

PRÓLOGO

Este libro tiene un doble valor. Por un lado, el alto nivel jurídico de quienes lo escriben. Y por el otro, la oportunidad de su aparición, en momentos en los que garantías constitucionales del imputado como el *nemo tenetur* y la *presunción o principio de inocencia* están siendo objeto de algunos “proyectiles argumentales” que las impactan “bajo su línea de flotación”, “disparados” desde el campo de la prueba.

Si bien sería una exageración sostener que el concepto y rol de la prueba en nuestro sistema penal perdió la centralidad que ha llegado a tener como garantía ciudadana frente a la arbitrariedad punitiva, por su exigente relación con la verdad de la imputación que justifique la condena penal, sería bueno reflexionar sobre algunos desarrollos teóricos que parecen enrolados en aquella tendencia.

Por cierto, que no se pretende aprovechar el prólogo de un provechoso libro sobre el imputado en el proceso penal, para que el prologuista desarrolle sus propias ideas tendientes a generar un debate *ad hoc* sobre aspectos como el mencionado, apropiándose así de un espacio editorial abierto a la comunidad jurídica con un propósito diferente.

Pero nos permitiremos recordar con Gabriel Pérez Barberá, que la *relación entre prueba y verdad es epistémicamente conceptual*, siempre que aquella sea *legítima*, y que debemos “*asumir como correcto el concepto de verdad como correspondencia*” pues “*de hecho es el concepto de verdad que, por razones normativas, debe asumirse en procesos penales legítimos*”¹.

¹ “Prueba y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad”, *Isonomía*, N° 52, ITAM, México, DF, 2020.

Con ese respaldo es que sostenemos que la búsqueda de la verdad sobre los hechos contenidos en la hipótesis acusatoria (el llamado “fin inmediato del proceso”) debe desarrollarse tendiendo a la *reconstrucción conceptual* de aquellos. La prueba es el medio más seguro de lograr esa reconstrucción de modo comprobable y demostrable, pues (sencillamente expresado) la induce de las huellas y rastros que la producción de los hechos imprimió en la realidad, de los datos científicos que sobre ellos se logren (v.gr. pericias) y los razonamientos que les acuerden vinculaciones de sentido (v.gr. indicios). Y como por estas razones la verdad que se persigue en el proceso penal es una verdad potencialmente posible de probar, el orden jurídico sólo la aceptará como tal cuando resulte *efectivamente probada*: es la prueba de “lo contrario” ínsita en el principio de inocencia. La verdad y su prueba se encuentran íntimamente ligadas al punto que –podría decirse– en un proceso penal aquélla no puede prescindir de ésta, ni ésta de aquélla. La garantía frente a la condena penal es la *verdad probada*.

Luego de estas precisiones introductorias ligeramente escritas, parece que no se puede soslayar al menos la mención de algunas de las principales teorizaciones cuyo efecto (buscado o no) es la relativización de la importancia de la prueba como una garantía penal y procesal del imputado, de indudable raíz constitucional: si bien estas tres dimensiones jurídicas se confunden en una misma garantía, para una mayor claridad trataremos de mencionarlas por separado.

Existe una peligrosa tendencia legislativa y jurisprudencial dirigida a debilitar –cuando no a aniquilar– algunos principios constitucionales históricos e íntimamente vinculados con el rol garantizador de la cuestión probatoria en orden a los límites de su obtención. Dan cuenta de ello publicaciones como las de María Laura Villamarín López, (“*La callada agonía del derecho a guardar silencio*”) refiriéndose con este título a las violaciones legales (v.gr. Reino Unido) o jurisprudenciales (España) de “La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable”²

² Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, 2010-1.

en desmedro o aniquilación de la garantía del *nemo tenetur*. Y en la misma línea se inscriben fallos como el del Supremo Tribunal Español: “una vez que concurre prueba de cargo ‘suficiente’ para enervar la presunción de inocencia, es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores.... el silencio del acusado... como dato corroborador de su culpabilidad” ... “no en sede probatoria, sino meramente argumental”³.

Existen desde el derecho penal algunas teorías que, con el pretexto de reducir el esfuerzo (o quizás, la incomodidad) de probar, tratan de aminorar la necesidad o intensidad conviccional de la prueba exigida para aplicar una pena. En términos vulgares podría señalarse como ejemplo, la actual proliferación de delitos de peligro abstracto, los que invierten la carga de la prueba, etc. Una mirada científicamente crítica sobre el punto la proporciona, por ejemplo, Maximiliano Rusconi⁴.

Y en el ámbito del proceso penal se destacan los llamados “*estándares probatorios*” que se elaboran como respuesta a la siguiente pregunta: presuponiendo que la gravedad de las conductas delictivas y su pena son distintas ¿deberían decidirse (“sentenciarse”, sería más claro) uniformemente por un mismo umbral de exigencias probatorias, o sería lo más adecuado diseñar estándares ajustados a esta (desigual, aclaramos) situación?⁵.

La respuesta puede proponer (en realidad incluye) la admisión de estándares probatorios *por debajo del máximo constitucionalmente exigido* para justificar condenas penales. En sus efectos prácticos reales, tal propuesta importa aceptar declaraciones de culpabilidad con menos pruebas, aunque los impulsores no lo digan o no lo reconozcan en esos términos. Porque la diferen-

³ STS 1678/2020, fallo del 11/6/2020, autos “Recurso casación núm.: 3487/2018”.

⁴ “La evolución del sistema del hecho punible a la luz de las necesidades de un estándar probatorio en el sistema de enjuiciamiento: una biografía no autorizada de la dogmática jurídico penal” (publicado en el libro homenaje al Prof. Miguel Bajo Fernández, catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid).

⁵ Confr. VÁZQUEZ, Carmen, *Estándares de prueba y prueba científica*, Marcial Pons, Bs. As., 2013, p. 15.

ciación de estándares para condenar suele ser justificada en las características especiales de ciertos hechos, casos o situaciones, que ameritarían –según sus sostenedores– distintas exigencias probatorias o su apreciación: dificultades investigativas (p. ej., los delitos sexuales, por los obstáculos derivados del marco de soledad o intimidación en que suelen producirse); asimetrías entre los involucrados, según las clases de procesos o naturaleza de las acciones, gravedad del delito, posición jurídica de las partes, etc.

Por cierto, quienes propician una legislación de estándares diferenciados para diversos casos o delitos, no tienen más remedio que asumir que “cuanto más exigente sea el estándar de prueba menos inocentes condenados tendremos, pero más culpables absueltos” (“*falsos negativos*” suelen denominarlos) y “si bajamos el estándar se produce el efecto inverso, tendremos menos culpables absueltos, pero más inocentes condenados (“*falsos positivos*”).

Sin duda que la decisión de bajar la vara probatoria en determinados delitos posibilitará un aumento considerable del riesgo de condena por error, lo que resulta difícil de justificar frente al principio de inocencia y, especialmente, su derivación principal, el *in dubio pro reo*, llevando aquella garantía constitucional a una *capitis diminutio* inaplicable por incompatible con nuestro sistema constitucional ⁶.

Es que si con la introducción de estándares probatorios, quienes los postulan reconocen que cuanto *más bajos* sean, “habrá *más inocentes condenados*”, el principio de inocencia no va a estar plenamente asegurado *en todos* los procesos penales porque será privado de uno de sus principales fundamentos políticos: la protección de *todos* los inocentes, minimizando para ellos *por igual* el riesgo de su condena por error.

José I. Cafferata Nores

⁶ Confr. CAFFERATA NORES, José I - HAIRABEDIÁN, Maximiliano, “Reflexiones críticas sobre los estándares probatorios”, pub. en *Foro FICP - Tribuna y Boletín de la FICP* (www.ficp.es), N^o 2021-3 p. 140.