

GUARDAR SILENCIO: derecho y política

José Hurtado Pozo

Aunque solo sea un aficionado al derecho procesal penal, escribo esta nota, motivado por la lectura de las declaraciones de un penalista e impulsado por la vista de la serie coreana “Twenty five, twenty one”.

Dos de los personajes de la serie, Na Hee Do (escolar de 19 años) y Baek Yi Jin (periodista de 23 años) mantienen, desde la perspectiva de un espectador como el suscrito, relaciones personales especiales, que se manifiestan en gestos de empatía mutua e intensa. Para él, se trata de algo más que de una amistad especial y para ella, de algo muy cercano al amor. Por lo que se plantean la cuestión de cómo llamar esta relación intermedia tan peculiar. Na Hee Do propone que inventen una expresión nueva o que recurran a un término común como tijeras o arco iris. Su preferencia se inclina por el segundo. Baek Yi Jin, luego de dudar, rechaza esta alternativa y reconoce que se trata de amor.

Situación análoga se presenta respecto al uso de las expresiones “reserva de declaración” y “guardar silencio” para etiquetar el hecho de que el presidente Castillo no “responde a las preguntas del fiscal en ocasión de prestar su preventiva” por supuesto delito de plagio.

El penalista afirma que “si es que hay que calificar” como “guardar silencio” el hecho que el procesado no responda a las interrogaciones del fiscal y se limite a reservarse la posibilidad de declarar “cuando haya más información”. Considera que “no existe” el “término jurídico que represente la reserva de la declaración” y que el término jurídico es guardar silencio (“el presidente ha guardado silencio”). Por lo que el primero es “un malabar terminológico” y que el actuar del presidente “es una estrategia jurídico-política”, aconsejada por sus abogados defensores.

Como observador externo de este enfrentamiento, entre el penalista (quizás también el fiscal) y los defensores del procesado, debería determinar el contexto social, político y jurídico en el que tiene lugar. La índole de esta nota me impide hacerlo. El reproche de que se trata de “estrategia jurídico-política”, muestra que el contexto es en gran parte político y que es uno de los medios de defensa política del presidente, quien estima que es investigado con la finalidad de vacarlo del cargo. Además, que si concurre a las citaciones de la fiscalía es para demostrar que se somete a la administración de justicia, a pesar de considerar que goza de inmunidad porque, según la Constitución solo puede ser “acusado”, durante el ejercicio del cargo, por los delitos exclusivamente señalados, entre los que no figura el de plagio.

De las declaraciones en cuestión, aparece a simple vista como objeto primario de la discusión “el hecho de guardar silencio”, que supondría la obligación o el deber de “responder a las preguntas del fiscal”, el mismo que implicaría el deber de colaborar con la “justicia”. En particular, de la parte de quien ejerce un alto cargo en la función estatal. Así, el hecho imputado

es calificado desde tres perspectivas: jurídica, política y moral. No tener en cuenta que los criterios usados en estos ámbitos difieren, sobre todo, en la aplicación, es fuente de errores y de gran confusión.

Decisivo es entonces, esclarecer la comprensión de la expresión “guardar silencio”. En el lenguaje ordinario, común, silencio se entiende como “falta de ruido”. Este suceso o acontecimiento contingente no es el objeto al que se refiere dicha expresión. Más bien, se trataría del hecho de “abstenerse de hablar” (por ejemplo, guardar un minuto de silencio en memoria de ...). Sin embargo, este sentido no es útil para esclarecer a qué se refiere el penalista, en la medida que el procesado, si bien escucha las preguntas, habla, aunque se limita a expresar que “se reserva de la declaración”.

¿De qué “guardar silencio” se trata? El penalista recurre a una referencia externa, cuando dice que es jurídico. Con lo abre la posibilidad de que esto se deba a lo que dispone una regla jurídica (ley, constitución, reglamento, convención internacional) o a lo que estatuye la doctrina jurídica (la que él considera correcta, pues implícitamente tiene como incorrecta o equivocada a la de los defensores del procesado).

Una indagación rápida de la legislación procesal y constitucional permite afirmar que el fundamento de su opinión es sobre todo doctrinario (interpretación de la regulación legislativa correspondiente). Puesto que en ninguna disposición de derecho positivo se habla, expresamente, de “guardar silencio”. Así, el art. IX - Derecho de Defensa, inc. 2, del NCPP prevé, que “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”. Y, en su art. 376 - Declaración del acusado (juicio oral), establece que: “1. Si el acusado se rehusa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal.”

Regulación que sigue al art. 71 - Derechos del imputado, inc. d, del CPP 1991, que reconocía el derecho a: “Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración ...”. E, igualmente, al art.8.2.g - Garantías Judiciales- de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se prevé el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

La interpretación de las expresiones “declarar o a reconocer”, “se rehusa a declarar total o parcialmente”, “abstenerse de declarar” y “no ser obligado a declarar” inducen más bien a tener como término jurídico, en el sentido de conforme al derecho positivo, “la reserva de la declaración” y no el de “guardar silencio”. Este es, más bien, de uso frecuente en la dogmática, en las decisiones judiciales y del Tribunal Constitucional. Resulta de la elaboración doctrinaria de dichas expresiones y, por tanto, de uso común entre los teóricos del derecho, al menos en el contexto jurídico procesal nacional.

A diferencia de la Constitución de 1979 (art. 2, inc. 2, letra k: “...ni compelido a declarar o reconocer culpabilidad en causa penal ...”), en la vigente no se ha previsto disposición semejante. En doctrina, se considera que el “derecho a guardar silencio ... forma parte del contenido esencial de los artículos” 139, inc. 14 (derecho procesal constitucional de defensa) y 2, inc. 24, literal “h” (“carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”).

La diversidad de los términos utilizados no es, como podría creerse, un asunto meramente formal de etiquetas para referirse a la situación de que el fiscal no obligue a declarar al procesado y que éste omita, parcial o totalmente, responder al interrogatorio sobre las circunstancias relacionadas con el delito investigado. Al fiscal, titular de la acción penal, le corresponde la “carga de la prueba”. Uno de sus medios es interrogar al imputado (acto procesal de la preventiva) para obtener que éste “confiese” ser el culpable, el responsable, de manera

expresa y directa o mediante el reconocimiento de los hechos que, progresivamente, el fiscal indaga a través de las preguntas que formula. La línea roja que no debe sobrepasar es la “auto incriminación de sí mismo”, fijada por la atribución a todo imputado el derecho a no responder, debido a que cualquier hecho admitido puede ser considerado, al menos, como un indicio de su responsabilidad.

De esta manera, es comprensible que el no colaborar con el fiscal comporte un medio legítimo de defenderse penalmente. En consecuencia, su “silencio específico” no debe ser valorado como prueba de su autoría, participación o culpabilidad penales. Por lo que debe evitarse invocar algún supuesto deber ético, moral, funcional o de colaboración con la “justicia”, con la “búsqueda de la verdad”. Lo que no empecé que pueda ser tomado en cuenta para descalificarlo moral y políticamente.

Na Hee Do y Baek Yi Jin, personajes de la serie, hablan, actúan y califican sus relaciones conforme a los esquemas culturales de la sociedad en que viven. Las personas que evolucionan en ese mismo contexto cultural, diferente al nuestro, lo que explica que muchos coreanos critiquen la serie porque juzgan que las relaciones amorosas entre una menor de edad y un adulto es inmoral y hasta ilícita. Mientras que para muchos de los espectadores peruanos se trata de una “hermosa historia de amor”.

Mutatis mutandis, sucede lo mismo respecto a las relaciones profesionales y políticas entre el penalista que declara y los abogados del presidente. Califican el actuar de este, aun comunicándose en el mismo lenguaje y refiriéndose al mismo contexto jurídico, de manera diferente. El primero de manera negativa y los segundos, positivamente. Nosotros, los observadores externos, para tener una cabal comprensión de sus comportamientos no debemos sólo tener en cuenta el limitado mucho jurídico, sino que debemos calar los ámbitos políticos, sociales y económicos para poder percibir y comprender los reales motivos e intereses que los impulsan a confrontarse política y jurídicamente.

Friburgo, setiembre 2022