



UNIVERSIDAD TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

“El que calla no otorga.

Argumentos epistémicos y normativos en contra de la
valoración del silencio del acusado en el proceso penal”

Juan Cruz García

15X967

35.395.098

TUTOR: Mg. Diana Veleda

Firma tutor

FECHA DE PRESENTACIÓN (21 - 11 - 2023)

El que calla no otorga

**Argumentos epistémicos y normativos en contra de la valoración del silencio del
acusado en el proceso penal**

Juan Cruz García

garcia.juancr@gmail.com

[Universidad Torcuato Di Tella](#)

«Discutió con los hombres de cuyo fallo dependía su suerte y cometió la máxima torpeza de hacerlo con ingenio y con ironía. Lo sentenciaron a morir en la hoguera»

Jorge Luis Borges («Los teólogos»)

RESUMEN: Este trabajo analiza la forma en que el silencio de la persona acusada en un proceso penal puede influir en la decisión final. Comienzo mostrando aquellas posiciones que sostienen que en el silencio del imputado hay algo que valorar, dividiéndolas en dos posturas. La primera es la que sostiene al silencio como un elemento de prueba autónomo, del cual es posible extraerse una conclusión probatoria independiente. A este tipo de postura yo llamo «Plena Prueba». La segunda es aquella que afirma que si bien no puede ser valorada de manera aislada, sí funciona como un elemento de confirmación hacia otros elementos de prueba que no fueron negados por la defensa, llamando a esta postura como «Prueba de Inferencia Complementaria». Habiéndose mostrado las dos posturas que tornan posible la valoración del silencio del acusado, voy a intentar dar razones que demuestren que esto es erróneo, y que del silencio no puede extraerse ningún elemento valorativo. Para esto, voy a esbozar algunos

argumentos que demuestren la falta de sustento epistémico en la valoración del silencio, y el porqué es erróneo creer que es más factible que el acusado silencioso sea más culpable que aquel que habla. Luego, me centraré en los argumentos normativos, sosteniendo de que más allá de que creamos o no que en el silencio existe algún elemento a considerar sobre la culpabilidad del imputado, esto está prohibido por la Constitución Nacional. Llegando al final, intentaré brindar algunos ejemplos que hacen que efectivamente el silencio de la persona acusada ingrese de alguna manera en el proceso, predisponiendo a quienes tienen que juzgar a que se hagan eco de eso. Finalmente, terminaré el trabajo con unas breves conclusiones

PALABRAS CLAVE: Silencio – Proceso penal – autoincriminación – valoración.

ABSTRACT: This paper analyzes the way in which the silence of the accused person in a criminal process can influence the final decision. I begin by showing the positions that maintain that in the silence of the accused there is something to value, dividing them in two positions. The first is that which supports silence as an autonomous piece of evidence, from which it is possible to draw an independent probative conclusion. I call this type of position «Full Evidence». The second is the one that affirms that although it cannot be assessed in isolation, it does work as an element of confirmation towards other elements of proof that were not denied by the defense, calling this position «Complementary Inference Evidence». Having shown the two positions that make possible the evaluation of the silence of the accused, I will try to give reasons that demonstrate that this is wrong, and that no evaluative element can be extracted from silence. For this, I am going to outline some arguments that demonstrate the lack of epistemic support in the assessment of silence, and why it is wrong to believe that it is

more likely that the silent defendant is more guilty than the one who speaks. Then, I will focus on the normative arguments, arguing that regardless of whether we believe or not that in silence there is some element to consider about the guilt of the accused, this is prohibited by the National Constitution. Coming to the end, I will try to provide some examples that effectively make the silence of the accused enter in some way into the process, predisposing those who have to judge to echo that. Finally, I will finish the work with some brief conclusions.

KEYWORDS: Silence – Criminal proceeding - non-self-incrimination – Assessment.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA VALORACIÓN DEL SILENCIO. 2.1. LA PLENA PRUEBA. 2.2. LA PRUEBA DE INFERENCIA COMPLEMENTARIA.- 3. ARGUMENTOS CONTRA LA VALORACIÓN DEL SILENCIO. 3.1. “SU SILENCIO SOLO LO INCRIMINA MÁS Y MÁS”. CONTRA EL VALOR EPISTÉMICO DEL SILENCIO. 3.2. ARGUMENTOS NORMATIVOS. 3.2.A. *NEMO TENETUR* Y DERECHO DE DEFENSA. 3.2.B. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. 3.2.C. EXCURSUS SOBRE LA INTIMIDAD Y LA LESIVIDAD.- 4. ¿INGRESA EL SILENCIO?- 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Lograr que una hipótesis sea verdadera¹ y a la vez que la afirmación sobre su veracidad sea válida -es decir, que también se encuentre justificada-, es algo que ocurre bastante menos de lo que desearíamos, y la solución de este problema, quizás, le pertenezca a la epistemología jurídica. Sin embargo, parte de este problema proviene de las garantías constitucionales inherentes a las personas, que ponen ciertos límites infranqueables al poder estatal y la forma de investigación y, en cierta medida, obstaculizan la averiguación de la verdad. Nadie dudaría en afirmar que un respeto óptimo por estas garantías dificulta llegar a la verdad absoluta, y lograr así una sentencia justa² (LAUDAN, 2013, p. 28). Así, quienes llevan adelante las tareas de investigación, muchas veces se encuentran con ciertas trabas al momento de realizar alguna pesquisa -por respeto a las mentadas garantías-, debiendo dejar de lado algún tipo de elemento probatorio, que de lo contrario haría que en el caso tenga una probabilidad más alta de llegar a una verdad material³. Una de esas trabas proviene del reconocimiento del derecho al silencio o la prohibición contra la autoincriminación forzada.

Una aclaración, antes de continuar: en este trabajo trataré como sinónimos los términos «garantía de no ser obligado a declarar contra uno mismo», «derecho a la no

* Este trabajo está dedicado a mi mamá, quien es mi lectora más clara. A Magus, por empujarme a terminarlo. A Carlos Acosta y Nicolás Benincasa, por las oportunidades y las discusiones sobre este tema en los viajes que hicimos. Finalmente, a mi tutora Diana Veleda, por el tiempo y las sugerencias que solo hicieron que este trabajo mejore.

¹ En el trabajo, siempre que me refiera a la verdad, lo hago conforme la teoría de la *verdad como correspondencia*. De acuerdo con esta teoría «decir que un enunciado o una afirmación es verdadera quiere decir que aquello que tal afirmación describe ha ocurrido en la realidad... La verdad sería, de acuerdo con esta concepción, una relación de correspondencia o conformidad entre el lenguaje, de un lado, y los hechos o la realidad, de otro» (GONZÁLEZ LAGIER, 2022, p. 22).

² Llamo en este sentido «sentencia justa» a aquella que logra castigar siempre al culpable y absolver al inocente.

³ Esto es una consecuencia, a su vez, de la regla de exclusión probatoria, receptada ampliamente en nuestro sistema, al menos desde CSJN, *Fallos*: 46:36 («CHARLES HNOS.»). Para una discusión sobre los fundamentos y alcance de la regla, puede verse LIMARDO, 2021a

autoincriminación» o derecho al silencio, aunque en la práctica puedan ser tomados de manera distinta (CARBAJAL, 2020, pp. 16-17). Esto no es caprichoso, sino que lo hago así justamente porque la valoración del silencio, si es que puede hacerse, normalmente es en forma negativa, o por lo menos lo es en términos, por ejemplo, de que la persona acusada está intentando esconder algo.

El objetivo de este trabajo es examinar si es razonable epistémicamente como también desde una perspectiva normativa -constitucional e infraconstitucional- extraer inferencias adversas contra el silencio del imputado. Adelanto que, según mi opinión, esa posibilidad se encuentra generalmente vedada y sólo será posible y razonable hacerlo limitadamente y en circunstancias excepcionales, a las que me referiré específicamente.

Para lograr esto, en el capítulo 2 me centraré en las que, para mí, son las dos posturas que argumentan a favor de valorar el silencio, las que llamaré «Plena Prueba» (PP) y «Prueba de Inferencia Complementaria» (PIC). La primera postura es aquella que sostiene que el silencio es, en sí mismo, una prueba independiente y debe tenérsela en cuenta como un elemento más de la prueba a valorar. Tendría, por así decirlo, valor propio y está bien que quien juzga lo considere dentro del conjunto de pruebas al dictar sentencia. Este argumento presupone una especie de generalización según la cual quienes callan son más probablemente culpables respecto de aquellos que declaran. Desde esta perspectiva, la garantía del *nemo tenetur* está dirigida contra la autoincriminación forzada o la prohibición de compeler a alguien a que declare en un proceso en su contra, pero no impide considerar al silencio un elemento corroborativo de la culpabilidad. La segunda postura reconoce, en cambio, que en caso de que la persona calle durante el proceso, esta no puede ser una prueba independiente, pero sí debe otorgarles una suerte de plusvalía a aquellas pruebas presentadas en contra del acusado y que no fueron negadas o explicadas por el imputado. De esta manera, si la acusación presentase una prueba en contra del

acusado y éste no la negare, entonces aquella prueba adquiere más fuerza que la que tenía en primer lugar, y así con todas las pruebas que se presentaren y no fueran contradichas por la persona acusada. Terminaré este capítulo haciendo una aclaración sobre PIC. Esta es que, en determinados casos y siempre que la persona haya decidido participar activamente en el proceso mediante su declaración, no sería irrazonable otorgarle algún valor a ese silencio, pero se debe hacer de una manera restrictiva porque, como voy a argumentar más adelante, esto generalmente es incorrecto.

En el capítulo 3, intentaré enfocarme en aquellos argumentos que dotan de fuerza el tesis que quiero defender. Este es, que el ejercicio del derecho al silencio debe carecer de consecuencias adversas para el acusado, puesto que debe ser visto, en su mejor luz, como la imposibilidad de que el Estado ejerza una carga sobre la persona que persigue, poniéndola así en el dilema de que, si lo ejerce, le pueden acarrear efectos negativos. Para esto, primero voy a discutir con la primer postura presentada, esta es, la PP. Comenzaré mi argumentación intentando demostrar que no existen buenas razones epistémicas para defender que es más probable que quien calla sea culpable. Otorgarle valor al silencio sosteniendo que, al no declarar, la persona está ocultando su confesión o que quien calla lo hace porque sabe que es culpable, puede sonar intuitivo, pero es epistémicamente débil. Quiero sostener que cuando una persona ejerce ese silencio puede tener muchísimas razones para hacerlo, desde creencias internas hasta desconfianza en el sistema, entre otras, que no le otorgan más probabilidad a aquella que sostiene que quien calla es por ser culpable. Aparte de estas razones, quiero sostener que más allá de lo que consideremos respecto a que dice o no el silencio, lo cierto es que también existen razones normativas que impiden al juzgador valorarlo. El *nemo tenetur* es una garantía que impide extraer cualquier inferencia de su ejercicio, ya que de lo contrario se estaría poniendo al acusado en el dilema entre ejercer su derecho de guardar silencio y que esto traiga consecuencias

adversas, o colaborar en el procedimiento mediante su testimonio. Argumentaré también que esto también se encuentra prohibido por otros derechos reconocidos constitucionalmente, como el derecho a la intimidad.

En el capítulo 4 mostraré algunas normas de nuestros códigos procesales que hacen que efectivamente el silencio del acusado se haga notar en el proceso, y como eliminarlas sería una alternativa posible para evitar que, de alguna manera, quien juzga lo note, aunque sea de manera tan palmaria. Finalmente, cerraré la investigación con unas breves conclusiones.

2. LA VALORACIÓN DEL SILENCIO

Desde sus inicios, en nuestro país se realizó una interpretación del derecho a no autoincriminarse bastante amplia. Este derecho no sólo está asegurado por la protección del silencio del acusado, sino que también se encuentra amparado contra cualquier práctica que de alguna manera vulnere la autonomía del testimonio⁴. Desde la Asamblea de 1813, en Argentina se prohibió el uso de tormentos para la averiguación de la verdad, dejando de lado así prácticas propias del sistema inquisitivo⁵. Y, también desde sus inicios, la Corte Suprema de Justicia de la Nación descalificó aquellas «confesiones prestadas bajo la coacción moral que importa el juramento»⁶. Algunos tribunales argentinos han llegado bastante lejos, al afirmar que existe incluso un derecho de mentir -o al menos la imposibilidad de persecución por falso testimonio- para aquellos testigos que no dicen la verdad estando bajo juramento, porque de otra manera se autoincriminarían⁷.

Sin embargo, no siempre es sencillo notar si en efecto los tribunales han tenido en consideración el silencio del acusado a la hora de razonar sobre la prueba. Por ejemplo, en un sistema de juicios por jurados, que muchas veces no brinda las razones de su

⁴ El ser oído en un juicio penal se encuentra implícito dentro del derecho de defensa. Así, si «hay un derecho a ser oído, hay en primer lugar un derecho a declarar, que se ejerce de modo facultativo, y sobre cuyo ejercicio el imputado es quien tiene el señorío. Puesto que se trata de un derecho, ningún imputado tiene el deber de declarar respecto de la imputación... No se trata de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, sino más bien, de que ningún imputado puede ser obligado a declarar» (GARCÍA, 2018, p. 285).

⁵ «Mayo 21 de 1813 - La Asamblea General ordena la prohibición del detestable uso de los tormentos adoptados por una tirana legislación, para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes, en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo los instrumentos destinados a este efecto. -Juan Larrea (Presidente). - Hipólito Vieytes, Secretario.

⁶ CSJN-Fallos, 1:350; CSJN-Fallos, 281-177; CSJN-Fallos, 303:1938, entre otros.

⁷ «... a través de numerosos pronunciamientos dichos tribunales han entendido que: ... si de las preguntas formuladas en juicio puede derivar responsabilidad personal para el testigo, ha de entenderse que declara en causa propia y por lo tanto no le es exigible la verdad de los hechos sobre los que versa el interrogatorio» (CARRIÓ, 2015, p. 487, destacado del original). Esto no es así en otros sistemas, como por ejemplo el estadounidense, en el que el imputado puede optar por declarar o no, pero si decide hacerlo, debe hacerlo bajo juramento.

decisión, sino que simplemente se limita a dar un veredicto sobre la culpabilidad o no del acusado⁸, resulta muy difícil saber si las personas en su deliberación ponderaron la ausencia de la declaración del imputado o no. Pero sí importa el modo en que los jueces dan las instrucciones al jurado de cómo deben eventualmente valorar las pruebas con las que cuentan en el debate. Existen sistemas donde está expresamente regulado que en las indicaciones finales, los jueces puedan advertir a los miembros del jurado sobre la ausencia del testimonio del acusado y el valor que pueden darle. Por el contrario, existen otras regulaciones donde esto está prohibido. En cambio, en un sistema de jueces profesionales, como lo es en gran parte de Argentina aún, de los fundamentos a veces se podría desprender si valoraron el silencio o no.

Ahora bien, sin perjuicio del problema relacionado con la posibilidad de detectar si el silencio ha sido efectivamente valorado, mi objetivo es analizar los argumentos favorables a esa valoración. Quienes sostienen que el silencio debe valorarse utilizan, a mi modo de ver, dos tipos de argumentos diferentes que voy a llamar “Plena Prueba” (PP) y “Prueba de Inferencia Complementaria” (PIC).

La primera (PP) supone que no hay razones para que quien decide no pueda tomar esto como una prueba más ya que, por un lado, el acusado es normalmente la persona que tiene la información más relevante sobre los hechos, y por el otro, quien no decide defenderse y no ofrece una hipótesis contraria a la practicada por la acusación, entonces tiene que hacerse cargo de esta decisión y admitir que la falta de explicaciones puede tener valor propio.

⁸ Es interesante el detalle lingüístico aquí. En los procesos judiciales de Estados Unidos se les pide a los acusados que se declaren culpables o no culpables (“*guilty or non guilty*”). Esto es así porque de un proceso no surge la inocencia o la culpabilidad de las personas, sino su culpabilidad o no culpabilidad probatoria (LAUDAN, 2013, pp. 36-37).

La segunda (PIC) es aquella que sostiene que, si bien el silencio no puede tener valor propio, sí puede ser valorado en torno a otras pruebas que, a falta de una explicación, adquieren más peso. Esto se da, por ejemplo, cuando la fiscalía presenta una prueba que sitúa a la persona imputada en el lugar de los hechos, y la persona acusada no brinda razones sobre por qué estaba ahí. De esta manera, entonces, quienes apoyan esto sostendrían que esta prueba podría estar dotada de una plusvalía, pues de lo contrario la persona podría haber brindado razones de su presencia ahí o haberla negado.

2.1. LA PLENA PRUEBA

De la «Plena Prueba» (PP), uno de los abanderados es LARRY LAUDAN, en su análisis de lo que llama “el acusado silencioso”. LAUDAN (2013) reposa todo su argumento en que el único fin relevante en un proceso penal, debería ser la búsqueda de la verdad sin tener en cuenta otros objetivos que pueden ser de política criminal, pero que lo único que hacen es dificultar ese fin⁹. Así él, sabiamente, se pregunta si permitir que el acusado calle «¿favorece al interés de la búsqueda de la verdad?» y continúa preguntándose si, cuando estos silencios ocurren «¿se promueve la búsqueda de la verdad al instruir a los jurados para que no le otorguen significado a tales hechos?» (Laudan, 2013, p. 212)¹⁰.

⁹ Esto es lo que suele denominarse una concepción instrumental del juicio, es decir, una concepción del juicio como una herramienta que, aunque con limitaciones, está orientada centralmente a la averiguación de la verdad. Una crítica a la concepción instrumental puede verse en DUFF ET AL., s. f., pp. 55-87.

¹⁰ El argumento de LAUDAN es específico para el sistema del *Common Law* estadounidense. Sin embargo, es igualmente de utilidad para analizar el problema en los sistemas como el nuestro, que provienen de la tradición continental, ya que los textos constitucionales que contienen la cláusula son similares y el análisis que los tribunales han hecho sobre ella tampoco varía demasiado.

Este tipo de argumento tiene como premisa la importancia que reviste para la averiguación de la verdad el testimonio del acusado, y la necesidad de que los procesos cuenten con la mayor cantidad de acervo probatorio posible, sin que exista ningún tipo de limitación¹¹. Se fallaría así, sostiene LAUDAN, ya que de esta manera se puede presuponer que al permitir el silencio sean más las absoluciones falsas (2013, p. 213)¹².

Esta posición, es decir, aquella que sostiene que el silencio debe ser valorado como una prueba independiente más, encuentra su lógica en una determinada interpretación de la Quinta Enmienda a la Constitución Estadounidense. Se sostiene así, que los arquitectos de la Quinta Enmienda no buscaban una inmunidad total de la persona acusada cuando ejercía su derecho al silencio. De acuerdo con esta interpretación, la cláusula constitucional no es óbice para que las personas a cargo de la decisión tengan conocimiento sobre el silencio del acusado y lo valoren como ellos prefieran (Laudan, 2013, p. 302)¹³. De esta manera, el objetivo de la Quinta Enmienda «fue asegurar que los acusados no pudieran ser obligados a otorgar su testimonio *bajo juramento*» (LAUDAN, 2013, p. 303). Pero, y otra vez, nada dice de la lectura de este derecho a no autoincriminación respecto de que éste no tenga ningún tipo de consecuencia negativa¹⁴.

¹¹ Esta idea se deriva de un principio básico de racionalidad, según el cual se incrementan nuestras posibilidades de acierto cuanto mayor sea la cantidad de elementos de juicio a favor de nuestra afirmación. Puede encontrarse esta idea en los trabajos de Jeremy Bentham (1827) en *Rationale of Judicial Evidence*, 7 vols., editado por STUART MILL, J. Citado por la edición incluida en BENTHAM, 1838-43, vols. VI y VII.

¹² LAUDAN (2013, p. 209) cita a Bentham al principio del capítulo: «Si todos los delincuentes de todo tipo hubiesen pensado y elaborado un sistema con base en sus propios deseos, ¿no es esta regla [el derecho a permanecer en silencio] lo primero que hubiesen establecido para su propia seguridad?».

¹³ Esta interpretación está basada en la idea de que, cuando se adoptó el Bill of Rights, aún no era costumbre que los acusados fueran representados por un abogado defensor, por lo que si no declaraban era muy probable que fueran condenados, ya que no contaban con ningún tipo de defensa

¹⁴ LAUDAN (2013, p. 219) afirma así que «Nada hay en la Quinta Enmienda o en algún otro lugar de la Constitución sobre esta prohibición. (...) desde los primeros días de la República hasta mediados del siglo XX se acostumbraba que el jurado tuviera libertad de hacer cualquier inferencia del silencio de los acusados que les pareciera apropiada».

ALLEN afirma que la razón de ser la Quinta Enmienda en la actualidad son letra muerta. Para el autor, esta garantía protegía a las personas contra las torturas, y aunque eliminemos la cláusula que protege la autoincriminación, ningún tribunal del país admitiría una declaración hecha bajo tortura¹⁵. Sostiene además, que tampoco es posible nada parecido a interrogatorios secretos o juramentos autodestructivos como era el *ex officio*¹⁶ (1996, p. 14).

En países como Inglaterra (BERGER, 2000, pp. 246-247), SINGAPUR (Ho, 2020, p. 199)¹⁷ o FRANCIA (Tomlinson, 1983, p. 173)¹⁸ esto es la práctica tradicional. Allí es

¹⁵ Sin embargo, esto no es tan claro como parece. La discusión sobre el alcance del derecho a no autoincriminarse y hechos de extrema gravedad se encuentra constantemente en pleno debate. Así, se cuestiona «si la prohibición de la tortura, que se encuentra fundada en la dignidad humana, debe experimentar o no limitaciones en determinados grupos de casos» (GRECO, 2014, pp. 17-18). En un trabajo de ese libro titulado «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las “ticking time bombs”», Greco reflexiona sobre el debate que se da en Alemania tras el caso “METZLER-GÄFGEN-DASCHNER” y en Estados Unidos tras el atentado del 9/11, respecto a la posibilidad o no de aplicar tortura en casos donde el tiempo sea muy valioso para salvar la vida de personas bajo peligro inminente. Pero existen también casos regulados donde se aplican métodos de tortura específicos para lograr confesiones, por ejemplo, la privación de sueño. Así lo explica el doctor en neurociencia MATTHEW WALKER al escribir «Un informe en 2007 titulado: “Leave No Marks: Enhanced Interrogation Techniques and the Risk of Criminality” (Sin dejar huellas: técnicas de interrogatorio mejoradas y riesgo de delincuencia) ofrece una inquietante descripción de tales prácticas en la actualidad. El documento fue compilado por Physicians for Human Rights (Médicos por los Derechos Humanos), un grupo que tiene como objetivo acabar con la tortura humana. Tal como indica el título del informe, muchos de los modernos métodos de tortura están diseñados para no dejar evidencia de agresión física. La privación de sueño es el paradigma de este objetivo, y, mientras escribo este libro, todavía se utilizan para los interrogatorios en países como Birmania, Irán, Irak, Estados Unidos, Israel, Egipto, Libia, Pakistán, Arabia Saudita, Túnez y Turquía» (2020, p. 327). El uso de estas técnicas está reflejado en el excelente documental de Netflix llamado «The Confession Tapes» (2019).

¹⁶ El juramento «*ex officio*» (o también conocido como «*oath ex officio*») era un juramento que se utilizaba durante la época de la inquisición que se le tomaba a cualquier persona acusada de un procedimiento. Este interrogatorio era el primer acto del procedimiento, donde el Fiscal tenía la posibilidad de preguntarle a quien se encontraba sujeto a dicho proceso, cualquier tipo de preguntas con tal de extraer de sus dichos algún tipo de indicio -o confesión- que haga presumir la autoría del hecho investigado o la comisión de otro tipo de delito del cual hasta ese momento no se tenía conocimiento (BRAVO AGUILAR, 2000, p. 148)

¹⁷ La facultad de realizar inferencias sobre el silencio fue específicamente agregada por la Ley de Reforma del Código de Procedimiento Penal promulgada en 1976, que entró en vigor en 1977. La modificación e ingreso legal de estas inferencias sobre el silencio tuvieron su fundamento en dos puntos: i) un fundamento basado en disuasión, debido a que el aumento de penas no estaba funcionando y estas inferencias permitirían un incremento en la posibilidad de que, una vez capturados, sean condenados; y ii) de sentido común, porque prohibirlo solamente ayuda a los culpables y no a los inocentes (HO, 2020, pp. 199-200).

¹⁸ En Francia el acusado puede ejercer el derecho al silencio, o declarar sin necesidad de prestar juramento. Si bien no está legislado, es costumbre que en casos donde la persona confiesa, la pena sea

común que en los procesos penales se infiera como prueba independiente el uso del derecho a la no autoincriminación.

Por ejemplo, en Inglaterra se encuentra legislado desde 1994¹⁹, y es práctica tradicional que, en aquellos casos en donde el acusado no declaró, el Juez puede advertírsele al jurado de esta manera: «El acusado no ha declarado. Es su derecho. Pero como se le ha dicho a él, la ley dice que ustedes pueden hacer de su negativa las inferencias que consideren apropiadas. Negarse a testificar es un hecho que en sí mismo no puede probar la culpabilidad pero, dependiendo de las circunstancias, ustedes pueden considerar dicha negativa en su contra a la hora de decidir si él es culpable [Hay pruebas ante ustedes sobre la base de las cuales el abogado del acusado los invita a no reclamarle al acusado el no haber presentado pruebas ante usted, a saber... Si cree que debido a estas pruebas, no debe reclamar al acusado que no ha dado testimonio, no lo haga.] ... Hacer esto tampoco es obligatorio» (BERGER, 2000, p. 278)²⁰.

En una visión de comprensión más estrecha del derecho a guardar silencio se podría afirmar que lo que se busca proteger es al acusado contra cualquier coerción por parte del Estado, pero no lo protege de que los decisores del debate extraigan la inferencia que crean válida (REDMAYNE, 2007, p. 214)²¹. REDMAYNE sostiene que el privilegio contra la autoincriminación no tiene muy buenas razones para ser mantenido, teniendo en cuenta que hay otros momentos de la investigación en donde permitimos, sin cuestionarnos

menor. En contraparte, si la persona ejerce su derecho a no autoincriminarse, entonces la pena se eleva. Finalmente, aunque es poco usado este derecho, en caso de ser utilizado, eso «expone al acusado a cualquier inferencia que el tribunal decida extraer» (TOMLINSON, 1983, pp. 173-174).

¹⁹ Criminal Justice and Public Order Act 1994, Part III, art. 35.

²⁰ Según el autor, este es el modelo de instrucciones al jurado aprobado por la Junta de Estudios Judiciales (Judicial Studies Board).

²¹ El autor advierte que esta posibilidad es la que se sostuvo en el caso «MURRAY V. UNITED KINGDOM» (2001 del TEDH). Sin embargo, advierte a su vez que si se decide valorar, se debe hacer cuidadosamente, «especialmente cuando se utiliza un jurado como decisor» (2007, p. 214).

demasiado, que el Estado se valga de pruebas que en caso de negativa no nos resulta extraño realizar una inferencia negativa sobre esta decisión (2007, p. 217)²².

Este análisis del tratamiento que el asunto tiene en los sistemas del *common law* interesa para el caso argentino, aunque nuestro proceso penal se encuentre principalmente fundado en la tradición europeo-continental. No sólo nuestro sistema procesal viene siendo reformado con inspiración en institutos propios del derecho anglosajón, sino que, como ya adelanté (v. *supra* nota 10), nuestra cláusula constitucional no varía mucho del contenido de la enmienda estadounidense —al menos no en cuanto a la ausencia de una prohibición específica a la realización de inferencias adversas al silencio—, y nuestros tribunales han formulado argumentos parecidos a los mencionados en el párrafo anterior.

Véase, por ejemplo, la postura defendida por la CSJN en el caso “GONZÁLEZ BONORINO”²³. Allí, la Corte no hizo lugar al planteo defensivo que sostenía que se había vulnerado la garantía protegida en el art. 18 de la CN, cuando el juez, al dictar sentencia, tomó como prueba en su contra la negativa a declarar del acusado. En palabras de la Corte: «No 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»²⁴.

Un argumento final es que parecería que esta protección solo les interesaría a los culpables. De esta manera, para quien debe juzgar «es normal que se infiera del silencio

²² Puede ser el caso de negarnos a una extracción compulsiva de sangre, o negarnos a realizar una prueba de alcoholemia cuando estamos manejando o incluso después.

²³ CSJN-Fallos, 300:610 (1978).

²⁴ Sostiene correctamente CARRIÓ que, si lo que sostiene la Corte Suprema es cierto, entonces «parece imposible poder adjudicarle a ese principio rango constitucional» (2015, p. 487).

una señal de culpabilidad» (MILTON PERALTA, 2017, p. 204)²⁵. Además de esto, en varias ocasiones «*el mero hecho de no declarar resulta autoincriminante. Esto sucede, especialmente, en situaciones donde no existe una imputación formal... en las que el silencio puede traer como consecuencia que se sospeche del declarante*» (MILTON PERALTA, 2014, p. 412). En esta cita, el autor hace referencia a un uso de este tipo de inferencias del silencio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, que pueden sumarse a la ya mencionada en el párrafo anterior. En el caso “GARCÍA D’AURO”²⁶, la corte sostuvo que no era posible censurar las impresiones de la policía que detecta en el tono o en la actitud, algún tipo de sospecha de falsedad en la declaración, concluyendo que quien declara puede llegar a ser autor del delito en vez de víctima. Este tipo de intuiciones, para KLEINKNECHT, puede funcionar para crear algún tipo de regla basado en las máximas de la experiencia «de la que resultaría posible desprender consecuencias negativas del silencio resultaría... algo completamente lógico» (citado en CORREA ROBLES, 2018, p. 241)²⁷, pero en otros aspectos podría ser muy falible y más teniendo en cuenta las consecuencias que esto puede acarrear, como la condena a inocentes que simplemente siguieron, o el consejo de sus abogados defensores, o simplemente por miedo a quien debe interpretar sus declaraciones.

2.2. PRUEBA DE INFERENCIA COMPLEMENTARIA

²⁵ El autor advierte que la alternativa tampoco es atractiva. Obligar a la persona acusada a declarar es muy desproporcional con la «debilidad especial de algunos acusados frente al estrado», dejando de esta manera al inocente en peores condiciones.

²⁶ LL 1996-B-384.

²⁷ Las máximas de la experiencia o generalizaciones empíricas funcionan como garantía de nuestros argumentos probatorios. Por ejemplo, si el acusado calla (evidencia) y entendemos que, por ello, es más probablemente culpable (hipótesis), es porque consideramos que es válida una generalización empírica semejante a que “quien calla otorga”, o “quien guarda silencio es probablemente culpable”, o bien “quien es inocente declarará para defenderse”, etcétera. Sobre la función de las generalizaciones en el razonamiento probatorio puede verse GONZÁLEZ LAGIER, 2022, p. 18 y Limardo, 2021b.

El segundo argumento, que yo llamo «Prueba de Inferencia Complementaria» (PIC) es aquel que viene a afirmar que, si bien el silencio no puede ni debe ser valorado aisladamente, en ciertos contextos donde existe un cuadro probatorio fuerte y completo en favor de la hipótesis acusatoria, la falta de explicación a esa prueba refuerza la idea de veracidad sobre esa premisa. Esta idea no colisiona, como la anterior, con el fin del proceso y las políticas criminales que regulan la actividad probatoria, pero concuerda con que el silencio no puede ser gratuito. Esto se sostiene que es así, porque quien pudiendo desarrollar una explicación a una prueba en su contra, no lo hace, de alguna manera dota de más valor a esa prueba. Esta idea es sostenida por cierta jurisprudencia de Estados Unidos.

En el caso «ADAMSON V. CALIFORNIA»²⁸, el magistrado REED, quien fuera el redactor del voto mayoritario, defendió esta posibilidad. Allí, sostuvo que «parece muy normal que cuando un acusado tiene la oportunidad de negar o explicar los hechos y decide no hacerlo, la acusación deba poner de relieve la fuerza de la prueba comentando la falta de explicación o negación del acusado»²⁹ (LAUDAN, 2013, p. 220).

La Corte Europea de Derechos Humanos defendió esto en el caso «JOHN MURRAY V. UNITED KINGDOM»³⁰. Allí se transcribieron las instrucciones tanto de la policía como de los jueces respecto de las consecuencias que conlleva el ejercicio del uso del silencio. La policía de Inglaterra, al detener al sospechoso, le dijo: «No tiene que decir nada salvo que desee hacerlo, pero debo advertirle que si omitiera mencionar cualquier hecho en el que se basara su defensa ante el Tribunal, su omisión de aprovechar esta oportunidad de

²⁸ 332 US 46 (1947).

²⁹ En el mentado caso, el acusado se había negado a declarar invocando la Quinta Enmienda, por miedo a que, en el interrogatorio, el fiscal haga especial referencia a sus antecedentes penales.

³⁰ Caso número 41/1994/488/570.

mencionarlo **puede ser tratada como apoyo de cualquier evidencia relevante en su**

contra. Si desea decir algo, lo que usted diga puede ser usado como prueba»³¹ (el resaltado es propio). Nótese de antemano que, cuando la policía detiene al acusado, le advierte que el silencio va a ser usado contra él, y en la siguiente oración le advierte que si habla puede ser usado como prueba, omitiendo la consecuencia negativa. Es decir, el silencio siempre, en cualquier caso, opera en contra del imputado. En cambio, si habla, esta puede ser una prueba neutral, tanto a favor como en contra. De la misma manera, en el caso «CONDON V. UNITED KINGDOM»³² de la misma Corte se reconoció esta posibilidad. Allí se sostuvo, haciendo referencia al precedente MURRAY, que «un tribunal local que invoque el silencio de un acusado como elemento de cargo en su contra no podría basar una condena únicamente en eso pero no hay impedimento para que, en situaciones que claramente requieran una explicación de su parte, se lo tome en cuenta para corroborar la suficiencia de la prueba de cargo...».

También se puede sostener, como hace HO, que la «inferencia adversa de que *p* solo es permisible en la medida en que esté epistémicamente justificada, es decir, que según las circunstancias el silencio sea capaz de sustentar la proposición o creencia de que *p*». Igualmente, para que se pueda dar esto, sostiene que el silencio «debe ser de tal entidad que proporcione un fundamento suficiente... para formular una inferencia fáctica en contra del acusado que de algún modo sirva de apoyo a la conclusión general de que es culpable de lo que se le acusa» (2020, p. 193). Y es que esto parecería ser así. Si de las pruebas presentadas en el debate, no se da ninguna explicación, es posible sostener que la hipótesis contraria -la de la inocencia- va quedando socavada mediante el silencio del acusado. Parece que, de lo que se trataría en el caso de la (PIC) no es tanto de considerar

³¹ *Ibid.*, punto I.A.11.

³² Sentencia del 2 de agosto de 2000.

al silencio como directamente corroborativo de la culpabilidad, sino en admitir que, ante un cuadro probatorio fuerte y la ausencia de *hipótesis plausibles de inocencia*, entonces puede ser razonable decidirnos por la primera hipótesis, es decir, la de la acusación³³.

También a favor de esta postura (PIC), se ha tenido en cuenta que hay ciertas ocasiones donde el silencio si ingresa de una manera más tangente, en las que sería extremo no permitir que se hagan inferencias sobre él. Esto se da cuando la persona tiene ciertas cosas para decir sobre algunos hechos de la acusación, pero en caso de continuar declarando corre el riesgo de autoincriminarse de otra manera. Si la persona decide declarar, pero ante una pregunta determinada, en vez de mentir decide callar, aquí «un silencio repentino inevitablemente es “escuchado” y afecta la predisposición de los juzgadores»³⁴ (MILTON PERALTA, 2014, p. 413). Cuando existe una pregunta directa sobre una premisa que decide ser callada, entonces y solo entonces, prohibir que no se infiera nada sobre ese silencio parecería contraintuitivo.

³³ Según ALLEN Y PARDO, las inferencias que se realizan durante el juicio son abductivas e inferir cuál es la más probable de todas se debe hacer en base a la evidencia. Ante falta de explicación de otra hipótesis alternativa, es común deducir que aquella que es más robusta probatoriamente es más correcta (2019, pp. 20-21).

³⁴ El Tribunal Supremo Alemán, que tiene una “prohibición valorativa” del silencio como la tiene Argentina, permite tener en cuenta el silencio parcial como dato en contra del autor (MILTON PERALTA, 2014, p. 413, con cita a ROXIN, 2007).

3. ARGUMENTOS CONTRA LA VALORACIÓN DEL SILENCIO

En este capítulo voy a intentar demostrar que las posturas desarrolladas anteriormente no son correctas, sino que, tanto desde una postura epistémica sobre el silencio como el bloque constitucional que garantiza la prohibición de obligar a declarar contra uno mismo y el derecho a no autoincriminarse, no es posible valorar el silencio.

Entendiéndolo de esta manera, voy a desarrollar primero un argumento de orden epistémico, discutiendo la supuesta pureza empírica que habría en una generalización como la que sostiene que quien no dice algo es porque tiene algo para ocultar. Luego, desarrollaré un argumento normativo, a partir de la garantía del *nemo tenetur* y las implicancias que acarrear tener una garantía de este tipo. Creo que la garantía del art. 18 de la CN debe interpretarse no sólo como un derecho que se le otorga al imputado para no ser compelido a aportar información en un procedimiento contra él, sino que también es un freno jurisdiccional de no extraer ningún tipo de información del silencio ejercido. Finalmente, voy a intentar dar razones de fondo respecto de cómo afecta a los jueces o jurados el hecho de que efectivamente ingrese al proceso penal el silencio, y como esto debería evitarse modificando la normativa procesal vigente, teniendo en cuenta que tal cual está regulado en la actualidad, es una mala reglamentación de derechos y garantías reconocidos en nuestra CN.

3.1. “SU SILENCIO SOLO LO INCRIMINA MÁS Y MÁS”. CONTRA EL VALOR EPISTÉMICO DEL SILENCIO.

Quisiera comenzar con una pregunta. ¿Podemos imaginarnos una situación donde la persona a la que le estamos reprochando una acción -en cualquier ámbito, no solo en el judicial- y no nos brinda una respuesta, le tomemos esta actitud a su favor? Me atrevo a arriesgar que no, que siempre esperamos que la persona a la cual estamos cuestionándole

algún tipo de hecho, nos brinde alguna explicación, por más absurda que sea. Luego, una vez oída su explicación, decidiremos si logró convencernos o no y que de lo contrario, si se valora el silencio, se lo haga de manera negativa.

Creo que, con algunas aclaraciones, esto puede trasladarse a un proceso penal. Sobre todo discutiendo el argumento sostenido por LAUDAN mencionado más arriba, que la imposibilidad de valorar el silencio puede verse reflejado en más absoluciones materialmente falsas (2013, p. 213). Esto, porque un acusado que no colabora con la investigación deja de lado una prueba -tal vez la más importante del proceso-, privando al juzgador de un elemento esencial, como es su declaración, para una correcta decisión. Esta idea supone, como vimos, que esto derivaría en más absoluciones erróneas, dejando en libertad acusados que de haber cooperado, *ceteris paribus*, deberían haber sido condenados. El error de LAUDAN, a mi parecer, está en considerar que siempre, en cualquier caso, el acusado que ejerce su derecho al silencio lo hace para no autoincriminarse, o teniendo información que lo perjudicaría. Existen un número elevado de casos en donde las confesiones tan deseadas por los acusadores fueron falsas, o donde el silencio se dio por razones ajenas a la culpabilidad del acusado, que creo que resulta erróneo sostener esto³⁵. Otra vez, está basado en intuiciones de algún tipo de prejuicio existente en que los *acusados silenciosos* tienen algo que esconder y no cooperan con la investigación para poner algún tipo de obstáculo a la investigación.

Las persona acusada en un proceso judicial puede tener razones que no importan al juzgador para decidir no colaborar, como por ejemplo una desconfianza plena hacía el

³⁵ Según *Innocence Project*, de 245 casos en los que se revirtieron condenas erróneas, en 27 % de los casos había confesiones falsas. También, de la totalidad de los casos, en un 5 % se declararon culpables por delitos que no habían cometido, en acuerdos previos al juicio (ver <https://innocenceproject.org/exonerations-data/>, revisado por última vez el 20 de agosto de 2023).

sistema judicial, entre otros motivos. Y puede hacerlo, sin confesar estas cuestiones internas³⁶, y para que la operatividad del derecho sea plena debe hacerlo también tranquila de que no acarrea consecuencias su accionar, ya que «el inculpado no tiene el menor deber de pronunciarse sobre su hecho, esclarecerlo, “colaborar con la investigación”» (SANCINETTI, 2016a, p. 97).

Si el Estado decide valorar el silencio -como vimos que sucede en Inglaterra, Francia e incluso Singapur- entonces además podría estar entrometiéndose en cuestiones internas que nada tienen que ver con el proceso, y así perjudicando a la persona que puede estar ejerciendo ese derecho por respetarse o por no traicionarse. SANCINETTI trae un ejemplo iluminador al respecto. Cita a FÉLIX LUNA en su libro “Soy Roca” (1989), y cuenta la historia del encuentro entre el expresidente y el gaucho Cabituna. El gaucho decía venir de Mendoza y llevarle un mensaje del gobernador Civit. Algunas de las personas que acompañaban a Roca, que también eran de Mendoza, comenzaron a acusar a Cabituna de mentiroso, y de que en realidad era un espía que provenía de un campamento enemigo, y sin mayor reflexión, ordenó que lo fusilen. Lo único que

³⁶ A modo de ejemplo, EMMANUEL CARRÈRE, en su genial crónica judicial sobre el juicio por los atentados en París, Francia, del 13 de noviembre de 2015, relata los momentos en que los acusados -y luego condenados- deciden acogerse a su derecho al silencio en el debate. Así, el primero es Osama Krayem, y dijo: «Nadie está aquí para intentar comprender y no creo que expresarme acerca de lo que se me reprocha cambie en absoluto la decisión del tribunal. He tomado la decisión de guardar silencio hasta el fin de los debates» (2022, p. 132). En esta misma crónica, el autor cuenta sobre el silencio de otro acusado que había sido condenado previamente en otro juicio, Mohamed Bakkali donde, de la siguiente manera, explicó por qué no va a responder: «Ya me han juzgado. Respeté las reglas del juego y no ha cambiado nada. Me condenaron sin ninguna prueba por algo que no he hecho. Sé que, diga lo que diga, mi palabra no tiene valor, conque ya no tengo fuerzas para luchar ni explicarme. Por eso me acojo a mi derecho al silencio”. Silencio general. El presidente acusa el golpe. Como nosotros, piensa que el juicio se desmorona. Se dice que, después de Krayem, las fichas de dominó corren el riesgo de derrumbarse unas sobre otras y que cada vez será más difícil decir que no importa, *the show must go on*. Intenta ablandar al rebelde. “Está en su más estricto derecho (cosa indudable). Pero usted sabe que eso puede serle desfavorable”. “Todo me es desfavorable. Haga lo que haga”. “Sí, pero bueno, ha recurrido. Las absoluciones tras un recurso... existen”. La tentativa es lastimosa, Bakkali ni siquiera exagera la ironía: “¿En un caso de terrorismo tan grave?”» (2022, p. 138).

murmuró el gaucho antes de que lo ejecuten fue «matan a un inocente». Roca y su ejército continuaron su marcha:

«“A mí me persiguió el recuerdo a lo largo de los siguientes días, a pesar de las cosas importantes que sucedieron en su transcurso. Cuando llegué a Mendoza, lo primero que hice fue preguntarle a Civit si me había mandado un chasqui: en ese momento hubiera dado cualquier cosa por escuchar una respuesta negativa. Pero el gobernador me dijo que sí; que había enviado un mensaje con un hombre de su confianza llamado Cabituna. Se me ennegreció el alma. El oficio del soldado impone limitar al mínimo los remordimientos, pero al oír esas palabras sentí un ácido desprecio por mí mismo: es lo más cercano al remordimiento que he sentido en toda mi vida... Hice buscar a la viuda, la entregué dos mil pesos de la Caja del ejército, balbuceé mis condolencias y disculpas sabiendo que nada remediaba.

“Y me hice el firme propósito -que he cumplido- de no firmar jamás una pena de muerte. ¡Cabituna!» (2016a, pp. 95-96).

Esto que trae Sancinetti, si bien es ficción, sirve para ilustrar el punto que quiero sostener. No siempre -y creo que con eso ya es suficiente- los motivos por los cuales una persona no colabora en el proceso tiene que ver con la participación de dicha persona en los hechos investigados. Como esta razón, que según FÉLIX LUNA en boca de JULIO ARGENTINO ROCA, es de pura dignidad, existen tantas razones como personas sentadas en el banquillo de los acusados.

Uno podría sostener que, igualmente, sería lógico que un acusado ante la situación de tener mucha prueba en su contra o viniéndose -como en el ejemplo de Cabituna- el fin

del proceso con un resultado catastrófico, una persona inocente haría todo lo posible por demostrar su inocencia, y que en cambio, la persona culpable es la única que no podría decir nada que cambie su destino. Un razonamiento así se pudo ver en la causa n° 8398, caratulada «CARRERA, FERNANDO ARIEL S/ RECURSO DE CASACIÓN»³⁷, de fecha 12/08/2013. Allí, en el considerando 12 del voto de la jueza LILIANA CATUCCI, afirma: «Sin tomarse como prueba en contra su negativa a declarar, pese a ser un acto de defensa, *lo cierto es que ese silencio no deja de llamar la atención, máxime frente al trágico suceso que se le enrostraba*. No pudo deberse a su deteriorado estado de salud, *porque la voluntad de hablar para defenderse es ingénita al ser humano*. En efecto por experiencia se conocen situaciones, en las que aún con un mínimo de vida, *el inocente cuenta lo sucedido*»³⁸ (la bastardilla me pertenece). A favor de mi postura, en la causa finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con los votos de los ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz absolvió a Fernando Carrera el 25 de octubre de 2016³⁹.

Creo que sostener esta *generalización* según la cual “quien calla otorga” es erróneo por dos motivos. El primero, es que no hay apoyo empírico para la generalización, por lo cual no puede considerársela como claramente válida⁴⁰, y aunque se la considerare una generalización de sentido común, esto tampoco es claro porque, como adelanté y

³⁷ Esta causa fue conocida mediáticamente como “La masacre de Pompeya”, y fue el primer caso en donde participó *Innocence Project* en Argentina.

³⁸ Esta última frase llama la atención, porque, como bien sostiene CARBAJAL, «el inocente cuenta lo sucedido» es la contraparte de el culpable que calla (2020, p. 155).

³⁹ Si bien la condena terminó siendo revocada por la Corte sobre la base de que acervo probatorio era insuficiente para tener por probada la culpabilidad, sirve como ejemplo de un caso concreto donde la persona imputada del delito era inocente y sin embargo decidió guardar silencio durante todo el proceso.

⁴⁰ Igualmente, y como sostiene SCHAUER puede haber casos en donde la existencia de alguna excepción a la generalización sea razonable usarla, dividiéndolas en «generalizaciones malas y buenas» (2006, pp. 7-19). Para el autor «la existencia de casos particulares en los que la generalización no se cumple rara vez nos hace abstenernos de usar la generalización, siempre que la generalización sea cierta para la mayoría de los casos» (2006, p. 9).

veremos también más adelante, existen muchas razones que podrían explicar el silencio de la persona acusada que sean distintas a su culpabilidad.

Además, decir que, en la mayoría de los casos, el *acusado silencioso* es culpable no es neutro y esto afecta a la distribución de errores que pretendemos en un juicio penal. Siempre se va a estar perjudicando a la parte que hace uso de su derecho, y no a otra. Con que haya algunos casos, aunque sean pocos, en donde existan *acusados silenciosos* inocentes, entonces la balanza de la distribución del error va a ser siempre perjudicial para la protección de la inocencia. Como bien sostiene SANCINETTI, esta lectura del silencio no tiene rigor científico. Afirma de esta manera que «el juez que se siente “experimentado” sólo acumula en su haber una cantidad de prejuicios sobre los significados del comportamiento no verbal que de ningún modo resisten un análisis científico en torno a si tales significados son realmente captables por él sin un grado de falibilidad muy alto» (2013, p. 14).

El segundo de los motivos es respecto a la abundante prueba en contra de una persona y el uso del silencio como inferencia adversa. Podríamos preguntarnos, ¿si el decisor tiene tanta prueba en contra de una persona, es necesario echar mano de una inferencia más para la condena? ¿No bastaría con toda la prueba para el estándar que se pretende en la condena? Esto podría ser un argumento en contra de la defensa más débil de la valoración del silencio como (PIC). Volveré más adelante sobre esto cuando trate el *principio de inocencia* en el punto 3.2.B.

Pero, más allá de que de si la conclusión negativa del silencio que pueda extraerse se realiza desde una perspectiva lógica, «la restricción a la valoración del silencio surge de una premisa normativa» (MILTON PERALTA, 2014, p. 410). De eso me encargaré en el próximo punto.

3.2. ARGUMENTOS NORMATIVOS.

Existen una batería de garantías constitucionales y derechos procesales que reglamentan estas garantías que hacen que la valoración del silencio también sea prohibitiva en términos normativos. Entre estas, quiero centrarme en el *nemo tenetur* -o garantía contra la autoincriminación-, y el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad y principio de lesividad reconocido en el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

3.2.A. NEMO TENETUR Y EL DERECHO DE DEFENSA

Quiero comenzar delimitando el alcance de la garantía. Como mencioné anteriormente, el *nemo tenetur* tiene varias acepciones, entre las cuales se encuentra aquella que dice “*nemo tenetur armare adversarium contra se*”, traducido como “*nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo*”. Entendido ampliamente, esto puede interpretarse como la imposibilidad de que el Estado exija que una persona aporte elementos probatorios en su proceso penal y esto es impermisible. En el proceso penal, el derecho a guardar silencio es uno de los derechos fundamentales del imputado, que así decide libremente si se convierte o no en fuente de prueba. Por tanto, su actitud procesal al respecto, en concreto la opción de no declarar, como dato, en términos probatorios, no debe contar, lo que significa que es igual a cero, y no se le puede atribuir ningún valor corroborador de cargo (ANDRÉS IBÁÑEZ, 2015, p. 363).

En concordancia, para Milton Peralta, la mejor explicación a que el derecho a la autoincriminación tenga jerarquía constitucional es porque resulta inmoral «exigirle al imputado que colabore en un proceso llevado en su contra» (2014, p. 407).

La participación del acusado en el juicio en su contra es, antes que una obligación, parte integrante de la defensa en juicio en términos generales⁴¹, y la declaración en términos más específicos. Respecto a la primera, la defensa en juicio -también reconocida en el art. 18 de la CN⁴²-, es un derecho que tienen las personas de ejercer cualquier acto de defensa ante una acusación estatal. Cuando el Estado activa su poder punitivo y selecciona a quien desea perseguir, entonces esa persona, por más indeseable que sea, puede elegir defenderse. Este derecho está tan fuertemente asentado que hasta nuestro sistema judicial -y la mayoría de los sistemas judiciales de occidente-, que en caso de no poder contar con una defensa por falta de recursos, prevé que el Estado -el mismo que lo acusa-, le brinde la posibilidad de contar con un abogado defensor. Sin embargo, este derecho parecería que no debe acarrear consecuencias negativas. Sería insólito que si una persona está en un juicio con su defensor, se llegue a la conclusión que si se está defendiendo es porque algo habrá hecho⁴³.

El ejercicio de este derecho, igualmente, no es obligatorio. Lo que sí está prohibido es negar su ejercicio, pero una vez reconocido, si la persona decide no defenderse, también puede hacerlo. La introducción del abogado defensor al proceso judicial fue una de las conquistas contra la inquisición⁴⁴. Y específicamente se garantizaba

⁴¹ Así lo entendió también el TEDH: «si bien la Convención Europea no contiene (a diferencia de la Convención Americana) una cláusula que expresamente reconozca el derecho contra la autoincriminación, se considera que el citado derecho se encuentra incorporado al concepto genérico de juicio justo del art. 6 de la Convención Europea (conf. caso "SAUNDERS", cit., parr.68)» (GULLCO, 2012).

⁴² "Artículo 18.- ... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos."

⁴³ «El supuesto explícito que rige el procedimiento penal es que la parte acusada es inocente. Fuerte y gloriosa es la oda que jueces y académicos entonan para glorificar tal principio. Sin embargo, los hechos y la práctica contradicen y desmienten este supuesto... El acusado en realidad no es tratado como si fuera inocente, y sería absurdo tratarlo como tal. El estado en que el acusado se encuentra es más bien dudoso, entre delincuente y no delincuente: si se le considerara inocente, entonces todo procedimiento en su contra debería suspenderse; de lo contrario, todo lo que ocurra en etapas sucesivas no es más que opresión e injusticia» (JEREMY BENTHAM citado en LAUDAN, 2013, p. 137).

⁴⁴ No fue sino hasta finales del Siglo XIX que llegó el abandono casi total de la inquisición, y se abandonó el secreto de las actuaciones durante todo el proceso. Se buscó la equiparación del acusado con el órgano de persecución, se definió como obligatoria la defensa técnica en juicio, y adquirió fuerza de ley el

para que si la persona no quería declarar o defenderse por sí misma, lo hiciera a través de esa persona.

En cuanto a la declaración, la Corte Suprema de la Nación Argentina se expidió por primera vez sobre el *nemo tenetur* en la causa «MENDOZA»⁴⁵. Allí, el abogado defensor sostuvo que citar a una persona acusada a absolver posiciones violaba la garantía, porque «la fundamentación de la regla de la constitución es “eminente filosófica y moral, y evita la inhumana alternativa de poner a un hombre en el caso de violar la religión del juramento o declarar contra sí mismo”». La Corte, sin embargo, resolvió que «la absolución de posiciones va en contra del derecho a no ser obligado a autoincriminarse, porque “haría la respuesta obligatoria; pues esto es lo que significa en derecho la palabra posición» (MILTON PERALTA, 2014, p. 407)⁴⁶.

En el caso «RODRÍGUEZ PAMÍAS»⁴⁷, la CSJN fue un poco más lejos. Allí, se resolvió una disputa entre dos tribunales sobre la posibilidad de que un Juez exhortado le tomara declaración testimonial bajo juramento al acusado con preguntas de cargo. El Juez exhortado se negó, en base a que de hacerlo se estaría en una clara violación al *nemo tenetur*. La Corte advirtió correctamente que de llevarse a cabo la diligencia, se estaría poniendo al imputado «ante el dilema de o bien mentir (o de ser sancionado por mentir) o bien autoincriminarse quien previamente ha sido obligado a hablar. Por ello, es más preciso hablar de *trilema* como de hecho lo hace la doctrina angloamericana» (MILTON PERALTA, 2014, p. 408)⁴⁸.

principio de inocencia y gracias a este último se comenzaron a limitar los medios de coerción procesal, valiendo solamente aquellos regulados por la ley (MAIER, 2016, p. 342).

⁴⁵ Fallos 1:350 (1863).

⁴⁶ «La razón del derecho es proteger al imputado de “tener que pronunciarse sobre la imputación que pesa sobre él; el imputado no puede ser obligado a declarar o a dar testimonio contra sí mismo, se depende de su voluntad, él es libre de declarar» (GABRIELA CÓRDOBA citada en MILTON PERALTA, 2014, p. 403).

⁴⁷ Fallos 227:63 (1953)

⁴⁸ El Trilema consistiría en: 1) callar y tener consecuencias negativas que se extraigan del silencio; 2) hablar y se perseguido por falso testimonio o; 3) hablar y autoincriminarse. Como mencioné *supra* nota 16,

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (BGH) argumenta en este sentido respecto del silencio total del imputado en un proceso penal⁴⁹. Sostiene que el silencio se encuentra excluido del ámbito de valoración de la prueba del juez. Como marca CORREA ROBLES, hay que «entender el derecho a guardar silencio como una manifestación concreta de la garantía de no autoincriminación –*nemo tenetur se ipsum accusare*–... Dicha garantía asegura al imputado la posibilidad de decidir, libre de toda presión, si y en qué medida desea intervenir en el proceso penal. En este sentido, el *nemo tenetur* protege al acusado de ser obligado a prestar declaración y de esta forma de contribuir activamente a la formación de convicción en su contra. El derecho de no autoincriminación corresponde en este sentido –de acuerdo al BVerfG– a una garantía de rango constitucional y esencial de un Estado de Derecho, fundada en el respeto por la dignidad humana. Su resguardo, manifestado paradigmáticamente en la imposibilidad de valorar el silencio, corresponde a un deber inexcusable por parte del Estado» (2018, p. 243).

En definitiva, es la garantía que protege a las personas contra la autoincriminación lo suficientemente amplia para entenderla también como una prohibición de valorar el silencio. Como mencioné anteriormente, su fundamento está basado en la inmoralidad que puede generar obligar a una persona a que participe de un proceso en su contra, y no

durante la inquisición, existió lo que se llamó «*Oath ex-officio*», el cual era un juramento de decir la verdad a cualquier persona acusada de un procedimiento. De esta manera se daba inicio al «Cruel Trilemma», en el cual se encontraba el imputado, pues se podían dar los siguientes supuestos: 1) el acusado se encontraba obligado a decir la verdad, de lo contrario cometía un pecado mortal o perjurio; 2) la negativa de participación o el silencio tenía como consecuencia el desacato, con sus respectivas sanciones (prisión preventiva extendida o que el silencio constituya una forma de admisión del hecho); y 3) si el acusado accedía a participar, lo hacía en total desconocimiento del hecho investigado (DURÁN MUÑOZ, 2020, pp. 59-60).

⁴⁹ En Alemania distinguen tres tipos de silencio: Total, temporal y parcial. El temporal, es cuando lo ejerce en algunas etapas del proceso, pero en otras no. Para la jurisprudencia y doctrina mayoritaria de Alemania, este silencio tampoco puede ser objeto de valoración. Por el contrario, el silencio parcial, que es aquel ejercido sobre determinados temas o solamente ante algunas preguntas específicas, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana sostuvieron que este sí es valorable (CORREA ROBLES, 2018, p. 239).

ponerla en el dilema de callar y que esto sea perjudicial u obligarla a declarar y que deba mentir o autoincriminarse. De esta manera, si entendemos que dentro del *nemo tenetur* se encuentra también la prohibición de declarar, entonces estamos frente a una garantía que respeta los derechos del acusado, evitando la inmoralidad de coaccionar a la persona a que de una manera u otra participe y sea objeto de prueba, cuando no quiere serlo.

3.2.B. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La aplicación del *nemo tenetur* en concordancia con el *principio de defensa en juicio* debe ser interpretada siempre en favor de quien puede reclamarla, es decir, quien sufre la carga de ser acusado. Esto, sumado a la *presunción de inocencia*, hace inconstitucional cualquier tipo de consecuencia que sufra una persona si decide no ejercer el segundo de estos derechos -defensa en juicio- porque así lo permite el primero -*nemo tenetur*- sin que se viole el último -*presunción de inocencia*-.

El *principio de inocencia -o presunción-* obliga al Estado a que se trate a cualquier sospechoso como si fuera un inocente, o al menos que no se lo trate como si fuera un culpable. Este Estado, entonces, mediante la acusación, tiene la carga de la prueba durante todo el proceso para intentar derribar ese estado de inocencia⁵⁰. Por otro lado, la persona acusada puede elegir defenderse como más crea conveniente. Primero, por el *nemo tenetur*, que no lo obliga a colaborar en el proceso, es decir, puede ser un sujeto activo o pasivo durante el juicio, y segundo, por el derecho de defensa que le asiste. Si elige ser un sujeto activo, declara, y se defiende, entonces quien acusa y luego quien juzga, puede usar tanto los elementos probatorios del primero como los del segundo para sopesarlos y

⁵⁰ El imputado no tiene el deber de probar nada, ya que goza de una situación jurídica que no debe ser construida, sino que debe ser destruida (Vélez Mariconde citado en García, 2018, p. 306). Para ver una postura en contra de esta carga de la prueba, ver Nieva Fenoll, 2022.

definir su veredicto⁵¹. Pero si un sujeto decide ser pasivo, donde *i*) se defiende pero no aporta prueba o al menos no declara, o *ii*) lo es porque decide no defenderse en absoluto y no presenta ningún tipo de defensa pensando que la acusación no va a poder demostrar su hipótesis -tal vez confiando demasiado en el *in dubio pro reo*-, entonces el órgano juzgador debe limitar la prueba, pues de lo contrario va en contra de todos estos principios.

Si ocurre *i*) entonces el veredicto debe estar basado solo en aquellas pruebas que presentó la acusación por un lado, y aquella prueba que presentó la defensa por el otro, pero no en el silencio porque no forma parte de los elementos a considerar. Pudo aportar otro tipo de prueba pero no su declaración. En cambio, si ocurre *ii*), entonces la decisión solo debe valorar aquella prueba presentada por la acusación y decidir si esa prueba es lo suficientemente fuerte como para decidir condenar al sospechoso, es decir, para derribar su estado de inocencia. Si se valora en este supuesto el silencio, entonces no existiría ningún supuesto donde la persona acusada pueda tener la decisión de no participar de un proceso, porque aunque no diga nada, estaría aportando algo a valorar y siempre será objeto de prueba.

Pero como mencione previamente en el punto 3.1, el argumento epistémico diría que sería lógico que ante una estrepitosa prueba a favor de la hipótesis acusatoria, entonces el *acusado silencioso* inocente, hablaría. Creo que esto no es así. Si hay tanta

⁵¹ Todo este trabajo que realiza el juzgador, lo hace también bajo el principio *in dubio pro reo*. Entonces, el trabajo no sería poner en la balanza todas las pruebas y ver para qué lado se inclina más, sino que debe alcanzar un nivel creencia alto para condenar, mientras que no se le exige que para absolver al acusado tenga el estándar, sino que solo tiene que estar convencido de que no hay elementos de prueba suficientes para condenar. Es distinto, según Jordi Ferrer Beltrán, la creencia con la aceptación. En el ámbito proceso penal, no importaría la creencia sobre la culpabilidad de una persona, sino que lo que vale es la aceptación sobre lo que se encuentra probado. El autor sostiene que «... la aceptación, a diferencia de la creencia, es dependiente del contexto... Si la aceptación juega su papel fundamental en el razonamiento práctico, no resulta en absoluto extraño que pueda cambiar lo que se acepta en función del contexto de decisión o para el que se decide». Y, citando a Cohen, reafirma que «el veredicto declara aquello que el jurado acepta, no aquello en lo que cree» (2005, pp. 91-92).

prueba en contra del acusado, y la hipótesis acusatoria este probada, entonces el decisor no tiene la necesidad de sumar al acervo probatorio ninguna inferencia que se extraiga del silencio de la persona acusada. Cuando el peso probatorio del conjunto de pruebas desarrolladas en el debate es tan denso, entonces realizar la generalización de que ahí es donde el *acusado silencioso* va a gritar su inocencia es reconocer que entonces la certeza no estaba completa. Si así lo hiciera, entonces se estaría violando el *principio de inocencia* y su corolario procesal, el *in dubio pro reo*, ya que el Juez admitiría que sin usar esa inferencia entonces la duda hasta ese momento previo a la sentencia existía⁵².

3.2.C. EXCURSUS SOBRE LA INTIMIDAD Y LA LESIVIDAD

Quiero hacer unas breves reflexiones sobre la tensión que puede darse entre la posibilidad de valorar el silencio del acusado y el ámbito privado y la intimidad de las personas protegido también por los arts. 18 y 19 de nuestra Constitución Nacional⁵³. En nuestro país, esta intimidad «ha sido reconocida como un bien jurídico digno de protección por el derecho positivo constitucional (art. 18, C.N.) como común o infraconstitucional (1071 bis Cód. Civil; C.P., arts. 150 y ss., Corps. 2 y 3, Tít. 5, Libro segundo, C.P.), de muy diferentes modos. En general su concepto ha sido definido por aquellos espacios o ámbitos que las personas, voluntariamente, sustraen o pretenden sustraer al conocimiento de los demás o del conocimiento de la generalidad» (Maier, 2012, p. 538).

⁵² Para SANCINETTI, «por incidencia de la moral cristiana, existe la difundida creencia de que el “confesar” las faltas propias sería un mérito moral, y el no hacerlo, una falta adicional. Pero esta visión vale para el campo de la moral privada» (2016b, p. 7).

⁵³ Ubico a la garantía a la intimidad en el art. 18 y a la garantía de la privacidad en el art. 19 de la CN, siguiendo a CARLOS NINO (1992, pp. 304, 317, 328-329). En igual sentido GARGARELLA, 2008. La Corte Suprema de Justicia de la Nación los utiliza, sin embargo, de manera indistinta («PONZETTI DE BALBÍN» Fallos 306:1892 [consid. 8°]; «DESSY» Fallos 318:1894 [consid. 7°]).

El *principio de lesividad*, en cambio, es un límite claro -tal vez el más relevante- al poder punitivo estatal. De este principio se deriva que «la imposición de penas sólo puede fundarse en hechos y no en aspectos de la personalidad» (BRACACCINI, 2016, p. 583)⁵⁴. Si entendemos que la valoración del silencio de quien lo ejerce va a ser siempre negativa, entonces se estaría extendiendo el daño punitivo a un aspecto de la personalidad, esto es, el ámbito de su privacidad, donde quiere dejar su palabra fuera del conocimiento de los tribunales.

En un debate, donde lo que se está discutiendo es efectivamente si se le va a aplicar castigo a una persona sospechada de un hecho ilícito, cualquier intromisión del Estado en la esfera de la privacidad, aunque sea otorgándole valor probatorio al ejercicio de un derecho -que por otro lado se trata justamente de una *acción privada* en los términos del art. 19 de la CN y en la omisión de colaboración con el proceso-, debe ser neutralizada. Razonarlo de otra manera sería admitir que una actitud que no consideramos negativa, como el derecho al silencio, podría serlo. Claro, no sería lesiva de un bien jurídico propiamente dicho, pero tendría consecuencias negativas en la investigación, funcionando como una suerte de extensión de la lesión investigada⁵⁵. No podría negarse, como vengo sosteniendo, que si se valora el silencio, se lo hace de manera negativa, y puede tener repercusiones en el proceso penal, como ser la prueba (PIC o PP) que hacía falta para decidir si se debía condenar.

⁵⁴ Como cita el autor, esto fue sostenido en el caso «GRAMAJO» de la CSJN (fallos 329:3680). allí, la Corte dijo que «sólo puede penarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas, posición que esta Corte no consiente, toda vez que lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos» Luego, fue ratificado en el caso «FERMÍN RAMÍREZ V. GUATEMALA» de la Corte IDH (20/6/2005).

⁵⁵ Como se vio en el punto 3.1, en Francia suele suceder que se valora positivamente a la persona que confiesa, mensurando su pena de una manera menos gravosa que si se niega a declarar.

El Estado no debería poder inferir ningún tipo de valor de una acción que en sí misma lo carece. No se puede permitir que quien deba valorar la prueba en un proceso introduzca como elemento probatorio algo que no sucedió en el juicio⁵⁶. La Corte Argentina ya previó esto hace mucho tiempo en el fallo «MONTENEGRO»⁵⁷. Allí, el Procurador General en su dictamen advierte que «si una persona es obligada a declarar contra sí, tal declaración debe considerarse inexistente y no podrá por lo tanto ser tenida en cuenta ni valorada acerca de la exactitud de los hechos». Aquí, con mucha sapiencia, el representante del Ministerio Público advierte que lo que no puede existir en el proceso no puede tampoco ser tenido en cuenta en la sentencia⁵⁸.

Permitir otorgarle valor al silencio del acusado en un proceso judicial significa permitir valorar decisiones que pertenecen al ámbito más privado de la persona y, extensivamente, sus pensamientos, que mientras no afecten a terceros se encuentran exentos de consecuencias negativas⁵⁹. En este sentido, la palabra del acusado puede ser tomada como prueba, siempre que la explicación que brinde sea plausible y este apoyada por elementos que puedan corroborarla, pero principalmente es un medio de defensa (Ferrajoli, 1995, p. 608; Sancinetti, 2000, p. 403).

⁵⁶ Siempre, y como aclare previamente, en los casos en que la persona acusada decidió no participar en ningún momento del proceso, por lo que el silencio no ingresaría en el juicio.

⁵⁷ 303:1938 (1981).

⁵⁸ Si bien la Corte luego en su sentencia no advierte esto explícitamente, sí advierte que los apremios ilegales sobre el imputado no pueden otorgarles validez a las manifestaciones, por consiguiente, esta no puede ser considerada. La Corte Suprema de Estados Unidos trató la necesidad de que el ingreso no sea considerado por el jurado. Así, el caso «*Griffin v. California*» (380 US 690 [1965]) fue el primero de varios casos que prohíben que la fiscalía de alguna manera haga referencia al silencio del acusado durante el debate en sus alegatos, argumentando que esto violaría la Quinta Enmienda. Luego vinieron dos casos importantes más. En «*Doyle v. Ohio*» (426 US 620 [1976]) donde se creó la que se conoce como la regla *Doyle*, que prohíbe a los jueces y a la acusación informar sobre si el acusado rehusó responder preguntas al momento de su detención. En «*Carter v. Kentucky*» (450 US 288 [1981]) también se estableció que si el defensor lo solicitaba, el Juez debía instruir específicamente al jurado para que no le diese significado alguno al silencio del acusado. En contra de esto, de una manera pesimista, HENDLER sostiene que «Por más categórica que sea la norma que indica lo contrario, o sea, que no deben sacarse consecuencias de que alguien haya guardado silencio frente a incriminaciones que le conciernen directamente, es sumamente difícil evitar la convicción que eso trae a la mente de quien debe juzgar» (2014, p. 226).

⁵⁹ Arts. 14 y 19 de la Constitución Nacional.

Maestría en Derecho Penal – Universidad Torcuato Di Tella
Alumno: Juan Cruz García
DNI: 35.395.098

4. ¿INGRESA EL SILENCIO?

Quiero ir terminando el trabajo con algunas consideraciones sobre si el silencio ingresa igualmente, este prohibido o no, entre los elementos que se valoran en el proceso. Como vine sosteniendo, creo que existen razones epistémicas y normativas para evitar considerar como un elemento probatorio el hecho de que una persona acusada decida no declarar. Sin embargo, en los códigos procesales argentinos existen ciertas normas que invitan a quien debe juzgar a tomar conciencia del silencio del acusado.

El principal problema que tienen los códigos procesales mixtos -como por ejemplo el nacional o el de la provincia de Buenos Aires, entre otros- es el llamado a indagatoria. El art. 294 del CPPN y el art. 308 del CPPBA establecen el llamado a declaración del imputado⁶⁰ cuando existiera un estado de sospecha. Si bien en la reglamentación procesal existe la facultad de abstención que reglamenta el derecho al silencio del art. 18 de la CN, el simple hecho de llamar al sospechoso para que brinde explicaciones o que diga expresamente que no las quiere brindar es un resquicio de la inquisición, ya que de esta manera entra el silencio del acusado en el proceso.

En las audiencias previstas para debatir la prueba que se va a llevar a cabo, normalmente se agregan estas actas que se realizan al momento de llamar a la persona a declarar. Es común encontrar entre la prueba a valorar esto, desde el procesamiento, hasta en la sentencia del juicio. Legislaciones como la de Estados Unidos⁶¹, o como la que se encuentra en el nuevo Código Procesal Penal Federal o los códigos de forma de Río Negro o Neuquén están hechas para que formalmente en el proceso la declaración del acusado

⁶⁰ También art. 306 del CPP de Córdoba. En contraposición de esto, los códigos procesales de Neuquén (art. 53), Río Negro (art. 44) o el nuevo CPPF (art. 70) entre otros, muestran un sano avance respecto de la declaración, al no llamar al imputado a dicho acto, pero estableciendo la libertad para que pueda declarar cuantas veces quiera durante el proceso.

⁶¹ Ver *supra* nota 56.

solo aparezca en caso de que éste quiera decir algo. Sin embargo, no existe una legislación que esté blindada al ingreso del silencio. Esto es claro en los casos que, como ya mencioné, es aceptada el acta en la que se negó a declarar como prueba, pero también cuando, al final del debate, se le pregunta al acusado, como si fuera una oportunidad, de decir unas últimas palabras⁶². ¿Puede quien juzga abstraerse de esto? Yo creo que no.

Pensemos el caso de un juicio por jurados regulado por el nuevo CPPF, en donde la persona acusada no declaró en ningún momento y el jurado siguió el debate atento, valorando toda la prueba que se iba desarrollando durante el juicio y tiene ciertas dudas acerca de la hipótesis acusadora, ya sea porque la defensa del imputado se dedicó a derribarla, o sea porque la prueba por sí sola no fue convincente. Supongamos también que el jurado no se cuestionó en ningún momento la nula participación del acusado en el proceso. Parecería, hasta aquí, que por el principio de *in dubio pro reo* el jurado va a absolver, pues como vimos, la prueba desarrollada no alcanzó al convencimiento que cada uno tiene para condenar a una persona. Pero, éste nuevo código, cuando regula el juicio, dice en su art. 302: «ARTÍCULO 302.- Discusión final: ... Por último, se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar y se convocará a las partes para comunicar la decisión jurisdiccional, señalando la hora de su lectura. El tribunal limitará razonablemente la duración de las últimas palabras de los imputados, a fin de evitar que se conviertan en nuevos alegatos». Este momento, a mi entender, es lo que en inglés se conoce como *game-changing*⁶³. Si hasta aquí quienes van a emitir el veredicto no se

⁶² Conforme art. 368, párrafo 6° del CPP Buenos Aires; art. 393, último párrafo del CPPN. Son paradigmáticos los casos de Neuquén y Río Negro donde, como mencione *supra* nota 28, no se lo cita a declarar y tiene libertad de hacerlo cuando quiera, pero sin embargo, por ejemplo en el art. 192, último párrafo del CPP de Neuquén prevé: «Finalmente, se preguntará al imputado si tiene algo más que manifestar y se declarará cerrado el juicio». En idéntico sentido el art. 187, último párrafo del CPP de Río Negro y el art. 302, párrafos anteúltimo y último del nuevo CPPF.

⁶³ La expresión suele ser utilizada para referirse a eventos que cambian totalmente el rumbo que se estaba llevando. Por ejemplo, un claro ejemplo de un *game-changing* fue el gol que metió Lionel Messi en el

habían percatado del silencio del acusado, esto ya no es posible. La única posibilidad de que el jurado se mantenga impertérrito en la decisión previa este ingreso del silencio del acusado es que la inocencia de la persona sea absolutamente palmaria, o la fiscalía haya hecho un trabajo pésimo para demostrar su hipótesis, hasta pudiendo haberse invertido la carga de la prueba. De lo contrario, creo que la balanza queda totalmente desbalanceada en perjuicio del acusado⁶⁴.

Se podría pensar en la posibilidad de que, para eliminar estas malas prácticas -donde podría valorarse el silencio de manera tacita, sin ser expresada-, las legislaciones procesales eliminen aquellos artículos que obligan a la persona acusada a manifestarse en determinados momentos del proceso y seguir como modelo el camino que fue erigiendo Estados Unidos a partir del caso *Griffin*⁶⁵. Derogar las últimas palabras o el llamado a indagatoria, estableciéndose en lugar de esto una posibilidad amplia de declarar -como de hecho existe en la legislación procesal en torno a la instrucción⁶⁶ o al debate⁶⁷- permite que aquella persona acusada decida en qué momento hablar de alguna manera, sin tener que negarse expresamente. De otro modo, quienes estén encargados de emitir un

segundo partido de la selección Argentina en el mundial Qatar 2022. Hasta ese gol, en el minuto 64, Argentina había perdido el primer partido y con un empate quedaba complicada la clasificación a la próxima fase del mundial. Ese gol, para muchos, es considerado como el momento en que Argentina levantó la cabeza y desde ahí, hizo todo el recorrido para ser la selección campeona del mundo, conquistando por tercera vez un mundial.

⁶⁴ También es pesimista en esto ORCE, cuando sostiene que «la pérdida de imparcialidad de un juez por alguna contaminación externa sobre el material del caso no puede solucionarse con reglas de no consideración normativa del material externo» (2012, p. 563). En el mismo sentido ROXIN, al afirmar que «las prohibiciones de valoración sólo ofrecen “una protección insuficiente”» (2008, p. 79).

⁶⁵

⁶⁶ Artículo 162 del CPPBA: «... La persona contra la cual se hubiera iniciado o esté por iniciarse una actuación prevencional o un proceso, podrá presentarse ante la autoridad o el Ministerio Público Fiscal competentes para declarar o dejar constancia de que se ha presentado espontáneamente y solicita ser convocado, si correspondiera, por medio de una citación...».

Artículo 279 del CPPN: «... La persona contra la cual se hubiera iniciado o esté por iniciarse un proceso, podrá presentarse ante el juez competente a fin de declarar...»

⁶⁷ Artículo 358 del CPPBA: «... En el curso del debate el imputado podrá efectuar todas las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa...».

Artículo 380 del CPPN: «... En el curso del debate el imputado podrá efectuar todas las declaraciones que considere oportunas, siempre que se refieran a su defensa...».

veredicto habrán escuchado de la boca del imputado su negativa a declarar o, como es el caso de las últimas palabras en el debate, se habrán percatado de una manera obvia de la nula participación del acusado en su propio juicio. Así funciona en Estados Unidos por ejemplo. Un año después de Griffin, la Corte Suprema de Estados Unidos dictó sentencia en el caso «MIRANDA V. ARIZONA»⁶⁸. Allí, estableció que la policía, al momento de detener a un sospechoso, debía leerle una serie de derechos, entre los que se encontraban el derecho a permanecer en silencio. Este acto, en el proceso judicial de Estados Unidos, es el último acto donde se interroga a la persona sobre su deseo de declarar o no. Luego, durante todo el proceso la persona puede declarar cuando quiere, pero no puede ser llamada a declarar por la acusación ni por el juez.

⁶⁸ 384 US 436 (1966). Las reglas Miranda (“Miranda rules”) establecen algo así: «Tiene el derecho a guardar silencio. Cualquier cosa que diga puede y será usada en su contra en un tribunal de justicia. Tiene el derecho de hablar con un abogado y que un abogado esté presente durante cualquier interrogatorio. Si no puede pagar un abogado, se le asignará uno pagado por el gobierno». La Corte luego fue aplicando algunas excepciones a esta obligación. En el caso «NEW YORK V. QUARLES» (467 US 649) decidió que en los casos de emergencia pública, la policía podía omitir dictar los derechos *Miranda*. Además, en 2010, se dictó el fallo «BERGHUIS VS. THOMPSON», en el cual la policía podía seguir interrogando al sospechoso en tanto y en cuanto éste no dijera expresamente que quería hacer uso de su derecho a guardar silencio. En Argentina hubo intentos de traer lo establecido en el caso Miranda, pero siempre la Corte decidió no llegar tan lejos. En casos como «FRANCOMANO, ALBERTO JOSÉ Y OTROS S/ INF. LEY 20.840» (1987) y «CABRAL AGUSTÍN S/ CONTRABANDO» (1992) se discutió el accionar policial al momento de la detención de una persona, y como la información suministrada debía o no ser utilizada. Los resultados fueron desesperanzadores. Para un análisis más completo de estos casos ver a ALEJANDRO CARRIÓ (1988) y (1993).

5. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo intente demostrar que aquellas posturas que sostienen que del silencio puede inferirse algo son incorrectas. Dividí a estas posturas en dos: la PP y la PIC. La PP es aquella que permitiría extraer del silencio una prueba totalmente independiente que se sumaría al conjunto probatorio ya dispuesto y permite su valoración autónoma. En cambio, la PIC es aquella que dota de fuerza a otras pruebas de la acusación que no pudieron o no quisieron ser explicadas por el acusado. Aclaré también que existe una salvedad respecto a un caso muy específico en donde el acusado decide declarar pero ante una pregunta específica no da una respuesta. Creo que ese caso de PIC es la excepción y que en caso de valorarlo debe hacerse con extremo cuidado porque, aunque ahí sea razonable inferir algo «ruidoso» del silencio, lo único que hizo el acusado en esos casos es hacer uso de un derecho constitucional que lo asiste.

Más adelante ingresé con los argumentos en contra de estas dos posiciones. En primer lugar sostuve que no hay buenas razones epistémicas para concluir que el silencio sirva como elemento de prueba independiente y que su uso puede derivar en un aumento en el riesgo de error, sobre todo de condenas a inocentes. Luego intenté demostrar que más allá de la decisión que tomemos respecto al valor epistémico del silencio, en nuestro ordenamiento jurídico existen también razones normativas que privan al juzgador de otorgarle valor al silencio, entre los que se encuentran el *nemo tenetur*, la presunción de inocencia y el derecho a la intimidad. El *nemo tenetur* se erige como una conquista del Estado de Derecho y tiene jerarquía constitucional para garantizar que el Estado utilice a la persona como un medio de prueba en su contra. Así, si se permite que se valore el silencio, que no es otra cosa que la negación de participar por medio de la palabra de la persona investigada, viola esta garantía porque no existiría entonces ninguna posibilidad de que la persona no participe, y aquella se encontraría en el dilema de participar y ser

fuentes de prueba -auto incriminándose o mintiendo, entre otras opciones- o negarse a declarar y que esto sea valorado de manera negativa. La presunción de inocencia, por su parte, obliga al Estado a tratar a una persona como inocente y realizar inferencias adversas cuando éste decide no declarar viola ese principio, y su corolario del *in dubio pro reo*. Extendí la prohibición de la valoración del silencio al derecho a la intimidad y al principio de lesividad, ya que es una decisión interna de cada persona y el Estado debe privarse de entrometerse, pues de lo contrario se estaría valorando algo que durante todo el proceso no sucedió por decisión de la persona acusada. Estaría a su vez violentándose el principio de lesividad por transformar una decisión personal de la persona en algo a tener en cuenta al momento de determinar su culpabilidad.

Finalmente, intenté demostrar que aunque no esté permitido por nuestra legislación, el silencio ingresa de varias maneras en los procesos, y una derogación de esas reglas procesales eliminaría esas malas prácticas.

BIBLIOGRAFÍA

Allen, R. J. (1996). *The Simpson Affair, reform of the criminal justice process, and magic bullets*. 67(989), 25.

Allen, R. J., & Pardo, M. S. (2019). *Relative plausibility and its critics*. 23(1-2), 5-59.

<https://doi.org/10.1177/1365712718813781>

Berger, M. (2000). Reforming confession law British style: A decade of experience with adverse inferences from silence. 31, 61.

Bracaccini, F. (2016). El derecho a la autonomía personal: Las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional. En R. Gargarella & S. Guidi, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina—Tomo II*. La Ley.

Bravo Aguilar, N. T. (2000). La Protección del Derecho en Contra de la Tortura y la Autoincriminación en México y Estados Unidos. En *Perspectivas del Derecho Mexicano*. «Concurso Nacional de Ensayo Jurídico». Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

Carbajal, F. (2020). *La declaración del imputado en el litigio adversarial* (1° edición). Didot.

Carrère, E. (2022). *VI3. Crónica Judicial*. (2°). Anagrama.

Carrió, A. D. (1988). *Otra vez el tema de las confesiones policiales: ¿llegó Miranda a nuestro país? Tal vez no, pero anda cerca*.

- (1993). *Otra vez el tema de las confesiones policiales: Miranda esta lejos y espera*. 4.

Correa Robles, C. (2018). *Valoración del silencio del imputado en el proceso penal*. *Derecho alemán y derecho chileno*. 237-261.

Maestría en Derecho Penal – Universidad Torcuato Di Tella

Alumno: Juan Cruz García

DNI: 35.395.098

Duff, A., Farmer, L., Marshall, S., & Tadros, V. (s. f.). *The trial on trial. Volume three.*

(1°). Hart Publishing.

Durán Muñoz, G. de J. (2020). Derechos Humanos México. Revista del Centro

Nacional de Derechos Humanos. *El Derecho Humano a la No Autoincriminación*, 38.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* (AA. VV., Trad.; 1° edición). Trotta.

Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho* (2°). Marcial Pons.

García, L. M. (2018). El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos. En F. G. Plazas & L. A. Hazan, *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia.* (pp. 285-393). Editores del Sur.

Gargarella, R. (2008). Constitucionalismo y Privacidad. En *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional. Tomo II.* (1°, pp. 788-793). Abeledo Perrot.

González Lagier, D. (2022). Prueba, hechos y verdad. En C. Vázquez, *Manual de Razonamiento Probatorio* (1°, p. 500). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Greco, L. (2014). *Tortura, incesto y drogas: Reflexiones sobre los límites del derecho penal.* (1° edición). Hammurabi.

Gullco, H. V. (2012). *Las declaraciones policiales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.* 9.

Hendler, E. S. (2014). *Sistemas procesales comparados* (1° ed.). Didot.

Maestría en Derecho Penal – Universidad Torcuato Di Tella

Alumno: Juan Cruz García

DNI: 35.395.098

Ho, H. L. (2020). El silencio como prueba. En J. Ferrer Beltrán & C. Vázquez, *El*

razonamiento probatorio en el proceso judicial. Un encuentro entre diferentes

tradiciones. (pp. 189-217). Marcial Pons.

Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología*

jurídica. (C. Vázquez & E. Aguilera, Trads.; 1ra Ed.). Marcial Pons.

- (2021a). Regla de exclusión de la prueba ilícita: Una reevaluación de sus fundamentos

con perspectiva comparativa. En *Manual sobre Derechos Humanos y prueba en el*

proceso penal (pp. 1-49). Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- (2021b). Repensando las máximas de la experiencia. *Quaestio Facti. Revista*

Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 1(2), 40.

Maier, J. B. J. (2012). Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la

coerción personal para conocer la verdad. En G. A. Bruzzone (Ed.), *Cuestiones penales.*

Homenajes al profesor doctor Esteban J. A. Righi (1º edición, p. 886). Ad Hoc.

Milton Peralta, J. (2014). La no obligación de declarar contra uno mismo. En *Tratado*

de los Derechos Constitucionales (pp. 399-439). Abeledo Perrot.

- (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. R. Pastor, *Prevención e imputación* (pp. 195-218).

Nieva Fenoll, J. (2022). Réquiem por la carga de la prueba. *Quaestio Facti. Revista*

Internacional sobre Razonamiento Probatorio, 4, 39-60.

Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de Derechos Constitucional*. Astrea.

Orce, G. (2012). La despersonalización del imputado: La desconsideración de su

defensa como consecuencia de su falta de responsabilidad al declarar. En G. A.

Maestría en Derecho Penal – Universidad Torcuato Di Tella

Alumno: Juan Cruz García

DNI: 35.395.098

Bruzzone (Ed.), *Cuestiones penales. Homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*.

(1° edición, p. 886). Ad Hoc.

Redmayne, M. (2007). *Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination*. 27(2), 209-232. <https://doi.org/10.1093/ojis/gql1001>

Roxin, C. (2008). *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. (1ra. Ed.). Hammurabi.

Sancinetti, M. A. (2000). *Análisis Crítico del Caso Cabezas. Tomo I. La Instrucción* (Vol. 1). Ad Hoc.

- (2013). *Testimonio único y principio de la duda*. 3, 22.

- (2016a). *Casos de Derecho penal. Parte general*. (3° edición reelaborada y ampliada. 1° reimpresión., Vol. 1). Hammurabi.

- (2016b). *Dictamen sobre los proyectos de «Arrepentido» y «Extinción de Dominio»*. *Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016, a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha*).

Schauer, F. (2006). *Profiles, Probabilities and Stereotypes*. Harvard University Press.

Tomlinson, E. A. (1983). *Non adversarial justice, the french experience*. 42(1), 65.

Walker, M. (2020). *Por qué dormimos*. (1° edición). Paidós.