

Tipo de documento: Tesis de maestría

Maestría en Derecho Penal

Sobre la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio: análisis crítico sobre los argumentos epistémicos y constitucionales.

Autoría: Buosi, Rocío Evelyn
Año de defensa de la tesis: 2023

¿Cómo citar este trabajo?

Buosi, R. (2021) "Sobre la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio: análisis crítico sobre los argumentos epistémicos y constitucionales". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella <https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12014>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)
Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>

Sobre la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio: análisis crítico sobre los argumentos epistémicos y constitucionales.

I. INTRODUCCIÓN.....	2
1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA	2
2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO A GUARDAR SILENCIO?.....	3
3. SOBRE LA PROHIBICIÓN DE VALORAR EL SILENCIO DE LA PERSONA ACUSADA	5
4. DESCRIPCIÓN DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN: LA REGULACIÓN DE LA VALORACIÓN DEL SILENCIO DE LA PERSONA ACUSADA EN JUICIO EN EL DERECHO COMPARADO	6
4.a. <i>El caso de Argentina</i>	6
4.b. <i>El caso de Estados Unidos de América y Canadá</i>	8
4.c. <i>Una forma distinta de regular el derecho a guardar silencio: el caso del Reino Unido</i>	10
II. EL VALOR PROBATORIO DEL SILENCIO	13
1. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES.....	13
2. ARGUMENTOS A FAVOR DE PERMITIR LA VALORACIÓN DEL SILENCIO DEL ACUSADO	15
3. SOBRE LAS ALEGADAS RAZONES INOCENTES PARA GUARDAR SILENCIO EN JUICIO	20
4. REQUISITOS PARA UNA VALORACIÓN RACIONAL DEL SILENCIO DE LA PERSONA ACUSADA EN LA ETAPA DE JUICIO	26
5. RAZONES CONSECUENCIALISTAS PARA PROHIBIR LA VALORACIÓN DEL SILENCIO DE LA PERSONA ACUSADA	29
5.a. <i>La prohibición de utilizar inferencias adversas del silencio como medio para proteger (también) a los acusados inocentes</i>	30
5.b. <i>La paradoja de permitir las inferencias adversas del silencio de la persona acusada</i>	32
6. CONCLUSIÓN PRELIMINAR	33
III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA PROHIBIR LAS INFERENCIAS ADVERSAS DEL SILENCIO DEL ACUSADO	35
1. EL DERECHO A NO SER OBLIGADO A DECLARAR CONTRA SÍ MISMO COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN	35
2. EL PRINCIPIO DE INOCENCIA COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN	42
3. EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO COMO FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN	45
IV. CONCLUSIONES	50
V. BIBLIOGRAFÍA	55

I. INTRODUCCIÓN

1. Presentación del problema

En este trabajo analizaré críticamente la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio, prohibición que ha sido incorporada en los sistemas procesales penales de varias jurisdicciones del mundo —ya sea por vía jurisprudencial, legislativa o doctrinal— como una forma de regular una protección amplia del derecho a guardar silencio.

Mi hipótesis es que, en determinados contextos probatorios, el hecho de que la persona acusada decida guardar silencio en juicio posee valor probatorio y que, a su vez, no es posible afirmar que la prohibición de realizar inferencias adversas de su silencio se encuentre justificado en determinados principios fundamentales de orden constitucional y convencional, en particular, la garantía contra la autoincriminación forzada, el principio de inocencia o el derecho de defensa en juicio.

Con el objetivo de contextualizar la discusión, desarrollaré brevemente el contenido del derecho a guardar silencio y el tratamiento que se le ha dado a la posibilidad de valorar como prueba el silencio de la persona acusada en Argentina, Estados Unidos de América, Canadá y el Reino Unido (capítulo I).

Para someter esta hipótesis a prueba, abordaré la cuestión desde dos planos: por un lado, desde un enfoque netamente epistémico y, seguidamente, desde un enfoque de derecho constitucional. Por ello, en primer lugar, analizaré los argumentos que proponen justificar que el hecho de que una persona acusada guarde silencio en juicio puede tener, en determinadas circunstancias, valor probatorio para apoyar la hipótesis acusatoria, y discutiré los argumentos brindados —fundamentalmente, en la doctrina angloamericana— para negarlo. Luego, examinaré ciertos requisitos que deben presentarse en un caso para llevar a cabo una valoración epistémicamente válida del silencio del acusado. Asimismo, presentaré dos argumentos consecuencialistas que buscan justificar que, a pesar de que sea epistémicamente correcto otorgarle valor probatorio al silencio en determinados

casos, prohibir su valoración en el proceso penal arrojaría mayores beneficios epistémicos que permitirlo (capítulo II).

Luego del análisis epistémico, pasaré a una segunda parte, en la que indagaré sobre posibles conflictos entre el empleo de inferencias adversas del silencio y algunos derechos fundamentales reconocidos a las personas sometidas a un proceso penal. Con este fin, reseñaré los argumentos que se han brindado principalmente en la doctrina argentina para fundamentar que la permisión de extraer inferencias adversas del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio viola la garantía contra la autoincriminación forzada, el principio de inocencia y/o el derecho de defensa en juicio. Seguidamente, brindaré una serie de contraargumentos dirigidos a descalificar esa posición (capítulo III). En el último capítulo (IV), presentaré las conclusiones del trabajo.

2. ¿Qué entendemos por derecho a guardar silencio?

Un primer paso necesario antes de abordar las preguntas centrales de este trabajo es despejar algunas dudas que pueden plantearse con respecto al contenido del derecho a guardar silencio. Este derecho es definido frecuentemente de forma imprecisa y su significado puede variar de un sistema jurídico a otro. Por ejemplo, algunas veces es utilizado como equivalente a la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada o al derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo.

En tanto la garantía contra la autoincriminación forzada incluye todo tipo de acto o medida que conduzca a la autoincriminación de la persona acusada, el derecho a guardar silencio protege una esfera específica de acciones del imputado, esto es, a no auto-incriminarse a través de la palabra (SUCAR, 2012: 32). Como señala TRECHSEL (2005: 342), estas garantías podrían graficarse como dos círculos parcialmente superpuestos: mientras que el derecho a guardar silencio —círculo más estrecho— se refiere únicamente al derecho a no hablar, la garantía contra la autoincriminación forzada —círculo más amplio— no se limita a la expresión verbal,

sino que también protege contra otro tipo de coerciones como, por ejemplo, no ser presionado para producir documentos¹.

Con respecto al momento procesal en el cual la persona acusada puede hacer uso del derecho a guardar silencio, suelen diferenciarse dos ámbitos en los que aplica: por un lado, el silencio en la fase previa al juicio² —por ejemplo, durante un interrogatorio policial³ o en declaraciones ante autoridades judiciales durante la etapa de investigación— y, por otro lado, el silencio del imputado durante el juicio oral (HO, 2020: 190).

Con relación al derecho a guardar silencio durante la fase de juicio, este puede alcanzar distintas formas de protección: a) el derecho de la persona acusada a no declarar en un juicio en su contra; b) la inmunidad respecto de cualquier sanción jurídica en caso de que decida invocar ese derecho⁴; c) el deber del juez de abstenerse de interferir por cualquier medio en la decisión de la persona acusada de hacer uso de aquél y, por último, d) la inmunidad respecto de posibles consecuencias probatorias adversas en caso de invocar ese derecho (HO, 2020: 191). Así, este derecho puede encontrarse protegido en los distintos ordenamientos jurídicos con un alcance diferente, ya sea de una forma débil, por ejemplo, el derecho a no ser obligado a declarar bajo pena de ser condenado o recibir cualquier tipo de castigo o sanción por hacer uso de él, o de una forma más fuerte, que incluiría, además, la

¹ Véase también QUIRK (2017: 8).

² Con mayor rigor, podrían diferenciarse dos momentos distintos dentro de la fase previa al juicio: por un lado, la declaración ante la policía en aquellas jurisdicciones que así lo permiten y, una etapa posterior, en caso de que el acusado deba declarar ante un Gran Jurado (como en la jurisdicción federal estadounidense) o, en el caso de Argentina, al momento de la declaración indagatoria del acusado ante el fiscal o juez de instrucción.

³ En el sistema jurídico argentino, el análisis del derecho a guardar silencio durante un interrogatorio policial no tiene demasiada relevancia práctica, ya que la mayoría de los códigos procesales penales del país incluyen expresamente una cláusula que prohíbe que los agentes policiales tomen declaraciones a las personas sospechosas de haber cometido un delito, pudiendo únicamente dirigirles preguntas para constatar su identidad, previa lectura de sus derechos y garantías. Sin embargo, es común que al acusado se le reciba declaración de forma previa al juicio, al momento de realizarse la primera intimación formal de los hechos (instancia procesal conocida como “declaración indagatoria”, “declaración del imputado” o “intimación de los hechos”). En esta oportunidad la persona acusada ya cuenta con el asesoramiento de un defensor —sin ello el acto sería reputado nulo— y se le reconoce el derecho de acceder previamente al conocimiento de todos los elementos de prueba que haya en su contra.

⁴ Por ejemplo, una tipo de sanción jurídica podría ser aquella que se le impone a los testigos que son legalmente citados a declarar en juicio y se niegan a hacerlo, la que se encuentra regulada en el art. 243 del código penal argentino y prevé una pena de prisión de 15 días a un mes.

prohibición de extraer inferencias adversas del silencio del acusado (DUFF, FARMER, MARSHALL & TADROS, 2007: 147).

Este último nivel de protección es(d), decir, la prohibición de que los jueces y los jurados puedan valorar la negativa de la persona acusada de declarar para apoyar la hipótesis acusatoria, es lo que será objeto de estudio a continuación.

3. Sobre la prohibición de valorar el silencio de la persona acusada

En aquellas jurisdicciones en las cuales no se permite valorar el silencio de la persona acusada al momento del juicio, esta prohibición opera como una restricción dirigida a aquellos que deben valorar la prueba para arribar a una decisión. Existen distintas formas de controlar la deliberación en un proceso judicial y una de ellas es la exclusión de información. Por exclusión puede entenderse, por un lado, la acción de apartar de los decisores un elemento de prueba; de esta forma, aquellos que deben decidir sobre la culpabilidad de un imputado no entrarán en conocimiento de cierto tipo de información (exclusión perceptiva). Por otro lado, puede darse el caso de que los decisores tomen efectivamente conocimiento sobre cierta evidencia, pero que se les requiera que se abstengan de tomarla en cuenta al momento de tomar la decisión (exclusión de la deliberación) (HO, 2010: 42).

Si un acusado decidiera no declarar en el juicio, no cabe duda de que ocultar este hecho, tanto a las partes como a los juzgadores, resulta imposible. Podríamos estar de acuerdo en que tanto los jueces como los jurados estarán expectantes de escuchar la versión de los hechos de boca del propio imputado y que, en caso de que éste no exponga ninguna, este hecho será percibido, por lo que no es factible excluir este dato empírico en un sentido *perceptivo*. Así, en palabras del juez White en el fallo *Griffin v. California*⁵, el hecho de que un acusado decida no declarar en juicio es “un hecho ineludiblemente impreso en la conciencia del jurado”.

Sin embargo, sí es posible ordenarles a los decisores que se abstengan de considerar ese dato a la hora de deliberar sobre la culpabilidad de la persona

⁵ 380 U.S. 609 (1965)

acusada. Esta decisión es relevante, ya que la exclusión de elementos de juicio del proceso penal se justifica o en la protección por parte del derecho de valores distintos a la averiguación de la verdad —como, por ejemplo, la protección de derechos fundamentales tales como la intimidad, la autonomía individual o las relaciones familiares— o en la consideración de su bajo valor epistemológico ante el peligro de que una mala valoración tienda a otorgarles más peso del que tienen (FERRER BELTRÁN, 2007: 43-44; MILTON PERALTA, 2017: 198)⁶. De hecho, quienes se oponen a la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio del acusado argumentan que ello implica descartar prueba con potencial valor probatorio en detrimento del objetivo de controlar la comisión de delitos (HAMER, 2004a: 162). Por ello, resulta necesario evaluar este tipo de prohibiciones, que actúan como excepciones al *principio general de inclusión* que prescribe la admisión de toda prueba que aporte información relevante⁷ sobre los hechos que se juzgan (FERRER BELTRÁN, 2007: 42).

4. Descripción del estado de la cuestión: La regulación de la valoración del silencio de la persona acusada en juicio en el derecho comparado

4.a. El caso de Argentina

Casi la totalidad de los códigos procesales penales provinciales, al igual que el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Código Procesal Penal de la Nación y el Código Procesal Penal Federal, prevén dentro de sus cláusulas no solo el derecho del acusado de negarse a declarar ante una acusación penal⁸, sino también

⁶ Como explica FERRER BELTRÁN (2007: 28), teóricos clásicos de la prueba como Bentham, Wigmore y Thayer se inclinaban hacia una concepción “abierta” de la prueba, ya que sostenían que había que eliminar, o al menos reducir al mínimo, la regulación normativa de las pruebas, fenómeno que pertenecía ante todo a la esfera de la lógica y de la racionalidad.

⁷ La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos (TARUFFO, 2008: 38).

⁸ Esto se trata de la regulación en los códigos procesales penales de cada jurisdicción del derecho expresamente previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional de que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, y en el art. 8.2.g. de la Convención Americana de Derechos Humanos

una prohibición, dirigida a los jueces o jurados, de que su silencio —entendido como la negativa a declarar o a contestar preguntas sobre la acusación— pueda ser valorado como una “presunción” de su culpabilidad⁹.

En base a estas cláusulas suele afirmarse que no solo se encuentra prohibido coaccionar a la persona acusada para que declare, sino también realizar inferencias adversas de su decisión de guardar silencio¹⁰. El problema con derivar esta última prohibición de estas cláusulas es que se confunde el concepto de *presunción* con el de *inferencia*. El primero es un mecanismo legal por el cual se toma a un hecho como verdadero cuando se ha establecido la verdad de otro hecho, a menos que se presenten pruebas suficientes para tornar inoperante la presunción en cuestión (ASHFORD & RISINGER, 1969: 165). De esta manera, lo que este tipo de norma prohíbe es que el mero hecho de que la persona acusada haya decidido guardar silencio sea condición suficiente para sostener que es culpable y, consecuentemente, para condenarlo. Sin embargo, esto no equivale a que se encuentre prohibido que el juzgador pueda valorar que el silencio del acusado respalda en alguna medida la proposición de que es culpable como un elemento de prueba más dentro del acervo probatorio, esto es, que se realice una *inferencia adversa*.

A pesar de esta precisión respecto a la diferenciación entre presunción e inferencia, una persona acusada a la que simplemente se le leyera este tipo de norma procesal podría interpretar que ninguna consecuencia negativa puede resultar del hecho de que haga uso de su derecho a guardar silencio. Por ello, si en verdad el

(derecho de toda persona inculpada de delito a no ser obligado a declarar contra sí mismo o a declararse culpable), lo que desarrollaré en mayor detalle en el capítulo III.1.

⁹ Por ejemplo, el art. 298 del Código Procesal Penal Federal señala: “[t]erminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad”. A su vez, el art. 29 del Código Procesal Penal de la Ciudad de Buenos Aires establece que: “[a] todo imputado se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, debiendo las fuerzas de seguridad, el/la fiscal y el/la juez/a, según la circunstancia, informarle de inmediato y de modo comprensible los derechos de: [...] 2) guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad”.

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, MAIER (2004: 563, 566-567) refiere que para asegurar el objetivo de que la declaración del imputado represente su toma de posición frente a la imputación, las leyes procesales establecen una serie de reglas y que, entre ellas, “completa este sistema la facultad de abstenerse a declarar sin que su silencio se pueda interpretar como elemento de prueba en su contra”.

legislador desease admitir las inferencias adversas del silencio del acusado, lo correcto sería que esto surja de forma explícita del texto de la ley.

Si bien gran parte de la doctrina argentina ha brindado justificaciones de orden constitucional para prohibir el empleo de inferencias adversas del silencio de la persona acusada en juicio —lo que analizaré más adelante—, no contamos con un pronunciamiento esclarecedor por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto¹¹.

4.b. El caso de Estados Unidos de América y Canadá

La situación en los Estados Unidos de América es distinta a la de nuestro país. Allí, la posibilidad de realizar inferencias adversas del silencio del acusado se encuentra expresamente prohibida por medio de pronunciamientos del máximo tribunal federal. El precedente más famoso en esta materia es el ya mencionado *Griffin v. California*, en el que la Corte Suprema estadounidense analizó la constitucionalidad de una instrucción dada por los jueces del Estado de California por medio de la que se habilitaba a los jurados a extraer inferencias adversas del silencio de la persona acusada bajo ciertas condiciones que la propia instrucción aclaraba¹². El tribunal

¹¹ Sin embargo, un único precedente de este tribunal parecería apoyar la posición de que tal prohibición no se deriva directamente de la Constitución Nacional. Así, CARRIÓ (2015: 486-487) trae a colación el fallo “Emilio E. González Bonorino” (CSJN, sentencia del 6 de junio de 1978, Fallos 300:610). En este precedente —del que solo se cuenta con el sumario elaborado por la Corte—, el máximo tribunal declaró que “[n]o es violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional —en cuanto a la prohibición de obligar a alguien a declarar contra sí mismo— la sentencia que se refiere a la negativa del procesado a prestar declaración indagatoria en un primer momento ya que, a los efectos de descalificar las exculpaciones del acusado, el tribunal computó toda suerte de probanzas directas, indirectas y circunstanciales”. De esta forma, señala CARRIÓ, esta interpretación del alcance del art. 18 de la Constitución Nacional parecería impedir que se le adjudique rango constitucional a la prohibición de valorar el silencio del acusado, en tanto el máximo tribunal, como intérprete último de la Constitución Nacional, entendió en ese caso que no resultaba violatorio de la prohibición contra la autoincriminación forzada el valorar como elemento descalificador de una exculpación del acusado, su negativa a declarar.

¹² La instrucción que se le dio al jurado en el caso *Griffin* fue la siguiente: “Es un derecho constitucional del acusado en un juicio penal que no pueda ser obligado a declarar. Por lo tanto, si declara o no depende completamente de su decisión. Respecto de cualquier prueba o hecho adverso al acusado del que se espera que éste razonablemente niegue o explique dado el conocimiento que tiene de esos hechos, si no testimonia o, haciéndolo, no niega o no explica tales pruebas en su contra, el jurado puede tomar en consideración esa falta como un indicador de su veracidad o de que entre las inferencias que pueden razonablemente hacerse de dicha situación son más probables las que

sostuvo que esta instrucción violaba la cláusula contra la autoincriminación forzada contenida en la Quinta Enmienda a la Constitución, que era aplicable a todos los estados en función de la Decimocuarta Enmienda. Asimismo, en el fallo *Carter v. Kentucky*¹³, la Corte Suprema agregó que, en caso de que lo peticione el acusado, el juez tiene la obligación de darle al jurado la instrucción de que la persona sometida a proceso no está obligada a declarar y que el hecho de que no lo haga no puede ser utilizado para inferir su culpabilidad ni debe esa decisión perjudicarlo de ninguna manera.

Por su parte, Canadá también mantiene un régimen estricto con respecto a la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada, las cuales son consideradas violatorias de la Carta de Derechos y Libertades¹⁴. Sin embargo, la Corte Suprema canadiense admitió una excepción a esta regla a través del caso *R. v. Noble*¹⁵, en los llamados *alibi cases*. Así, en el caso de que la defensa plantee una coartada y el acusado decida no testificar en el juicio ni exponerse a un interrogatorio sobre aquella, la fiscalía está autorizada a extraer una inferencia adversa sobre la credibilidad de la defensa invocada. La justificación para la permisión de valorar el silencio del acusado en estos casos se apoyaría en dos premisas: la facilidad con la que pueden fabricarse las coartadas y el hecho de que la defensa de la coartada no estaría directamente relacionada con la culpabilidad del acusado¹⁶.

resultan desfavorables para el acusado. Sin embargo, si un acusado no tiene la información necesaria que precisaría para negar o explicar determinadas pruebas en su contra, sería poco razonable hacer inferencias desfavorables para él por no haber desmentido o explicado tales pruebas. Que un acusado no contradiga o explique las pruebas en su contra no crea una presunción de su culpabilidad ni garantiza por sí mismo una inferencia de su culpabilidad, así como tampoco libera a la acusación de la carga de probar cada elemento esencial del delito, ni de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.” (380 U. S. 609, 618 (1965); traducción de la autora).

¹³ 450 U.S. 288 (1981).

¹⁴ En particular, la Corte canadiense entiende que el derecho a guardar silencio es un principio fundamental de justicia protegido no solo por el art. 11 que reconoce explícitamente el derecho del acusado a no ser compelido a declarar (*the accused's non-compellability at trial*), sino también por el art. 7 de la Carta; en aquél se prevé que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona y a no ser privado de ellas, salvo de conformidad con los principios de la justicia fundamental.” En este sentido, el máximo tribunal canadiense sostuvo que resulta contrario a la dignidad del acusado utilizar su silencio para ayudar a fundamentar una creencia de culpabilidad más allá de toda duda razonable. Véase *R. v. Noble* (1997) 1 SCR 874, considerandos 70 y 75.

¹⁵ (1997) 1 SCR 874.

¹⁶ Del voto de los jueces L’Hereux-Dubé, Sopinka, Cory, Iacobucci y Major JJ.

4.c. Una forma distinta de regular el derecho a guardar silencio: el caso del Reino Unido

El origen del derecho a guardar silencio se ubica en el *common law* inglés en el siglo XVI, como una respuesta a las prácticas inquisitivas llevadas a cabo por varios tribunales ingleses en sus procedimientos de enjuiciamiento, en particular la *Court of Star Chamber* y la *Court of High Commission*. En esos procesos, aquellos acusados que se negaban a responder preguntas eran tenidos por confesos, a la vez que se arriesgaban a ser encarcelados o sometidos a castigos corporales¹⁷.

Como lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto la garantía contra la autoincriminación forzada como el derecho a guardar silencio son normas internacionales que están en el centro de la noción de proceso equitativo (*fair procedure* o *fair trial*) consagrada en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁸. Sin embargo, en 1994, el Parlamento del Reino Unido sancionó la *Criminal Justice and Public Order Act* (CJPOA) que introdujo cambios respecto del alcance del derecho a guardar silencio.

Allí se incluyeron una serie de permisos para valorar el silencio de las personas acusadas de delitos en determinadas circunstancias. En particular, el párrafo 35 regula la posibilidad de realizar inferencias adversas de la decisión del acusado de no declarar en el juicio¹⁹. Esta posibilidad se encuentra restringida en caso de que

¹⁷ Este sistema comenzó a ser criticado paulatinamente, aunque un punto bisagra en la historia puede ubicarse en 1641, cuando el Parlamento inglés declaró que la sentencia contra Lilbourne, un hombre acusado por importar libros sediciosos era ilegal. Esta decisión llevó a la abolición de los tribunales de la *Court of Star Chamber* y de la *Court of High Commission* y a que se prohibieran sus procedimientos criminales inquisitivos. Así, poco a poco, el derecho de los acusados a no realizar ningún tipo de declaración que pudiera incriminarlos fue instalándose como un principio fundamental del sistema inglés (GRAY, 2012: 530-531).

¹⁸ TEDH, *John Murray c. Reino Unido*, sentencia del 8 de febrero de 1996, párrafo 45.

¹⁹ Por otro lado, el párrafo 34 regula los casos de *pre-trial silence*, esto es, la posibilidad de que el juez o el jurado extraigan una inferencia adversa en caso de que el acusado haya intentado apoyar su defensa en cualquier hecho no mencionado previamente al momento de ser interrogado por la policía bajo juramento, pero que razonablemente podría haber señalado en esa oportunidad (QUIRK, 2017: 121). A su vez, el párrafo 36 regula la posibilidad de realizar inferencias del hecho de que una persona, tras ser detenida y encontrarse en su poder objetos, sustancias o signos sospechosos, se negare a dar cuenta de la presencia de aquellos; por último, el párrafo 37 regula la permisión de que se extraiga una inferencia adversa del hecho de que una persona arrestada no haya podido dar

existan motivos particulares que tornen dudoso que el silencio del imputado constituya una prueba en favor de su culpabilidad: por ejemplo, si las condiciones mentales o físicas del acusado hicieran indeseable que este declare (REDMAYNE, 2008: 104), si aquél no ha sido debidamente informado sobre las consecuencias de su silencio, o en caso de que no haya tenido una defensa técnica eficaz (DUFF *et al.*, 2007: 305).

La aplicación de esta cláusula queda también condicionada por el parágrafo 38(3) que establece que ninguna persona podrá ser condenada únicamente en base a una inferencia apoyada en su negativa a declarar. En este sentido, la *Court of Appeal* remarcó en el caso *R. v. Cowan* que el parágrafo 35 de la CJPOA solo habilita que el juzgador pueda considerar la inferencia del silencio del acusado como un elemento probatorio en apoyo de la acusación, pero no puede ser el único elemento para justificar una condena y, además, destacó la necesidad de que la totalidad de las pruebas deban demostrar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable²⁰.

Si bien no es un requisito que surge de la propia CJPOA, las instrucciones estándar del *Judicial Studies Board*²¹ indican que el jurado no debe extraer una

cuenta de su presencia sospechosa en un lugar determinado al momento de la comisión de un delito. Dado que este trabajo aborda únicamente la posibilidad de valorar el silencio del acusado al momento del juicio, nada se dirá, por ejemplo, respecto a la posibilidad de valorar el silencio antes del juicio (*pre-trial silence*) o en circunstancias similares a las descritas en los parágrafos 36 y 37 de la CJPOA. Esto se debe a que cada una de esas cláusulas requiere su propio análisis y, principalmente, a que los argumentos para justificar cada una de esas permisiones no son extrapolables de un caso a otro. Por dar un ejemplo, el valor probatorio del *pre-trial silence* resulta fácil de rebatir en comparación con el silencio del imputado en el juicio oral. Esto se debe a que hay potencialmente disponibles más explicaciones para la no revelación de información por parte del acusado en esa fase del proceso (por ejemplo, durante el interrogatorio policial del acusado tras su detención) que al momento del juicio; por dar algunos motivos, la persona imputada no posee aún un conocimiento cabal de las pruebas que hay en su contra, y puede no encontrarse en un estado mental óptimo para brindar una defensa de la forma más clara y reflexiva posible (DUFF *et al.*, 2007: 205; HO, 2020: 197).

²⁰ Del voto de Lord Chief Justice Taylor of Gosforth. Véase también ALLEN (1995: 83).

²¹ Estas instrucciones, también conocidas como *bench book*, fueron diseñadas por los miembros del Comité Penal del *Judicial Studies Board* (reemplazado en abril de 2011 por el *Judicial College*) y aprobadas por el *Lord Chief Justice* —la cabeza del Poder Judicial y de los Tribunales de Inglaterra y Gales—. Ellas tienen una función similar a las instrucciones a los jurados en las jurisdicciones de los Estados Unidos de América; si bien no son obligatorias, funcionan como una buena guía de cómo deben presentarse en la práctica las disposiciones sobre el silencio del acusado legisladas en la CJPOA a los jurados, para garantizar que estos estén correctamente orientados sobre las normas jurídicas que deben aplicar en los casos (REDMAYNE, 2008: 111).

inferencia adversa a menos que considere que los elementos de prueba que sustentan la acusación son lo suficientemente sólidos como para que resulte lógicamente esperable que el acusado dé una respuesta (REDMAYNE, 2008, 130). La *Court of Appeal* también se expidió sobre ello en el caso *R v. Birchall*²². Allí sostuvo que:

La extracción de conclusiones a partir del silencio [del acusado] es un ámbito especialmente delicado [...]. Parece muy posible que la aplicación de estas disposiciones pueda dar lugar a decisiones adversas al Reino Unido en [el Tribunal de] Estrasburgo en virtud de los artículos 6.1 y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a menos que las disposiciones sean objeto de instrucciones a los jurados muy cuidadosamente formuladas. La lógica ineludible exige que un jurado no empiece a considerar si debe extraer conclusiones de la falta de declaración de un acusado en su juicio hasta que haya llegado a la conclusión de que los elementos de prueba de la Corona contra él son lo suficientemente convincentes como para requerir su respuesta.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Murray c. Reino Unido*, a partir de una ordenanza irlandesa muy similar a la CJPOA, también sostuvo que la acción de inferir conclusiones adversas del silencio del acusado se encuentra indefectiblemente sometida a una serie de garantías que buscan que se respeten los derechos de la persona acusada. Así, el Tribunal de Estrasburgo remarcó que antes de realizar estas inferencias, la acusación debe establecer un “comienzo de prueba” (*prima facie case*) contra el acusado, lo que implica que la fiscalía cuente con pruebas de cargo lo suficientemente serias como para requerir y esperar razonablemente que el imputado dé una respuesta o explicación sobre ellas²³. Sobre esto, el Tribunal señaló que:

²² *R. v. Birchall* (1998) EWCA Crim 177.

²³ Para comprender mejor la exigencia de que la fiscalía alcance un *prima facie case* pueden tomarse como ejemplos los hechos del propio caso. John Murray (el demandante ante el TEDH) había sido condenado como cómplice en el secuestro de M.L., un agente secreto de la *Royal Ulster Constabulary* dentro de la organización paramilitar irlandesa IRA. Al tomar conocimiento IRA sobre el informante secreto, decidieron secuestrarlo. John Murray fue acusado de haber participado en ese secuestro. Las pruebas obrantes en su contra eran las siguientes: Murray fue visto por un agente policial descendiendo por las escaleras de la vivienda donde M.L fue secuestrado previo a ser detenido por la

El Tribunal nacional no puede concluir la culpabilidad del acusado simplemente porque éste ha optado por guardar silencio. Solo si las pruebas contra el acusado “requieren” una explicación que el acusado debería estar en condiciones de dar, la falta de esa explicación puede permitir inferir, por un simple razonamiento de sentido común, que no existe ninguna explicación posible y que el acusado es culpable. A la inversa, si el caso presentado por la acusación tenía tan poco valor probatorio que no requería ninguna respuesta, el hecho de no darla no podría justificar una inferencia de culpabilidad. En resumen, solo pueden extraerse las inferencias de sentido común que el juez considere adecuadas, a la luz de las pruebas contra el acusado²⁴.

II. EL VALOR PROBATORIO DEL SILENCIO

1. Algunas precisiones conceptuales

Antes de ingresar en el análisis de los argumentos que se brindan tanto a favor como en contra de permitir las inferencias adversas del silencio de la persona acusada, resulta conveniente hacer una serie de precisiones terminológicas.

Al hablar del valor o de la fuerza probatoria de una prueba me refiero puntualmente a cuán fuerte resulta aquella para favorecer o desfavorecer una

policía en el vestíbulo de la casa; la propia víctima declaró haber visto a Murray dentro de la casa en la que lo mantuvieron privado de su libertad, en lo alto de unas escaleras, luego de que los secuestradores le quitaran la venda de los ojos tras interrogarlo y amenazarlo de muerte para obtener su confesión; también declaró que, el día de su liberación, Murray le había indicado que la policía se encontraba fuera de la casa, por lo que debía ir al piso inferior de la propiedad y ponerse a ver televisión. Asimismo, la víctima informó haber visto al acusado retirar la cinta de la grabadora con la que habrían registrado la confesión coaccionada de que él era un informante secreto (y esta declaración pudo ser corroborada por varios elementos de prueba como, por ejemplo, el hallazgo dentro de la vivienda de la cinta con su confesión grabada). Frente a este conjunto de elementos de prueba (en particular, de testimonios) que lo involucraban en el hecho delictivo, en ningún momento desde su arresto Murray dio explicaciones sobre su presencia en la casa durante el secuestro (véase *John Murray c. Reino Unido*, parágrafos 18, 19 y 20). Visto este contexto probatorio, el TEDH consideró que los elementos de prueba reunidos que señalaban hacia la participación de Murray en el secuestro de M.L. era lo suficientemente robustos para esperar razonablemente que éste diera una explicación sobre ellos. Pueden consultarse también los hechos y las pruebas recolectadas en la investigación del caso *Griffin v. California* (1965) en <https://socal.stanford.edu/opinion/people-v-griffin-22520>.

²⁴ TEDH, *John Murray c. Reino Unido*, parágrafo 51.

hipótesis o proposición que tiene que ser probada y que puede mostrarse como verdadera o falsa (ANDERSON, SCHUM & TWINING: 2015: 94 y 107). En lo que aquí interesa, se trata de evaluar en qué medida la información “la persona acusada ha decidido no declarar en juicio” justifica la creencia de que el evento “la persona acusada cometió el hecho” se corresponde con lo que ocurrió en la realidad²⁵.

Por otro lado, al hablar de la acción de formular inferencias a partir de una prueba, me refiero esencialmente al proceso cognitivo que llevamos adelante todas las personas en cualquier contexto de la vida —y no solo en los procesos penales— para arribar a conclusiones a partir de ciertas premisas. Ello en tanto una prueba no es más que información de la cual derivamos o *inferimos* información adicional en una variedad de contextos y para una variedad de propósitos (TWINING, 1984: 267-268), pues los elementos de juicio no prueban nada por sí mismos ni dan lugar a veredictos, sino que tienen que ser *procesados* para derivar de ellos conclusiones relativas al caso en consideración (TUZET, 2020: 157-158). De esta manera, las pruebas se traducen en inferencias probatorias o en argumentos que utilizaremos luego para fundar la verdad o falsedad de una proposición.

Para entender mejor cómo funcionan los argumentos basados en prueba, es útil recurrir al esquema de TOULMIN. En todo razonamiento fáctico tendremos al menos tres elementos: un dato o afirmación —la información que surge de los medios de prueba con los que se cuenta en un proceso judicial—, una conclusión a la que pretendemos arribar —el enunciado fáctico que se procura establecer como verdadero y al que refiere el medio de prueba en cuestión— y una *garantía* que permite legitimar el paso entre el dato o afirmación y la conclusión (LIMARDO, 2021: 129-130). Con esto último me refiero puntualmente a las llamadas *generalizaciones*, afirmaciones de lo que ocurre en general que representan, en palabras de SCHUM, el pegamento que mantiene a nuestros argumentos unidos (2001: 82). Las generalizaciones son enunciados de naturaleza inductiva del tipo “*Si..., entonces*

²⁵ Debemos tener en claro que las conclusiones basadas en prueba son necesariamente de naturaleza probabilística, por lo que no podremos arribar a la conclusión de que una persona es inocente o culpable con absoluta seguridad. De allí que las gradaciones de la fuerza o peso de un elemento de prueba sean expresadas siempre probabilísticamente (ANDERSON, SCHUM & TWINING, 2015: 303-304).

(*usualmente, frecuentemente, a menudo*)...” que se encuentran probabilísticamente cubiertos (ANDERSON, SCHUM & TWINING, 2015: 96).

Si trasladamos este modelo al asunto de las inferencias adversas del silencio del acusado podríamos decir lo siguiente: *la información* que tenemos es que la persona acusada, ante una acusación apoyada en un conjunto de elementos de prueba que apunta a su culpabilidad, ha guardado silencio en el juicio. *La conclusión* a la que pretendemos arribar es que el hecho de que haya guardado silencio apoya en algún grado la hipótesis que afirma su culpabilidad. Resta entonces analizar cuál es la garantía que permitiría legitimar el paso entre la información y la conclusión. En el contexto jurídico es importante identificar la generalización de la que depende una inferencia para determinar su fuerza o plausibilidad e identificar potenciales falacias en las argumentaciones sobre prueba (ANDERSON, SCHUM & TWINING, 2015: 140). De esta manera, al hablar de la *validez* de una generalización, me referiré a si aquella cuenta con una base empírica sólida o si, por el contrario, se intenta utilizar una generalización espuria, es decir, una que no cuenta con apoyo empírico (LIMARDO, 2021: 135).

Podemos pensar entonces en la siguiente generalización: “las personas inocentes, cuando son acusadas de una imputación penal y la acusación se encuentra apoyada en pruebas que están en condiciones de explicar, suelen declarar”²⁶. Sobre la validez de esta generalización, volveré mas adelante.

2. Argumentos a favor de permitir la valoración del silencio del acusado

Como vemos, la dificultad consiste en evaluar cuán probable es que una persona inocente y una persona culpable, frente a un conjunto robusto de elementos de prueba que apuntan a su culpabilidad, guarden silencio frente a una acusación penal. HAMER, por ejemplo, quien recurre para su argumentación al Teorema de

²⁶ La formulación concreta de la generalización puede adoptar otras formas, por ejemplo: “las personas culpables, ante una acusación penal suficientemente respaldada en pruebas, suelen guardar silencio en juicio”, o bien: “mientras que los acusados inocentes suelen declarar para deslindarse de la falsa acusación, los acusados culpables generalmente callan”.

Bayes²⁷, indica que para que pueda realizarse una inferencia adversa epistémicamente válida del silencio de la persona acusada, debe existir una probabilidad relativamente alta de que el acusado, si fuera inocente, no hubiese guardado silencio. Caso contrario, si la medida de probabilidad de que un inocente guarde silencio es igual a la probabilidad de que un culpable lo haga, el silencio será irrelevante para fundamentar la proposición sobre su culpabilidad²⁸ (2004a: 166-167).

Uno podría pensar que la única solución al interrogante planteado inicialmente es acceder a algún tipo de trabajo empírico que muestre qué porcentaje de las personas acusadas que guardan silencio en juicios penales son efectivamente inocentes y qué porcentaje son culpables, lo que no resulta viable en tanto el gran problema que tenemos, y por el que justamente llevamos a cabo procesos penales, es que no contamos con un criterio inequívoco para diferenciar a los acusados culpables de los inocentes. No obstante, algunos no lo consideran necesario, en tanto afirman que se trata de una cuestión de “sentido común”²⁹, que aplica a cualquier relación

²⁷ Este teorema se ocupa de las probabilidades de proposiciones que dependen de las pruebas que soportan dichas proposiciones (probabilidades condicionales). De esta manera, prescribe cómo se han de modificar las probabilidades a la luz de nuevas pruebas (CHALMERS, 2005: 165). Tomando como referencia la ecuación presentada por CHALMERS y como el elemento de prueba en cuestión al silencio del acusado, aquella quedaría compuesta de la siguiente manera:

$$P(h/e) = P(h) \cdot \frac{P(e/h)}{P(e)}$$

P(h/e): Probabilidad posterior - Probabilidad de que *el acusado sea culpable* dada la prueba de la acusación y dado que el acusado guardó silencio (e)

P(h): Probabilidad previa - Probabilidad de que *el acusado sea culpable* sin tomar en cuenta el hecho de que guardó silencio.

P(e/h): Probabilidad de que el acusado guarde silencio si es culpable

P(e): Probabilidad de que el acusado guarde silencio si es inocente.

Este teorema, como modelo normativo para establecer cómo debe valorarse el aporte epistémico de cualquier elemento de prueba, suele ser blanco de múltiples críticas. Una de las principales es que resulta muy difícil, sino imposible, determinar las frecuencias estadísticas de las pruebas que han de valorarse en un procedimiento judicial. No obstante, como señala GASCÓN ABELLÁN (2010:150), las objeciones que se esgrimen contra este modelo no invalidan su uso didáctico en cuanto fórmula para simplificar, sobre la base del derecho probatorio vigente en el sistema, la resolución de problemas inherentes al derecho probatorio.

²⁸ No obstante, según el teorema de Bayes, para ser probatorio de culpabilidad, el silencio no tiene por qué ser totalmente coherente con la culpabilidad ni totalmente incoherente con la inocencia; sólo tiene que ser más consistente con la culpabilidad, o tener una conexión más probable con ella, que con la inocencia (2004a: 166-167).

²⁹ Me refiero a generalizaciones que tendrían su origen en las experiencias o intuiciones compartidas de las personas, lo que suele identificarse como su *stock of knowledge* (LIMARDO, 2021: 144).

interpersonal en la que una persona es acusada de haber hecho algo y que cualquiera, en caso de ser inocente, optaría por hablar para intentar esclarecer la situación.

Por su parte LAUDAN (2013: 215) señala que, en la vida cotidiana, cuando existen pruebas plausibles sobre comportamientos reprochables de una persona, y ésta es confrontada con aquellas y se rehúsa a hablar, su negativa suele tomarse como un indicador relevante de que está escondiendo algo³⁰. En igual dirección, en la disidencia pronunciada por el juez Stewart en *Griffin v. California*, el magistrado sostuvo que la instrucción del estado de California dirigida a los jurados, que indicaba la forma en la que debían llevarse a cabo las inferencias adversas del silencio del acusado, no hacía otra cosa que “reconocer y articular la fuerza probatoria *natural* de ciertos hechos”. Incluso se afirma que, en realidad, los jurados y los jueces siempre han formulado inferencias del hecho de que el acusado haya decidido no declarar en juicio y que las legislaciones que han introducido expresamente esta permisión no han hecho otra cosa que legitimar una práctica ya establecida (QUIRK, 2017: 146).

En este punto, debemos volver a la cuestión de la validez de las garantías detrás de nuestras inferencias. Las generalizaciones pueden clasificarse usando varios ejes y uno de ellos es el de la confiabilidad. En un extremo de este eje se encuentran las leyes científicas; las opiniones científicas bien fundadas y conclusiones ampliamente compartidas basadas en la experiencia común. En el medio se encuentran las creencias comúnmente afirmadas, pero no probadas e improbables y en el otro extremo los prejuicios y sesgos que pueden estar fuertemente arraigados con independencia de los datos disponibles y también creencias menos arraigadas, pero aún operativas (ANDERSON, SCHUM Y TWINING 2015: 141). Las generalizaciones que se apoyan en el sentido común suelen ser calificadas como débiles y poco confiables. Esto se debe justamente a una consideración de que existe un cierto orden de prelación epistémico entre estas distintas fuentes de generalizaciones que llevaría a preferir una clase por sobre otra. Sin embargo, si bien la fuente de una generalización podría funcionar como un indicio sobre su validez, no es prudente descartar *a priori*

³⁰ En este mismo sentido, CROSS (1970: 69-70).

todas aquellas generalizaciones cuya fuente y/o fundamento refiera a un sentido común compartido o una experiencia intersubjetiva, en particular si se consideran nuestras intuiciones sobre su corrección y la falta de constatación de su falsedad, que pueden constituir un factor adicional para optar por su utilización (LIMARDO, 2021: 145).

Así, el juzgador puede recurrir a nociones de sentido común, a condición de que se haga un uso correcto de ellas, lo que implicaría no sobrevalorar su fuerza justificativa³¹. Es por ello que la generalización que afirma que “frente a una acusación apoyada en un conjunto suficiente de elementos de prueba, las personas inocentes suelen querer declarar y las culpables guardar silencio” no debe ser tomada como una mera teorización de sillón: aunque ella no esté basada en información estadística dura, la mayoría de nuestros razonamientos sobre hechos se apoyan en generalizaciones de sentido común y, a pesar de ello, consideramos que pueden constituir garantías legítimas de nuestros argumentos.

En esta misma línea, BENTHAM, en su tratado de las pruebas judiciales, afirmó:

Consideremos ahora el caso de las personas acusadas inocentemente. ¿Puede suponerse que la norma en cuestión [el derecho a guardar silencio] se ha establecido con la intención de protegerlas? Son las únicas personas a las que nunca puede serle útil. Tomemos un individuo de esta clase; supongamos que es inocente pero sospechoso. ¿Cuál es su mayor interés y su más ardiente deseo? Disipar la nube que rodea su conducta y dar todas las explicaciones que puedan ponerla en su verdadera luz; provocar preguntas, responderlas y desafiar a sus acusadores. Este es su objetivo, este es el deseo que le anima. Cada detalle del interrogatorio es un eslabón de la cadena de pruebas que establece su inocencia. Si todos los criminales de cualquier clase se hubieran reunido y hubieran elaborado un sistema según sus propios deseos, ¿no es esta la primera regla que habrían establecido para su seguridad? La inocencia nunca se beneficia de ella;

³¹ Véase TARUFFO (2008: 270). Este autor señala condiciones de aplicabilidad para las nociones de sentido común: i) que se trate de nociones aceptadas en el ámbito social y cultural donde ha sido formulada la decisión; ii) que no sean falsas u opuestas al conocimiento científico; y iii) que no se encuentren en contradicción con otras nociones de sentido común (TARUFFO, 2012: 252-254, como se citó en LIMARDO, 2021: 145).

la inocencia exige el derecho de hablar, como la culpa invoca el privilegio del silencio (1825: 241).

Quienes defienden la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio del acusado no suelen argumentar drásticamente que es igual de probable que una persona culpable como una inocente guarden silencio frente una acusación penal robusta. En cambio, su principal crítica es que, en algunas oportunidades, el acusado inocente *también* optará por permanecer en silencio. Es importante advertir que esta última afirmación lo único que muestra es que el silencio del acusado no es un indicador *infallible* de culpabilidad, pero no determina la irrelevancia del silencio como prueba que permitiría justificar entonces la prohibición de que sea valorado (LAUDAN, 2013: 223). La existencia de casos particulares en los cuales una generalización no se cumple no implica que debemos abstenernos de utilizarla, siempre y cuando la generalización sea válida para la mayoría de los casos (SCHAUER, 2006: 9)³².

Otro autor que argumenta a favor del reconocimiento de valor probatorio al silencio del acusado es HO, quien parte para su argumentación de la teoría de la plausibilidad relativa³³. Según esta teoría, en los procesos judiciales quienes juzgan los hechos tienden a producir explicaciones o hipótesis a partir de las pruebas presentadas en el juicio oral, formulando inferencias a la mejor explicación, que son posteriormente comparadas con las hipótesis rivales o alternativas. Así, la comparación se da entre una hipótesis y una o más hipótesis alternativas específicas —las defendidas por una de las partes o las construidas de manera independiente por el juzgador de los hechos—. En base a este razonamiento abductivo, el silencio del acusado puede tener valor probatorio allí donde socave la plausibilidad de la hipótesis alternativa que afirma su inocencia (2020: 193-195). En palabras de HO:

³² En igual sentido, CROSS (1970: 70) remarca que las generalizaciones en las que se basan las grandes premisas que rigen toda la prueba indiciaria están sujetas a raras excepciones, pero que ello no impide que los tribunales actúen sobre la base de ellas.

³³ Para una explicación acabada de la teoría puede consultarse ALLEN & PARDO (2019).

... el silencio es una prueba que exige una explicación [...]. Hace falta una explicación especial y en particular [...] cuando la culpabilidad del acusado aparece como una explicación altamente plausible de las pruebas presentadas en el juicio y cuando solo el acusado está en posición de proporcionar fácilmente pruebas que sustenten la hipótesis que se contraponga a la teoría de la fiscalía. En ausencia de alguna explicación especial del silencio del acusado, este normalmente sustenta la falsedad de la hipótesis de la defensa (2020: 196-197).³⁴

3. Sobre las alegadas razones inocentes para guardar silencio en juicio

Como vimos, una de las principales críticas que se le dirige a la permisión de valorar el silencio del acusado es que pueden existir motivos compatibles con su inocencia para que haya decidido guardar silencio (a estos motivos podemos llamarlos “razones inocentes”). Algunos autores sostienen que la fuerza probatoria del silencio de la persona acusada deriva del motivo detrás de su comportamiento evasivo y, por ello, si hay una razón para que haya callado distinta a su culpabilidad, su mera existencia destruye el valor probatorio del silencio (PATTENDEN, 1998: 151-154).

Sin embargo, la posible existencia de una explicación compatible con la inocencia del imputado puede no ser suficiente para suprimir el importe epistémico del silencio. Por ejemplo, tal como explica REDMAYNE (2008: 111), si bien una persona inocente podría tener buenas razones para salir corriendo de la escena de un crimen, eso no implica que su huida no pueda ser valorada como prueba sobre su culpabilidad, así como tampoco el hecho de que algunas personas inocentes decidan voluntariamente declararse culpables significa que no podamos valorar en ningún

³⁴ Los hechos del caso *Murray v. Reino Unido*, previamente citado (ver nota al pie 23), sirven para ilustrar esta argumentación. En aquel caso, la culpabilidad de Murray aparecía como una explicación altamente plausible de las pruebas presentadas en el juicio: Murray había sido visto por un agente policial descendiendo por las escaleras de la vivienda donde M.L fue secuestrado, fue detenido por la policía en el vestíbulo de aquella misma casa, y la propia víctima declaró haberlo visto dentro de la vivienda luego de que los secuestradores le quitaran la venda de los ojos, y haber recibido órdenes de él. Frente a este panorama probatorio, podría afirmarse que Murray estaba en condiciones de proporcionar pruebas que sustentaran una hipótesis que se contrapusiera a la teoría inculpatória de la fiscalía. No obstante, el acusado guardó silencio. En ausencia de alguna explicación especial de su silencio, éste, en palabras de Ho, sustentaba la falsedad de la hipótesis de la defensa.

caso una confesión. Mientras que la culpabilidad del acusado sea una mejor explicación para esa evidencia que su inocencia, ese elemento de prueba podrá ser valorado en su contra. Esto de ninguna manera busca negar la importancia de que tanto los jueces como los jurados consideren posibles razones inocentes por las que una persona acusada ha decidido guardar silencio en un caso en particular, las cuales tendrán el efecto de debilitar la inferencia adversa del silencio del imputado e incluso destruir su valor probatorio si aquella explicación resulta más plausible que la que indica que calló porque es culpable.

En la doctrina —esencialmente angloamericana— suelen brindarse una serie de razones por las cuales una persona acusada, a pesar de ser inocente, podría decidir guardar silencio frente a una acusación penal robusta en su contra. Uno de esos motivos es que podría optar por no declarar en el juicio para evitar someterse al interrogatorio (*cross-examination*) de la fiscalía, en el que podrían ser traídos a conocimiento de los jueces y jurados sus antecedentes penales (QUIRK, 2017: 135). Asimismo, se propone que la razón detrás de su silencio podría ser que el imputado busca proteger a algún familiar o amigo implicado en el caso (PATTENDEN, 1998: 151). Otro argumento es que la persona acusada podría optar por no declarar por no sentirse capaz de presentar su caso de la mejor manera posible debido a determinadas aptitudes o rasgos de su personalidad —como una mala oratoria, su excesiva timidez o inclusive los nervios propios de la situación³⁵— o por miedo de incurrir en errores durante su declaración o en la etapa de interrogatorio, lo que podría generar prejuicios en su contra o perjudicarlo aún más en el proceso (HAMER, 2004a: 174; DUFF *et al.*, 2007: 208; DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF LEGAL POLICY,

³⁵ El argumento de la excesiva timidez o nerviosismo del imputado que debe declarar es utilizado en el voto de la mayoría en *Griffin v. California*, el cual fue tomado de un fragmento del fallo *Wilson v. United States* —149 U.S. 60 (1893)—. En él, la Corte Suprema de los Estados Unidos dijo que “[n]o todo el mundo puede aventurarse con seguridad en el estrado como testigo, aunque sea totalmente inocente de los cargos que se le imputan. La excesiva timidez, el nerviosismo al enfrentarse a los demás e intentar explicar transacciones de carácter sospechoso y los delitos que se le imputan, a menudo le confundirán y avergonzarán hasta el punto de aumentar, en lugar de eliminar, los prejuicios que pesan sobre él. Por lo tanto, no todo el mundo, por muy honesto que sea, estaría dispuesto a subir al estrado. La ley, en atención a la debilidad de aquellos que, por las causas mencionadas, podrían negarse a pedir ser testigos, especialmente cuando pueden estar comprometidos en cierta medida por su asociación con otros, establece que el hecho de que un acusado en una causa penal no solicite ser testigo no creará ninguna presunción en su contra”.

1989). Por último, podría pensarse que una persona acusada podría decidir callar simplemente por la mera indignación de estar siendo juzgado por un delito que no cometió o debido a una firme convicción de no colaborar de ninguna manera con las autoridades y el sistema de administración de justicia.

Para entender el peso de estas razones, debemos reparar en el contexto procesal en el cual han sido pensadas. Con respecto a que una persona podría optar por guardar silencio por el riesgo de ser sometido a un interrogatorio, este argumento será de gran peso en aquellas jurisdicciones en las que la persona imputada deba decidir entre dos opciones: guardar silencio o declarar bajo juramento y someterse a preguntas por parte de la acusación (como ocurre en la tradición del *common law*). Es que a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico argentino –en el que una persona acusada puede a) negarse a declarar y a responder preguntas, b) prestar testimonio, pero sin responder preguntas o, c) declarar y someterse a algunas o a todas las preguntas de la acusación–, en otros países no es una opción negarse a responder preguntas en caso de decidir declarar.

Por ejemplo, en Estados Unidos de América, la Corte Suprema de Justicia reconoció en 1987, en el caso *Rock v. Arkansas*³⁶, el derecho constitucional del acusado de declarar en su propia causa, instaurando un modelo de declaración juramentada en el que el imputado es considerado un testigo competente. Si decide declarar, deberá hacerlo bajo juramento al igual que cualquier otro testigo, circunstancia que, a su vez, implica una renuncia a su derecho a negarse a responder las preguntas de la contraparte (HERNÁNDEZ LEHMANN, 2020: 67; ANNUAL REVIEW OF CRIMINAL PROCEDURE, 2003: 578). Lo mismo sucede actualmente en el Reino Unido, donde, si bien hasta 1982 el acusado tenía permitido declarar sin prestar juramento, ahora debe hacerlo bajo juramento y puede ser interrogado (ROBERTS & ZUCKERMAN, 2004: 544).

Frente a este panorama, resulta más plausible que una persona acusada, aun siendo inocente, tenga incentivos para no declarar a fin de evitar correr el riesgo de ser sometida al interrogatorio de la parte acusadora en un sistema como el de los

³⁶ 483 U.S. 44 (1987).

Estados Unidos o el Reino Unido, en el que el fiscal podría cuestionarlo sobre condenas previas³⁷, hacer énfasis en ello como prueba de carácter con el fin de desacreditarlo a los ojos del jurado³⁸. Por el contrario, en un sistema como el argentino, en el que el acusado puede optar por dar su versión de los hechos, pero no responder preguntas si no lo desea, este motivo para guardar silencio luce mucho más débil³⁹.

En relación con el argumento del acusado nervioso o temeroso de dar una mala imagen ante los juzgadores, lo cierto es que este peligro resulta conjetural frente a la posibilidad real de que la persona acusada pueda brindar una explicación veraz de los hechos que pueda ser utilizada para probar su inocencia. Lo que no debe perderse de vista aquí es que los decisores —ya sean jueces profesionales o jurados— son personas racionales que pueden comprender que cualquier persona acusada, ya sea inocente o culpable, puede ponerse nerviosa frente a una situación de extrema presión como lo es una declaración o un interrogatorio en un procedimiento penal,

³⁷ En el caso de Reino Unido, como explica REDMAYNE (2008: 133-134), antes de la entrada en vigencia de la *Criminal Justice Act* (2003), las condenas previas de un imputado podían ser traídas a conocimiento del jurado si este optaba por atacar la credibilidad de otro testigo y, a su vez, decidía testificar. En caso de que no declarara, se consideraba que su credibilidad no era un problema, por lo que sus antecedentes penales no eran de mayor interés en el proceso. En caso de que el acusado decidiera guardar silencio, los requisitos para introducir sus antecedentes penales al juicio eran mucho más estrictos. Sin embargo, la mencionada ley ha expandido las causales de admisibilidad de la prueba de carácter, por lo que el hecho de que el imputado decida no declarar no es actualmente un gran obstáculo para que ingrese este tipo de prueba. Esta es otra razón más para considerar que actualmente este motivo ya no tiene el mismo peso que antes para justificar una disminución del valor probatorio del silencio del acusado en juicio como prueba de cargo. Para un desarrollo acabado de las modificaciones introducidas por la *Criminal Justice Act* (2003) sobre admisibilidad de la *bad character evidence*, véase ROBERTS & ZUCKERMAN (2004: 511-579).

³⁸ Si bien siempre que en un sistema procesal se permita interrogar al acusado o a testigos existirá la posibilidad de que las partes les dirijan preguntas malintencionadas con el fin de desacreditarlos, lo cierto es que en aquellas jurisdicciones del *common law* predominantemente adversariales, el *cross-examination*, considerado un recurso altamente efectivo en la litigación, suele utilizarse para someter tanto a la persona acusada como a los testigos a un interrogatorio calculado para generar confusión y manipular sus declaraciones e incluso degradarlos. Como señalan ROBERTS & ZUCKERMAN (2004: 420), en virtud de los principios fundamentales que exigen un trato humano hacia las personas y la eficacia en la determinación de los hechos, deberían revisarse estas prácticas para que ni el acusado ni ningún otro testigo sean sometidos a ellas. Esto podría contribuir a que más personas acusadas decidieran responder a las preguntas de la fiscalía, lo que resultaría epistémicamente valioso.

³⁹ Desde luego que negarse a responder preguntas es una forma de guardar silencio, al menos, de forma parcial. No obstante, en el sistema argentino habría más incentivos para que un acusado inocente prestase declaración sobre los hechos por los que se lo acusa. En estos casos, la fuerza probatoria de su silencio (por no haber respondido preguntas) sería más débil que en caso de ni siquiera haber dado su versión de los hechos por no declarar.

por lo que no debe subestimarse su capacidad de discernir estos motivos para no otorgarle un mayor peso del que realmente merecen, tal como lo hacen, por ejemplo, cuando escuchan la declaración de un testigo que también es sometido a este tipo de presiones. Pero, incluso si sostenemos que, en algunos casos, un acusado inocente podría sabotear su propia defensa mediante una mala declaración, esto debe considerarse a la luz del hecho de que un acusado que deja pasar la oportunidad de testificar en su propia causa probablemente dará una impresión negativa. Invocar este privilegio resulta entonces una espada de doble filo, en tanto los juzgadores sospecharán que la razón por la cual el acusado ha declinado su oportunidad de declarar es porque en realidad no tiene qué argumentar a su favor (ROBERTS & ZUCKERMAN, 2004: 420).

Otro de los motivos dados es que, en algunas ocasiones, una persona inocente podría decidir no declarar con el objetivo de proteger a otros o para ocultar información no relacionada directamente con el hecho investigado, pero que podría ser vergonzante o perjudicial para él o para terceros. El problema con guardar silencio debido a estos motivos es que exponerlos frente a los juzgadores para justificar el silencio equivaldría a informarlos, lo que justamente la persona busca evitar al no declarar. Uno podría argumentar que una persona inocente que guarde silencio por estos motivos estaría actuando de manera irracional, en el sentido de desaprovechar una oportunidad de presentar una versión exculpatoria de los hechos solo para proteger a un tercero o evitar que algún tipo de información sensible sea conocida. Sin embargo, afirmar esto luce apresurado, pues puede considerarse completamente racional que, en determinados casos, el principio de autoconservación ceda frente a la decisión reflexionada de asumir un castigo innecesario, por ejemplo, para proteger a un ser querido. A pesar de ello, la potencial existencia de estos casos de excepción o, la mera invocación por parte de una persona acusada de que su silencio se debe a ello, no debería tomarse como un motivo suficiente para prohibir la valoración del silencio del acusado en juicio en todos los casos. Eventualmente, si en una investigación penal en particular existieran elementos de peso que permitieran hacer sospechar que el acusado ha guardado silencio para proteger a otra persona o para evitar informar algún dato sensible,

aquellos elementos podrán desplazar la generalización que respalda la inferencia de que aquella persona ha callado porque probablemente sea culpable.⁴⁰ Este argumento puede extenderse también a la objeción de que algunas personas podrían decidir guardar silencio por la fuerte convicción de no querer colaborar de ninguna manera con el sistema de administración de justicia, sin importar si esa decisión lo perjudica.⁴¹ Esto nos remite a la idea previamente reseñada de que la existencia de casos particulares en los cuales una generalización no se cumple —en este caso, que las personas suelen tomar decisiones racionales para auto-preservarse de graves consecuencias, en lugar de proteger a terceros, o de preservar una convicción como la señalada— no implica que debemos abstenernos de utilizar este tipo de generalización en todos los casos.

Como último motivo inocente para guardar silencio mencionaré que, en algunas oportunidades, la persona acusada podría padecer de afectaciones mentales o psíquicas, lo que tornaría inconveniente que declare. La experiencia legislativa de países que ya han regulado la posibilidad de realizar inferencias adversas indica que esto ha sido tenido en cuenta. Por ejemplo, la CJPOA (1994) prevé como una excepción expresa a la posibilidad de realizar inferencias del silencio del acusado en juicio, el hecho de que la corte haya observado que la condición física o mental del imputado vuelve indeseable que este declare⁴².

⁴⁰ Por ejemplo, uno podría imaginar un caso en el que tanto un padre como su hijo son sospechosos de haber cometido un homicidio ocurrido en el interior de su hogar, en un momento en el que ambos estaban presentes. En este caso, si uno de ellos decidiera guardar silencio en el juicio, el vínculo paterno-filial podría considerarse como un elemento de peso que indica que el acusado ha decidido no declarar para proteger a su familiar. Aquella circunstancia podrá desplazar la generalización que respalda la inferencia de que aquella persona no ha declarado porque probablemente sea culpable.

⁴¹ Esto podría deberse a múltiples motivos, por ejemplo, por simple desprecio o desconfianza al sistema de administración de justicia, o como consecuencia de una experiencia personal, como haber sido víctima de torturas o vejaciones durante la investigación penal por parte de agentes estatales, o incluso de discriminación racial o de otro tipo por parte del Estado o del propio sistema judicial.

⁴² CJPOA, parágrafo 35(1)(b). De todos modos, esta excepción no se encuentra exenta de dificultades. El problema se encuentra justamente en determinar cuándo una persona se ve alcanzada por estas condiciones mentales que hacen “indeseable” que declare, ya que ello puede llevar a que el jurado tenga que lidiar con una cantidad de testimonios de expertos solo para debatir sobre la capacidad mental de la persona y sobre si pueden o no extraerse inferencias en ese caso en particular (REDMAYNE, 2008: 132-133).

4. Requisitos para una valoración racional del silencio de la persona acusada en la etapa de juicio

Si observamos los argumentos a favor y en contra de otorgarle valor probatorio al silencio del acusado, veremos que, en definitiva, buscan discutir sobre la validez de la generalización detrás de la inferencia de culpabilidad a partir del silencio del acusado en juicio.

El problema radica entonces en identificar las razones epistémicas por las cuáles aceptamos como válida esa garantía en particular. Como adelanté, aun tratándose de generalizaciones que tienen como fuente al sentido común, no hay motivos para descartarlas *a priori* de nuestros argumentos sobre hechos. En este sentido, las inferencias adversas del silencio del acusado se apoyan en una suposición sobre la naturaleza humana, ya mencionada, de que la persona acusada de un delito actuará por un *impulso de autoconservación*; así, es esperable que el inocente declare para persuadir al decisor sobre su inocencia mientras que, por el contrario, el acusado culpable —aunque podría verse tentado de declarar falsamente— guarde silencio para no exponerse a ser interrogado (HAMER, 2004a: 167) o a que su declaración sea desmentida. De esta forma, los acusados culpables tendrían mucho más que perder al declarar que los inocentes, quienes tienen algo por ganar al brindar su declaración (REDMAYNE, 2008: 129).

Para apoyarnos en el razonamiento según el que la persona acusada actuará por un impulso de autoconservación, sin embargo, es necesario que la acusación haya reunido un conjunto de pruebas lo suficientemente robusto como para que el imputado perciba el riesgo o la amenaza de ser condenado. Por ello, cuanto más fuertes sean las pruebas de cargo, más grave será la amenaza percibida por la persona acusada de ser condenada y, consecuentemente, más probable será que el acusado inocente decida declarar (HAMER, 2004a: 169). De esta manera, la posibilidad de realizar inferencias adversas de forma epistémicamente válida dependerá indefectiblemente del *contexto probatorio* de cada caso.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre esta cuestión en *Telfner c. Austria*⁴³. En este caso, el demandante había sido condenado por el tribunal de distrito de Silz, Austria, como autor del delito de lesiones producidas por la conducción imprudente de un vehículo. Según la reseña del caso⁴⁴, las pruebas en las que se había basado la atribución de la autoría del delito a Telfner eran las siguientes: él era la persona que generalmente conducía el vehículo identificado en el incidente y se había comprobado que no había regresado a su casa el día del hecho. En el juicio, el acusado se limitó a negar que él hubiese conducido el automóvil en esa fecha y, además, optó por guardar silencio respecto de todas las demás circunstancias que rodeaban al hecho. El Estado de Austria alegó en el procedimiento ante el Tribunal Europeo que la valoración de la prueba era una cuestión atinente a las cortes domésticas y que éstas eran libres de valorar el silencio del acusado a la hora de evaluar la capacidad de persuasión de las pruebas presentadas por la fiscalía. En esta línea, afirmó que Telfner había tenido una amplia oportunidad de defenderse y de refutar las pruebas presentadas en el juicio, o de presentar pruebas a su favor y que, sin embargo, se había limitado a declarar que no había utilizado el vehículo de su madre y guardar silencio, renunciando así a la posibilidad de refutar la evidencia en su contra. El demandante, por su parte, alegó que los tribunales penales austríacos habían ignorado la presunción de inocencia establecida en el parágrafo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto habían hecho recaer erróneamente la carga de la prueba sobre la defensa.

En su decisión, el tribunal de Estrasburgo remarcó que tanto la corte de distrito como la corte regional habían basado sus decisiones en el reporte elaborado por la policía local que indicaba que Telfner era quien principalmente utilizaba ese auto y que no había estado en su casa en la noche del incidente, elementos de prueba que no resultaban dirimentes, en tanto aquellos no habían sido corroborados por la

⁴³ TEDH, *Telfner c. Austria*, sentencia del 20 de marzo de 2001.

⁴⁴ Allí se analizó el hecho ocurrido el 8 de abril de 1995 en la ciudad de Obsteig, Tirol, Austria, oportunidad en la que un vehículo embistió al Sr. K, causándole una lesión leve en su brazo. En febrero de 1996, el tribunal de distrito de Silz condenó a Telfner por lesiones imprudentes. El acusado apeló esta decisión, pero fue confirmada, lo que motivó que recurriera el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

prueba producida en el juicio. En ese sentido, consideró que no podía sostenerse que aquellas pruebas recolectadas por la fiscalía constituyeran un caso contra el acusado que “llamara” a que este diera una explicación sobre los hechos⁴⁵. Por ello, el Tribunal concluyó que, al requerir que el demandante proveyera una explicación de lo sucedido, no se había logrado establecer un *prima facie case* convincente en contra del acusado, lo que había significado una inversión de la carga de la prueba de la fiscalía hacia la defensa y que, consecuentemente, había existido una violación al art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De todos modos, debe aclararse que no basta con que la acusación presente un *prima facie case* para que sea epistémicamente correcto inferir del silencio del acusado su culpabilidad, pues ciertos escenarios resultan más claros que otros a la hora de evaluar el silencio del acusado. En este sentido, en el caso *Murray v. Direct Public Prosecutions*, la *House of Lords* afirmó que era una cuestión de sentido común que incluso cuando la acusación hubiese establecido un *prima facie case* contra el imputado, la posibilidad de valorar su silencio dependía de la naturaleza de la cuestión, del peso de las pruebas aportadas por la acusación al respecto y de la medida en la que el acusado debía, por la naturaleza de las cosas, ser capaz de dar su propia versión de los hechos⁴⁶.

En base a esta consideración es que HAMER (2004b: 204) ha identificado tres grupos de casos que plantearían escenarios probatorios distintos y,

⁴⁵ En el proceso se contó con las siguientes pruebas: el Sr. K pudo identificar el tipo y número de registro del vehículo, más no así a quien conducía. La policía local logró identificar el auto esa misma mañana, el que estaba a nombre de la madre de Thomas Telfner. Del relato de los hechos surge que el vehículo fue encontrado estacionado en el frente de la casa donde el acusado vivía junto a su familia. Tras ser consultada por la policía, la madre de Telfner declaró que ella no lo había conducido y que aquél era regularmente utilizado por varios miembros de su familia; la mujer también informó que su hijo no había llegado esa noche a su casa. La policía reportó que, de acuerdo con sus investigaciones, Telfner era el que principalmente conducía el vehículo. El Sr. K declaró como testigo en el juicio, confirmando que no había podido identificar al conductor del vehículo y, en particular, que no podía afirmar si aquel había sido un hombre o una mujer. Además, en un procedimiento suplementario ante la Corte regional, se descubrió que la hermana del acusado también utilizaba el auto en cuestión.

⁴⁶ Del voto de Lord Mustill en *Murray v. DPP*, 1994, *House of Lords*. Véase el caso en ALLEN (1996: 80).

consecuentemente, una distinta gradación del valor probatorio del silencio de la persona acusada.

En el primero se ubicarían los casos de *simple denial*. Esto sucede cuando, frente a un *prima facie case*, la defensa se limita a negar la imputación y la persona acusada opta por no declarar. Para este autor, el valor probatorio del silencio del acusado en esos casos resultaría débil para justificar una inferencia adversa ya que la declaración del acusado solo serviría para contradecir las pruebas presentadas por la acusación. Por ello, la persona acusada, ya sea inocente o culpable, tendría muy poco estímulo por el principio de autoconservación para subir al estrado y arriesgarse a un mal desempeño al brindar una declaración.

Distinto sería el escenario en el que la persona acusada fuese confrontada con un *prima facie case* y su defensa planteara una versión de los hechos desincriminante (*positive defense*). En estos casos, sería más esperable que el acusado inocente intentara respaldar la versión presentada a través de su propia declaración. Por su parte, un acusado culpable probablemente se negaría a declarar por miedo a que la versión exculpatoria falsa fuese desacreditada al intentar exponerla o al someterse a un conainterrogatorio. En esos casos, el silencio del acusado sería más consistente con su culpabilidad que con su inocencia.

Por último, existiría un tercer grupo de casos en los cuales el valor probatorio del silencio de la persona acusada tendría aun más peso. Se trata de aquellos casos en los cuales el contexto probatorio indica que la persona acusada posee cierto conocimiento especial (*accused's peculiar knowledge*) sobre los hechos, que ninguna otra persona tendría. Este conocimiento particular sobre los acontecimientos investigados en cabeza de la persona acusada es el que torna razonablemente esperable que testifique sobre lo sucedido en lugar de guardar silencio (HAMER, 2004b: 201-205).

5. Razones consecuencialistas para prohibir la valoración del silencio de la persona acusada

Los argumentos que niegan que el silencio de la persona acusada tenga valor probatorio y aquellos que indican que permitir su valoración, aunque tenga valor epistémico, viola garantías constitucionales —lo que analizaré más adelante— no son los únicos que se han presentado para justificar una regulación procesal que prohíba tales inferencias adversas. Una tercera línea de argumentación señala que, si bien el silencio del acusado posee valor probatorio, resulta más beneficioso prescindir de él en el proceso penal. La decisión de prohibir tal valoración buscaría entonces mejorar la calidad de las pruebas presentadas en el juicio y promover la eficacia en la adjudicación de responsabilidad penal. Veamos.

5.a. La prohibición de utilizar inferencias adversas del silencio como medio para proteger (también) a los acusados inocentes

SEIDMANN & STEIN realizaron una innovadora fundamentación del derecho a guardar silencio utilizando la teoría de los juegos. En base a ella, argumentan que este derecho en general, como también la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de las personas acusadas, no beneficia solo a los acusados culpables, como afirmaba BENTHAM, sino principalmente a los acusados inocentes. Esto, señalan, sucede como consecuencia de que el derecho a guardar silencio produciría un efecto *anti-pooling*, es decir, evitaría que los acusados culpables se *mezclen* con los inocentes, lo que ayudaría a los decisores a distinguirlos entre sí y aumentaría, de esa forma, la credibilidad de estos últimos⁴⁷. Este efecto se produciría porque el derecho a guardar silencio le ofrece al acusado culpable una alternativa atractiva — la de callar— frente a la de, simplemente, intentar imitar a un acusado inocente por medio de una declaración mendaz. Por ello, si el derecho al silencio no estuviera disponible, los acusados culpables tendrían un mayor incentivo para declarar y

⁴⁷ Cabe remarcar que el modelo que presentan los autores de teoría de juegos en función del comportamiento de un acusado culpable y un acusado inocente se plantea en un escenario de interrogatorio policial. Es decir, las conclusiones a las que llegan se basan esencialmente en cómo reaccionarían frente a las preguntas en una instancia inicial del proceso, en el cual los acusados aún no conocen los elementos de prueba que tiene la policía en su contra, ni la policía sabe qué acusado es inocente o cuál es culpable (juego con información asimétrica). Véase SEIDMANN & STEIN (2000: 443).

mentir, la plausibilidad de las explicaciones dadas por los acusados inocentes se reduciría y, por lo tanto, estos últimos verían incrementado el riesgo de ser condenados erróneamente (SEIDMANN & STEIN, 2000: 457-460)⁴⁸.

El fundamento que subyace a este tipo de argumentación es esencialmente el siguiente: autorizar las inferencias adversas del silencio aumentará el número de personas acusadas que optarán por realizar declaraciones falsas en lugar de callar, para no arriesgarse a que los juzgadores tomen su silencio como un elemento de prueba en su contra. Esto llevaría no solo a que ingresaran al proceso penal declaraciones de baja calidad epistémica, sino a que los juzgadores creyeran menos en las declaraciones verdaderas de los imputados inocentes. Como resultado, se pondría en peligro la averiguación de la verdad y se incrementaría el riesgo de que personas inocentes sean condenadas erróneamente.

En primer lugar, resulta criticable una de las premisas de las que parte la argumentación de estos autores, en cuanto afirman que el hecho de que los acusados culpables decidan declarar —como consecuencia de la remoción de la prohibición de valorar el silencio— socavaría la credibilidad de las declaraciones de los acusados inocentes. Ello, pues, en todo caso, parecería que tanto jueces como jurados son bastante escépticos, en la práctica, respecto de las declaraciones exculpatorias

⁴⁸Es importante remarcar que estos autores reconocen que el privilegio probatorio contra las inferencias adversas es más eficaz a la hora de evitar que los sospechosos mientan durante los interrogatorios policiales (*pre-trial silence*) que durante el juicio, pero buscan morigerar esta conclusión con una serie de contraargumentos. Para entenderlos, es necesario situarse en el marco del sistema procesal penal estadounidense y tener en cuenta que aquellos no son fácilmente trasladables a otros sistemas procesales penales como, por ejemplo, el argentino. En primer lugar, los autores afirman que, dado que es probable que un sospechoso que confiesa y posteriormente se declara culpable (por medio de un *guilty plea*) reciba una condena menor que uno que se declara culpable durante el juicio, existe menos incentivo para que aquél cambie su parecer y se declare culpable luego de escuchar las pruebas de la fiscalía. Por ello, en un sistema legal en el que rige una prohibición como la de *Griffin*, el acusado podrá optar por guardar silencio en el juicio o por mentir. Si se remueve este privilegio probatorio, el sistema legal lo alentará a mentir, provocándose el efecto que consideran indeseado. En segundo lugar, señalan que, en virtud de que en los Estados Unidos la fiscalía no tiene la obligación de exhibirle al acusado la prueba recolectada para contradecir otras pruebas presentadas por la defensa (*rebuttal evidence*), el acusado culpable optará por guardar silencio antes de arriesgarse a este tipo de refutación. Removido el privilegio contra las inferencias adversas, nuevamente el acusado culpable optará por mentir. Por último, indican que, dado que un acusado culpable corre el riesgo de tener una mala *performance* en el juicio, a menudo optará por guardar silencio para no salir perjudicado; una vez más, en ausencia de este derecho a callar sin tener por ello consecuencias negativas, el acusado culpable optará por mentir (SEIDMANN & STEIN, 2000: 490-492).

brindadas por los acusados, las que suelen ser tomadas con reservas, en tanto se trata de la declaración de una persona que tiene pleno interés en que la cuestión se resuelva en beneficio propio (ROBERTS & ZUCKERMAN, 2004: 424).

En segundo lugar, lo que debemos cuestionarnos es si verdaderamente el hecho de que los acusados culpables opten por mentir perjudica a los acusados inocentes u obstruye la averiguación de la verdad, tal como plantean estos autores. Es que, a diferencia del silencio, las declaraciones mendaces pueden ser refutadas. Por ello, frente a una declaración falsa, el juzgador contará con más elementos para corroborar o refutar la hipótesis sobre la culpabilidad del imputado; podría, incluso, ordenar la producción de nuevas medidas de prueba para verificar alguno de los extremos de la declaración de la persona acusada y contrastar su versión de los hechos con las otras pruebas reunidas en la causa.

Correlativamente, como señalan los propios SEIDMANN & STEIN (2000: 449), un acusado culpable que efectivamente logre fabricar una historia convincente para debilitar la evidencia de cargo —perjudicando así a los acusados inocentes—, o bien tiene “mucho suerte”, o es lo suficientemente sofisticado como para elaborar una versión exculpatoria convincente; lo cierto es que estas “mentiras convincentes” suelen tener éxito cuando el conjunto de elementos de prueba de la acusación es relativamente débil. En estos escenarios probatorios, la prohibición de valorar el silencio del acusado resultaría irrelevante, en tanto es probable que la prueba de la fiscalía no sea suficiente para alcanzar un *prima facie case*, por lo cual las inferencias adversas probablemente no procedan. Por lo demás, sin importar cuán fuerte o débil sea la prueba de cargo reunida, si un acusado culpable tiene elementos para elaborar una historia exculpatoria lo suficientemente convincente, es factible que descarte la opción de callar, aun teniendo disponible la posibilidad de guardar silencio sin consecuencias adversas, generándose de igual forma el efecto *pooling* entre los acusados culpables e inocentes.

5.b. La paradoja de permitir las inferencias adversas del silencio de la persona acusada

Otro argumento que se ha presentado para justificar la conveniencia de mantener la prohibición de valorar el silencio del acusado es que el grado en que un régimen procesal permite extraer inferencias adversas podría repercutir directamente en la fuerza probatoria de la inferencia. De esta manera, cuanto mayor sea la expectativa de que los juzgadores valoren el silencio, menos ofrecerá al acusado la opción de guardar silencio en términos de autoconservación y, si a pesar de ello, decide no declarar, será más probable que esta decisión responda a motivos incidentales distintos a su culpabilidad; así, el silencio no significaría culpabilidad y la inferencia perdería gran parte de su valor probatorio. Esto llevaría a una paradoja: un régimen procesal estricto en el que no se permitan inferencias adversas del silencio del acusado —como el caso de los Estados Unidos— podría estar descartando prueba relevante, pero, por otro lado, en un régimen permisivo —como el de Inglaterra— la propia disponibilidad de la inferencia tendería a disminuir su valor probatorio (HAMER, 2004a: 168).

No obstante, esta preocupación por las consecuencias de una regulación procesal que permita la valoración del silencio de la persona acusada pareciera perder de vista que, si bien en un régimen permisivo un acusado culpable tendría menos incentivos para guardar silencio —en virtud de que su decisión de callar podría ahora ser valorada en su contra—, lo cierto es que la otra opción que tiene disponible es la de declarar y arriesgarse a aportar información que podría ser utilizada por la fiscalía para fortalecer su hipótesis acusatoria. En este sentido, no sería correcto afirmar que en un régimen procesal permisivo la fuerza probatoria del silencio necesariamente se verá disminuida. Aun en estas circunstancias el guardar silencio puede ser la decisión más conveniente en términos de autoconservación, en tanto al acusado aun le quedaría la posibilidad de que la fiscalía no logre construir un *prima facie case* que habilite la valoración de su silencio o que los decisores no utilicen tal razonamiento inferencial por otras circunstancias presentes en el caso.

6. Conclusión preliminar

Lo visto hasta aquí sugiere que el hecho de que una persona acusada haya decidido guardar silencio en la etapa de juicio podría ser valorado como un elemento de prueba para respaldar la hipótesis de que ella efectivamente ha cometido la conducta delictiva de la que se le acusa.

Sobre ello, hemos visto que el valor del silencio del acusado dependerá indefectiblemente del contexto probatorio de cada investigación penal. Esto se debe a que las inferencias adversas del silencio de la persona acusada se apoyan en un principio sobre la naturaleza humana que afirma que las personas actuarán por un impulso de autoconservación. Así, resulta esperable que un acusado inocente declare para persuadir a los jueces o al jurado sobre su inocencia; por el contrario, el acusado culpable probablemente optará por guardar silencio para evitar exponerse a ser interrogado o a aportar información que podría ser utilizada en su contra. Por este motivo, como se ha visto, cuanto más robusto sea el caso de la acusación, más grave será la amenaza percibida por el imputado de ser condenado y, consecuentemente, más probable será que el acusado inocente decida declarar.

Sin embargo, también se ha mostrado que el silencio de una persona acusada no es un indicador infalible de culpabilidad, por lo que se requiere que los decisores consideren en cada caso posibles razones inocentes por las que la persona acusada podría haber decidido guardar silencio. Éstas tendrán el efecto de debilitar la inferencia del silencio e incluso destruir su valor probatorio si aquella explicación resulta más plausible que la que indica que calló porque es culpable. Por ello, los juzgadores no deben extraer una inferencia adversa a menos que consideren que los elementos de prueba que sustentan la acusación son lo suficientemente sólidos como para que resulte lógicamente esperable que el acusado dé una respuesta sobre los hechos.

Todas estas premisas permiten concluir que, en determinadas circunstancias, la decisión de la persona acusada de no declarar en el juicio tiene valor probatorio. A continuación, se pasará a analizar si es posible que la permisión de este tipo de inferencias adversas afecte ciertos derechos fundamentales reconocidos a las personas sometidas a un proceso penal.

III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA PROHIBIR LAS INFERENCIAS ADVERSAS DEL SILENCIO DEL ACUSADO

Como veremos, la doctrina argentina ha justificado la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio de la persona acusada sobre la base de una alegada violación de derechos y garantías constitucionales; en particular, el derecho de la persona acusada a no ser obligada a declarar contra sí mismo, la garantía de defensa en juicio y el principio de inocencia. En muchos casos la cuestión no ha recibido un tratamiento profundo, sino que la mera invocación por parte de los juristas argentinos de la afectación de alguno de estos derechos fundamentales ha bastado para clausurar el debate.

Como señala LARSEN (2020: 106-107), los argumentos basados en la invocación de derechos fundamentales pueden tener una fuerza importante si se los considera —utilizando las palabras de Dworkin— como “cartas de triunfo” frente a las consideraciones políticas generales; sin embargo, la mayoría de las normas jurídicas que establecen derechos fundamentales en los textos constitucionales utilizan un lenguaje indeterminado que no proporciona soluciones evidentes para todos los casos ni permite identificar, absolutamente y de forma clara, todas las regulaciones legales cuya implementación se encuentre prohibida por resultar violatoria de esos derechos.

Por ello, en las siguientes secciones se analizarán las posiciones de los autores argentinos que han buscado justificar la prohibición en estudio. Puntualmente, se intentará desentrañar sobre cuál de los mencionados derechos y garantías se apoyan y cuáles son los argumentos que justificarían la alegada transgresión de una o varias cláusulas constitucionales. Asimismo, se plantearán posibles contraargumentos.

1. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo como fundamento de la prohibición

La garantía más utilizada en la doctrina —tanto argentina como angloamericana— para justificar la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio del acusado es el derecho de aquél a no ser obligado a declarar contra sí mismo⁴⁹. Para la doctrina argentina este derecho se resume en la absoluta incoercibilidad del imputado y en la imposibilidad de utilizar cualquier medio tendiente a obtener de él prueba en su contra. Esto derivaría del principio de personalidad del imputado que prohíbe la utilización de medios que tiendan a sustituir su libre determinación para reconocer hechos que lo perjudiquen, ya que resulta vital que actúe estando libre en su persona durante la realización de todo acto procesal en el que intervenga (CLARIÁ OLMEDO, 1998a: 80, 240-241). El derecho constitucional a no prestar declaración incluiría el de no ser sometido a ningún tipo de coacción o amenaza concreta que conspire contra la garantía de declarar *libre de presiones*; en base a ello, también existiría un derecho a que el silencio no sea tenido en perjuicio de quien se abstiene de declarar (SAGÜES, 2007: 868).

También se afirma que, al ser la facultad de confesar (y, más ampliamente, de declarar) del acusado un derecho personalísimo que debe fundarse exclusivamente en su voluntad, no puede haber por parte del Estado ningún tipo de mecanismo, argucia o presión, tendiente a provocar su declaración, como podrían ser, por ejemplo, las preguntas capciosas o sugestivas, o amenazas respecto de consecuencias en caso de no confesar, ni otros procedimientos similares (BINDER, 1999: 182). Así, el derecho en cuestión debería ser interpretado del modo de brindarle el alcance más amplio posible⁵⁰.

Debido a que el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo es considerado una prerrogativa esencial del acusado en el proceso penal en un Estado de Derecho, este se concretaría en la posibilidad de negar toda colaboración con la acusación sin sufrir por ello *ningún tipo de consecuencia negativa*. De este modo, el

⁴⁹ La garantía contra la autoincriminación forzada o, en su aforismo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, se halla receptada en el art. 18 de la Constitución Nacional, en el art. 8.2.g de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14.3.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁵⁰ La justificación radicaría en motivos de índole históricos, ya que por muchos siglos el proceso penal habría buscado la confesión como uno de sus objetivos principales (BINDER, 1999: 185).

ejercicio de este derecho no podría ser restringido y operaría como un límite a toda medida coactiva posible sobre el inculpado (BACIGALUPO, 2005: 69). De allí que el silencio del acusado, como derecho elemental, no podría tampoco autorizar inferencias o presunciones en su contra, lo que equivaldría a una *coerción indirecta* (BUTELER, 1967: 98).

En definitiva, para la doctrina argentina, si el imputado se abstiene de declarar no puede resultar acreedor de sanciones procesales o penales (MAIER, 2004: 676). En los procesos penales es el Estado quien debe probar el hecho y aplicarle, en su caso, una pena al infractor, mas no puede pedirle a este que le ayude, ni instarlo o condicionarlo a tal colaboración (SANCINETTI, 2000: 412). Por ello, cualquier declaración que la persona inculpada haga tiene que estar libre de toda coerción; el principio *nemo tenetur* no admitiría que al imputado se le hagan trampas, por lo que su declaración debe depender únicamente de su voluntad expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza (SANCINETTI, 2014: 86-87).

Estas conclusiones son las mismas a las que ha llegado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. Así, en el voto del juez Douglas —quien encabezó el voto de la mayoría— en el ya mencionado caso *Griffin*, se afirmó que:

El comentario sobre la negativa [del acusado] de declarar es un remanente del ‘sistema inquisitorial de la justicia penal’ [...] Es una *penalidad* impuesta por los tribunales [al acusado] por ejercitar su derecho constitucional. Limita el privilegio al hacer *su uso más costoso* (itálicas añadidas)

La afectación a la garantía radicaría, entonces, en que autorizar a jueces o jurados a valorar la negativa del acusado de declarar implicaría una *coerción*, cuando menos indirecta, para que ofrezca su testimonio. De esta manera, se lo ubicaría en la disyuntiva entre declarar, por un lado, o ejercer su derecho a no hacerlo y correr el riesgo de que ello sea utilizado en su contra, por el otro; su decisión de hacer uso de este derecho traería aparejado, consecuentemente, un *costo*.

En primer lugar, si reparamos en el término utilizado por el máximo tribunal estadounidense veremos que la posibilidad de valorar el silencio del acusado es

tomada como algo más que un costo o una carga, ya que es asimilada a una *penalidad*, es decir, a una sanción impuesta al acusado por haber decidido no declarar. Lo cierto es que el Tribunal no explica en qué sentido realizar este tipo de inferencia podría constituir una sanción, en tanto la circunstancia de que la situación del acusado pueda empeorar como resultado de la valoración de su silencio no lo convierte *per se* en un castigo por hacer uso de su derecho (GREENWALT, 1981: 59). De hecho, uno podría imaginar formas concretas de sanción a un imputado por no declarar, como es el caso de los testigos en causas penales que pueden ser compelidos legalmente a declarar, traídos por la fuerza pública ante el juez en caso de no comparecer e incluso arrestados si persisten en su negativa. Como sabemos, nada de esto sucede con los acusados ni en nuestro país ni en los Estados Unidos. Más bien, el uso drástico del término “penalidad” parecería ser empleado como un dispositivo retórico para provocar una reacción negativa (GREENWALT, 1981: 59).

Muchos autores concuerdan en que una correcta comprensión del origen histórico de la garantía contra la autoincriminación forzada debe llevar a concluir que aquella no abarca una protección contra la posibilidad de realizar inferencias adversas del silencio del acusado. Es que el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo surgió, como ya vimos, como una reacción contra las prácticas de persecución de disidentes religiosos y políticos en el siglo XVI y XVII, quienes eran severamente coaccionados con el fin de que prestasen testimonio (DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF LEGAL POLICY, 1989: 1063; AYER, 1980: 848-849; NOONAN, 1955: 314-315).

En su voto disidente en *Griffin*, los jueces Stewart y White afirmaron que el surgimiento de la garantía contenida en la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (que guarda gran similitud con la redacción del art. 18 de nuestra Constitución Nacional⁵¹), se debió al riesgo que corrían las personas acusadas de ser encarceladas, sufrir el destierro, o incluso mutilación, en caso de que se negaran a

⁵¹ La Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos establece que: “[n]inguna persona estará obligada a responder por un delito capital o infame [...] ni podrá ser compelida en ningún caso penal a ser testigo contra sí misma”. Por su parte, el art. 18 de la Constitución argentina afirma que: “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

declarar ante el tribunal y, más aun, en caso de declarar falsamente. Ante este abanico de alternativas, es incuestionable que la decisión de declarar se tomaba bajo coacción y que las consecuencias del silencio eran muy severas e inhumanas, situaciones que difícilmente puedan compararse con la consecuencia que traería actualmente aparejada la permisión de valorar el silencio del acusado. Ésta, en caso de ser usada, autorizaría a los juzgadores a que valoren su silencio como un elemento de juicio más a tener en cuenta entre todas las pruebas que integran el acervo probatorio.

Por ello, como sostuvo la disidencia en *Griffin*, prohibir este tipo de inferencias parecería estirar el concepto de coacción más allá de sus límites razonables. De igual manera, GREENWALT —para quien el derecho al silencio tiene como fundamento moral el principio de trato humano que prohíbe que el Estado obligue o ejerza severas presiones a los sospechosos para que confiesen— sostiene que difícilmente pueda considerarse un acto inhumano que se utilicen inferencias adversas del silencio del acusado cuando existen pruebas sustantivas que señalan su culpabilidad y aquel decide callar, pues esa no sería más que la consecuencia natural de su decisión de permanecer callado (1981: 40). Por ello, concluye que las inferencias adversas son constitucionalmente aceptables mientras que el tribunal se asegure de que el silencio no sea tomado por sí solo como prueba suficiente de culpabilidad, que la fiscalía mantenga la carga de la prueba y que se condene una vez alcanzado el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable (1981: 59).

Hasta aquí hemos visto que, a la luz del fundamento histórico del derecho a no declarar contra sí mismo, prohibir las inferencias adversas del silencio del acusado implicaría una ampliación excesiva de lo que busca evitar este principio que es, en definitiva, que el imputado sea obligado, bajo pena de sufrimientos físicos o sanciones penales, a testificar. Sin embargo, esto no desmiente el hecho de que la posibilidad de realizar inferencias adversas del silencio del acusado trae ciertas consecuencias negativas para él en caso de que decida hacer uso de su derecho a no declarar.

Sobre ello, REDMAYNE (2006: 216) explica que la garantía contra la autoincriminación forzada se activa en caso de que un acusado se vea sometido a la

obligación legal de proporcionar información incriminatoria bajo pena de sanción penal y que, consecuentemente, solo cuando se presione a un acusado por encima de un determinado grado, podremos decir que ha sido realmente coaccionado para proporcionar información; por ende, la permisión no infringiría el privilegio contra la autoincriminación forzada ya que no colocaría al sospechoso bajo la obligación de cooperar⁵². HAMER (2004a: 161) también destaca que no debe exagerarse la amenaza que las inferencias adversas tienen respecto de la garantía, en tanto el acusado no estaría en la misma situación que un testigo obligado a declarar y que la decisión de no prestar testimonio, a pesar de que podría tener ciertas consecuencias desfavorables para él, sigue estando en su poder.

En esa misma línea, el hecho de que el Estado deba respetar los derechos reconocidos a los ciudadanos no implica necesariamente que esté obligado a garantizar que ellos ejerciten esos derechos sin ningún tipo de costo o estorbos ni tampoco que un derecho deje verdaderamente de serlo si tiene posibles costos negativos asociados a su ejercicio (REDMAYNE, 2007: 217; LAUDAN, 2013: 304). Uno puede imaginar casos en los cuales el ejercicio de un derecho constitucional trae aparejada una consecuencia disvaliosa que la persona debe tolerar. Un ejemplo claro es proporcionado por LAUDAN, quien trae a colación la contracara del derecho a guardar silencio, esto es, el derecho de la persona acusada a ser oída. Así, señala que si una persona acusada decidiera hacer uso de su derecho a declarar, su testimonio podría ser utilizado como un elemento de prueba en su contra e incluso sus dichos podrían acarrearle responsabilidad civil. Incluso en un sistema jurídico como el estadounidense su decisión de declarar habilitaría a la acusación a presentar pruebas sobre sus antecedentes penales; a pesar de ello, la doctrina es casi unánime⁵³ en

⁵² No obstante, este autor señala que existen algunos casos en los cuales realizar inferencias adversas del silencio del acusado podría violar la garantía contra la autoincriminación forzada. Esto sucedería en caso de que se valore el silencio del acusado en un caso en el cual tal inferencia no se encuentra epistémicamente justificada. En estos casos, la inferencia equivaldría a una penalidad por no declarar (REDMAYNE, 2008: 139). Sin embargo, este no es un problema *per se* de las inferencias adversas del silencio del acusado, sino de una inferencia mal hecha.

⁵³ En la doctrina argentina, SANCINETTI sostiene que la declaración del imputado no es una “prueba”, sino un acto de defensa. En base a ello, considera que de sus manifestaciones no puede surgir nada respecto de la acreditación de los hechos, sobre todo en su perjuicio. Señala que esto sería una consecuencia natural del estado de la cuestión en los códigos procesales modernos, en tanto la

cuanto a que estas consecuencias no implican que la persona acusada no tenga un derecho a ser oído o que aquella no deba tolerar este costo al hacer uso de este derecho (LAUDAN, 2013: 304)⁵⁴.

Como vemos, la mera existencia de una carga asociada a un derecho constitucional no implica la negación de esa prerrogativa; sin embargo, para evaluar la permisibilidad de ese costo aparejado, debe tenerse en cuenta la severidad de la carga y si aquella se funda en un propósito racional o en la sola intención de sancionar el ejercicio del derecho constitucional en cuestión (AYER, 1980: 854). Este autor trae a colación el caso *United States v. Jackson*⁵⁵. En esa decisión, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional una disposición de la *Federal Kidnaping Act* que establecía que el autor de un secuestro podía ser castigado con la pena capital en caso de que la persona secuestrada no fuese liberada ilesa, si así lo recomendaba el jurado al juez de juicio. Puntualmente en ese caso, la Corte de Distrito de Connecticut desestimó la acusación contra tres acusados imputados por el secuestro de una persona que fue lastimada previo a su liberación. El Tribunal consideró que la disposición en cuestión provocaba que "el riesgo de muerte" fuese el precio por hacer valer su derecho a un juicio por jurados, reconocido en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, y, por lo tanto, que impedía su libre ejercicio; ello debido a que como, según esa norma, solamente un jurado podía recomendar al juez de juicio que impusiera como condena la pena de muerte en esos casos, el acusado se veía en la encrucijada de renunciar al juicio por

"confesión" no está más enumerada entre los medios de prueba. No obstante, el autor reconoce que no es la opinión dominante (2000: 403 y 412).

⁵⁴ Piénsese también, por ejemplo, en el derecho a huelga reconocido en el artículo 14 bis, párrafo segundo, de la Constitución Nacional argentina y en el art. 8.d del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Si una docente de una escuela afiliada a un sindicato quisiese adherirse a una huelga y, en consecuencia, faltar un día a su trabajo, no solo tendría el derecho a hacerlo, sino que debería, además, ser protegida por el Estado en caso de que su empleador en represalia decidiera despedirla. Sin embargo, en caso de que su empleador resolviera descontarle el día por haberse ausentado de sus tareas laborales, la docente tendría la carga de tolerarlo y no podría exigirle al Estado que obligara al empleador a pagarlo o, menos aún, que el propio Estado se hiciera cargo del descuento en su salario. De esta forma, la docente tendría el derecho a que el Estado protegiera su derecho a huelga, más no a hacer que su ejercicio no tenga ningún costo para ella.

⁵⁵ 390 U.S. 570 (1968).

jurados y declararse culpable, o hacer uso de su derecho constitucional y correr el riesgo de ser condenado a muerte⁵⁶.

En un fallo posterior, *Chaffin v. Stynchcombe*⁵⁷, remitiéndose al caso *United States v. Jackson*, la Corte Suprema norteamericana declaró que: “en *Jackson* no se sostuvo, como las decisiones posteriores han dejado en claro, que la Constitución prohíbe toda disposición impuesta por el gobierno en el proceso penal que tenga el efecto de desalentar el ejercicio de los derechos constitucionales”. Así, el hecho de reconocer que la permisión procesal de valorar el silencio del acusado representa un costo al uso del derecho de no ser obligado a declarar contra uno mismo no debería clausurar la discusión sobre su permisibilidad. No obstante, sí resulta necesario que ese costo no sea, en realidad, un fin en sí mismo dirigido a castigar el ejercicio de ese derecho. Pero, en el caso que nos ocupa, la decisión de permitir la posibilidad de realizar inferencias adversas se justifica, no en un propósito vindicativo que busca sancionar al acusado que hace uso de su derecho, sino en el objetivo de coadyuvar en el proceso de determinación de los hechos al poner de relieve una inferencia racional que puede extraer el juzgador de la conducta del acusado (AYER, 1980: 855-857)⁵⁸.

2. El principio de inocencia como fundamento de la prohibición

Otro de los fundamentos constitucionales que suele darse a la prohibición de valorar el silencio del acusado es el principio de inocencia⁵⁹. De este principio derivan varias

⁵⁶ El gobierno federal, al impugnar la decisión, sostuvo que independientemente de que un acusado decidiera someter a un jurado la cuestión de su culpabilidad, la pena de muerte podía imponerse si y sólo si tanto el juez como el jurado coincidían en su imposición. La Corte rechazó este argumento del Gobierno de que la *Federal Kidnapping Act* otorgara al juez de primera instancia la facultad de anular una recomendación de muerte del jurado, ya que ni una sola vez en los 34 años de historia de la Ley hasta ese momento, un juez de primera instancia había descartado la recomendación de muerte del jurado.

⁵⁷ 412 U.S. 17 (1973).

⁵⁸ Sobre este punto, en otro fragmento del voto disidente de los jueces Stewart y White en *Griffin* afirmaron que “[s]eguramente nadie negará que el Estado tiene un importante interés en arrojar la luz de una discusión racional sobre lo que ocurre en el curso de un juicio, tanto para proteger al acusado de los peligros muy reales del silencio como para dar forma a un proceso legal diseñado para averiguar la verdad”.

⁵⁹ El principio de inocencia se encuentra regulado en el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 14.2 del Pacto

reglas: una pauta de trato al acusado —durante el curso del procedimiento penal no debe ser tratado como culpable—, el *in dubio pro reo* —la sentencia de condena solo puede estar fundada en la certeza en la existencia de un hecho punible atribuible al acusado y que, de no alcanzarse ese estándar, el imputado debe ser absuelto— y, finalmente, el *onus probandi* —la carga de demostrar la culpabilidad del acusado le corresponde al acusador, dado que el imputado no tiene necesidad de construir su inocencia, ya de antemano erigida por la presunción que lo ampara— (MAIER, 2004: 494, 505, 507 y 510).

De esta última manifestación del principio la doctrina se ha valido para defender la prohibición de realizar inferencias adversas. Así, CAFFERATA NORES (2000: 73-74) sostiene que la responsabilidad probatoria conducente a la determinación de la culpabilidad del acusado corresponde al acusador, por lo que ésta solo podrá tenerse por acreditada cuando pueda ser obtenida de datos probatorios objetivos y nunca inferida de la negativa del imputado a colaborar en el proceso, o de su silencio, o de explicaciones insuficientes o mentirosas, u otras situaciones similares. En tanto el proceso penal es una demostración por parte de la acusación de la culpabilidad de la persona acusada, se afirma que sería inconsistente con el principio de inocencia que se permitiera que la negativa del imputado a declarar en juicio juegue un papel en la demostración de la culpabilidad del sujeto, la que se encuentra a cargo de la fiscalía⁶⁰.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que el principio de inocencia se encuentra regulado en el art. 18 de la Constitución Nacional, cuando afirma que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo” (Fallos: 343:2280).
⁶⁰ Véase, en una línea similar, JACKSON (1993: 108-109). Sin embargo, este autor sostiene que la valoración del silencio del acusado en juicio puede no violar el principio de inocencia; ello dependerá de qué tipo de inferencia se trate. El autor señala que pueden distinguirse dos tipos de inferencias y que mientras que uno de ellos afecta el principio, el otro no lo hace. Por un lado, se encontrarían las inferencias que se extraen directamente para reforzar el caso de la acusación y, por el otro, las que se extraen para socavar el caso de la defensa, esto es, las inferencias que se hacen de la falta de fundamentación del caso por parte de la defensa. Sobre esta distinción, remarca que si bien menoscaba el principio de inocencia que la acusación se valga del hecho de que el acusado no ha brindado una versión de los hechos compatible con su inocencia para inferir de ese silencio que no existe una explicación inocente y que, por ende, es culpable, no es menos cierto que, cuando la defensa plantea una posible explicación sobre los hechos para fundamentar su inocencia, la acusación tiene derecho a argumentar que el acusado no ha declarado para, consecuentemente, debilitar la creencia en esa explicación sobre su inocencia.

Este argumento fue utilizado por la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el voto mayoritario en el caso *R. v. Noble*. En él, el juez Sopinka señaló que:

Si el silencio del acusado puede utilizarse en su contra para establecer su culpabilidad, parte de la carga de la prueba se ha trasladado al acusado. En una situación en la que el acusado ejerce su derecho a guardar silencio en juicio, la acusación solo necesita probar el caso un poco menos que más allá de toda duda razonable, y la falta de declaración lo llevaría a superar ese umbral. Sin embargo, la presunción de inocencia indica que no corresponde al acusado presentar ninguna prueba, sino que es la acusación quien debe demostrar su culpabilidad. Por lo tanto, para que la carga de la prueba siga recayendo en la acusación, tal y como exige la Carta, el silencio del acusado no debe utilizarse en su contra a la hora de demostrar su culpabilidad. La creencia en la culpabilidad más allá de toda duda razonable debe basarse en los testimonios y en cualquier otra prueba tangible o demostrativa admitida durante el juicio⁶¹.

El problema con este tipo de argumentos es que parecen malinterpretar el contenido de la regla del *onus probandi*. En realidad, esta solo fija que quien tiene la carga de probar el hecho punible atribuido al imputado es la acusación, pero nada informa sobre qué medios probatorios puede o debe utilizar la fiscalía —y, en este sentido, que el silencio no pueda ser valorado como un elemento más de convicción—, ni sobre cómo hay que valorar la prueba para que ésta sea considerada prueba de cargo y suficiente para fundamentar la condena (SUCAR, 2012: 24)⁶². Por ello, la afirmación de que permitir que se realicen inferencias adversas del silencio del acusado disminuye la carga de la fiscalía de probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable reposa en una falacia, ya que se confunde el estándar normativo de suficiencia probatoria para arribar a una condena, con el tipo de prueba capaz de

⁶¹ *R. v. Noble* [1997] 1 SCR 874, considerando 76.

⁶² Como resultado de ello, este autor concluye que el fundamento para la prohibición de la valoración del silencio del acusado no puede hallarse en el principio de inocencia —ni de ninguna otra garantía procesal—, sino en virtud de la simple inclusión de esta regla de valoración en los códigos procesales penales de cada jurisdicción (SUCAR, 2012, 24).

cumplir con ese estándar⁶³. De esta manera, en aquellos casos en los que el silencio tenga valor probatorio, aquél podrá ser utilizado por la fiscalía para contribuir a alcanzar la carga de la prueba, sin que se diluya en modo alguno el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, ni que se invierta el *onus probandi* (ROBERTS & ZUCKERMAN, 2004: 415).

En el ya citado caso *R. v. Noble*, el *Chief Justice* argumentó en este sentido: si bien es la acusación quien tiene la carga de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, el silencio del acusado puede ser tratado como una prueba para cumplir con esa carga, es decir, puede constituir una parte de la totalidad de la prueba, lo que no significa que la carga de la prueba se haya desplazado de la acusación a la defensa⁶⁴.

3. El derecho de defensa en juicio como fundamento de la prohibición

El derecho de defensa en juicio también ha sido utilizado para fundamentar la prohibición de realizar inferencias adversas del silencio del acusado⁶⁵. Esta garantía

⁶³ DOLINKO, quien lleva este razonamiento aun mas lejos en función de su posición de que el derecho contra la autoincriminación forzada carece de justificación en base a principios fundamentales, explica que es difícil de entender por qué la fiscalía no podría cumplir con su carga de persuasión haciendo uso, por ejemplo, de la declaración (compelida) del acusado. Así, argumenta que la acusación normalmente llama a otros testigos y se basa en lo que estas personas dicen para persuadir al juez de que el acusado es culpable y nunca nadie ha afirmado que, al hacerlo, la acusación esté eludiendo su obligación de establecer la culpabilidad del imputado “por su propia labor”. Se pregunta entonces por qué la situación debería ser diferente si el “testigo” en cuyo testimonio se basa la acusación (en parte) es el propio acusado (1985: 1084).

⁶⁴ Considerando 26 del voto del *Chief Justice* Antonio Lamer.

⁶⁵ El derecho de defensa en juicio se encuentra regulado en el art. 18 de la Constitución Nacional, al establecer que “[e]s inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce una serie de garantías que nutren de contenido al derecho de defensa en juicio como, por ejemplo, el derecho a ser oído (art. 8.1), el derecho del acusado de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete (8.2.a), el derecho del acusado a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada (art. 8.2.b), el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa (art. 8.2.c), el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor (de su elección o proporcionado por el Estado) y de comunicarse libre y privadamente con él (arts. 8.2.d y 8.2.e) y el derecho de la defensa de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de todas las personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (art. 8.2.f). En el caso del sistema europeo de Derechos Humanos, el derecho a un proceso equitativo (*fair trial*) se encuentra regulado en el art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos. De forma similar al art. 8.2 de la CADH, el art. 6.3 de la Convención Europea prevé una serie de garantías mínimas que completan el derecho de defensa en juicio, como el derecho del acusado a ser informado de la causa de la acusación formulada contra él (6.3.a), el derecho a

comprende muchos derechos específicos: todos ellos se encuentran dirigidos a establecer recaudos rigurosos para verificar que la persona acusada conozca lo que se le imputa, que pueda ejercer su defensa material, tener la oportunidad suficiente para hablar y ser efectivamente oído, contradecir a testigos y peritos, probar y controlar la prueba del adversario, y valorarla e indicar al tribunal la solución que propone para la sentencia (MAIER, 2004: 541).

En virtud del derecho de defensa solo el acusado podría decidir qué información desea introducir válidamente al proceso; de allí se derivaría que “del silencio del imputado, de su negativa a declarar o de su mentira no se pueden extraer argumentos a *contrario sensu*”, ya que lo contrario equivaldría a fundar resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un *acto de defensa* del imputado (BINDER, 1999: 181). Se ha afirmado también que la declaración del imputado no debe tomarse como una prueba, por tratarse de un testimonio que se presta sin deber de ser veraz y que constituye una *manifestación del derecho de defensa*; por ello, incluso se ha abogado por una proscripción absoluta de otorgarle valor probatorio de cargo a la declaración del imputado como única forma de que el principio *nemo tenetur se ipsum prodere* tenga verdadera significación (SANCINETTI, 2000: 403 y 412). De allí que, si la declaración del acusado como acto de defensa no puede regirse por las reglas de la libre valoración de la prueba, aun menos podría valorarse el hecho de que este haya optado por hacer uso de su derecho de abstenerse de declarar.

ROXIN también fundamenta la prohibición de valorar el silencio del acusado en el principio del *fair trial*. Argumenta que, en tanto nadie debe colaborar en la tarea de probar su culpabilidad, cuando la persona inculpada se rehúsa a toda declaración o se limita a negar su autoría, su silencio no puede ser valorado probatoriamente en modo alguno, lo que debe valer aun cuando aparezca sumamente ajeno a la vida real el hecho de que una persona completamente inocente

disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa (6.3.b), a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección (6.3.c), a interrogar o hacer interrogar a los testigos (6.3.d) y el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete (6.3.e).

guarde silencio ya que, de otro modo, el ejercicio de su derecho a guardar silencio estaría amenazado con tornarse ilusorio (2000: 108)⁶⁶.

Debemos preguntarnos, en primer lugar, qué significa la categoría de “actos de defensa”. Una primera intuición es que se trata sencillamente de la forma en la que se denomina a todos aquellos actos que realiza o en los que participa el imputado, o su abogado defensor, para defenderse frente a una acusación penal. En sentido opuesto, podríamos considerar que todos aquellos actos llevados a cabo por la fiscalía para probar su hipótesis constituyen “actos de acusación”. La actividad de defensa sería entonces la contrapartida de la de la acusación, que se integra con el conjunto de actos realizados a lo largo del procedimiento penal para neutralizar total o parcialmente la imputación (CLARÍA OLMEDO, 1998b: 277 y 279). El problema con esta conceptualización es que la categoría parecería ser demasiado amplia, en tanto también quedarían abarcadas, por ejemplo, las declaraciones de los testigos propuestos por la defensa para apoyar su hipótesis exculpatoria o los documentos aportados para ese fin, actos de defensa de los cuales jamás se ha predicado que deba negárseles su carácter de medios de prueba (FENECH, 1960: 651 como se citó en PALACIO, 2000: 155).

Respecto de la declaración del imputado como el *acto de defensa principal* en el proceso penal, se han brindado otras notas características. Así, se considera que la declaración del imputado constituye exclusivamente un acto de defensa y no una prueba y que, como tal, solo es susceptible de realización por decisión unilateral de su titular —asegurando su incoercibilidad— y, consecuentemente, que es prescindible en el proceso (DARAY, 2020: 328; CLARÍA OLMEDO, 1998b: 493). De ello se deriva que la declaración del imputado no puede ser considerada un medio de prueba, en el sentido de que las partes no pueden solicitar ni exigir su producción en el proceso, como sí podrían hacerlo, por ejemplo, con la declaración de un testigo, en tanto la declaración de la persona acusada es un acto personalísimo que depende

⁶⁶ Sin embargo, reconoce que la situación sería diferente si el imputado decide prestar declaración, pero no hacerlo en relación con ciertos puntos particulares; en estos casos, el acusado se convertiría “él mismo”, por su libre decisión, en un medio de prueba y, con ello, sometería su testimonio a la libre valoración de la prueba (ROXIN, 2000: 109).

únicamente de su voluntad. Sin embargo, esta afirmación no solo no se opone a la posibilidad de valorar la información obtenida de una declaración *voluntaria y libre* del acusado ⁶⁷, sino que tampoco se deduce de ella una prohibición de valorar la conducta del acusado que decide callar.

Quizás la conceptualización más radical de “actos de defensa” sea la ofrecida por SANCINETTI. Para este autor, ni la declaración del imputado, ni otros actos en los que él participe deben caer bajo el principio de la libre valoración de la prueba. De esta forma, aun si una persona acusada decidiera declarar de forma voluntaria, sus dichos no podrían ser valorados libremente por el juez, en tanto de sus manifestaciones no podría surgir nada respecto de la acreditación de los hechos en su perjuicio (2000: 403). Este criterio no aplicaría únicamente para las declaraciones del acusado; si un imputado, por ejemplo, decidiera participar en un careo contra otro testigo con el objetivo de reforzar su descargo, y este procedimiento no le resultara finalmente favorable, tampoco podría valorarse el resultado de esta medida probatoria en su contra, aun cuando aquél hubiese accedido voluntariamente a participar en ella (2000: 412-413). Lo que puede concluirse de esta posición es que ningún acto llevado a cabo por el imputado, o en el que éste participe, puede ser utilizado para fundamentar la condena.

Entiendo que esta posición, que el propio autor reconoce como minoritaria, es equivocada. Como vimos, existen limitaciones jurídicas que excluyen algunos medios de prueba relevantes, al momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio. Ello obedece a que, si bien el objetivo institucional del proceso penal es la averiguación de la verdad, existen otros valores que merecen protección jurídica (FERRER BELTRÁN, 2007: 31). Por dar un ejemplo, a pesar de que los dichos de una persona acusada tras ser torturada pudieran ser de utilidad para el esclarecimiento de un delito, esa información no podría ingresar al proceso, pues ha sido obtenida en violación de derechos fundamentales del acusado, lo que se

⁶⁷ En apoyo de esta conclusión, CLARÍA OLMEDO afirma que la declaración indagatoria nunca podrá ser considerada un medio de prueba, lo que no impide que de los dichos del imputado el tribunal pueda obtener elementos de convicción orientadores de mérito sobre la culpabilidad, en tanto lo prohibido es pretender introducir elementos probatorios mediante exposiciones del acusado que no se exprese con absoluta libertad (1998b: 495).

encuentra expresamente establecido en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶⁸. Así, en este caso, el valor de la averiguación de la verdad cede ante la protección de derechos individuales.

Pero, una vez que en un proceso penal se han admitido ciertas pruebas y se encuentra delimitado el conjunto de elementos de juicio, la operación de valorarlas no encuentra, en principio, interferencias o restricciones jurídicas y queda sometida a las reglas de la racionalidad general (FERRER BELTRÁN, 2007: 47). Por ello, no podría excluirse la prueba producida por medio de un careo en el que el imputado ha decidido participar voluntariamente por el solo hecho de que ella ha arrojado resultados contraproducentes para él, ni la declaración libre y voluntaria de un acusado si alguno de sus dichos no lo beneficiara. Esto se debe a que un elemento de prueba, en cuanto tal, puede ser utilizado para apoyar indistintamente la hipótesis acusatoria o la de la defensa; excluir de la valoración aquellos elementos aportados por el acusado, o aquellos en los que hubiera participado voluntariamente, no se encuentra justificado ni epistémica ni constitucionalmente.

No obstante, valorar que una persona acusada ha guardado silencio en el juicio es un caso distinto al de la valoración de un careo en el cual participó voluntariamente o al de su declaración prestada libremente. El problema en nuestro caso no radica en que ingrese al proceso información que el acusado no deseaba brindar, o que fue obtenida de forma involuntaria, pues éste se ha abstenido de declarar. Este comportamiento del acusado constituye la manifestación negativa de su derecho de defensa, en particular, de su *derecho a ser oído*, que incluye, como contrapartida, su derecho de decidir no expresarse frente a la imputación penal. Pareciera que el hecho de que un imputado haya guardado silencio en el debate no es en sí un acto testimonial o comunicativo de los protegidos por el art. 18 de la Constitución argentina, por lo que realizar inferencias de su silencio no sería otra cosa más que una valoración sobre la forma en la que se comporta el acusado en

⁶⁸ Ese tratado internacional establece en su art. 15 que “[t]odo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración”.

juicio, la que podría ser, en determinados casos, indicativa de culpabilidad (AYER, 1980: 868).

Deberíamos preguntarnos, entonces, si el derecho de defensa en juicio, o alguno de los otros derechos que hemos visto, ampara al acusado de que su comportamiento durante el proceso sea valorado como un elemento de prueba para arribar a una decisión jurídica que le resulte adversa. Algunas cláusulas de los códigos procesales penales parecerían responder de forma negativa a este interrogante. Por ejemplo, el art. 221, inciso “c”, del Código Procesal Penal Federal prevé como una pauta válida para ponderar el peligro de fuga que fundamenta la imposición de una medida restrictiva de la libertad del imputado, su *comportamiento* durante el proceso. Como vemos, en otros momentos del procedimiento, la propia ley procesal autoriza la valoración del comportamiento del acusado para arribar a decisiones judiciales adversas a su persona. Si, por el contrario, la afirmación de que realizar inferencias adversas viola el derecho de defensa en juicio se apoya en que restringiría el derecho del acusado de abstenerse de declarar pues —en las palabras citadas de ROXIN— tornaría ilusorio ese derecho, lo que realmente se está diciendo es que ello equivale a una *coerción* del acusado. Pero ello no guarda ya relación directa con alguna faceta del derecho de defensa en juicio, sino que remite nuevamente a la cuestión de si valorar el silencio del acusado es violatorio de la garantía contra la autoincriminación forzada, para lo cual valen las consideraciones expuestas más arriba.

IV. CONCLUSIONES

Lo desarrollado hasta aquí me permite afirmar la hipótesis planteada al comienzo del trabajo de que, en determinados contextos probatorios, el hecho de que la persona acusada decida guardar silencio en juicio posee valor probatorio y que, a su vez, no es posible sostener que la prohibición de realizar inferencias adversas de su silencio se encuentre justificado en la garantía contra la autoincriminación forzada, el principio de inocencia o el derecho de defensa en juicio.

Como vimos, los argumentos a favor y en contra de otorgarle valor probatorio al silencio del acusado versan sobre un interrogante central: la validez de la

generalización detrás de la inferencia de culpabilidad a partir del silencio de la persona acusada en juicio.

La tesis que subyace a la posibilidad de realizar este tipo de inferencia adversa es una suposición sobre el comportamiento humano de que la persona acusada de un delito actuará por un *impulso de autoconservación*: cuanto más fuertes sean las pruebas de cargo, más grave será la amenaza percibida de ser condenada y, consecuentemente, más probable será que el acusado inocente decida declarar. Por ello, es esperable que un acusado inocente declare para persuadir al decisor sobre su inocencia y que, por el contrario, el acusado culpable guarde silencio para no exponerse a ser interrogado o a que su declaración sea desmentida.

Como vimos, esta suposición lleva necesariamente a sostener que el valor del silencio de la persona acusada dependerá del contexto probatorio de cada investigación penal. Para llevar adelante una valoración epistémicamente racional del silencio del acusado en juicio es imprescindible que la acusación haya reunido un conjunto de pruebas lo suficientemente robusto como para que el acusado perciba el riesgo o la amenaza de ser condenado. Esto dependerá de distintos factores como la naturaleza de la cuestión, el peso de las pruebas aportadas por la acusación al respecto y de la medida en la que el acusado debería, por la naturaleza de las cosas, ser capaz de dar su propia versión de los hechos. Sobre esto último, hemos visto que en aquellos casos en los cuales el contexto probatorio permita presumir que la persona acusada posee cierto conocimiento especial sobre los hechos que ninguna otra persona tiene, ese conocimiento tornará especialmente esperable que declare sobre lo sucedido en lugar de guardar silencio y, debido a ello, el valor probatorio de su silencio tendrá un importe epistémico especialmente relevante.

La principal crítica epistémica que se le dirige a la permisión de valorar el silencio de la persona acusada en juicio es que pueden existir motivos compatibles con la inocencia de la persona acusada para que esta haya decidido guardar silencio. Luego de analizar varias de las “razones inocentes” que suelen plantearse, concluí que la posible existencia de una explicación compatible con la inocencia del imputado no es suficiente para anular el valor epistémico del silencio. Esto se debe a que mientras que la culpabilidad de la persona acusada sea una mejor explicación

para esa evidencia que su inocencia, ese elemento de prueba podrá ser valorado en su contra. No obstante, reparé en la importancia de que tanto jueces como jurados consideren las posibles razones inocentes por las que una persona acusada ha decidido guardar silencio en el caso en concreto, las cuales tendrán el efecto de debilitar la inferencia adversa e incluso destruir su valor probatorio si aquella explicación resulta más plausible que la que indica que calló porque es culpable. En síntesis, planteé que la existencia de casos particulares en los cuales una generalización no se cumple, no implica que debamos abstenernos de utilizar este tipo de generalización en todos los casos.

Por otro lado, analicé los argumentos de índole consecuencialista de un grupo de autores que, a pesar de reconocer que el silencio de la persona acusada posee valor probatorio, consideran que resulta más beneficioso prescindir de él en el proceso penal para mejorar la calidad de las pruebas y promover la eficacia de la adjudicación de responsabilidad penal. Como vimos, la primera crítica plantea que, si el derecho al silencio no estuviera disponible, los acusados culpables tendrían un mayor incentivo para declarar y mentir, la plausibilidad de las explicaciones dadas por los acusados inocentes se reduciría y, por lo tanto, estos últimos verían incrementado el riesgo de ser condenados erróneamente. La segunda, apunta a una aparente paradoja: un régimen procesal estricto en el que no se permitan inferencias adversas del silencio del acusado podría estar descartando prueba relevante, aunque, por otro lado, en un régimen permisivo, la propia disponibilidad de la inferencia tendería a disminuir su valor probatorio. En este punto, planteé una serie de críticas a las premisas en las que se sostienen estos argumentos, lo que me llevó a concluir que no son lo suficientemente sólidos para afirmar la conveniencia de prescindir de la valoración del silencio en la etapa de juicio.

Luego de esta primera parte del trabajo, pude concluir que la decisión de incluir en los sistemas procesales una prohibición de valorar el silencio de la persona acusada en juicio luce, en principio, sospechosa desde un punto de vista puramente epistemológico.

En una segunda parte, una vez superado el análisis epistemológico, me enfoqué en el estudio de las principales justificaciones constitucionales y convencionales que

se han dado, principalmente en la doctrina argentina, para defender la prohibición procesal de emplear inferencias adversas del silencio de la persona acusada. Así, me detuve en los argumentos que afirman que valorar el silencio del acusado constituiría una violación de la garantía contra la autoincriminación forzada, del principio de inocencia y/o del derecho de defensa en juicio, y presenté una serie de contraargumentos que buscan demostrar que las alegadas afectaciones a esos derechos fundamentales no resultan para nada evidentes y que, si se profundiza en el asunto, muchas de ellas no se sostienen.

En el caso de la alegada violación de la garantía contra la autoincriminación forzada, mostré que una correcta comprensión del origen histórico de la garantía debe llevar a concluir que aquella no abarca una protección contra la posibilidad de realizar inferencias adversas del silencio del acusado. Ello en tanto a la luz del fundamento histórico del derecho a no declarar contra sí mismo, prohibir las inferencias adversas del silencio de la persona acusada implicaría una ampliación excesiva de lo que busca evitar este principio que es, en definitiva, que el acusado sea obligado, bajo pena de sufrimientos físicos o sanciones penales, a declarar; en definitiva, consideré que la decisión de no prestar testimonio, a pesar de que podría tener ciertas consecuencias desfavorables para el acusado, sigue estando en su poder. Así, sostuve que el hecho de reconocer que la permisión procesal de valorar el silencio del acusado representa un costo al uso del derecho de no ser obligado a declarar contra uno mismo no debería clausurar la discusión sobre su permisibilidad, en tanto el hecho de que el Estado deba respetar los derechos reconocidos a los ciudadanos no implica necesariamente que esté obligado a garantizar que ellos ejerciten esos derechos sin ningún tipo de costo.

Con respecto a la presunta afectación del principio de inocencia, señalé que el problema radica en realidad en una malinterpretación del contenido de la regla del *onus probandi*. El argumento de que permitir que se realicen inferencias adversas del silencio del acusado disminuye la carga de la fiscalía de probar la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable reposa en una falacia, ya que se confunde el estándar normativo de suficiencia probatoria para arribar a una condena, con el tipo de prueba capaz de cumplir con ese estándar. De esta manera,

en aquellos casos en los que el silencio tenga valor probatorio, aquél podría ser utilizado por la fiscalía para contribuir a alcanzar la carga de la prueba, sin que se diluya en modo alguno el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, ni que se invierta el *onus probandi*.

Por último, cuestioné la afirmación categórica de que ni del silencio del imputado ni de su negativa a declarar pueden extraerse argumentos en contra del acusado, ya que ello equivaldría a fundar resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa. Sobre este punto, indagué si el derecho de defensa en juicio realmente ampara al acusado de que su comportamiento durante el proceso sea valorado como un elemento de prueba para arribar a una decisión jurídica que le resulte adversa. Concluí en que algunas cláusulas de los códigos procesales penales parecerían responder de forma negativa a este interrogante, debido a que la propia ley procesal autoriza la valoración del comportamiento del acusado para arribar a decisiones judiciales adversas a su persona.

Cabe hacer una última aclaración. Los resultados de este trabajo no implican concluir categóricamente sobre la necesidad de excluir de nuestros ordenamientos jurídicos toda prohibición de la valoración del silencio de la persona acusada. La decisión de incluirlas en un sistema procesal penal responde también a otros factores que no fueron analizados en este trabajo y que se corresponden con las diferentes formas de entender el propósito y la naturaleza del proceso penal (HO, 2020: 214). Asimismo, criterios de prudencia podrían tornar necesaria la inclusión o mantenimiento de esta cláusula en un sistema procesal, debido a las demás cláusulas o prácticas procesales que conforman un ordenamiento jurídico. En todo caso, la afirmación de la hipótesis planteada resultar útil para poner dos asuntos sobre la mesa. Por un lado, que el análisis de este tipo de regulaciones procesales exige un estudio de múltiples argumentos, tanto jurídicos como epistemológicos. Por el otro, que recurrir a la mera invocación de derechos fundamentales —que, como vimos, en general se encuentran regulados con un lenguaje indeterminado, que permite llegar a distintas soluciones legítimas en el plano infraconstitucional— para rechazar categóricamente el empleo de inferencias adversas del silencio del acusado en juicio,

Maestría en Derecho Penal. Universidad Torcuato Di Tella
Alumna: Rocío Evelyn Buosi
DNI: 37.963.659

no resulta enriquecedor para problematizar esta regla que aplicamos día a día en nuestros procedimientos judiciales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, C. J. W. (1996). *Sourcebook on Evidence*. Londres: Cavendish Publishing Limited.
- ALLEN, R. J. & PARDO, M. S. (2019). Relative Plausibility and its critics. *The International Journal of Evidence & Proof*, 23 (1-2), 5-59.
- ANDERSON, T.; SCHUM, D. & TWINING, W. (2015). *Análisis de la prueba*. Traducción de F. Carbonell y C. Agüero. Madrid: Marcial Pons.
- AYER, D. B. (1980). The Fifth Amendment and the Inference of Guilt from Silence: *Griffin v. California* After Fifteen Years. *Michigan Law Review*, 78 (6), 841-871.
- BACIGALUPO, E. (2005). *El debido proceso legal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BENTHAM, J. (1825). *A Treatise on Judicial Evidence*. Londres: Messers, Baldwin, Cradock and Joy, Paternoster-Row.
- BINDER, A. (1999). *Introducción al Derecho Procesal Penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- BUTELER, P. (1967). El derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo. En P.J. BERTOLINO (dir.), *Summa Procesal Penal. Tomo I*. (pp. 89-101). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CAFFERATA NORES, J. I. (2000). *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Buenos Aires: CELS/Editores del Puerto.
- (1998). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma.
- CARRIÓ, A. D. (2015). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- CHALMERS, A. (2005). *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* (3ª ed.). Traducción de J.A. Padilla. Buenos Aires: Siglo XXI.
- CLARIÁ OLMEDO, J. A. (1998a). *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- (1998b). *Derecho Procesal Penal. Tomo II*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Maestría en Derecho Penal. Universidad Torcuato Di Tella
Alumna: Rocío Evelyn Buosi
DNI: 37.963.659

- CROSS, A. R. N. (1970). The Right to Silence and the Presumption of Innocence. Sacred Cows or Safeguards of Liberty. *Journal of the Society of Public Teachers of Law (New Series)*, 11 (2), 67-75.
- DARAY, R. R. (2020). *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo 1* (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- DEI VECCHI, D. (2020). Admisión y excusión de pruebas: índice para una discusión. En P. ROVATTI & A. LIMARDO (dirs.), *Pensar la Prueba*, n° 1 (pp. 27-54). Buenos Aires: Editores del Sur.
- DOLINKO, D. (1985). Is There a Rationale for the Privilege against Self-Incrimination? *UCLA Law Review*, 33 (4), 1063-1148.
- DEPARTMENT OF JUSTICE OFFICE OF LEGAL POLICY (1989). Adverse Inferences from Silence. *University of Michigan Journal of Law Reform*, 22 (3-4), 1006-1121.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2010). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- GEORGETOWN LAW JOURNAL ASSOCIATION (2003). *The Thirty-Second Annual Review of Criminal Procedure*. Washington DC: Georgetown University Law Center.
- GONZÁLEZ LAGIER, D. (2005). *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.
- GRAY, A. (2013). The Right to Silence: Using American and European Law to Protect a Fundamental Right. *New Criminal Law Review*, 16 (4), 527-567.
- GREENWALT, R. K. (1981). Silence as a Moral and Constitutional Right. *William & Mary Law Review*, 23 (1), 15-71.
- HAMER, D. (2004a). The privilege of silence and the persistent risk of self-incrimination: Part I. *Criminal Law Journal*, 28, 160-178.
- (2004b). The privilege of silence and the persistent risk of self-incrimination: Part II. *Criminal Law Journal*, 28, 200-216.
- HERNÁNDEZ LEHMANN, V. (2020). El Juramento y su valor en el proceso judicial. En P. ROVATTI & A. LIMARDO (dirs.), *Pensar la Prueba*, n° 1 (pp. 55-96). Buenos Aires: Editores del Sur.
- HO, H. L. (2010). *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press.

Maestría en Derecho Penal. Universidad Torcuato Di Tella
Alumna: Rocío Evelyn Buosi
DNI: 37.963.659

- (2020). El silencio como prueba. En J. FERRER BELTRÁN & C. VÁZQUEZ (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 189-218). Marcial Pons: Madrid.
- JACKSON, J. (1993). Inferences from Silence: From Common Law to Common Sense. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 44 (2), 103-112.
- LARSEN, P. (2020). El uso problemático de los derechos fundamentales en algunas discusiones sobre derecho probatorio. En P. ROVATTI & A. LIMARDO (dirs.), *Pensar la prueba*, n° 1 (pp. 97-118). Buenos Aires: Editores del Sur.
- LAUDAN, L. (2013). *Verdad, Error y Proceso Penal*. Traducción de C. Vázquez y E. Aguilera. Madrid: Marcial Pons.
- LIMARDO, A. (2021). Repensando las máximas de la experiencia. *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, 2, 115-153.
- MAIER, J. B.J. (2004). *Derecho Procesal Penal. Tomo I* (2º ed.). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- MILTON PERALTA, J. (2017). *Nemo Tenetur* y derecho procesal penal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse. En K. AMBOS, E. MALARINO & D. PASTOR (dirs.), *Prevención e Imputación* (pp. 195-218). Buenos Aires: Hammurabi.
- NOONAN, J. T. (1955). Inferences from the Invocation of the Privilege against Self-Incrimination. *Virginia Law Review*, 41 (3), 311-342.
- PATTENDEN, R. (1998). Silence: Lord Taylor's legacy. *International Journal of Evidence & Proof*, 2 (3), 141-165.
- QUIRK, H. (2017). *The Rise and Fall of the Right of Silence*. Abingdon, Oxfordshire: Routledge.
- REDMAYNE, M. (2007). Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination. *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2), 209-232.
- (2008). English Warnings. *Cardozo Law Review*, 30 (3), 101-142.
- ROBERTS, P. & ZUCKERMAN, A. (2004). *Criminal Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Traducción de G. E. Córdoba y D. R. Pastor, revisada por J.B.J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Maestría en Derecho Penal. Universidad Torcuato Di Tella
Alumna: Rocío Evelyn Buosi
DNI: 37.963.659

- SAGÜÉS, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- SANCINETTI, M. A. (2000). *Análisis Crítico del Caso “Cabezas”. Tomo I*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- (2014). *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público (art. 268, 2, C.P.). Un tipo penal violatorio del Estado de derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SCHAUER, F. (2006). *Probabilities and stereotypes*. Cambridge, Massachusetts-Londres: The Belknap Press of Harvard University Press.
- SCHUM, D. A. (2001). *The Evidential Foundations of Probabilistic Reasoning*. Illinois: Northwestern University Press.
- SUCAR, G. (2012). Los fundamentos jurídicos del derecho al silencio. Thomson Reuters. Cita online: TR LA LEY AR/DOC/8753/2012.
- SEIDMANN, D. J. & STEIN, A. (2000). The Right to Silence Helps the Innocent: A Game-Theoretic Analysis of the Fifth Amendment Privilege. *Harvard Law Review*, 114 (2), 430-510.
- TARUFFO, M. (2008). *La prueba*. Traducción de L. Manríquez y J. Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons.
- (2020). Las inferencias en las decisiones judiciales sobre los hechos. En J. FERRER BELTRÁN J. & C. VÁZQUEZ (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 177-188). Madrid: Marcial Pons.
- TRECHSEL, S. (2005). *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press.
- TUZET, G. (2020). Sobre la ostensión probatoria. En J. FERRER BELTRÁN & C. VÁZQUEZ (eds.), *El razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes tradiciones* (pp. 155-176). Madrid: Marcial Pons.