consecuencias materiales y/o procesales de la mentira; y, finalmente, identificar posibles soluciones judiciales para el caso de relatos mentirosos del interrogado.

2 Derecho a guardar silencio: corolario de la garantía constitucional del derecho de defensa

El silencio del imputado, aunque no tiene relevancia negativa para una posible condena penal en el ordenamiento jurídico del país, no necesariamente refleja su interés en omitir una verdad que le es desfavorable (MALATESTA, 1927, pág. 268). Es posible que la conducta del imputado, inocente, de guardar silencio se deba a lo que Malatesta (1927, pág. 269 y 270) llama “trepidación de su espíritu [refiriéndose al imputado]” manifestada por sentirse “débil”. ante una acusación formidable” contra la que ve inútil su defensa, enmudeciéndose “por el espanto” o “la cólera”, ya que empieza a ver “un peligro desconocido en todas sus palabras”; o, aún, que se mantenga callado por nobleza, para no exponer a los demás, para “despreciar [r] su salvación, para evitar la condenación” o el reproche de alguien por quien tiene algún sentimiento de consideración.

El derecho del imputado a guardar silencio durante su interrogatorio, y de este silencio a no heredar perjuicios a su defensa técnica, es una de las formas de ejercer su derecho de defensa. De la explicación de Bahía (2017, pág. 194) se infiere que el derecho al silencio está en armonía con el derecho de defensa en juicio.

2.1 Breves comentarios sobre la defensa en juicio

La defensa en juicio es una garantía constitucional prevista en el Art. 5º, LV, de la Constitución de la República (CR) de 1988. La CR/1988 fue editada y promulgada luego de un período histórico de restricciones y diversas faltas de respeto a los derechos mínimos del pueblo brasileño. Entre tantas restricciones, autoritarias y diametralmente adversas a la democracia, cabe mencionar, *verbi gratia*, la inexistencia de libertad de prensa, o manifestaciones artísticas, o incluso participación política a través de partidos políticos.

Es cierto que existía el multipartidismo, pero de forma ilegal; su legalización y el consiguiente reconocimiento de algunos partidos políticos ilegales existentes se produjo incluso en el período predemocrático, durante el gobierno del entonces presidente de la República José Sarney (LENZA, 2009, pág. 77 y 78).

La Dictadura Militar de Brasil, a través de la Ley Complementaria (AC) N° 38, del 13/12/1968, clausuró el Congreso Nacional, eliminando del sentimiento nacional cualquier

rastró que alguna vez había simbolizado la representatividad del pueblo brasileño en su política y gobierno.

La Ley Institucional (AI) N° 5, que también data del 13/12/1968 - derogada casi 10 años después, por la Enmienda Constitucional (CE) N° 11, del 17/10/1978 -, que careció de legitimidad política y legal, y tal legitimidad se puede afirmar, fue impuesta por la fuerza militarizada, armada, por el salvajismo, superpuso el Presidente de la República (Poder Ejecutivo) al Poder Legislativo (de la Unión Federal, Estados y Municipios), limitó diversos derechos y garantías fundamentales y otorgó otros poderes despóticos al titular del Ejecutivo Federal como confiscar bienes, revocar mandatos electivos, suspender derechos políticos, no conceder *habeas corpus* (HC) a ciertos tipos de delitos, etc. (LENZA, 2009, pág.73).

Estas limitaciones, especialmente en el ámbito de las libertades públicas, entre ellas el derecho a circular libremente, la garantía del debido proceso legal y del HC, la inestabilidad de los mandatos electivos, la suspensión de garantías de los miembros del Poder Judicial, por ejemplo, nada más natural que creciera en la población en general un sentimiento de inseguridad social y jurídica. Esto, más tarde, conduciría a la edición de una Constitución que, quizás demasiado o no, limitase y delimitase el poder punitivo del Estado de tal manera que al imputado le sería garantizado el ejercicio de su defensa en juicio y que era, en su beneficio, presumida su inocencia.

La limitación del poder punitivo del Estado, prevista en el propio texto constitucional, invade el ámbito administrativo. En Derecho Administrativo, específicamente, la garantía de defensa se dirige a la autoejecución inherente a la función administrativa estatal. En este camino, según palabras de Carvalho Filho (2017, pág. 111), tal garantía constitucional restringe, y no suprime, la “autoejecución de los actos de la Administración [...], establece algunos límites al principio de exigibilidad, impidiendo una acción exclusiva del administrador”.

Así, el derecho a la defensa en juicio se traduce en defensa técnica (asistencia de abogado o defensor público) y defensa propia. Este, a su vez, se divide en derechos de audiencia y de presencia o participación (LENZA, 2009, pág. 714).

Pese a que el entendimiento acerca de la defensa técnica es un elemento para la realización de la defensa en juicio, el Tribunal Supremo (STF) publicó un pronunciamiento sumario con carácter vinculante en sentido contrario, es decir, según el cual “La falta de defensa técnica por parte de abogado en el proceso administrativo disciplinario no infringe la Constitución” (Pronunciamiento Vinculante N° 5).

El 21/03/2011 se inició un procedimiento, con varias modificaciones, para cancelar el Pronunciamiento Vinculante (SV) N° 5, promovido por el Colegio de Abogados de Brasil. Esta es la Propuesta Pronunciamiento Vinculante (PSV) N° 58. Esta PPV, en reñida votación, fue rechazada por el STF que, a través de sus ministros Ricardo Lexandowski, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli y Teori Zavascki, mantuvo en plena vigencia

el PV N° 5. Vencidos los ministros Marco Aurélio, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Edson Fachin y el decano Celso de Mello (Informativo N° 849 del STF).

2.2 Disposiciones sobre el derecho a guardar silencio

El derecho al silencio, corolario del ejercicio de la defensa en juicio del imputado, debe ser interpretado a la luz de la Constitución de la República, es decir, el imputado no puede ponderar daños procesales y/o materiales por aferrarse a tal derecho. Sin embargo, conviene añadir con cautela que, junto al derecho propiamente dicho a guardar silencio, existe y debe observarse el derecho a ser informado sobre su existencia y la posibilidad de su uso.

Siguiendo este razonamiento, Bahia (2017, pág. 194) informa que “el detenido tiene un derecho fundamental a ser informado que tiene ese derecho [a guardar silencio] y la ausencia del aviso también podrá generar nulidad”.

“El derecho a guardar silencio”, en la lección de Sarlet, Marinoni y Mitidiero (2017, pág. 905), refleja “el protagonismo constitucional del derecho a la libertad del imputado ante la pretensión punitiva del Estado” (cursiva original), teniendo la certeza de que su falta de respeto será atacada a través del *HC* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, pág. 945).

Malatesta reflexiona que la imputación de la pena al autor de un determinado delito implica necesariamente la verificación de una verdad sin la cual es imposible que el juez aplique la sanción legal, aunque en su conciencia esté convencido, por cualquier medio que no sea la investigación probatoria, de la autoría y materialidad penales. En este sentido, se espera que el delincuente realice las siguientes acciones para evitar que el juez llegue a la “verdad”: “o dice lo contrario de la verdad, o pisotea la verdad; mentira o silencio, la falsedad misma o la reticencia” (MALATESTA, 1927, pág. 268).

La verdad, en el proceso, sin embargo, nunca será absoluta, ya que el hecho al que ella supuestamente corresponde ya se ha agotado en el tiempo y es irrepetible. Por lo tanto, a través de la verificación probatoria, se podrá llegar a una conclusión jurídicamente acatable.

Ferrajoli (2002, pág. 38) analiza la verdad desde dos perspectivas: la verdad material, que es una verdad jurídica anhelada en el modelo de derecho penal sustancialista; y la verdad procesal, que es una verdad jurídica buscada en el modelo de derecho penal formalista.

A su vez, la verdad procesal puede ser fáctica, cuando presta atención a una “verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados” (resaltado original), inaccesibles “a la experiencia” -o jurídica- refleja, en este interín, una verdad “clasificatoria, al referirse a la clasificación o cualificación de los hechos históricos probados según las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas a través de la interpretación del lenguaje jurídico” (FERRAJOLI, 2002, pág. 43).

La verdad formal (o procesal), según explica el jurista, encuentra sus límites en el derecho procesal y, en general, en las garantías de la defensa, permitiendo inferir que es

contraria al modelo inquisitivo y favorable al modelo acusatorio. En este diapasón, se trata de una “verdad [que] no pretende ser la verdad”, pues esta última corresponde a un autoritarismo propio del modelo inquisitivo, que no se limita a ser alcanzada y no [re] reconoce garantías para la defensa; “No se obtiene mediante indagaciones inquisitivas”, siendo, por tanto, “más controlada en cuanto al método de adquisición”; y “está condicionada en sí misma por el respeto de los procedimientos y las garantías de la defensa”, lo que la hace “más reducida en cuanto a contenido informativo” en relación a la verdad material o sustancial (FERRAJOLI, 2002, pág. 38).

No es posible, por tanto, verificar una verdad absoluta - y, pensando lo contrario, se estaría ante "una ingenuidad epistemológica, que las doctrinas jurídicas iluministas del juicio, como aplicación mecánica de la ley, comparten con el realismo gnoseológico vulgar". "(FERRAJOLI, 2002, pág. 42) -, ella (la verdad) debe ser vista como un ideal aproximado a perseguir y que, por la falta de certeza, también le es ausente la definitividad.

Si bien la “sospecha de la mentira” hace “sospechosa la criminalidad”, tanto por la “improbabilidad” como por la “improbabilidad de lo que dice” (MALATESTA, 1927, pág. 268), en un ordenamiento que adoptó el sistema acusatorio, como es el caso específico de Brasil, esta discusión acabaría o tropezaría con la barrera de la defensa en juicio y el derecho a no ser obligado a incriminarse.

Tener derecho al silencio reflejo directo y frontal en el derecho de ser mantenido en libertad, ambos bajo la protección constitucional, se presenta vacía la obligación de conducir coercitivamente a una persona con el objetivo de esclarecer puntos de divergencia que servirán para incriminarlo en persecución penal actual o inminente. Del mismo lado, no es necesario hablar de prisión para que se lleve a cabo el interrogatorio, dado que, según lo entiende el entonces ministro Eros Grau, del STF, a juicio del *HC 95009* (BRASIL, 2016, pág. 294), “la Constitución garantiza a todos el derecho a permanecer callado”; esto “hace que la respuesta a la indagación investigativa consustancie una facultad” y nadie puede ser arrestado “para ejercer una facultad”.

De esta manera, se muestra evidente el derecho constitucional al silencio en términos contrarios al articulado por Malatesta (1927, pág. 269), para quien “el imputado que calla” hace inferir su “interés por ocultar la verdad” y que “la verdad le es contraria”.

Cuando la narrativa del acusado es contradictoria y no muestra credibilidad, se estará ante la “*certeza* de la mentira”. Pero, dado que es poco probable que haya algo de verdad en la narrativa, se estará ante una “*sospecha* de mentira” (destacados, dos períodos, originales). En este caso, la simple sospecha no se sustenta como “indicio de criminalidad”, dado que “la sospecha de mentira no sería más que el indicio de un indicio” (MALATESTA, 1927, pág. 268).

La duda que plantea Malatesta es explicada por la semiótica. El indicio se manifiesta como un elemento visible de una circunstancia o situación naturalmente oculta, pero

imperceptible. Y, de esta manera, la evidencia -que, en Malatesta, puede ser una forma de verificar la verdad- obviamente no conserva la importancia que tiene la verdad objetivada (de la que es un indicio). Será verdadero, sin embargo, el indicio, es decir, podrá ser “considerado un signo” que conduce a la meta deseada, como explica el semiótico Umberto Eco (2005, pág. 57), si reúne tres condiciones:

[i] cuando no puede ser explicado de manera más económica [a partir de una pregunta simple y objetiva, su respuesta no corrobora la verdad buscada]; [ii] cuando apunta a una sola causa (o un número limitado de posibles causas) y no pasa un número indeterminado de diferentes causas; y [iii] cuando encaja con otro indicio.

Pues bien. El derecho a la defensa propia, que se traduce en la participación y presencia en el proceso, aunque petrificado como derecho fundamental, es enumerado como de libre disponibilidad del imputado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, pág. 902).

El derecho a guardar silencio podrá ser invocado no solo en el proceso o investigación penal, sino también en otras investigaciones, como la intentada por la Comisión Parlamentaria (Mixta) de Investigación (CPI/CPMI). Al fin y al cabo, esto es lo que se infiere del texto de la Constitución de la República, en su Art. 5º, LV.

Al respecto y en el mismo sentido, el ministro Marco Aurélio, del STF, relator en el *HC* 99289, entiende que no existen organismos o agentes públicos a los que no se aplique el derecho a permanecer en silencio. "La invocación de la prerrogativa contra la autoincriminación" es "enteramente opuesta a cualquier autoridad o agente del Estado" y, por tanto, "no legitima, por efecto de su naturaleza eminentemente constitucional, la adopción de medidas que afecten o restrinjan la esfera jurídica" de la persona investigada o procesada, "ni justifica, por igual motivo, el decreto de su prisión cautelar" (BRASIL, 2016, pág. 294).

El 20/9/2005, el ministro Gilmar Mendes, del STF, emitió una decisión monocrática otorgando al entonces paciente - STF, *HC* No. 86724 (BRASIL, 2005) - salvoconducto para que, durante su interrogatorio en la CPMI de Correios, pudiera guardar silencio.

Mendes, quien fue el relator en ese *HC*, explicó que

la convocatoria de una persona a declarar ante tal o cual CPI no aparta a la persona convocada, de ningún modo, de los principios básicos de la Constitución de la República, relativos a los derechos fundamentales, especialmente los enumerados, de manera taxativa, imperativa y fundamental, por el artículo 5º de nuestra Ley Suprema. [...] El derecho al silencio, que asegura la no producción de pruebas contra uno mismo, constituye una piedra angular del sistema de protección de los derechos individuales y materializa una de las expresiones del principio de dignidad de la persona. (BRASIL, 2005, pág. 1 y 4)

Además, el magistrado aseguró al paciente que no estaba "obligado a responder a las indagaciones susceptibles de causar vergüenza a su defensa", así como "la plena observancia de sus derechos constitucionales, en particular la preservación de su *status libertatis*,

independientemente del eventual silencio ante alguna pregunta” (BRASIL, 2005, pág. 1 y 2).

3 Los límites de la defensa propia en el interrogatorio judicial

El interrogatorio del imputado, en el que debe tenerse en cuenta que “no es una necesidad de la acusación, sino un derecho de la defensa” (FERRAJOLI, 2002, pág. 447) - según el STF, por su ministro Celso de Mello, en el *HC 94016*, se trata de “acto de defensa del acusado” (BRASIL, 2016, pág. 294) -, será tomado en la audiencia de instrucción, oportunidad en la que el magistrado lo indagará sobre su propia persona y los hechos. Todo problema gira estructuralmente en torno al lenguaje, es decir, a la narrativa que imprime el acusado en los relatos acusatorios.

3.1 El lenguaje polisémico e interpretación del interrogatorio

Si bien es cierto que es en el relato, en la narración, donde el interrogado transmite su idea que será captada por el intérprete/juez, es aún más cierto que existe una relación de comunicabilidad y acuerdo previo entre los interlocutores sobre el lenguaje exteriorizado por el habla. Por ello, Warat (2002, pág. 21 y 22) enseña que “el lenguaje es lo que nos permite comprender el habla”, ya que se presenta “como un método de aproximación a los hechos lingüísticos” y esta “como los signos que obtienen su significado mediante su inscripción en la lengua”.

El destinatario del interrogatorio es el magistrado, quien lo utilizará, dirigiéndolo a la decisión más cercana al derecho. Así, será más probable una acertada interpretación que reportar al interrogado, especialmente cuando en el interrogatorio se identifican expresiones y/o lexemas polisémicos, cuando el intérprete utiliza la técnica “del aislamiento de la isotopía semántica relevante” (ECO, 2005, pág. 73): dentro de la polisemia se adopta una interpretación que mejor se adapta al contexto.

3.2 Silencio y mentira: balizas para la defensa en juicio del imputado

El derecho a guardar silencio está previsto en el texto del Art. 5º, LXIII, de la CRFB, así como en la redacción actual del Art. 186 del Código Procesal Penal (CPP). El Código, además, aclara que el imputado no necesita responder a las preguntas que le sean dirigidas y que tal silencio no será interpretado en su contra (Art. 186, párrafo único).

Según Ferrajoli (2002), es en el interrogatorio, acto solemne, donde se le da al imputado una doble defensa: (i) contestar el relato de la pieza acusatoria y (ii) presentar los relatos de su justificación (FERRAJOLI, 2002), pág.486).

Al no responder a las indagaciones (permaneciendo callado), el interrogado estará en pleno goce de su derecho a no ser obligado a declarar su culpabilidad o que deba declarar en su contra, así como a que su omisión no sea interpretada desfavorablemente como, por ejemplo, si

fuera una confesión.

Nicolitt recuerda que, si bien el derecho al silencio fue consagrado constitucionalmente en 1988, fue solo 15 años después de la promulgación de la Constitución de la República que el mencionado derecho del interrogado fue previsto en la legislación infraconstitucional. Este dilema solo terminó con la nueva redacción del Art. 186 del CPP otorgado por la Ley N° 10.792/2003. Si bien esta ley no vigila, la mayoría de los magistrados sobreponía el entendimiento de la ley (Art. 186 del CPP) al de la Constitución, por considerar que el silencio del demandado perjudica su defensa. Con algunas opiniones oscurecidas en este sentido, Nicolitt afirma "que el ejercicio de un derecho constitucional no podría ser interpretado en detrimento de la defensa" (NICOLITT, 2016, pág. 689).

No obstante que algunos miembros del Poder Judicial aplicaran el antiguo entendimiento afirmado en el Art. 186 del CPP, parte de la doctrina preconizaba (salvo mejor juicio, con razón) la no recepción constitucional de la disposición legal. Incluso hay quienes afirman que la citada disposición legal habría sido "derogada" por el orden constitucional inaugurado en 1988: "Dicha disposición fue derogada por el Art. 5°, LXIII, de la Constitución Federal, que asegura al imputado el derecho al silencio, base fundamental de lo que convencionalmente se denomina 'silencio constitucional'" (MARCÃO, 2016, pág. 370).

El derecho a no responder a las indagaciones cuyas respuestas pueden ser incriminatorias para el propio imputado, orienta Marcão (2016, pág. 355), que existe en el proceso penal, divergentemente no existe en el proceso civil:

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Procesal Civil (CPC/2015, Art. 385 § 1°, en el proceso penal, la falta de respuesta del imputado en relación con las cuestiones de mérito planteadas por el juez, en ningún caso dará lugar a una confesión, ni podrá, en modo alguno, ser interpretada como en perjuicio de la defensa. Actualmente, en el derecho procesal penal brasileño, no existe una "pena de confesión" en los casos de rebeldía, fuga o silencio durante el interrogatorio.

Así, según la redacción anterior del artículo 186 del Código Procesal Penal - "Antes de iniciar el interrogatorio, el juez observará al imputado que, si bien no está obligado a responder a las preguntas formuladas, su silencio podrá ser interpretado en detrimento de la propia defensa"-, aunque el imputado se mantuviera en silencio, como en el ejercicio de un derecho constitucional fundamental", podría ser interpretado en perjuicio de la defensa, referencia que, evidentemente, no había sido aceptada por la Constitución Federal, de la que se infiere el privilegio de la no autoincriminación, corolario del derecho al silencio" (AVENA, 2017, pág. 100).

Otra disposición criticada por la doctrina es el Art. 198 del CPP: "El silencio del imputado no importará una confesión, pero podrá constituir un elemento para la formación del convencimiento del juez".

Cabe señalar que la parte final del citado texto legal viola directamente el derecho fundamental a guardar silencio, dado que el silencio, según el ordenamiento jurídico-constitucional vigente, nunca podrá ser la base para perjuicio alguno a la defensa del imputado.

En este camino, Marcão (2016, pág. 371) afirma que la parte final del Art. 198 del CPP “no fue receptada por la Constitución Federal vigente”, ya que “el Art. 5º, LXIII, garantiza el derecho al silencio impunidad, por lo que no se puede extraer válidamente conclusión alguna desfavorable al imputado”.

Pacelli (2017), así como la doctrina procesal penal mayoritaria, sustenta el entendimiento de que el imputado no tiene derecho a mentir, ni siquiera en su interrogatorio; sin embargo, su mentira puede posiblemente ser considerada como excluyente de antijuridicidad o de culpabilidad.

Es importante resaltar, en este espacio, que un modelo a saber, garantista de derecho penal, en el que haya subordinación a las “garantías procesales”, reconoce al imputado “su derecho a negar o mentir” (FERRAJOLI, 2002, pág. 188), mientras que negar una afirmación que sabe ser verdadera es, por sí misma, una mentira.

El derecho a guardar silencio, tal como lo entienden Pacelli y Fischer (2016, pág. 431), se bifurca en dos aspectos identificables como medidas de protección moral y legal del interrogado:

tutela, no sólo la conciencia moral de quien, por correr el riesgo de una condena, se ve obligado a *mentir* a su favor, sino también protege al imputado frente a sentencias condenatorias basadas en percepciones subjetivas indignas de grados aceptables de certeza. [destacado original]

Parte de la doctrina entiende que el derecho al silencio se diferencia del derecho a no incriminarse. En este contexto, lo que se denominaría derecho al silencio, o al silencio, sería una garantía frente a una posible cognición o inferencia judicial del silencio o de la ausencia intencionada de respuestas por parte del interrogado. Por otro lado, lo que aparecería, según esta doctrina, como el derecho a la no autoincriminación sería “el derecho a la intimidad, a la privacidad, a la seguridad física y psicológica, al honor y a la imagen” (Art. 5º, X y XII, CF), que no pueden ser afectados por el Poder Público, salvo dentro de los límites autorizados en el texto constitucional” (PACELLI; FISCHER, 2016, pág. 433). Así, según Pacelli y Fischer (2016), no existe el derecho a rechazar cualquier acto probatorio.

Diametralmente opuesto al entendimiento ilustrado inmediatamente anterior, Avena (2017, pág. 100) recuerda que el imputado “no puede ser obligado a producir pruebas en su contra”, lo que, sumado al derecho a guardar silencio sin perjuicio de su defensa, “afecta a cualquier otro medio de prueba”. Y esto incluye el derecho a no ser obligado a participar de, contribuyendo a la propia implosión, “reconstitución del delito (reproducción simulada de la práctica delictiva)”.

Esta garantía de no estar obligado, bajo pena de perjuicio a su defensa, a producir pruebas contra la propia persona trae, en palabras de Ferrajoli (2002, pág. 486), una serie de derechos, tomados como corolarios de la primera, entre los que se enumeran los derechos a guardar silencio y a mentir, así como

la prohibición de esa "tortura espiritual", como la llamó Pagano, que es el juramento del imputado; el "derecho al silencio", en palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de responder lo falso; la prohibición no solo de extraer la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulación de la psique, con drogas o con prácticas hipnóticas, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su conciencia; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por la refutación de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales; el derecho del imputado a la asistencia y, asimismo, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, a fin de prevenir abusos o incluso violaciones de las garantías procesales.

Así, al ser un derecho fundamental a ser invocado en cualquier momento, el imputado no puede ser restringido en su libertad corporal cuando manifiesta desinterés en colaborar con las investigaciones.

Sin embargo, de manera diferente, se le podrá ordenar la prisión preventiva, de acuerdo con el Código Procesal Penal, en el supuesto que, a diferencia de la falta de cooperación con el Estado durante la investigación o el proceso amparado en el ejercicio del derecho constitucional *nemo tenetur se detegere*, la persona se valga de conductas que puedan obstaculizar su avance: "La prisión preventiva podrá ser decretada como garantía del orden público, del orden económico, para conveniencia de la instrucción penal, o para asegurar la aplicación de la ley penal" (Art. 312).

Para Nicolitt (2016, pág. 690), "el imputado puede incluso mentir en su defensa sin que esto genere consecuencia alguna, dado el principio de defensa en juicio, que no conlleva limitación". En que pese, sin embargo, a que, a primera vista, aparenta una absoluta inconsecuencia al interrogado el ejercicio de su supuesto derecho a mentir, Nicolitt señala que la falsa autoincriminación, afirmada en el Art. 341 del CP, es un delito del que ni siquiera el interrogado es inmune, corroborando la tesis de que no existen derechos absolutos (ni siquiera la defensa en juicio).

El profesor y magistrado designado, contrario a la mayoría de la doctrina procesal penal -que es en el sentido de que el interrogado solo podrá callarse sobre el relato de los hechos-, enseña que el derecho al silencio abarca ambos momentos del interrogatorio: calificación personal y la narrativa de los hechos. Nicolitt (2016, pág. 690 y 691) ilustra bien esta afirmación con la siguiente transcripción:

En el propio interrogatorio, el imputado puede ejercer ampliamente el derecho al silencio, ya sea cuando se le pregunte sobre residencia, medios de vida, profesión, etc. (interrogatorio de individualización), o sobre el hecho en

sí (interrogatorio de fondo).

Abrazando la misma tesis del profesor Nicolitt, según la cual la narrativa falsa es un derecho del cuestionado, Marcão (2016, pág. 356) justifica que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, porque nadie está obligado a -incriminarse (*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*)”, por lo que el imputado “podrá mentir, callar o decir la verdad”.

Távora y Alencar (2016) adhieren a dos corrientes doctrinales: una más expansiva y otra más restrictiva. Bueno, en este enfoque, los profesores subdividen la garantía *nemo tenetur se detegere*, es decir, que el imputado no está obligado a producir prueba en detrimento de su defensa técnica, en: "callar o permanecer callado", "no estar obligado a confesar la comisión de la infracción penal", "inexigibilidad para decir la verdad", “No adoptar conductas activas que puedan ocasionarle incriminación” y “no producir prueba incriminatoria invasiva o que imponga penetración en su organismo” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, pág. 77).

En otro camino, sin embargo, divergente de lo que propone André L. Nicolitt, el derecho a guardar silencio, aquí en análisis, en la lección de Távora y Alencar (2016, pág. 77), no cubre la primera fase del interrogatorio, ya que “el imputado, conducido, acusado, declarante y testigo tienen el deber de informar su nombre, domicilio y demás datos de su cualificación, no siendo aplicable en este punto el derecho al silencio”.

En deferencia al entendido de que el derecho a guardar silencio solo abarcaría la segunda fase del interrogatorio, el ministro Gilmar Mendes, en el *HC* N° 86724 -en el cual, como se vio, se otorgó la medida cautelar y se emitió un salvoconducto para que el entonces paciente pudiera hacer uso de este derecho fundamental sin perjuicio de su defensa ante la CPMI de Correios-, decidió que el interrogado debe obligatoriamente prestar las informaciones que no impliquen su propio declive:

En el caso de los autos, se configura inequívoco, al menos en el contexto de una medida cautelar, que el no reconocimiento del derecho a no responder preguntas, cuyas respuestas pueden incriminarlo, resultará en graves e irreversibles perjuicios al derecho fundamental del paciente. **Respecto de los hechos que no impliquen autoincriminación, el declarante queda obligado a prestar informaciones.** [nuestro punto destacado] (BRASIL, 2005, pág. 5)

Tribunales Superiores, a través de su reiterada jurisprudencia, analizando reiteradamente la “posibilidad de que los conducidos por la autoridad policial de presentar documentos falsos para eludir su identificación [...] han rechazado la aplicación del principio de *nemo tenetur se detegere*, concluyendo por la tipicidad de la conducta” (destacado original) (TÁVORA; FISCHER, 2016, pág. 77 y 78).

La jurisprudencia del STJ viene afirmando en diversas sentencias que el derecho a la defensa propia absuelve una eventual mentira contada por el acusado. Sin embargo, es necesario

atenerse al hecho que el propio STJ no tiene el mismo entendimiento cuando el (aún) investigado, falsamente, dice que es otra persona a la autoridad policial (Declaración N° 522).

En el mismo sentido, el STF, en la sentencia del Recurso Extraordinario (RE) N° 640139, también entiende que la atribución de una identidad falsa en una investigación policial caracteriza un hecho típico, antijurídico y culposo: "El principio constitucional de defensa propia (Art. 5, LXIII, de la CF/1988) no llega a quienes atribuyen una identidad falsa a la autoridad policial con la intención de ocultar malos antecedentes" (BRASIL, 2016, pág. 293).

El imputado, "a quien se le reconoce el derecho al silencio", es, en palabras de Malatesta (1927, pág. 459), un "testigo incoercible", dado que "no solo no puede ser obligado a *confesar*, ya que tampoco puede ser obligado a *testificar* de cualquier modo" (destacados originales); y es incoercible porque no está sujeto a juramento, ya que de lo contrario sería una "coacción sobre su espíritu, y cualquier coacción, Marcão (2016, pág. 356) es adepto a este mismo vértice trazado en el *HC* N° 86724 que se guía por la doctrina de que el derecho fundamental al silencio encuentra su límite en la primera fase del interrogatorio, aquella en la que el magistrado busca calificar al interrogado: "La garantía del silencio", dice el profesor, "No es ilimitada y no llega al interrogatorio de calificación".

Sin embargo, no se puede olvidar que aún está en vigor el Art. 68 (*primer párrafo y párrafo único*) de la Ley de Contravenciones Penales (LCP), que prevé la sanción de multa para quienes guarden silencio y multa más pena privativa de libertad para quienes mientan. Al respecto, se debe inferir que, a pesar de que es incompatible con el orden constitucional vigente --por lo tanto, ineficaz--, la conducta punible como contravención penal se relacionaría con la primera fase del interrogatorio, la que se ocupa de la calificación del acusado.

Marcão (2016, pág. 371) explica que el derecho al silencio es limitado. De esta manera, "no llega al interrogatorio de calificación", so pena de quedar configurada la conducta afirmada en el Art. 68 de la LCP - con "denegación de datos sobre la propia identidad o calificación" - o en el Art. 307 del CP - de manera más grave, cuando el acusado proporciona "datos falsos sobre su identidad".

El derecho a no presentar pruebas contra uno mismo, aunque está bastante extendido en la práctica forense, como se vio anteriormente, no es absoluto. En este diapasón, los interna o externa, que obligue al acusado a confesar, es siempre ilegítima y debe ser rechazada".

En el capítulo titulado "De los juramentos", Beccaria (2008, pág. 36) no solo admite la posibilidad de que el imputado mienta, sino que también entiende que es imposible exigirle una conducta contraria a sus instintos de supervivencia: "¡Como si el hombre pudiera jurar de buena fe que contribuirá a su propia destrucción! "

4 Conclusión

Si bien existe parte de la doctrina que adhiere a la tesis de que el interrogado tiene derecho a mentir, parece acertada aquella otra de acuerdo con la cual es posible inferir que a él, el imputado, no le asiste el derecho público subjetivo de mentir en juicio, por estar sujeto a las sanciones tipificadas por delitos contra la administración de justicia (denuncia calumniosa o falsa autoacusación, *verbi gratia*).

Sin embargo, a pesar de la inexistencia de tal derecho, debido al carácter inusual de la conducta, la simple mentira del imputado no será delito, ya sea porque no hay tipificación de perjurio en la ley penal nacional, o porque la falsedad no se encuentra supeditada a las reglas penales establecidas; así como la mentira narrada por el interrogado no podrá ser fundamento para una posible fijación de pena base más allá del mínimo legal.

No obstante, se debe estar atento al hecho de que, en un modelo de derecho penal garantista, en el que la búsqueda de la verdad (procesal) está limitada y delimitada por una serie de garantías (ya vistas en otro lugar), no es razonable admitir que el imputado contribuya a su propia ruina, ya sea a través de un relato o de conductas comisivas impuestas por el Estado.

Por lo tanto, un relato conscientemente falso por parte del interrogado, así como su silencio cuando indagado sobre algo que ya conoce la respuesta, en cumplimiento de su defensa en juicio, a la posibilidad de refutar la narrativa acusatoria, es (y debe ser) tolerable en un Estado que se considera Democrático y de Derecho y que adopta el modelo acusatorio y garantista de derecho material y procesal penal.

Referencias

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. [livro eletrônico] 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BAHIA, Flávia. **Coleção descomplicando** – Direito constitucional. 3. ed. coord. Sabrina Dourado. Recife: Armador, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Enunciado nº 522**. A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa. Julgado em 25/3/2015 e publicado em 6/4/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27522%27>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A constituição e o supremo**. [recurso eletrônico] 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar no habeas corpus nº 86724**. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 20/9/2005 e publicado em 20/10/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=202&dataPublicacao=20/10/2005&incidente=3739957&capitulo=6&codigoMateria=2&numeroMateria=158&texto=1843886>. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 849, de 28 de novembro a 2 de**

- dezembro de 2016.** Publicado em 13/12/2016. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo849.htm>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n° 5.** A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Publicado em 16/5/2008. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>. Acesso em: 20 dez. 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito administrativo.** 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.
- MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Saraiva, 2016.
- NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência.** [livro eletrônico] 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** [livro eletrônico] 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** [livro eletrônico] 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem.** 2. versão. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.