

## Columna

### ¿EXCLUSIONES PROBATORIAS POR RAZONES EPISTÉMICAS?

José Milton PERALTA<sup>1</sup>

---

En principio, nuestro sistema procesal penal solo conoce prohibiciones probatorias basadas en razones de "integridad del proceso". Estas aplican cuando la prueba se obtiene violando garantías constitucionales. Allí, aunque la evidencia obtenida tenga valor probatorio, es excluida, dado que nos parece incorrecto utilizar prueba habida de ese modo. Un ejemplo clásico sería la evidencia obtenida luego de un allanamiento ilegal.

En el ámbito anglosajón son conocidas estas prohibiciones probatorias, pero también existen otras basadas en razones epistémicas. Se afirma que cierta prueba, aun obtenida lícitamente, debe ser excluida debido a su carácter distorsivo para llegar a la verdad. Allí tampoco se desconoce que la prueba puede aportar información. Pero se afirma que el riesgo de enturbiar el juicio es aún más grave y, por eso, se la excluye. Esto ocurre, por ejemplo, con la prueba de los antecedentes del acusado.

El punto central aquí es que esta prueba puede despertar prejuicios en el juzgador, que lo conduzcan a realizar inferencias incorrectas, con el riesgo de tener por acreditado cierto hecho, cuando, en realidad, la prueba no indica eso.<sup>2</sup> Se busca que el procedimiento se centre en los hechos y no en la persona del acusado.

En todo caso, como se dijo, no se niega que los antecedentes puedan tener valor probatorio, es decir, que lo que una persona ha hecho en el pasado pueda decirnos cosas sobre lo que puede esperarse de ella en el futuro. De hecho, esta prohibición probatoria está sujeta allí a numerosas excepciones tanto legales como jurisprudenciales, lo que solo puede deberse a que se cree que en estos casos la evidencia tiene más valor probatorio que distorsivo.<sup>3</sup> Pero se entiende que, en general, es mejor excluirla.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho (UNC); Prof. Titular de Cátedra de Derecho Penal (UNC).

<sup>2</sup> ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2010, pp. 586 ss.

<sup>3</sup> ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010, pp. 621 ss.

Este no es el único caso explícitamente discutido de este modo en ese ámbito jurídico. También se sostiene que se deben excluir, por razones de este tipo, los testimonios de oídas (los *hearsay*) e incluso algunos autores afirman que esta es la justificación del mismísimo *nemo tenetur*. En efecto, ante el aparente fracaso de las tesis normativas para explicar por qué sería incorrecto pedirle al imputado que aporte información al proceso, se proponen justificaciones epistémicas, según las cuales, una violación de ese principio tal podría ser distorsiva para la averiguación de la verdad.<sup>4</sup>

De todos modos, quizás el caso más interesante tenga que ver con la posibilidad de valorar el silencio del imputado. Esto debido a que en Inglaterra y Gales eso está explícitamente permitido,<sup>5</sup> mientras que en algunos ordenamientos locales está explícitamente prohibido (por ej., art. 261 CPP de Córdoba y 298, CPPN). Claro que podría pensarse que hay una tensión entre la posibilidad de valorar el silencio y el derecho a no autoincriminarse, debido a que, ante la alternativa de que se valore su silencio en su contra, el imputado podría verse compelido a declarar. Una respuesta posible es que esta presión no es mayor que la que ejerce cualquier prueba en contra del imputado. Si él supiera, por ejemplo, que ha sido visto en las inmediaciones del lugar de comisión de un delito, podría sentirse obligado a aclarar la situación y no por eso valorar ese elemento de prueba se torna ilegítimo.

De hecho, la CEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la legitimidad de esta valoración en términos normativos y dijo que no había ninguna incompatibilidad entre esta y el *nemo tenetur*, ya que, a su criterio, el derecho al silencio no es un derecho absoluto.<sup>6</sup>

Sin embargo, aquí también, y concediendo que quizás estos argumentos sean correctos, se han esgrimido razones epistémicas para negar la legitimidad de este medio de prueba. Se ha dicho que permitir inferencias del silencio implicaría asumir que el imputado calla porque “no va a poder hacer frente al contrainterrogatorio”, lo que no sería más que un prejuicio, o que con ello se permitirían “condenas basadas en conjeturas” y no en verdadera evidencia.<sup>7</sup>

Que los “prejuicios” y “conjeturas” predominen a la hora de valorar el silencio muestran escepticismo acerca de que el silencio pueda ser un buen medio de prueba. Así, y más allá de si

---

<sup>4</sup> PERALTA, “Nemo Tenetur: warum eigentlich?“, en HILGENDORF / CÓRDOBA / LERMAN, *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti*, Duncker & Humblot, 2020, pp. 912 ss., con referencias ulteriores.

<sup>5</sup> PERALTA, “El derecho al silencio en Inglaterra y Gales”, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 537, 613 ss.

<sup>6</sup> PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 641 ss.

<sup>7</sup> PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 625 s.

permitir la valoración del silencio podría entenderse como una forma de coacción, el argumento aquí sería que al silencio sería distorsivo para el descubrimiento de la verdad y podría conducir a condenas erróneas.

Sin embargo, no toda la doctrina de Inglaterra y Gales le niega valor probatorio al silencio ni sostiene, por ende, que al valorarlo se está presumiendo que alguien es culpable. En este sentido, se dice que negarse a declarar es un comportamiento que no difiere de otras maneras de probar la participación de alguien en un delito, "como cuando se ve a alguien huir de la escena del crimen" y se considera que esto indica que ha participado en el delito. Algunos autores agregan, incluso, que en los casos regulados en Inglaterra y Gales existen buenas razones para hacer inferencias del silencio, pues el acusado resulta razonablemente sospechoso a partir de eso.<sup>8</sup>

Algo similar podría decirse sobre los antecedentes. Ciertamente, es difícil sostener que estos o el silencio carezcan *siempre* de valor probatorio. Imaginemos a un empleado de una empresa que realiza estafas a partir de la venta de automóviles. Al ser interrogado, esgrime no saber que los autos que ofrecía a la venta, en realidad, nunca serían entregados; arguye haber sido manipulado por sus jefes, quienes se han aprovechado de su buena fe. La fiscalía, al revisar sus antecedentes, se da cuenta de que ya había sido antes condenado por estafas de este tipo. ¿Realmente ese antecedente no hace ninguna diferencia con respecto a cualquier otro empleado de la misma empresa que no los tenga?

Y en cuanto a las inferencias del silencio, debe decirse que alcanza con utilizar solo uno de los casos regulados expresamente en Inglaterra y Gales (el de la sección 34 de la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994). El imputado tiene dinero en su cuenta bancaria que le ha sido transferida por otro imputado y que es fruto de un delito de estafa. En una primera oportunidad, al ser citado e interrogado al respecto, guarda silencio hasta que, mucho tiempo después, ya en el juicio, ofrece una explicación del origen de ese dinero. Esgrime que este le había transferido por una acreencia que él tenía contra el otro imputado por la venta de una bicicleta. Aclara que, dado el tipo de bien al que se refería, no documentaron esa transacción. ¿Realmente es esta situación igual a la de aquél que ante la primera citación aclara que ese dinero se debía a la venta de una bicicleta? ¿No es más bien sospechoso ese silencio inicial y nos permite pensar que la explicación de la venta no fue más que una excusa inventada con posterioridad?

Si aquel antecedente o este silencio tienen o no cierto valor probatorio solo depende de si las conclusiones insinuadas más arriba son o no correctas. Pero ciertamente no vale como argumento en contra, en ninguno de los dos casos, que la persona puede ser, a pesar de sus antecedentes y de

---

<sup>8</sup> PERALTA, en SUCAR et al., *Derecho al silencio y racionalidad jurídica*, 2019, p. 626 s.

su silencio, de todos modos, inocente. Es decir, no vale como argumento señalar que la persona, en el primer caso, realmente quiso volver a encauzar su vida y lo hizo en el rubro en el que se desempeña con más facilidad y que tuvo mucha mala suerte al recalar en otra empresa falsa. Ni vale como argumento afirmar que, en el segundo caso, el acusado no había mencionado lo de la bicicleta porque esta había sido vendida sin informarle a su expareja y quería evitar los problemas que implicaría hacer esto público.

Esto no es suficiente para excluir su valor probatorio, pues en ambos casos el elemento de prueba opera solo como un indicio y, como ocurre con cualquier indicio —y, en rigor, con cualquier prueba—, es compatible con la inocencia del acusado. Toda inferencia es una generalización y, como tal, falible. Encontrar el arma homicida en la casa del acusado es un buen indicio de culpabilidad. Sin embargo, puede que este sea inocente, ya que esta pudo haber sido puesta allí por otro para incriminarlo o que el hecho lo haya cometido otra persona que habita en el mismo domicilio. Nada de esto cambia el hecho de que encontrar allí el arma es un buen indicio de culpabilidad.

No obstante, nada de esto tiene que ser negado por quienes propongan un sistema de prohibición probatoria por razones epistémicas, pues no se trata de excluir prueba que no prueba, como si hubiera una norma que impidiera valorar los dichos de un tarotista. Para estos casos se confía en los órganos decisores. En los casos de prohibiciones probatorias aquí analizados, se reconoce su valor probatorio, pero se supone que su valor distorsivo puede ser mayor. Y lo que hay detrás de esto es una desconfianza en la forma de razonar de los jueces y jurados sobre estas pruebas. Pues si estos razonaran correctamente, podrían darse cuenta por sí mismos del problema y distinguir los casos en que operan prejuicios y conjeturas de aquellos en los que opera la prueba.

Por supuesto, aún podría seguir diciéndose que la prohibición de valoración de estos elementos se funda en razones de integridad. En el caso del silencio, esto podría ser así porque se asume una presión a declarar; y en el caso de los antecedentes, porque implican un estigma social para aquel que alguna vez ha cometido un delito. Pero si estos argumentos no fueran suficientes, seguiría en pie la pregunta de si no tendría sentido excluir su valoración para asegurar el correcto razonamiento del órgano decisor.

Ante esto cabe la pregunta de si, previo a dar una respuesta, no correspondería distinguir según el tipo de órgano decisor del que se trate. En efecto, una medida de este tipo parece más razonable en un mundo en el que los decisores no ofrecen las razones por las que han llegado a sus conclusiones y, por ende, no puede saberse con precisión si la inferencia por ellos realizada ha sido

correcta. Ante esta situación, se hace una evaluación costo-beneficio de permitir o no la valoración, y podría llegarse a la conclusión de que, *en general*, es más perjudicial que positiva la admisión de este tipo de inferencias.<sup>9</sup>

La pregunta es si en los sistemas en los que sí se deben ofrecer razones en el caso concreto, que son controlables por tribunales de mayor jerarquía, puede tener sentido excluir la valoración en estos casos y con esta generalidad. Es decir, se debería pensar si no es mejor, en estos casos, atender a si, en el caso concreto, el razonamiento fue el apropiado, algo en lo que se supone que jueces y juezas bien entrenados tienen la mejor de las pericias.

---

<sup>9</sup> ROBERTS / ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010, p. 599.