



Razonamiento probatorio a partir de indicios

Probative reasoning based on indications

Roger E. Zavaleta Rodríguez*

Resumen:

En el presente artículo el autor analiza la valoración de los indicios dentro del razonamiento probatorio, desarrollando el concepto de indicio, su importancia dentro del proceso, su clasificación y evaluando su utilidad a la luz de los criterios de corrección de la presunción judicial.

Abstract:

In this article, the author analyzes the assessment of the evidence within the evidentiary reasoning, developing the concept of evidence, its importance in the process, its classification and evaluating its usefulness according to the criteria of correction of the judicial presumption.

Palabras clave:

Indicios – Eficacia probatoria – Presunción – Prueba – Criterios de corrección

Keywords:

Evidence – Probative effectiveness – Presumption – Proof – Correction criteria

Sumario:

1. Cómo razonamos con indicios. Planteamiento. – 2. ¿Qué es indicio? – 3. Importancia de la prueba por indicios. – 4. ¿Los indicios son sucedáneos de los medios probatorios? Diferencias entre prueba directa e indirecta. – 5. Los indicios según su fuerza o eficacia probatoria. – 6. Estructura de la presunción judicial. – 7. Criterios de corrección de la presunción judicial. – 8. Epílogo. – 9. Bibliografía

* Socio del Estudio Rebaza, Alcazar & De Las Casas. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Autor del libro: “La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica”, Lima, Grijley, 2015. Contacto: rogerzava@gmail.com

1. Cómo razonamos con indicios. Planteamiento.

Al ingresar a la habitación la vio tirada al costado de la cama y amordazada. Su cuerpo estaba ensangrentado, pero no rígido. Miró su reloj y calculó que llevaba muerta no más de una hora; eran las 4:27 am. Notó que tenía un vestido de noche y que algunas uñas de sus manos estaban quebradas. ¿Quién pudo hacer algo así? –pensó-. Su muerte había sido muy cruel. En todos los años que llevaba como investigador criminal nunca había visto algo parecido: su rostro había sido desfigurado y tenía cortes en diversas partes del cuerpo, sobre todo en los pies. La puerta de ingreso al departamento no había sido forzada y los cajones de la cómoda tampoco. El collar y el anillo de compromiso permanecían en su cuerpo y su cartera estaba intacta. La víctima vivía sola. Él infirió que probablemente ella conocía al asesino o asesina, quien tal vez tendría rasguños o marcas de uñas en su cuerpo. El móvil: pudo ser pasional o venganza –le dijo a su asistente-.

Lo que acaba de hacer nuestro criminalista es formular una hipótesis explicativa; esto es, elaborar una conjetura provisional, pero plausible, sobre la ocurrencia de determinados hechos. Para tal efecto, ha razonado hacia atrás: ha observado ciertos indicios y se ha preguntado sobre qué los explica¹. Su hipótesis constituye la respuesta a esa pregunta; es una proposición que pretende explicar –de manera preliminar y aún incipiente– cómo sucedieron los hechos en cuestión. Dicho de otra forma, el hecho pasado u oculto, formulado a manera de hipótesis, es explicativo del hecho observado o percibido, dada la conexión que existe entre ambos, de tal modo que si el primero fuera cierto, sería totalmente comprensible y razonable la presencia del segundo². A esta forma de razonar que va “de las pruebas a las hipótesis”, se denomina *abducción*³. Este tipo de inferencia se ubica en el *contexto de descubrimiento* de las hipótesis y da lugar a la indagación o investigación para la reconstrucción de los hechos del caso. Su estructura es la siguiente⁴:

E (Resultado)

H → E (Regla)

..... [Es probable que]

H (Caso)

- (i) Se observa un hecho sorprendente *E* (la puerta de ingreso no ha sido forzada).
- (ii) Si *H* fuese verdadera explicaría *E* (si la víctima conocía al asesino, entonces, probablemente lo hizo ingresar a su departamento; eso explica que la puerta no haya sido forzada).
- (iii) Por lo tanto, hay razones para pensar que *H* es verdadera.

Si la hipótesis explicativa resulta correcta, probablemente, permita la recolección de nuevas pruebas directas e indirectas que le otorguen un mayor nivel de corroboración y generen la formulación de otras hipótesis que vayan reconstruyendo los hechos del caso⁵. Esto no siempre ocurre, pues un hecho puede tener múltiples explicaciones (v.gr. el hecho que la puerta no haya sido forzada, también puede explicarse si la víctima fue obligada a abrirla)⁶, por lo que no se descarta la posibilidad que la hipótesis sea refutada por otras pruebas y deba ser sustituida por una nueva hipótesis que oriente otra línea de investigación. Lo que en ningún caso puede ocurrir es que partamos de una teoría de los hechos construida sobre la base de prejuicios, suposiciones o ideas preconcebidas para buscar su confirmación en la realidad. En este caso no existiría una abducción sino una mera especulación. Es sobre la base de los indicios que se van formulando hipótesis explicativas sobre los hechos del caso, y no al revés.

Si ya contamos con datos adicionales que nos permitan formular una hipótesis más completa sobre cómo ocurrieron los hechos, será necesario verificarla o falsarla. Esta última dimensión del razonamiento probatorio se inserta en el *contexto de justificación* de la hipótesis y se caracteriza porque va *de las hipótesis a las pruebas*. Se trata de someter “a prueba” a las hipótesis⁷. Aquí, a diferencia de lo que ocurre en el contexto

1 “Abducir es pensar a la inversa: de los datos a las explicaciones, de las conclusiones a las premisas, y en el caso del derecho y de los detectives: del presente hacia el pasado” (Pablo Raúl Bonorino Ramírez. “Ni deducción ni inducción: abducción”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Coordinadores: Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino, Granada, Comares, 2014, p. 173).

2 Cfr. Carlos de Miranda Vásquez. “La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., p. 199.

3 Cfr. Giovanni Tuzet. “Usos jurídicos de la abducción”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., p. 128.

4 Sigo a Marina Gascón Abellán. “¿Lógica del descubrimiento para las pruebas?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., 152.

5 “(...) la hipótesis se ramifica en sub-hipótesis; esto es: en un rosario de afirmaciones atinentes a otros tantos hechos en los que se divide la imputación (...)” (Juan Igartua Salaverria. “Los indicios tomados en serio”, en: *Teoría del Derecho y decisión judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España, S/A, p. 39).

6 “De hecho, es lo normal que puedan formularse distintas hipótesis sobre los hechos que sean capaces de explicar los mismos datos” (Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 134).

7 Cfr. Giovanni Tuzet. “Usos jurídicos de la abducción”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., p. 128.

de descubrimiento, conocemos desde el inicio el hecho que debe ser probado (*factum o thema probandum*), por lo que la labor del juez consistirá en determinar si la evidencia que obra en el proceso fundamenta o no tal hecho, para lo cual deberá echar mano de la *inducción probabilística*, cuya estructura es la siguiente:

E → es probable H (Regla)
 E (Resultado)
 [Es probable que]
 H (Caso)

Como puede advertirse, la afirmación de que una determinada hipótesis explica uno o varios hechos sorprendentes (o sea que $H \rightarrow E$), que es la médula de argumento abductivo, equivale a afirmar que si ocurre ese evento, es probable que el hecho que configura la hipótesis también ocurra (o sea que $E \rightarrow$ es probable H), que es la esencia de la inducción probabilística⁸. Esta situación –como lo advierte Atienza– se debe a que “(...) el argumento abductivo es, en realidad, una inducción, que se caracteriza porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y porque tiene carácter derrotable, revisable, pues a lo que se hace referencia cuando se habla de abducción es más a la actividad de argumentar que al argumento visto como un resultado”⁹.

Ahora bien, como en el *contexto de justificación* se evalúa el resultado, para tener por probada la hipótesis final sobre cómo ocurrieron los hechos del caso, será necesario pasar de la fase de formulación de la hipótesis a la fase de control, la cual requiere contar con indicios concordantes, que apunten en la misma dirección y corroboren dicha hipótesis más allá de toda duda razonable¹⁰. En este punto, a diferencia de lo que ocurre en la fase de formulación de la hipótesis, deben haberse descartado otras explicaciones plausibles; de otro modo el razonamiento indiciario no tendrá suficiente fuerza probatoria para superar el estándar de prueba. Desde esta perspectiva, mientras en la fase de formulación la hipótesis se caracteriza por ser provisional y, por tanto, revisable, en la fase de control la hipótesis debe ser definitiva y, en la práctica, no derrotable.

Esta distinción entre fases, contextos, tipos de razonamiento e hipótesis permite explicar la función que en cada caso cumplen los indicios. Se habla así de una *función heurística* cuando el indicio sirve para formular una hipótesis sobre un hecho, y una *función justificativa o probatoria*, cuando el indicio (necesario) o los indicios (contingentes) sustenta(n) una conclusión sobre el *factum probandum*¹¹.

Función de los indicios	Fase	Contexto	Dimensiones del razonamiento probatorio	Hipótesis
Heurística	De formulación de la hipótesis	De descubrimiento	De las pruebas a las hipótesis	Provisional
Justificativa o probatoria	De control de la hipótesis	De justificación	De las hipótesis a las pruebas	Definitiva

Por supuesto, no cabe hacer una distinción tajante entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, pues la formulación de una hipótesis siempre debe tener en cuenta sus posibilidades de verificación. La propia definición de hipótesis explicativa que alude a una conjetura provisional, pero plausible, a partir de ciertos datos, implica una cierta racionalidad en su formulación; de manera que potencialmente pueda ser corroborada con mayores elementos de prueba que permitan presentarla como definitiva. Por ello, como bien anota Gascón: “(...) el proceso de descubrimiento de una hipótesis no es estrictamente independiente del proceso para su “validación”, pues ambos forman parte de una misma metodología inductiva”¹².

Ahora bien, la distinción que hemos graficado nos sirve para dar cuenta de las dimensiones del razonamiento probatorio y los problemas relativos a cada una de ellas. En la fase de formulación de la hipótesis el problema radica en cuándo está justificado formular o seleccionar una hipótesis entre las posibles. En la fase de control

8 Cfr. Marina Gascón Abellán. “¿Lógica del descubrimiento para las pruebas?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., 153.

9 Manuel Atienza. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 179.

10 La hipótesis también puede ser el resultado de una presunción judicial cuya afirmación base está apoyada en un solo indicio que necesariamente o sin excepciones se correlacione con dicha hipótesis, pero, como veremos más adelante, esto es muy raro o excepcional.

11 Cfr. Michele Taruffo. “Observaciones sobre la prueba por indicios”, en: *Nuevas tendencias de derecho probatorio*, Horacio Cruz Tejada (coordinador), Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, p. 105.

12 Cfr. Marina Gascón Abellán. “¿Lógica del descubrimiento para las pruebas?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., 157.

el problema consiste en cuándo podemos sostener que la hipótesis está probada¹³. Simplificando mucho el asunto, podría decirse que en la fase de formulación la hipótesis más plausible entre las concurrentes, es aquella que logra explicar de mejor modo los datos con los que se cuenta. Esta hipótesis explicativa marca la línea de investigación e irá perfilándose conforme la investigación avanza, pero debe ser reformulada si en el camino se descubre nueva evidencia que la falsea o refuta, o bien debe ser descartada si la nueva evidencia otorga un mayor nivel de corroboración a otra hipótesis en lid. En la fase de control, como hemos indicado, la hipótesis ya no puede ser provisional, sino definitiva, lo cual exige suficiente evidencia que la apoye y, en la práctica, haga improbable cualquier otra explicación.

Al finalizar sus investigaciones el criminalista concluyó que su hipótesis inicial era correcta. La víctima efectivamente conocía al asesino: era su novio, Joaquín García. Ambos ingresaron al edificio a las 3:12 am, y a las 4:00 am él salió presurosamente (video de la cámara del edificio). Preguntado sobre los rasguños en sus brazos y cuello, Joaquín sostuvo que se produjeron cuando intentó defenderse de un asalto minutos después de salir del edificio (declaración); sin embargo, esta afirmación era incompatible con el hecho que los restos de epidermis encontrados en las uñas de la víctima, provenían de Joaquín (análisis de ADN). Además, en su auto también encontraron la corbata que llevaba la madrugada del asesinato (video de la cámara del edificio) con manchas de sangre que pertenecían a la víctima (análisis de ADN). Para el investigador criminal la evidencia indicaba, no solo que Joaquín estuvo con la víctima a la hora de su muerte, sino que él la atacó y ella intentó defenderse. Esto explica los rasguños en el cuerpo de Joaquín y los restos de epidermis hallados en las uñas de la víctima. Fue Joaquín quien apuñaló e infirió los cortes a su novia, de allí que su corbata se manchara con la sangre de ella. Joaquín era el asesino, más allá de toda duda razonable.

Una analogía que puede servir para explicar lo que ocurre con la prueba indiciaria es la del rompecabezas¹⁴. Al inicio pueden encontrarse unas pocas piezas (indicios) que nos dan una vaga idea de cuál podría ser la imagen. Esa idea inicial nos sirve para buscar otras piezas que vayan encajando en el cuadro. Si es correcta, iremos sumando piezas y nos formaremos una mejor idea de cuál realmente es la imagen. Llegados a un punto, aunque no tengamos todas las piezas del rompecabezas, podemos ver qué figura contiene con bastante precisión. De igual manera, los indicios en su función heurística nos sirven para formarnos una idea de qué pudo haber ocurrido y, en consecuencia, formular una hipótesis que oriente la investigación. Si la hipótesis es correcta, probablemente, avancemos en la investigación y recojamos otros indicios, hasta llegar al punto que podamos justificar cómo ocurrieron los hechos del caso, sino todos, cuando menos los relevantes para resolverlo.

El razonamiento indiciario no concierne solo al proceso penal, sino que es transversal a todo tipo de proceso o procedimiento en el que se discute la ocurrencia de determinados hechos; por ello no sorprende que sea utilizado en resoluciones de casos penales, civiles, administrativos y arbitrales. La razón radica en que la naturaleza, estructura y criterios de corrección del razonamiento indiciario no difieren de un tipo de proceso a otro¹⁵. Desde esta perspectiva, lo que expondré a continuación es aplicable a cualquier tipo de controversia en la que se discuta un problema de prueba y se cuenten con hechos secundarios o periféricos que permitan inferir una determinada hipótesis fáctica.

Me propongo, en esencia, lo siguiente: (i) mostrar las inferencias probatorias que pueden presentarse en el razonamiento indiciario, con especial énfasis en su dimensión justificativa; (ii) refutar la concepción que considera a los indicios como sucedáneos de los medios probatorios; es decir, como un elemento probatorio de menor valor que la prueba directa y, consecuentemente, solo aplicable en ausencia de esta; (iii) analizar el papel que cumplen las generalizaciones empíricas en el razonamiento indiciario, en especial las máximas de la experiencia, su fundamento y su relación con la fuerza del hecho presunto; y, (iv) desarrollar los criterios de corrección del razonamiento indiciario, desde una perspectiva epistemológica y siempre en el ámbito de su dimensión justificativa.

Es pertinente advertir que la presente investigación no cubre la dimensión heurística de los indicios, sin perjuicio que la haya resaltado en estas líneas introductorias para llamar la atención en torno a que el razonamiento indiciario es útil tanto para la investigación de los hechos como para la prueba de los mismos,

13 Cfr. Giovanni Tuzet. "Usos jurídicos de la abducción", en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., p. 129.

14 Cfr. Fernando Trazegnies Granda. La teoría de la prueba indiciaria, ítem 6, en: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>; Alfredo Bullard. *Armando rompecabezas incompletos: el uso de la prueba indiciaria*, en: *Derecho & Sociedad*, N° 25, Lima, 2005, pp. 227 – 238.

15 Cfr. Xavier Abel Lluch. *Derecho probatorio*, Madrid, Bosch, 2012, p. 445, por ejemplo, resalta que la diversidad de los principios que inspiran el proceso civil y el penal, no obsta para que la dinámica, la estructura y la función probatoria del razonamiento presuntivo sean idénticas en ambos procesos.

que las inferencias en ambos casos tienen base inductiva; y, consecuentemente, que un aspecto central en ambas dimensiones se relaciona con el papel que cumplen las generalizaciones empíricas en la formulación de la hipótesis fáctica, así como en su justificación.

Por último, es importante señalar que, si bien a lo largo de este ensayo hago referencia a la legislación y jurisprudencia peruanas, ello no obsta para que lo expuesto sea aplicable a cualquier sistema jurídico.

2. ¿Qué es indicio?

Cuando se habla de indicio se alude a un concepto relacional. Ningún hecho o circunstancia es un indicio por sí mismo, sino cuando se conecta con otra realidad¹⁶. Una puerta sin rastros de haber sido forzada no significa nada y, por tanto, no merecerá nuestra atención. Sin embargo, ese dato en la escena de un crimen puede adquirir relevancia y significado, si nos permite formular una hipótesis del tipo “*la víctima conocía al asesino*” y, conforme avanza la investigación, ella es corroborada. Si una circunstancia no lleva a abducir nada sobre un aspecto relativo al *thema probandum*, es lógicamente irrelevante y, por tanto, no puede ser calificada como indicio¹⁷.

La venta de un inmueble a un familiar cercano tampoco significa nada, pero si el vendedor tenía una deuda con otra persona, el inmueble era su única propiedad, el precio pactado era ínfimo, no hubo pago en efectivo y el familiar no contaba con solvencia económica para pagar el precio de venta, ese dato, en conjunción con estos otros (indicios), adquieren significado y nos *indican* que el referido acto jurídico fue –probablemente– simulado para perjudicar el cobro del crédito (hecho presunto), pues un vendedor con real intención de venta no transfiere su único inmueble por un valor mucho menor al de mercado, sin que exista pago ni el comprador tenga posibilidades para realizarlo (máxima de la experiencia).

Como se aprecia, no existe indicio a secas, sino “*indicio de...*”, por ello se relaciona al acto, circunstancia o signo; es decir, al indicio (hecho conocido - comprobado) con un hecho presunto (hecho desconocido - necesitado de comprobación), en virtud a un nexo inferencial formulado en términos generales, ya sea una regla de la ciencia o una máxima de la experiencia. Esta estructura corresponde a una presunción judicial, también llamada simple u *homini*, de la que el indicio uno de sus elementos¹⁸. Desde esta perspectiva, podemos decir -en palabras de Taruffo- que “indicio” hace referencia al “hecho conocido” o la “fuente” que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar. Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida¹⁹.

La prueba del indicio es indirecta, pues tiene por objeto un hecho particular que si bien no califica como el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida, por sí solo o en conjunción con otros, sí nos sirve para inferirlo, por medio de las reglas de la ciencia o la experiencia²⁰. El indicio, por tanto, es indesligable del hecho presunto y la generalización que los vincula.

En el Código Procesal Civil peruano podemos observar la referencia a esta estructura en el artículo 276, relativo al indicio (acto, circunstancia o signo – que conduce – al hecho desconocido), el artículo 277, que define a la presunción (hechos indicadores – que llevan – al hecho investigado), y el artículo 281, que alude a la presunción judicial (razonamiento que parte de un presupuesto acreditado – y mediante reglas de la experiencia o conocimientos del juez – contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados). Cabe precisar que los dos primeros dispositivos no aluden directamente al nexo inferencial, sin embargo, si nos preguntamos cómo los indicios “llevan” o “conducen” al juez a la certeza del hecho desconocido relacionado con la controversia, la respuesta no puede ser otra que a través de un enlace o nexo inferencial, el cual –como veremos luego– puede ser una ley científica o una máxima de la experiencia. Así las cosas, los tres dispositivos legales antes acotados regulan la misma estructura probatoria; situación

16 Cfr. Jairo Parra Quijano. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, T. IV, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2da. Edic., 1992, p. 7; Juan Igartua Salaverria. “Los indicios tomados en serio”, *Ob. Cit.*, p. 33.

17 Cfr. Michele Taruffo. “Observaciones sobre la prueba por indicios”, *Ob. Cit.*, p. 105.

18 Cfr. Hernando Devis Echandía. *Compendio de derecho procesal civil*, *Ob. Cit.*, p. 507.

19 Michele Taruffo. *La prueba de los hechos* [Trad. Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, 2002, p. 480. En el mismo sentido, Manuel Serra Domínguez. *Estudios de derecho probatorio*, Lima, Communitas, 2009, p. 607., afirma: “No existen otras diferencias entre el indicio y la presunción que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. El indicio es el elemento base de la presunción y está la actividad intelectual del Juez que partiendo del indicio afirma un hecho distinto relacionado causal o lógicamente con el primero”. Coincide: Luis Muñoz Sabaté. *Técnica probatoria*, *Ob. Cit.*, p. 241.

20 Cfr. José Luis Vásquez Sotelo. Presunción de inocencia y prueba indiciaria, en: *Investigación y prueba en el proceso penal* [Director: Nicolás González – Cuellar Serrano], Madrid, Colex, 2006, p. 67; François Gorphe. *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 203 -204; Jairo Parra Quijano. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, T. IV, *Ob. Cit.*, pp. 10 – 11.

que no tiene nada de extraño si se tienen en cuenta que ella está implícita en las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva²¹.

Una primera crítica que puede hacerse a la regulación procesal peruana consiste en que, si los indicios conforman la premisa de la que parte una presunción judicial, no existe una razón técnica para su regulación como si se tratasen de categorías autónomas o inconexas; situación que debe ser advertida para evitar confusiones.

3. Importancia de la prueba por indicios.

No siempre un hecho puede acreditarse mediante prueba directa. Es más, existen hechos que solo pueden probarse mediante un razonamiento indiciario, como los hechos internos (v.gr. la intención, las emociones, las creencias y otros hechos psicológicos, como el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, etc.), los cuales, al no ser externamente observables, se infieren a partir de sus manifestaciones externas o indicios. Esto no solo es reconocido por la doctrina²², sino también por la ley. Por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1106, al regular el delito de lavado de activos, prescribe que el conocimiento del origen ilícito del dinero, bienes, efectos o ganancias, que tiene o debía presumir el agente del delito, podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

Pero la importancia de los indicios no se reduce a la prueba de los hechos internos; incluso cuando se tratan de los denominados hechos externos, la prueba por indicios reviste suma trascendencia. Al respecto, debe recordarse que el razonamiento probatorio es esencialmente probabilístico, por lo que se exige que la hipótesis a probar tenga el mayor nivel de corroboración posible. En tal sentido, la prueba por indicios puede complementar a la prueba directa, siendo, por tanto, erróneo considerarla como auxiliar o suplente de esta, y descartarla si existe prueba directa, cuando es claro que mientras más elementos apoyen a la hipótesis judicial, mayor será su grado de corroboración. Sobre este último punto, regresaremos más adelante.

La relevancia de los indicios todavía es mayor en aquellos casos en los que se busca acreditar la violación de una regla que establece una prohibición, ya sea de tipo civil, administrativo o penal. Y es que, en estos casos no es extraño que el agente infractor pretenda ocultar o borrar las huellas de su acción ilícita; de manera que la determinación de los hechos del caso solo será posible por medio de la prueba indiciaria²³.

En los delitos de corrupción de funcionarios, por ejemplo, se destaca que es poco frecuente que exista prueba directa, *“siendo la regla el empleo de la prueba indiciaria para su probanza”*²⁴.

Para el caso de la concertación de precios entre competidores también se afirma que la prueba indiciaria es plenamente aplicable, pues exigir que estos acuerdos se acrediten mediante prueba directa equivaldría a dotarlos de impunidad²⁵. Al respecto, en la Resolución N° 008-2010/CLC-INDECOPI se anota: “82. En los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, los indicios y presunciones son una herramienta particularmente importante, toda vez que las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de su conducta, suelen desarrollarla de manera que su detección sea más difícil. Muchas decisiones empresariales no son registradas por escrito o, si lo son, se usa un lenguaje del que no se puede derivar la intencionalidad o la manera en la que ocurrieron exactamente las cosas. Así, no suelen dejarse rastros de cómo sucedieron los hechos”.

Más próxima en el tiempo es la Resolución N° 100-2017/CCL-INDECOPI, en cuyo fundamento 160 se indica: “(...) en diversa literatura legal y económica y decisiones de agencias de competencia en el mundo, se ha utilizado el término “prácticas concertadas” para designar a un tipo especial de acuerdo: aquellos que no pueden demostrarse a través de pruebas directas, pero que, a partir del uso de indicios y presunciones, pueden inferirse como única explicación razonable”²⁶.

21 Cfr. Marina Gascón Abellán. *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado, 2014, p. 51.

22 Cfr. Mercedes Fernández López. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005, pp. 65 – 66. Sobre la prueba de la intención me remito al excelente trabajo de Daniel González Lagier. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2005, pp. 189 – 228.

23 Cfr. Luis Vásquez Sotelo. “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, Ob. Cit., p. 68; García Caverro. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Lima, Editorial Reforma, 2010, p. 26.

24 Cfr. Christian Salas Beteta. La dificultad probatoria en los delitos de corrupción de funcionarios en un sistema acusatorio, en: *Derecho probatorio contemporáneo* [Mónica María Bustamante Rúa, coordinadora académica], Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 211.

25 Cfr. Cecilia O’neill de la Fuente. *La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrapado en el dilema del preso*, en: http://www.forseti.pe/sites/default/files/oneill_1.pdf; Alfredo Bullard. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2da. Edic., Palestra, 2006, p. 1190.

26 Un estudio de esta y otras resoluciones en las que el INDECOPI utiliza el razonamiento indiciario para sancionar prácticas anticompetitivas podemos encontrarlo en: Quintana Sánchez. “Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba

Sobre la simulación del acto jurídico, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la CAS N° 4636-2013 expresa: “Debe señalarse que el recurrente cuestiona que el pronunciamiento de la Sala Superior se haya basado, entre otros, en indicios. Sobre el punto debe señalarse que no hay impedimento legal alguno para una sentencia se base en la prueba indiciaria; por el contrario, los artículos 276 y 277 del Código Procesal Civil expresamente admiten esta posibilidad y el uso de dichos sucedáneos probatorios son además indispensables en materia de simulación, pues precisamente un acto jurídico pretende también borrar la huellas del negocio que oculta, de allí que esa discordancia entre lo declarado y la voluntad de las partes exige valorar esta última circunstancia”.

4. ¿Los indicios son sucedáneos de los medios probatorios? Diferencias entre prueba directa e indirecta.

El Diccionario de la Real Academia Española define a “sucedáneo” como un adjetivo: “*Dicho de una sustancia: Que, por tener propiedades parecidas a las de otra, puede reemplazarla*”²⁷. Solemos llamar chocolate a los preparados que mediante formatos o moldeados especiales son susceptibles de ser confundidos con el verdadero chocolate, pero no son más que sucedáneos de aquel. Otro sucedáneo es la leche en polvo. Ambos productos son sustitutos y, si bien comparten ciertas características o propiedades con los productos originales o auténticos, no tienen la misma calidad, sino una inferior.

Este concepto de sucedáneo, como elemento de suplencia y de menor nivel, se ha utilizado para caracterizar a determinados instrumentos procesales a los que el juez puede recurrir por falta de prueba directa. En esta línea, Devis Echandía anota: “El concepto de sucedáneo de prueba es útil para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver en el fondo de cuestión debatida”²⁸. Por su parte, Lorca Navarrete, desarrollando el concepto de presunción, sostiene: “como señala el TC la presunción solo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los medios de prueba (STC de 3 de octubre de 1986, en la Ley 8214-R, 1986) y, por tanto, suple a la prueba directa”²⁹.

El Código Procesal Civil peruano considera dentro del Título: “Sucedáneos de los medios probatorios”: (i) al indicio, (ii) la presunción legal relativa o *iuris tantum*, (iii) la presunción legal absoluta o *iuris et de iuri* (iv) la presunción judicial; y, (v) la ficción legal. Según el artículo 275° del citado Código: “Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos”.

La distinción entre los medios probatorios y sus “sucedáneos” es absurda, en principio, porque un medio probatorio puede acreditar tanto un hecho principal como un hecho secundario; de manera que es imposible sostener, por ejemplo, que un indicio es auxiliar o suplente de un documento, no solo porque no se conoce qué hecho (principal o secundario) prueba el documento, sino porque, como veremos más adelante, la diferencia entre prueba directa e indirecta es solo de grado y ambas tienen por función establecer la verdad de las afirmaciones sobre los hechos.

El legislador peruano, al considerar a estos elementos bajo el rótulo de sucedáneos de los medios probatorios y calificarlos como auxilios, parece situarlos en un escalón inferior a los medios probatorios. Bajo esta concepción, Trazegnies Granda sostiene: “Notemos cómo el Código Procesal Civil en su artículo 191 dice que todos los medios de prueba así como sus sucedáneos son idóneos para probar. Pero idóneo no significa que son iguales. Y lo sucedáneo tiene un cierto carácter de inferioridad y de incompletitud. Más adelante el mismo autor anota: “El propio Código Procesal Civil, en su artículo 275, da a este término [sucedáneo] no el carácter de medio probatorio propiamente dicho sino de “auxilio” de los medios probatorios; con lo cual deberíamos concluir que la prueba indiciaria o por presunciones (lógicas, no jurídicas) no es una verdadera prueba sino un sustituto de menor calidad disponible solo para cuando no puede encontrarse una prueba auténtica”³⁰.

Pues bien, más allá que legalmente también se establezca que los sucedáneos y, consecuentemente, los indicios, pueden complementar o sustituir el valor o alcance de los medios probatorios, dicho tratamiento

requerido”. En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10, Lima, Círculo de Derecho Administrativo, pp. 15 – 45. A nivel internacional, es relevante el “Informe en Derecho: La prueba de la colusión”, emitido por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, con fecha 28 de octubre de 2010, en el que también se analiza el uso de la prueba indiciaria para combatir cárteles.

27 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª Edic, 2001.

28 Hernando Devis Echandía. *Compendio de derecho procesal civil*, T. II, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 10ª Edic., 1994, p. 193.

29 Antonio Lorca Navarrete. Mª. *Tratado de derecho procesal civil*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 779.

30 Fernando Trazegnies Granda. *La teoría de la prueba indiciaria*, ítem 9, en: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>

se vincula a la concepción consistente en que la prueba indirecta tiene un menor valor probatorio que la prueba directa y, por tanto, solo cabría recurrir a la primera como suplente, esto es, cuando ya no quepa más remedio por la falta de prueba directa que acredite el hecho en cuestión (rol subsidiario).

La distinción entre prueba directa e indirecta se establece según la relación existente entre el hecho a probar y el objeto de prueba. En tal sentido, la prueba es directa cuando versa sobre el hecho que se busca probar para que se derive la consecuencia jurídica pretendida (hecho principal), y es indirecta cuando el objeto de prueba es un hecho distinto (secundario o periférico), pero que tiene la virtud de sustentar -por sí mismo o en conjunción con otros- una inferencia o cadena de inferencias por medio de las cuales se puede acreditar el hecho principal³¹. Así, por ejemplo, si el hecho a probar fuese que A mató a B de un disparo, el testimonio de alguien que afirma haber presenciado el evento será prueba directa, mientras que el testimonio de una persona que sostiene haber observado cómo A amenazó de muerte a B, será prueba indirecta o indiciaria.

La concepción que postula una diferente calidad epistemológica y menor valor probatorio de la prueba indirecta versus la directa se asienta en la idea errónea de que la primera, al tratar sobre un hecho secundario requeriría razonamientos o inferencias; mientras la segunda, al tener por objeto al hecho a probar (hecho principal), lo acreditaría espontáneamente con prescindencia de cualquier razonamiento.

Esta concepción debe ser rechazada; tanto la prueba directa como la indirecta requieren de inferencias probatorias, por lo que entre ellas no existe una diferencia ontológica, sino de grado³². Siguiendo con el mismo ejemplo, la declaración del testigo T: “vi como A disparó contra B y como este cayó muerto”, no acredita por sí sola el hecho que se pretende probar. Para ello previamente debe establecerse la credibilidad del testigo T y descartar errores de percepción o memoria³³, lo cual como es obvio exige desarrollar inferencias probatorias.

La simple observación de la prueba directa, sumada a la inmediación del juez, no basta para tener por acreditada una hipótesis fáctica. Como bien anota Muñoz Sabaté: “Eso que se llama vulgarmente observación no es de ordinario más que un resultado compuesto en el cual esta operación no entra más que en una décima parte, y las nueve restantes provienen de inferencias. (...) Metafóricamente podría decirse que la inferencia sigue a la observación como el trueno al relámpago”³⁴.

Así, pues, si tanto en la prueba indirecta como en la directa deben desarrollarse inferencias probatorias, su solidez debe valorarse siguiendo similares criterios de racionalidad epistemológica³⁵.

Desde luego, la prueba indirecta -para que tenga sentido- no solo exige inferencias dirigidas a contrastar su fiabilidad, sino que además las requiere para conectar el hecho secundario, que constituye su objeto, con el hecho principal. Podría pensarse que la necesidad de estas últimas inferencias incide en un menor valor probatorio de la prueba indirecta, bajo la premisa que la debilidad de una prueba es directamente proporcional al número de eslabones que componen la cadena inferencial, pues mientras más inferencias sean necesarias para probar un hecho, mayores serán las posibilidades de errar en el razonamiento. Sin embargo, aunque *prima facie* la premisa es correcta, no debe perderse de vista que el valor probatorio tanto de la prueba directa como de la indirecta, no se establece en abstracto, sino en el caso concreto y, en último término, no depende del número de inferencias utilizadas, sino de su calidad epistemológica y, en especial, de la fortaleza de las reglas inferenciales empleadas³⁶.

Un ejemplo de Igartua nos puede aclarar el panorama: “(...) el cotejo del ADN de los restos orgánicos que el forense halla en el cuerpo de la víctima con el ADN del imputado -ejemplo de prueba indiciaria-, proporciona informaciones mucho más fiables que la identificación del agresor directamente realizada por la persona agredida. De dónde, lo que finalmente cuenta es la validez de la regla con la que se construye

31 El Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 4278-2011-HC, F.J. N° 4, destaca que el razonamiento lógico de la prueba indiciaria se caracteriza porque, “si bien los hechos objeto de prueba en un proceso penal no siempre son comprobados mediante los medios probatorios directos, para lograr este cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones”. Como anota el propio Tribunal en la STC N° 00728-2008-HC, F.J. N° 24: “En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial -indicio” que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final -delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”.

32 Cfr. Daniel González Lagier. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ob. Cit., p. 94; Marina Gascón Abellán. *Cuestiones probatorias*, Ob. Cit., p. 48; Juan Igartua Salaverría. “Los indicios tomados en serio”, Ob. Cit., pp. 49 - 50.

33 Cfr. Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 101.

34 Cfr. Luis Muñoz Sabaté. *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997, p. 187.

35 Cfr. Mercedes Fernández López. *Prueba y presunción de inocencia*, Ob. Cit., pp. 66 - 67.

36 Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Cuestiones probatorias*, Ob. Cit., p. 50.

la inferencia: fuerte si se trata de una ley lógica o científica, débil si se funda en máximas de la experiencia corriente”³⁷.

En la misma línea, Vásquez Sotelo sostiene que el error de atribuir a las pruebas directas un mayor valor probatorio que a los indicios se debe a la confianza en la fiabilidad de las primeras, cuando es indudable que pueden ser incluso más falibles que los indicios. “Todo depende de la calidad probatoria del indicio”, afirma. Y pone un ejemplo: “(...) en el año 2004 los vecinos de un edificio venían oyendo en un domicilio fuertes discusiones entre la pareja ocupante. Un día los gritos fueron mayores que nunca, por lo que avisaron a la policía. Al llegar poco después y serles abierta la puerta, encontraron en el suelo de la cocina el cuerpo sin vida de la mujer, que había recibido múltiples puñaladas, así como a su compañero con diversas manchas de sangre y en el suelo el cuchillo utilizado para el homicidio. Nadie ha presenciado la comisión del delito. Nadie ha presenciado las puñaladas con las que el hombre mató a la mujer. No hay testigos ni documentos y puede no haber confesión del sospechoso; por lo tanto, no existe prueba directa del crimen y, sin embargo, nadie podrá tener la menor duda sobre el autor de los hechos”³⁸.

5. Los indicios según su fuerza o eficacia probatoria.

No todos los indicios otorgan la misma fuerza probatoria a la presunción judicial. Se distingue así entre el *indicio necesario*, caracterizado porque conduce sin excepciones al hecho desconocido; y el *indicio contingente*, el cual puede deberse a muchas causas o ser la causa de muchos efectos³⁹.

Para ser más explícito, el primero debe su denominación a su característica de ser *condición necesaria* del hecho presunto o desconocido. En este caso el enlace es una ley científica o un enunciado de carácter general que, a la luz de los conocimientos actuales, no admite excepciones. La doctrina coloca como ejemplos: el embarazo del que se deduce la fecundación previa, o las cenizas de las que se infiere que hubo fuego⁴⁰.

El indicio contingente, por su parte, constituye *condición suficiente* del hecho presunto; por ello, si bien puede ser causa del hecho desconocido, no se descarta que existan otras causas. Por ejemplo, el hecho que X haya amenazado de muerte y jurado venganza a Y, es un móvil para el asesinato de Y, pero no implica necesariamente que X sea el asesino. En la misma línea, la característica antes anotada tampoco permite descartar que existan otras posibles explicaciones para el hecho que se reputa como indicio. Un par de ejemplos: la venta de un inmueble a un familiar no acredita por sí sola la simulación del acto jurídico, pues es probable que la venta sea real; la posesión de la cosa robada por parte de X, no acredita necesariamente que él la robó, ya que podría tratarse de un receptor.

El grado de apoyo de los indicios contingentes al hecho desconocido, hipótesis o hecho a probar, puede tener distintos grados de probabilidad. Seguiremos a IGARTUA⁴¹, quien distingue entre:

- (i) Indicios equiprobables.- Conducen a dos hipótesis distintas con el mismo grado de probabilidad. Por ejemplo, en el arma homicida aparecen las huellas de X y Y, de manera que este indicio apunta indistintamente a X o a Y como autores del homicidio.
- (ii) Indicios orientados o de probabilidad prevalente.- Conectan no solo con la hipótesis a probar, sino también con otra hipótesis alternativa, pero con un grado de probabilidad superior a favor de la primera. Por ejemplo, en el lugar del homicidio aparecen casquillos de bala de dos calibres diferentes. Este indicio permite sustentar dos hipótesis: a) participaron dos individuos en los disparos; o, b) un único individuo utilizó dos armas. Si tomamos como máxima de la experiencia el principio de economía en el comportamiento humano (“simplicidad en la explicación” y “adecuación” de medio a fin), no hay duda que debe privilegiarse a la primera hipótesis, pero no por ello queda excluida la segunda, pues bien pudo ocurrir que el atacante quiso incrementar la eficacia de su acción empuñando dos armas.
- (iii) Indicios cualificados o de alta probabilidad.- Se caracterizan porque acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis a probar, fundamentalmente porque no se vislumbra una hipótesis alternativa; y, en caso la hubiera, solo el imputado/demandado estaría en condición de formular la contra-hipótesis correspondiente. Por ejemplo, si con posterioridad al asalto a un banco, se encuentran

37 IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “Los indicios tomados en serio”, Ob. Cit., p. 52.

38 VÁSQUEZ SOTELO, José Luis. “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, Ob. Cit., p. 69.

39 Cfr. Manuel Miranda Estrampes. “Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal”, en: *Aequitas, Revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, N° 1, Año 1, Tercera Época, 2012, p. 25; GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, Ob. Cit., p. 208.

40 Cfr. Percy García Caverro. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Ob. Cit., p. 96.

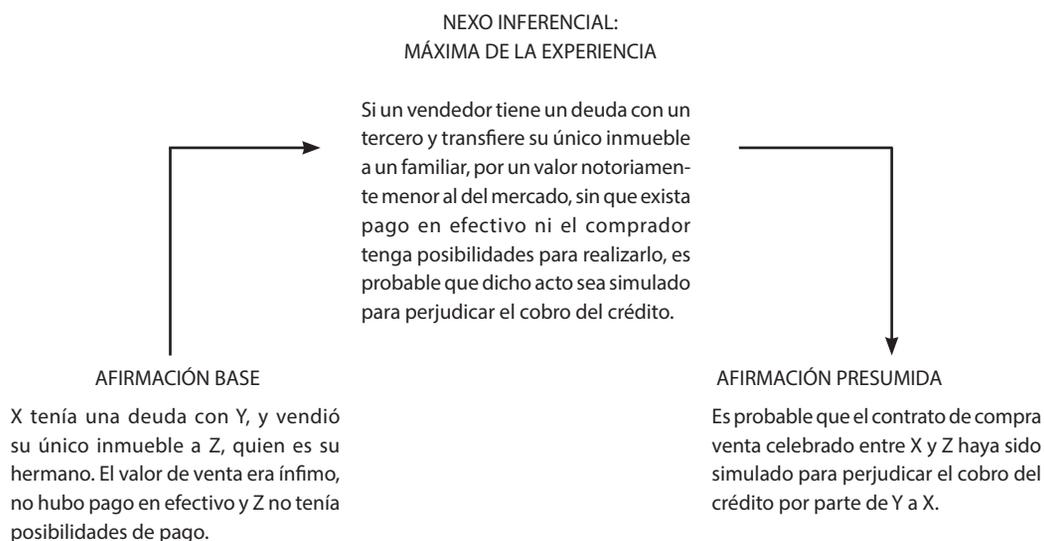
41 Juan Igartua Salaverria. “Los indicios tomados en serio”, Ob. Cit., pp. 54 - 55. Los ejemplos también pertenecen a este autor.

en el interior de la caja fuerte las huellas del imputado, quien nunca ha mantenido algún tipo de relación con la entidad bancaria, no se ve una hipótesis que pueda contraponerse a la de su participación en dicho asalto, salvo que las explicaciones del interesado confieran alguna verosimilitud a algo que no se nos ha pasado por la cabeza.

Dado que el indicio contingente constituye *condición suficiente* del hecho presunto se exigen como criterios de corrección de la inferencia probatoria: pluralidad, concordancia y convergencia de indicios, así como ausencia de contra-indicios consistentes. Estos criterios serán desarrollados más adelante.

6. Estructura de la presunción judicial.

Como hemos visto, el concepto de indicio es relacional. Esto supone que el indicio siempre va asociado a una hipótesis o hecho a probar, mediante un nexo inferencial. En nuestro ejemplo sobre la simulación del acto jurídico se advierte claramente esta estructura:



Por supuesto, he simplificado la inferencia respecto de la mala fe de Z. La decisión requeriría desarrollar el argumento en este extremo, aunque se encuentre implícita. Sobre el particular debe advertirse que, por lo general, los argumentos se encadenan con otros o se ramifican en sub argumentos. Sin embargo, he buscado presentar la inferencia de modo muy concreto para mostrar su estructura, los elementos que la componen y la estrecha vinculación entre los mismos, al punto que no pueden escindirse sin desvirtuar la prueba por indicios. Ello no obsta que, para efectos analíticos, los trataremos por separado.

a) Afirmación base.

Uno o más indicios (acto, circunstancia o signo) conforman la afirmación base que servirá para probar, mediante inferencia, bien sea otro indicio o el hecho principal⁴². El indicio que integra la afirmación base es, por su naturaleza, un *hecho conocido*. Esta caracterización pone énfasis en la forma cómo el juez conoce el hecho y en la calidad epistemológica del mismo, como fuente de la presunción judicial.

El primer aspecto está dominado por las normas procesales. En este contexto, un *hecho conocido* es cualquier circunstancia de hecho que el juez conozca de los modos admitidos por las normas procesales: los hechos probados en el proceso, los hechos notorios, los hechos admitidos como verdaderos por las partes (si lo autorizan las normas que rijan el respectivo proceso); y, en general, todas las circunstancias de las que el juez tome conocimiento en el proceso, incluyendo el comportamiento de las partes.

El segundo aspecto es gobernado por las denominadas *reglas de la sana crítica*⁴³. En este caso se pone énfasis en la necesidad de que el indicio ofrezca una base cognitiva sólida para fundamentar la presunción judicial; de otro modo el resultado que se presenta como hipótesis no sería más que una conjetura o una mera especulación.

42 Cfr. Manuel Serra Domínguez. *Estudios de derecho probatorio*, Ob. Cit., p. 667.

43 Daniel González Lagier. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ob. Cit., p. 80, identifica a las reglas de la sana crítica con los criterios de solidez de la inferencia probatoria proporcionados por la epistemología de la ciencia.

No es posible identificar *a priori*, las circunstancias, signos o hechos conocidos que puedan ser considerados como indicadores de otros hechos desconocidos. Toda circunstancia, en el sentido amplio del término, puede servir como fuente de una presunción judicial, con la única condición que sea relevante para la determinación de un hecho controvertido. Acá entra en juego el criterio de relevancia de los medios probatorios y de los enunciados relativos a las circunstancias o hechos secundarios que con ellos se pretende acreditar.

La relevancia es un estándar lógico que sirve de presupuesto para la admisión de un medio probatorio: solo deben admitirse los medios probatorios relevantes; es decir, aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio, de manera que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de tales hechos. En consecuencia, será relevante todo medio probatorio que, en el supuesto que acreditase los hechos con los cuales se conecta, incidiera –de algún modo- en el resultado de la decisión judicial.

En el caso de la prueba indirecta, la relevancia es lógica, pues, como su objeto es el hecho secundario debemos contar con un enlace o criterio lógico (en el sentido amplio del término) que nos permita inferir el hecho principal. En este contexto, el *juicio de relevancia* exige, primero, que explicitemos cuál es el hecho secundario que pretendemos acreditar con la prueba indirecta; y, segundo, cómo ese hecho guarda conexión con el hecho principal. Esto, como es obvio, exige que se exponga el razonamiento indiciario. Solo así el juez podrá conocer y evaluar si la prueba indirecta y el hecho o circunstancia que constituye su objeto son pertinentes para resolver la controversia.

b) Afirmación presumida.

La conclusión de la presunción judicial es un enunciado relativo a un hecho distinto del que le sirve de base, pero conectado con él. En términos generales y simplificados, esta conclusión o afirmación presumida puede ser: (i) necesaria, si el nexo entre ambos elementos es una regla general que no admita excepciones, en cuyo caso la inferencia será deductiva; o, (ii) probable, si el enlace es una generalización que admite excepciones; supuesto en el cual la inferencia tendrá la estructura de una inducción probabilística. Por lo general, el razonamiento indiciario es inductivo, por lo que el valor probatorio de la conclusión es relevante para establecer si logra superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso.

La doctrina caracteriza a la afirmación presumida como un *hecho desconocido* en oposición al *hecho conocido* que le sirve de base. Se busca así resaltar que mientras el *hecho conocido* debe estar plenamente acreditado, el *hecho desconocido* es el hecho a probar que se obtiene mediante una presunción judicial. La distinción entre ambos elementos debe ser precisada para evitar confusiones. Es cierto que el hecho presunto es el resultado de una inferencia probatoria que nos lleva a conocer algo nuevo o no conocido antes de ella. Sin embargo, nada obsta para que ese hecho -hasta ese momento desconocido- pueda servir como premisa de otra presunción judicial.

Desde esta perspectiva, el *hecho desconocido* en una presunción judicial puede ser –ya como resultado de aquella presunción– el *hecho conocido* en una subsiguiente presunción. Parece paradójico, pero no lo es si se tiene en cuenta que la distinción se sustenta en que toda inferencia nos lleva de un hecho conocido a otro hecho desconocido. Es claro, entonces, que esta distinción se formula desde un punto de vista lógico y en el marco de una sola presunción judicial, lo cual desde luego no excluye que el juez pueda desarrollar una cadena de inferencias en la que un indicio pueda ser acreditado por medio de una inferencia con base en otro indicio. Sobre este punto regresaremos más adelante.

c) Nexo inferencial.

Para pasar de la afirmación base a la afirmación presumida se requiere de un enunciado de carácter general que sirva de enlace entre ambas. Este elemento dota de sentido al *hecho conocido* como indicador de la existencia (o inexistencia) del *hecho presunto*; asimismo, incide en el grado de corroboración de este último. En pocas palabras, el nexo inferencial determina la relevancia lógica y la fuerza probatoria del indicio respecto del hecho presunto. Sin nexo inferencial no hay posibilidad alguna de razonamiento probatorio.

El enlace de la inferencia probatoria es una generalización o una regla cuya función consiste en describir regularidades que pueden ocurrir en el mundo (regla descriptiva)⁴⁴. Nosotros, como integrantes del mundo,

44 "Al emplear reglas descriptivas informamos o explicamos una regularidad o uniformidad. El uso de una regla descriptiva presupone, pues, una multiplicidad de casos, siendo lo que distingue a las reglas descriptivas de las observaciones singulares su carácter general en lugar de particular. Es verdad que ayer fui caminando a mi oficina, pero es verdad en un sentido diferente decir que *regularmente* voy caminando a mi oficina. Observar que "los Alpes, por regla, están cubiertos de nieve en mayo" no es lo mismo que observar una cumbre de los Alpes nevada. Afirmar la existencia de una regla descriptiva implica necesariamente generalizar. No existen reglas para

tomamos contacto con individuos concretos o particulares –esta persona, ese carro, tal oficina, aquellas palabras, este perro, etc.–, pero solemos guiar nuestro comportamiento, presumir el comportamiento de otros y adoptar decisiones, sobre la base de una regla o patrón que generaliza la relación entre los individuos y sus circunstancias. Esas regularidades se fijan a partir de observaciones singulares que, debido a su frecuencia y uniformidad, luego se generalizan para casos tipo. La generalización, por tanto, otorgará mayor fuerza probatoria a la hipótesis fáctica cuanto mayor sea la base empírica observada y menores sean las excepciones a la regla. Se distinguen así *-grosso modo-* a las generalizaciones que tienen una validez absoluta y universal; de modo que si se da X, entonces, necesariamente se concluye Y (leyes científicas); de otras que admiten excepciones y, por tanto, si se da X, entonces, es probable que ocurra Y (máximas de la experiencia).

El tipo de inferencia que puede formularse y, sobre todo, el grado de confirmación de la hipótesis, dependen del tipo de enlace que se utilice⁴⁵. Cuanto mayor fundamento tenga enlace, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis; y, a la inversa, cuanto menor fundamento posea el enlace, menor será el grado de confirmación de la hipótesis. Así, desde la perspectiva del fundamento del enlace, podemos distinguir varias situaciones⁴⁶:

(i) *Generalizaciones que corresponden en realidad a leyes científicas de carácter universal.*

Estas generalizaciones tienen su fundamento en conocimientos científicos confirmados, aunque estén expresadas en un lenguaje ordinario. Por ejemplo, nosotros sabemos –porque forma parte de nuestra experiencia– que todos los cuerpos pesados caen de arriba hacia abajo, aunque la Ley de la Gravitación sea más precisa y esté formulada como un *enunciado universal*⁴⁷.

Una generalización es universal cuando, sin excepciones, correlaciona todos los supuestos de un caso con determinadas propiedades, como ocurre con la Ley de la Gravitación o la ley “todos los metales se dilatan con el calor”. Estamos ante generalizaciones que se fundan en conocimientos que se consideran válidos para todos los casos posibles. Este tipo de enlaces pueden dar lugar a la inferencia que HEMPEL definió como “*nomológico-deductiva*”, refiriéndose a aquella cuya estructura deductiva tiene como premisa mayor a una ley de validez universal, de la cual podía derivarse una conclusión necesaria⁴⁸.

Podría pensarse que este tipo de inferencias son infalibles, dada el carácter necesario de sus conclusiones, sin embargo, conviene separar las cuestiones lógicas de las epistemológicas, recordando que la validez de un argumento deductivo no tiene que ver con el contenido de sus premisas, sino con su forma. En consecuencia, incluso una inferencia cuya premisa mayor sea una ley universal, puede dar como resultado una conclusión falsa, si los enunciados sobre los hechos particulares son falsos. La coartada, por ejemplo, se presenta como un argumento sólido por la ley universal en la que se apoya (nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares) y su forma lógica (*modus tollens*), sin embargo, a pesar de su validez lógica, puede ser un argumento falso, si se demuestra que el acusado no estaba en el lugar que indica, a la hora que ocurrió el hecho delictivo⁴⁹.

(ii) *Cuasigeneralizaciones.*

Se trata de enlaces que, si bien no corresponden a generalizaciones de carácter universal, tienen un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada frecuencia estadística. La conclusión que se deriva de este tipo de enlaces no es la de una certeza deductiva, pero sí puede considerarse dotada de certeza práctica. En este caso la inferencia sería *cuasinomológica-deductiva* y su conclusión puede considerarse dotada de una certeza práctica.

(iii) *Generalizaciones que expresan la “normalidad” de ciertos acontecimientos o conductas.*

Este tipo generalizaciones se refieren a lo que normalmente o con cierta habitualidad ocurre en determinadas situaciones: “*si sucede A normalmente ocurre B*”. Aluden al comportamiento normal o esperado ante una situación específica. Por su naturaleza, admiten excepciones y pueden ser falsadas, de modo que su

casos particulares” (Frederick Schauer. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* [Traductores: Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez], Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 76).

45 Cfr. Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, Ob. Cit., pp. 271 - 273

46 La clasificación corresponde a Michele Taruffo. *Simplemente verdad* [Trad. Daniela Accatino Scaglioti], Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 237 - 239; *Páginas sobre la justicia civil* [Trad. Maximiliano Aramburo Calle], Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 439 - 453.

47 *Ibidem*, p. 238.

48 Sobre el modelo nomológico-deductivo puede verse: Daniel Mendoca. *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 1997, p. 54.

49 Cfr. Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*, Ob. Cit., pp. 99 - 100.

fiabilidad debe ser evaluada caso por caso. A esta clase de generalizaciones nos referimos cuando hablamos de *máximas de la experiencia*.

Las máximas de la experiencia –*stricto sensu*– constituyen generalizaciones de una multiplicidad de casos, hechos o comportamientos que enuncian cierta frecuencia, regularidad y uniformidad. Son el resultado de una *inducción ampliativa o generalizadora*, en donde a partir de una serie de casos particulares se extrae una regla que los correlaciona, la cual sirve para predecir o explicar futuros acontecimientos⁵⁰. Así, la observación constante de la relación (de causalidad, consecutividad temporal, contigüidad espacial, etc.) entre X y Y nos conduce a generalizarla en una regla que enuncia su asociación epistemológica, de manera que en presencia de uno de los términos (que puede ser un hecho o conjunto de ellos), podemos inferir el otro⁵¹.

En la película “12 Angry Men”, por ejemplo, uno de los miembros del jurado cuestiona la fiabilidad de la testigo de cargo, quien afirmó que, encontrándose a punto de dormir, escuchó gritos, por lo que inmediatamente se puso de pie y vio a través de las ventanas de un tren en marcha, cómo en el departamento del frente el joven acusado le asestaba una puñalada en el pecho a su padre. Dicho miembro del jurado advirtió que la testigo tenía unas marcas en la parte superior de la nariz, las mismas que asoció al uso de gafas o lentes. Luego, como la testigo había dicho que estaba a punto de dormir, infirió que al momento en que ella escuchó los gritos y fue hacia la ventana, no llevaba puestas sus gafas, de modo que no podría haber identificado al asesino, máxime si era de noche y había un tren en marcha entre el departamento de la testigo y el de la víctima. Ambas inferencias se basan en reglas descriptivas obtenidas a partir de la generalización de casos particulares (máximas de la experiencia): “las marcas homogéneas presentes a cada lado de la parte superior de la nariz son causadas por el uso de gafas”; y, “las personas se quitan las gafas antes de dormir”.

Ahora bien, como la inducción ampliativa o generalizadora se caracteriza porque siempre hay un salto de las premisas a la conclusión, esta puede calificarse como más o menos probable, pero nunca como verdadera⁵². Por consiguiente, la fuerza de las máximas de la experiencia dependerá de la solidez de la inferencia de la que proviene; esto es, de la amplitud de la base empírica y la regularidad observable en todos los casos que conforman dicha base. “Cuanto más alto sea el número de casos examinados y mayor la regularidad observada, la probabilidad de una máxima subirá en esa proporción; y a la inversa”⁵³.

Esta clase de generalizaciones son las de mayor uso por parte de la judicatura, por lo que conviene señalar algunas condiciones que deben cumplirse⁵⁴:

- No deben haber sido falsadas por conocimientos científicos, pues de lo contrario carecerán de base empírica o fundamento epistemológico.
- No deben entrar en contradicción con otras máximas de la experiencia tan de sentido común como aquellas, pues, si así fuera, la hipótesis no tendría la fuerza probatoria suficiente para superar el estándar de prueba.
- Se deben tratar de máximas que comúnmente formen parte de la cultura media del lugar donde el juez se desenvuelve.

50 Cfr. Friedrich Stein. *El conocimiento privado del juez* [Trad. Andrés de la Oliva Santos], Bogotá, 2da. Edic., Temis, 1999, p. 27, en su clásica definición, caracteriza a las máximas de la experiencia del siguiente modo: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Véase también: Luis Muñoz Sabaté. *Técnica probatoria*, Ob. Cit., p. 191.

51 Carlos de Miranda Vásquez. “La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., pp. 190 – 197.

52 Cfr. Perfecto Andrés Ibáñez. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en: *Doxa*, N° 12, 1992, p. 287; UBERTIS, Giulio, “Profili epistemologici della prova”, en: *La prova nel processo civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II., 1999, p. 468; Larry Laudan. “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en: *Doxa*, N° 28, 2005, p. 110, afirma: “Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas”. Por su parte, Daniel González Lagier. *Quaestio facti*, Ob. Cit., p. 86, señala: “(...) las máximas de la experiencia son a su vez la conclusión de una inducción ampliativa, por lo que no son necesariamente verdaderas, sino probables (en el sentido inferencial). Su grado de credibilidad racional dependerá de que la inducción por medio de la cual han sido establecidas esté bien hecha” El mismo autor se refiere a la inducción ampliativa o generalizadora como aquella cuya conclusión va más allá de las premisas. “En una inducción –nos dice el citado filósofo alicantino– siempre hay un “salto” de las premisas a la conclusión, por lo que la verdad de unas no nos garantiza la verdad de la otra. La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera” (p. 66) Sobre la inducción generalizadora también puede revisarse: Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*, Ob. Cit., p. 103.

53 Juan Igartua Salaverria. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 168. En la misma línea: Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*, Ob. Cit., p. 180.

54 Cfr. Juan Igartua Salaverria. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2009, pp. 150 - 154; Michele Taruffo. *Páginas sobre justicia civil*, Ob. Cit., pp. 451 – 452; Sonia Rodríguez Boente. “Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados”, en: Francisco Puy Muñoz y Juan Guillermo Portela (ed.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 387.

- Mientras mayores sean las excepciones, mayor debe ser la justificación que está obligado a dar el juez, para descartar que el caso no cae en ninguna de ellas.
- Las máximas de la experiencia deben ser universalizables; de modo que puedan ser aplicadas a otros casos similares al que es materia de juzgamiento.

(iv) *Generalizaciones espurias.*

Se tratan de enunciados formulados como reglas generales, pero que carecen de base empírica o fundamento epistémico y, por tanto, no aportan ningún contenido cognoscitivo que permita atribuir algún grado de confirmación a la hipótesis⁵⁵. Son generalizaciones espurias enunciados del tipo: “*la víctima no tiene ninguna razón para venir a mentir*”⁵⁶, “*las confesiones son normalmente verdaderas*”, “*cuanto más seguro esté de sí el testigo hay más probabilidades de que dice la verdad*”⁵⁷, “*los niños siempre dicen la verdad*”⁵⁸, etc.

Los estereotipos o perfiles contruidos sobre la base de patrones culturales previamente establecidos, en tanto se dirigen a explicar o predecir un determinado comportamiento, también suelen adoptar la forma de “generalizaciones”. El juez debe estar muy atento a los estereotipos y a los “argumentos efectistas” que buscan presentar a una determinada posición como plausible o digna de protección, cuando en realidad se basan en prejuicios o formas de discriminación⁵⁹. Un claro ejemplo de estereotipo es la expresión “*los hombres siempre mienten*”, emitida por una funcionaria de la Oficina de Violencia Doméstica de Argentina, contenida en el documental “*Borrando a papá*”⁶⁰.

Si el juez en su razonamiento emplea generalizaciones espurias; prejuicios, estereotipos o, en general, enunciados que carecen de base empírica, en realidad no aporta razones que hagan plausible o apoyen su posición. Estaremos ante una motivación meramente ficticia o aparente⁶¹. Pensando en estos casos, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que el uso de las máximas de la experiencia debe ser sometido a un cierto control, “*pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada*”⁶².

7. Criterios de corrección de la presunción judicial.

Dado que no existe una distinción esencial entre la prueba directa y la indirecta, y en ambos casos se requieren inferencias inductivas (en el caso de la prueba directa, para analizar su fiabilidad), los criterios de corrección de la presunción judicial establecidos por la doctrina, la legislación⁶³; y, la jurisprudencia⁶⁴,

55 “Una generalización espuria es aquella que no tiene base empírica, pudiendo ser un prejuicio, por ejemplo. Una generalización no espuria es aquella que dispone de base empírica, aunque no sea una generalización universal” (Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*, Ob. Cit., p. 106.

56 Ejemplo tomado de Mauricio Olave, en: Rodrigo Coloma y otros. *Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal*, en: *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010, p. 11. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200002>.

57 Juan Igartua Salaverria. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Ob. Cit., p. 167.

58 José Luis Castillo Alva. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima: Grijley, 2013, p. 429.

59 Cfr. Buguño, en: Rodrigo Coloma y otros. *Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal*. Ob. Cit., pp. 15 – 16.

60 Consulta realizada el 01 de marzo de 2016, véase en particular a partir del minuto 23.50. <https://www.youtube.com/watch?v=TmyAKAgj2Bg>

61 Cfr. Michele Taruffo. *Páginas sobre justicia civil*, Ob. Cit., p. 450.

62 STC N° 728-2008-HC, F.J. N° 27.

63 Código Procesal Penal. Artículo 158. Valoración.-

(...)

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;

b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;

c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

64 “(...) los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que respecto al indicio, (a) éste –hecho base- ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son-, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no se excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí- (...); que en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo” (Sentencia de fecha 06 de setiembre de 2005, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, RN N° 1912-2005-PIURA, la cual –en mérito del Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre de 2006- constituye precedente vinculante en el extremo de su cuarto fundamento jurídico, parte del cual he glosado).

coinciden con los criterios de racionalidad inductiva establecidos por la epistemología de la ciencia⁶⁵. Así, se exige que el indicio se encuentre fehacientemente probado (fiabilidad), que exista pluralidad de indicios cuando estos son contingentes (cantidad), que el enlace entre los indicios y el hecho a probar sea preciso y directo, o que la inferencia se base en reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (garantía bien fundada), que no existan contra-indicios consistentes (no refutación de la hipótesis), etc. A continuación, trataremos sobre estos requisitos:

7.1 El indicio debe estar fehacientemente probado.

Como hemos visto, el indicio se caracteriza por ser un *hecho conocido*. Desde una perspectiva epistemológica esto significa que debe encontrarse plenamente acreditado; de lo contrario el hecho presunto no sería más que una mera sospecha o una conjetura sin valor probatorio.

A partir de un hecho desconocido (no acreditado) no se puede inferir ni justificar el hecho a probar (hipótesis). Por tanto, una forma de refutar el hecho presunto consiste en atacar la probanza del indicio, lo cual puede hacerse cuestionando la validez de los medios de prueba que le sirven de apoyo, o su fiabilidad. Si, por ejemplo, el medio probatorio en cuestión ha sido obtenido en forma ilícita, o si –luego de su valoración individualizada– se determina que su fiabilidad es escasa o nula, en rigor, no existirá indicio.

La doctrina discute si el indicio puede ser acreditado mediante prueba indirecta o solo mediante prueba directa. Quienes se alinean a la última posición aducen que cuando se utiliza una cadena de indicios para llegar del hecho base al hecho consecuencia, la fuerza de la presunción disminuye, de manera que para minimizar los riesgos en el razonamiento probatorio, solo se acepta que un indicio se acredite por prueba directa⁶⁶. Esta posición se condensa en el aforismo *“praesumptio de presumptionis non admittitur”*.

El prejuicio que encierra esta concepción es evidente, pues en realidad se cuestiona la solidez epistemológica del indicio. Se trataría así de un elemento probatorio de menor fuste y, como tal, necesario para evitar la impunidad, pero siempre suplente de la prueba directa; útil e incluso eficaz, pero limitado a no más de una inferencia, e incapaz de enervar una presunción legal (como prueba en contrario)⁶⁷. Estos criterios tienen el mismo origen: la minusvaloración de la prueba del indicio en comparación con la prueba directa. Ya vimos, sin embargo, que entre ambas no existe una diferencia ontológica, sino de grado, por lo que la fuerza de la hipótesis no dependerá en último término del número de presunciones que se encadenen para llegar a ella, sino de la calidad de las inferencias probatorias⁶⁸.

No existe ninguna limitación respecto al tipo de elemento probatorio con el que puede acreditarse el indicio⁶⁹. Y es que, si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no puede negarse su idoneidad para la acreditación de un indicio, es decir, un hecho que será utilizado, a su vez, como fuente de una presunción judicial⁷⁰. En el ejemplo propuesto anteriormente sobre la simulación de un contrato de compraventa, la falta de solvencia económica del comprador (indicio de la simulación) podría inferirse a partir de otros indicios, como el atraso en el pago de sus deudas, acreditado mediante el reporte de una Central de Riesgo que registra tal situación (prueba indirecta).

7.2 La inferencia debe basarse en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.

Para que exista un argumento se requiere que la conclusión venga apoyada por razones y que entre ambos elementos exista un enlace o nexo inferencial. En la inferencia probatoria esas razones son los datos probatorios; es decir, las proposiciones o afirmaciones que extraemos de la evidencia que obra en el proceso. Esos datos nos permiten justificar la conclusión (hipótesis definitiva) sobre cómo ocurrieron los hechos del caso, en virtud a un nexo o enlace que vincula a ambos extremos. Sin este elemento no tendríamos argumento, tan solo una pila de proposiciones o datos, de un lado, y una afirmación que pretende fungir de conclusión de una inferencia inexistente, del otro. Por supuesto, la hipótesis definitiva puede ser el

65 Cfr. Daniel González Lagier. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Ob. Cit., pp. 92 - 93. Mercedes Fernández López. Valoración judicial y reglas probatorias, en: *Derecho probatorio contemporáneo*. Ob. Cit., p. 60.

66 Defiende esta posición: José Luis Vásquez Sotelo. *Presunción de inocencia y prueba indiciaria*, Ob. Cit., p. 71, aunque, paradójicamente, también sostiene que la prueba indirecta tiene el mismo valor probatorio que la prueba directa.

67 En sentido crítico, Luis Muñoz Sabaté. *Fundamentos de prueba judicial civil*, Ob. Cit., pp. 407 - 409.

68 “En otros términos, no importa la longitud de la cadena si cada uno de sus eslabones “se mantiene” dentro del ámbito de la racionalidad de la adopción de hipótesis para la inferencia sucesiva sobre la base de la inferencia precedente” (Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, Ob. Cit., p. 276).

69 Cfr. Juan Igartua Salaverria. *Los indicios tomados en serio*, Ob. Cit., pp. 59 - 60; Serra Domínguez. *Estudios de derecho probatorio*, Ob. Cit., p. 614.

70 Cfr. Marina Gascón Abellán. *Los hechos en el derecho*, Ob. Cit., p. 155; Luis Muñoz Sabaté. *Fundamentos de prueba judicial civil*, Ob. Cit., pp. 409 - 410.

resultado de inferencias correlacionadas, pero en cualquier caso no se podrá hablar de un razonamiento presuntivo o indiciario sin el nexo inferencial.

En el apartado anterior hemos analizado las clases de generalizaciones empíricas y las inferencias probatorias a las que cada una de ellas da lugar, con obvia exclusión de las generalizaciones espurias que no permiten ningún tipo de razonamiento. No regresaremos sobre lo mismo, pero sí es necesario precisar dos aspectos: (i) qué papel desempeñan las reglas de la lógica en la inferencia probatoria; y, (ii) cuándo debe explicitarse el nexo inferencial.

Sobre lo primero, es conveniente tener en cuenta que la lógica constituye un sistema teórico que recopila, generaliza, abstrae y reconstruye en fórmulas las relaciones admisibles entre las proposiciones, con total prescindencia de su contenido. Se trata, por tanto, de un sistema formal y universal que nos brinda métodos para establecer si una proposición se desprende o no de otras a través de una inferencia válida⁷¹. La lógica se ocupa de controlar la corrección formal de los razonamientos y de ofrecer un método sistemático para separar las inferencias correctas de las que no lo son⁷². Sin embargo, no garantiza que las proposiciones de la inferencia sean verdaderas, solo asegura que si ellas son verdaderas la conclusión también será verdadera. Como sostiene MORESO⁷³: “(...) la validez lógica es independiente de la verdad. La validez lógica solo es, por decirlo de algún modo, un transmisor fiel de la verdad”.

La lógica nos proporciona esquemas de razonamiento que nos permiten controlar la corrección formal de una inferencia, pero no nos da pautas para controlar su validez material. La valoración de la verdad o aceptabilidad de las premisas no le incumbe a la lógica; de manera que puede darse una relación de implicación entre proposiciones falsas; y, entre una proposición falsa y otra verdadera; y, estar ausente entre proposiciones verdaderas⁷⁴. Y es que, la lógica fue concebida y sirve para evaluar la *relación formal* entre las premisas y la conclusión. No nos sirve para evaluar la aceptabilidad de las premisas de un argumento, ya que para ello están los criterios de aceptabilidad materiales⁷⁵.

Pues bien, si esto es así no podemos poner en el mismo plano a las reglas lógicas con las reglas de la ciencia y las máximas de la experiencia. En efecto, las dos últimas como generalizaciones empíricas, tienen por objeto transmitir un conocimiento respecto a cómo es el mundo y, por tanto, sobre la verdad de la conclusión de la inferencia a partir de determinados datos probatorios que la fundamentan. Por ejemplo, la conclusión: “el oro es un metal” tiene fundamento en el hecho que “el oro se dilata con el calor”, y su fuerza radica en la regla de la ciencia que expresa: “todos los metales se dilatan con el calor” (deducción). La proposición “el contrato de compra venta celebrado entre X y Z fue sido simulado para perjudicar el cobro del crédito por parte de Y a X” tiene su fundamento en los datos probatorios expresados en el ejemplo puesto sobre el particular, y su fuerza proviene de la máxima de la experiencia que sirve de enlace entre ambos extremos (inferencia probabilística).

En ambos casos la conclusión expresa el conocimiento sobre la verdad de ciertos hechos, necesaria en el primero, probable en el segundo, y ello se debe al papel que cumplen las generalizaciones empíricas como reglas descriptivas que enuncian las relaciones que se producen en el mundo. Esto, como hemos visto, no puede predicarse de las reglas lógicas, que son independientes de la verdad de las proposiciones. Entonces, ¿cómo entender cuando la doctrina, la jurisprudencia e incluso la legislación nos exige que el razonamiento probatorio se base en las reglas de la lógica? Considero que en el sentido que sean respetadas o no vulneradas. El juez, por tanto, deberá observar los principios lógicos (identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente)⁷⁶, así como las ocho reglas de la lógica categórica⁷⁷, pues, en caso contrario, su razonamiento sería formalmente incorrecto.

71 Cfr. Echave, Urquijo y Guibourg. *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1991, pp. 19 y 26; ATIENZA, Manuel. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2da. Edic., 2007, pp. 111 – 112.

72 Cfr. Irving Copi y Carl Cohen. *Introducción a la lógica*, [Trad. Edgar González Ruíz], 6ta. reimpresión, México D.F.: Limusa, 2002, p. 19; Victoria Itarralde Sesma, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 379.

73 Cfr. Josep Joan Moreso I Mateos. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2005, p. 21.

74 Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. Ob. Cit., p. 379; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 26 – 31.

75 Cfr. Eveline T. Feteris. *Fundamentos de la argumentación jurídica* [Trad. Alberto Supelano], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 57.

76 Cfr. José Luis Castillo Alva, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara – Axel, Lima – Bogotá, 2da. Edic., 2007, pp. 472 – 484).

77 Estas reglas son las siguientes: (i) los términos de la composición mínima deben ser tres; (ii) los términos de la conclusión no deben tener mayor extensión que en las premisas; (iii) el término medio no debe entrar en la conclusión; (iv) el término medio debe ser al menos una vez universal; (v) de dos afirmaciones no se sigue una conclusión negativa; (vi) de dos negaciones no se sigue conclusión; (vii) la conclusión sigue la peor parte; (viii) de dos particulares no se sigue conclusión. Para mayores alcances puede consultarse: José Luis Castillo Alva, Manuel Luján Túpez y Roger Zavaleta Rodríguez, Ob. Cit., pp. 277 – 281.

Respecto al segundo punto, relativo a cuándo debe explicitarse el nexo inferencial, debe considerarse que normalmente cuando razonamos damos por supuestas ciertas premisas y expresamos aquellas que no son evidentes. Con las leyes de la ciencia (confirmadas o no discutidas) no existe mayor problema. Este se presenta cuando damos por evidente una máxima de la experiencia que no lo es. Puede distinguirse, entonces, entre máximas de la experiencia *hipercodificadas* e *hipocodificadas*. Las primeras se presentan como evidentes en una inferencia; de manera que sin necesidad de que sean enunciadas o expresadas, podemos advertirlas fácilmente. Por ejemplo, si en un estadio de fútbol vemos a un espectador saltar de júbilo cuando uno de los equipos anota un gol, inferimos que es hincha o simpatizante de ese equipo, pues lo habitual es que se celebren los goles del equipo del que se es hincha o cuando menos simpatizante⁷⁸. Las segundas, son lo opuesto; difícilmente podemos saber de qué máxima de la experiencia se trata. En este caso, si no se enuncian no existirá argumento probatorio, tan solo una colección de hechos probatorios y una hipótesis desconectada de aquellos. Por tanto, cuando la máxima de la experiencia que sirve de enlace o nexo inferencial no funciona tan mecánicamente, es necesario expresarla para que las partes puedan analizarla y debatirla⁷⁹.

En la misma línea, Muñoz Sabaté sostiene que cuando la *presunción homini* tiene un alto grado de consolidación, esto es, cuando se considera obvio el juicio omitido o se acepta de manera implícita dentro de su contexto, en la práctica puede ser suficiente la mención de los indicios sin que se exprese la máxima de la experiencia. Pero resalta que cuando la presunción ha sido debatida en el proceso y la parte perjudicada ha formulado alguna infirmación (hipótesis alternativa) o el indicio la emite, entonces, “el deber de motivación se extiende a tener que explicar las razones por las cuales a juicio del juez, resulta descartable en el supuesto litigioso la otra conclusión posible. De no hacerse de esta manera, el cumplimiento del deber de motivar vendría incompleto, dificultando su control”⁸⁰.

En un proceso judicial, cuando concurren hipótesis alternativas para explicar los mismos hechos, no basta con enunciar los medios de prueba y los datos proporcionados por aquellos, así la máxima de la experiencia parezca evidente. La razón se encuentra en que la hipótesis, como explicación de los hechos del caso, está íntimamente relacionada con la máxima de la experiencia que la conecta con los datos probatorios. Cuando las hipótesis son alternativas, cada hipótesis concurre al proceso con su respectiva máxima de la experiencia; de modo que no solo las hipótesis son alternativas, sino también lo son las máximas de la experiencia⁸¹. Así las cosas, si en la sentencia solo se enuncian los medios de prueba y se describen los datos probatorios, y se pasa, de un salto, a dar por probados los hechos del caso, la motivación será insuficiente; pues, frente a una máxima de la experiencia e hipótesis alternativas, se exige que el juez explicita la máxima de la experiencia que le sirve para pasar de los datos o hechos probatorios a los hechos probados, mostrando, además, por qué el razonamiento que se le opone debe ser desechado.

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC N° 728-2008-HC, declaró la nulidad de la sentencia emitida por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema, entre otros argumentos, porque no había cumplido con explicitar “qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico” justificaba el paso de los hechos probatorios a los hechos probados. Anota el Tribunal en el fundamento 27 de dicha sentencia: “Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero, además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos”.

78 El ejemplo corresponde a Juan Igartua Salaverria. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Ob. Cit., p. 126.

79 F. M. Iacovello. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 179 – 180.

80 Luis Muñoz Sabaté. *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, J.M. Bosch, 2001, p. 404. Coincide: F.M. Iacovello *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milan: Giuffrè, 1997, pp. 179 – 180.

81 Para Juan Igartua Salaverria. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1995, p. 211, “suele ocurrir que, ante unos mismos medios de prueba, sean invocables varias máximas de experiencia razonables (esto es, no reñidas con la ciencia ni con la experiencia) y que conducen a hipótesis variadas”. Por su parte, Carlos Bayón Mohino. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano, En: *Revista Jurídica Mario Alario D'Filipo*, Ejemplar 4 – Volumen 2, N° 2, 2010, p. 22, considera que, como en el contexto de la prueba jurídica de los hechos, la posibilidad de someter las hipótesis rivales a nuevas contrastaciones no está indefinidamente abierta (como en la explicación científica), y que aquí las hipótesis auxiliares son típicamente “máximas de experiencia”, cuyo grado de probabilidad no es en absoluto comparable al de las leyes naturales, la situación típica en el contexto de la prueba jurídica de los hechos es la de encontrar “hipótesis rivales capaces ambas de explicar el mismo conjunto de datos”.

De lo expuesto resulta claro que frente a hipótesis alternativas con máximas de la experiencia también alternativas, el razonamiento no puede ser entimemático, así la máxima de la experiencia que le sirve de garantía a la hipótesis judicial parezca evidente⁸². El juez está obligado a explicitar dicha máxima de la experiencia y, a la par, está obligado a mostrar por qué ella debe ser preferida a la máxima alternativa, mostrando, por ejemplo, que esta última es una generalización espuria o bien es improbable a la luz de todos los indicios del caso.

Finalmente, es importante advertir que ni el hecho que la máxima de la experiencia haya sido explicitada por el juez, ni la mayor o menor dificultad para identificarla, garantiza su solidez y, consecuentemente, tampoco del argumento que la contiene. Y es que, es posible que se explicita o se identifique una máxima de la experiencia que carezca de fundamento. Acá lo que, en buena cuenta, se cuestiona es la inferencia de la que proviene el enlace, que en el esquema de Toulmin vendría a ser el “respaldo” de la máxima de la experiencia, la cual –en el mismo esquema- sería la “garantía”. En este caso, podría exigirse que se pruebe la propia máxima de la experiencia, a efectos de determinar su grado de corroboración⁸³.

7.3 Si el indicio es único debe tener singular fuerza probatoria; si son contingentes deben ser plurales, concordantes y convergentes, además, la hipótesis probatoria no debe haber sido refutada por contra-indicios consistentes.

Como hemos visto, en atención a su fuerza probatoria los indicios pueden ser clasificados en necesarios y contingentes. Los primeros conducen al hecho desconocido sin admitir ninguna excepción. La prueba en este caso responderá a la estructura de una inferencia deductiva, en la que el paso de las premisas a la conclusión es, precisamente, necesaria. Los indicios contingentes, en cambio, se caracterizan porque admiten excepciones y, en esa medida, dan lugar a una inferencia inductiva (inducción probabilística), cuyas conclusiones son siempre probables⁸⁴.

Para que una presunción pueda sustentarse en un único indicio este debe ser necesario. Algunos procesalistas incluyen dentro de los indicios necesarios a los que Igartua, con mayor rigor denomina indicios cualificados (de alta probabilidad o certeza práctica)⁸⁵. La razón se debe a que, si bien teóricamente es posible alguna otra explicación para el hecho indiciario, en la práctica el juez no advierte ninguna mínimamente plausible.

Sin embargo, la distinción entre indicios necesarios y contingentes no radica en la calificación que pueda realizar el juez y, por tanto, no está sujeta a su discrecionalidad, por mínima que sea. La distinción se sustenta en la naturaleza del enlace que vincula al indicio con el hecho indicado. Solo cuando se trata de una generalización universal, que sin ninguna excepción nos conduce del primero al segundo, estamos ante un indicio necesario y una inferencia cuya conclusión es también necesaria, en cualquier otro caso el indicio es contingente.

No debe caerse en el error de considerar a un indicio contingente como si fuese necesario. Una anécdota de Sigmund Freud, al analizar las pruebas con las que se pretendía condenar a un acusado, es un buen ejemplo de lo dicho. Ironiza Freud: “*Ha habido un robo con fractura; se condena a un hombre por haber hallado en su poder una ganzúa. Leída la sentencia, se le pregunta si tiene algo que alegar, y sin vacilar exige ser condenado además por adulterio, pues también tendría en su poder la herramienta para el mismo*”⁸⁶.

Los indicios necesarios en la práctica son muy raros; los más comunes son los indicios contingentes, los cuales, como revela su misma denominación, implican cierto grado de inseguridad como elementos de prueba individualmente considerados. Así, con el objeto de minimizar el riesgo de sustentar una hipótesis probatoria en indicios contingentes, apreciados en forma aislada o desconectados unos con otros, se exige que el juzgador observe determinados criterios de corrección al formular sus presunciones. Estos criterios son los siguientes:

82 Cfr. Juan Igartua Salaverria. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Ob. Cit., pp. 202 – 203.

83 Cfr. Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*. Ob. Cit., p.133.

84 No comparto, por tanto, la opinión de José Cafferata Nores. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 5ta. Edic., 2003, pp. 190 – 191, cuando afirma: “La naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la regla de experiencia común funciona como premisa mayor”. Solo existe un silogismo o una deducción cuando la premisa mayor es una regla universal de la cual la menor es un caso, de modo que la conclusión siempre es necesaria.

85 Cfr. Yesid Reyes Alvarado, citado por Jairo Parra Quijano. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, T. IV, Ob. Cit., p. 7.

86 Citado por: Alfredo Bullard. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Ob. Cit., p. 11204.

7.3.1 Criterios de corrección para los indicios contingentes.

a) Pluralidad de indicios.

Dado que los indicios contingentes pueden dar lugar a varias hipótesis fácticas y no a una sola, se exige, en principio, que sean plurales. Desde luego, la mera acumulación de estos indicios (criterio cuantitativo) no nos sirve para sustentar una determinada hipótesis⁸⁷, pues, como bien resalta Igartua, “una inconsistencia, unida a tres inconsistencias más, suman cuatro inconsistencias”⁸⁸.

La pluralidad, entonces, debe ir de la mano con la concordancia y la convergencia entre los indicios, así como con la ausencia de contra-indicios consistentes que refuten la hipótesis probatoria (criterios cualitativos). La idea es que los indicios –utilizando el símil del rompecabezas– vayan encajando en una historia que nos revele cómo ocurrieron los hechos del caso.

No debe confundirse la pluralidad de medios de prueba con la pluralidad de indicios⁸⁹. Si distintos medios probatorios se dirigen a acreditar un solo hecho secundario, probablemente se habrá cumplido con el requisito de que el indicio se encuentre fehacientemente probado, pero no con el de la pluralidad de indicios. Este último requisito exige la presencia de hechos secundarios diversos, pues, como lo resalta el Tribunal Constitucional peruano, “su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido”⁹⁰.

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que el hecho puede ser complejo, de manera que es posible descomponerlo en hechos más específicos que manifiesten una pluralidad de indicios. La jurisprudencia española ejemplifica lo dicho: “Es numerosa la doctrina legal tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo en orden a que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí dolo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquél, pues son compatibles varias sesiones (entre ellas las de una receptación) y por ello no deben (sic) escogerse la menos favorable para el acusado. Sin embargo, cuanto esta ocupación ocurre inmediatamente después de cometido el tipo de injusto de apoderamiento y a escasa distancia del lugar de éste, este único hecho – base de la ocupación o aprehensión se descompone en varios, como son las circunstancias de tiempo y lugar que conducen a que el hecho – base se descomponga en varios”⁹¹.

b) Concordancia de indicios.

Los indicios deben estar interrelacionados o coherentemente enlazados como elementos de una misma construcción, de tal forma que se refuercen recíprocamente y no se neutralicen. Este requisito no solo exige que los indicios sean consistentes o no contradictorios, sino que va más allá, en el sentido que los indicios, además, deben ser coherentes o complementarios, ofreciendo así una base sólida para inferir la hipótesis definitiva sobre el *thema probandum*.

La importancia de este requisito radica que, si bien podría cuestionarse la fuerza probatoria de los indicios si son valorados en forma individual o aislada, valorados en conjunto pueden llevar al juez a la convicción sobre cómo ocurrieron los hechos del caso. Así, cuanto más concuerden los indicios, menos se podrá aducir que la relación entre ellos es producto del azar o la casualidad⁹².

La fuerza probatoria de los indicios no se determina por el valor de cada uno de ellos, sino del conjunto coherente y convergente de todos, el cual puede eliminar la contingencia que se predica del indicio individualmente considerado. El Tribunal Supremo español en su sentencia del N° 8484/2009, de 23 de diciembre, resalta esta situación cuando anota: “Pues bien, el recurrente se limita a cuestionar cada uno de los anteriores indicios de forma individual, olvidando que la fuerza convictiva de la prueba indiciaria deriva de su interrelación y que nos encontramos con una serie de indicios que, si bien cada uno de ellos en sí mismos considerados y valorados aisladamente, pudieran ser insuficientes a los fines que resolvemos, en su conjunto arrojan a juicio de la Sala de instancia una convicción que despliega del análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria (...). Se está en presencia de una

87 Cfr. François Gorphe. *Apreciación judicial de las pruebas*, Ob. Cit., p. 286.

88 Juan Igartua Salaverria. “Los indicios tomados en serio”, Ob. Cit., p. 58.

89 Cfr. François Gorphe. *Apreciación judicial de las pruebas*, Ob. Cit., pp. 284 -285; Percy García Caverro. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Ob. Cit., p. 98.

90 STC N° 00728-2008-PHC/TC, F.J. N° 26.

91 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 5 de marzo de 1998, RJ. 1998/1768. En: Xavier Abel Lluich. *Derecho probatorio*, Ob. Cit., pp. 447 - 448.

92 Cfr. François Gorphe. *Apreciación judicial de las pruebas*, Ob. Cit., p. 286.

prueba indiciaria compuesta de varios hechos-base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración han permitido a la Sala de instancia construir un juicio de inferencia y llegar al hecho consecuencia que se quería acreditar y que se describió en el factum (...):”

Dado que la fuerza de la prueba por indicios se deriva de su valoración conjunta, la eventual desacreditación de uno de ellos no destruye, necesariamente, el razonamiento ni la conclusión fáctica, si el mismo no tiene un peso gravitante en ella y si los demás indicios siguen siendo concordantes y, sobre todo, convergentes en dicha conclusión. Utilizando una analogía propuesta por Bullard, sería como sacar el ladrillo de una casa y afirmar que con ello esta se ha destruido, cuando aún sigue en pie⁹³.

c) Convergencia de indicios.

Mientras el anterior requisito pone el acento en el vínculo que debe existir entre cada uno de los indicios, este se refiere a la necesaria relación entre los indicios y la hipótesis a probar. Se busca así que los indicios concordantes o interrelacionados, además apunten a una sola hipótesis fáctica⁹⁴.

Recuérdese al respecto que los mismos indicios pueden tener más de una explicación plausible. En este sentido, se habla de *infirmación* en referencia a la hipótesis antagónica susceptible de ser inferida a partir de los mismos indicios⁹⁵. Será necesario, por tanto, que el juez dé cuenta y se pronuncie expresamente sobre las posibles infirmaciones, dado que solo en la medida que estas vayan perdiendo consistencia podrá considerarse verificado el hecho presumido judicialmente.

Es importante, en este sentido, señalar que el requisito de la convergencia de los indicios, que exige –y así también se le conoce– precisión o univocidad de la inferencia presuntiva, no puede ser entendido de forma lógicamente absoluta⁹⁶. En efecto, no se exige que la inferencia esté dotada de univocidad teórica, pues de un hecho –considerado en abstracto– pueden derivarse infinitas conclusiones sobre otros hechos, sino que se garantice y justifique *univocidad práctica*, la cual se produce cuando entre las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del “hecho conocido” y en el contexto del caso concreto, la conclusión que se asume o defiende es aquella que confirma en mayor grado la hipótesis sobre el hecho a probar. Desde luego, para que el juez dé por probada la hipótesis fáctica deberá justificar que esta supera el estándar de prueba que rige en el respectivo proceso: “más allá de toda duda razonable” o “probabilidad prevalente”⁹⁷.

Nuestra Corte Suprema, en la sentencia de fecha 8 de junio de 2000, recaída en el proceso contencioso administrativo iniciado por Rheem Peruana contra la Resolución N° 255-97-TDC/INDECOPI, reconoció la validez de una sanción administrativa impuesta sobre la base de indicios contingentes, pero, a la vez, plurales, concordantes y convergentes. Sostuvo la Corte: “si bien la resolución de Primera Instancia [había indicado] que no [tenía] prueba directa que determine tal hecho, esto es, un documento suscrito que pruebe el acuerdo (...) del Informe N° 003-97-CCL (...) se [advertía] que efectivamente la demandada ofertó en igual precio que su competidora a la empresa Petroperú S.A., en las últimas tres licitaciones durante el periodo de octubre de 1995 a marzo de 1996, reduciendo por otro lado, sus propuestas de ventas en similar cantidad, no habiendo prueba que acredite en modo alguno los motivos de la reducción ni de la coincidencia en el precio, tanto más que según el cuadro cuya copia corre a fojas doscientos dos, se acredita que la actora ofertó el mismo producto a otras empresas por una cantidad menor a la propuesta a la empresa del estado Petroperú, igual situación se ve reflejada en las ventas realizadas por la Empresa Envases Metálicos, de lo que se infiere que no es correcta la tesis de que la identidad del producto explicaría la identidad en el precio (...)”⁹⁸.

Por otro lado, es importante no confundir la formulación de la hipótesis con su posterior control⁹⁹. El móvil, por ejemplo, es un indicio que explica una determinada acción, pero por sí solo no la prueba. Desde esta perspectiva, si a una persona se le imputa responsabilidad solo porque tiene un móvil para la realización de un hecho jurídicamente relevante en el caso, se vulneraría su derecho a la presunción de inocencia.

93 Alfredo Bullard. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Ob. Cit., p. 922.

94 “Se está ante una situación de convergencia de distintos elementos de prueba respecto de la misma hipótesis cuando todos ellos tienden a producir el mismo resultado” (Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, Ob. Cit., p. 282).

95 Cfr. Lluís Muñoz Sabaté. *Técnica probatoria*, Ob. Cit., p. 230; Carlos de Miranda Vásquez. “La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?”, en: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Ob. Cit., p. 203.

96 Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*, Ob. Cit., p. 473.

97 Para mayores alcances sobre los estándares de prueba, véase: Jordi Ferrer Beltrán. *La valoración racional de la prueba*, Ob. Cit., pp. 139 - 143; Larry Laudan. *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

98 Citada por Alfredo Bullard. “Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales”, Ob. Cit., p. 1213 - 1214.

99 Cfr. Juan Igartua Salaverria. “Los indicios tomados en serio”, Ob. Cit., p. 39.

El caso que dio lugar a la sentencia de fecha 06 de setiembre de 2005, RN N° 1912-2005-PIURA, que constituye precedente vinculante en el extremo de su cuarto fundamento jurídico, es un buen ejemplo de confundir la fase de formulación de la hipótesis con la fase de control de aquella: “Quinto.- Que, en el presente caso, no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Paucar por el delito de Homicidio Calificado, ya que del análisis de las pruebas aportadas en el proceso solo se tiene la mera sospecha de que el acusado pudo haber sido el autor del homicidio [la víctima estaba a cargo de la investigación en su contra]; que a partir de esas referencias, débiles en sí mismas, estimar que atentó contra la vida de una persona –indicio de móvil delictivo-, sin mayores datos periféricos adicionales –y debidamente enlazados- en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo, a una actitud sospechosa o conducta posterior, y a una mala justificación -que no han sido acreditadas-, son evidentemente insuficientes para concluir que el acusado mató al agraviado”.

d) No refutación de la hipótesis probatoria mediante contra-indicios consistentes.

Para que una inferencia probatoria sea sólida, la hipótesis no debe haber sido refutada directa o indirectamente¹⁰⁰. Estamos frente a una refutación directa cuando ella resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. A su vez, la refutación es indirecta cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable¹⁰¹.

Si en el proceso se acredita un indicio relevante para la decisión, pero que da lugar a una hipótesis que es incompatible con la que es objeto de la presunción judicial, o bien con otra que necesariamente se deriva de aquella, sin que quepa escindirlas o separarlas, entonces, el juez estará en la obligación de descartar la hipótesis que *prima facie* asumió.

8. Epílogo

Para razonar es importante conocer cómo razonamos: los tipos de inferencias que utilizamos, su estructura, elementos y criterios de corrección. Este conocimiento evita que asumamos concepciones que, en último término, imponen límites a nuestro razonamiento y, en el caso específico del razonamiento probatorio a partir de indicios, al conocimiento de los hechos. Con este ensayo he buscado romper con tales limitaciones y proporcionar elementos de análisis que sirvan en la actividad de jueces, fiscales, tribunales administrativos, árbitros y abogados litigantes.

9. Bibliografía

Abel Lluch, Xavier. *Derecho probatorio*, Madrid, Bosch, 2012.

Andrés Ibáñez, Perfecto. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en: *Doxa*, N° 12, 1992.

Atienza, Manuel. *Las razones del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. 2007. *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2da. Edic., 2007.

_____. 2013. *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Bayón Mohino, Juan Carlos. “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano, En: *Revista Jurídica Mario Alario D’Filipo*, Ejemplar 4 – Volumen 2, N° 2, 2010.

Bullard, Alfredo. *Armando rompecabezas incompletos: el uso de la prueba indiciaria*, en: *Derecho & Sociedad*, N° 25, Lima, 2005.

_____. 2006. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2da. Edic., Palestra, 2006.

Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires, Depalma, 5ta. Edic., 2003.

Castillo Alva, José Luis. *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Lima: Grijley, 2013.

Castillo Alva, José Luis, Luján Túpez, Manuel y Zavaleta Rodríguez, Roger. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, Ara – Axel, Lima – Bogotá, 2da. Edic., 2007.

100 Victoria Iturralde Sesma. Ob. Cit., p. 349; Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*, Ob. Cit., p. 184; Perfecto Andrés Ibáñez. “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, Ob. Cit., p. 284; Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México D.F, Fontamara, 2004, p. 112.

101 Daniel González Lagier. *Quaestio facti*, Ob. Cit., p. 88.

Centro De Regulación Y Competencia De La Facultad De Derecho De La Universidad De Chile. "Informe en Derecho: La prueba de la colusión", emitido el 28 de octubre de 2010.

Coloma, Rodrigo y otros. *Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal*, en: *Ius et Praxis*, Año 16, N° 2, 2010. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200002>.

Comanducci, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México D.F, Fontamara, 2004.

Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*, [Trad. Edgar González Ruíz], 6ta. reimpresión, México D.F.: Limusa, 2002.

Echandía Devis, Hernando. *Compendio de derecho procesal civil*, T.II, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 10ª Edic., 1994.

Echave, Urquijo y Guibourg. *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1991.

Fernández López, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel, 2005.

Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Feteris, Eveline T. *Fundamentos de la argumentación jurídica* [Trad. Alberto Supelano], Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

García Amado, Juan Antonio y BONORINO, Pablo Raúl (Coordinadores). *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*, Granada, Comares, 2014.

García Cavero. *La prueba por indicios en el proceso penal*, Lima, Editorial Reforma, 2010.

Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

_____. 2014. *Cuestiones probatorias*, Bogotá, Universidad Externado, 2014.

González Lagier, Daniel. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Lima – Bogotá, Palestra – Temis, 2005.

Gorphe, François. *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá, Temis, 1998.

Iacovello, F.M. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milan: Giuffrè, 1997.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1995.

_____. 2003. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

_____. 2009. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima – Bogotá, Palestra – Temis.

_____. (s/f). "Los indicios tomados en serio", en: *Teoría del Derecho y decisión judicial*, editado por Pablo Raúl Bonorino Ramírez, España, S/A.

Iturralde Sesma, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Laudan, Larry. "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en: *Doxa*, N° 28, 2005.

Lorca Navarrete, Antonio M^a. *Tratado de derecho procesal civil*, Madrid, Dykinson, 2000.

Mendonca, Daniel. *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería, Universidad de Almería, 1997.

Miranda Estrampes, Manuel. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal, en: *Aequitas*, Revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, N° 1, Año 1, Tercera Época, 2012, en: http://www.icjsinaloa.gob.mx/medios/publicaciones/REVISTA_AEQUITAS_COMPLETO.pdf

Muñoz Sabaté, Luis. *Técnica probatoria*, Bogotá, Temis, 1997.

_____. 2001. *Fundamentos de prueba judicial civil*, Barcelona, J.M. Bosch.

Moreso I Mateos, Josep Joan. *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, Editorial UOC, 2005.

Parra Quijano, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, T. IV, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2da. Edic., 1992.

O'Neill De La Fuente, Cecilia. *La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrabado en el dilema del prisionero*, en: http://www.forseti.pe/sites/default/files/oneill_1.pdf.

Quintana Sánchez, Eduardo. "Prácticas concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido". En: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 10, Lima, Círculo de Derecho Administrativo.

Rodríguez Boente, Sonia. "Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados", en: Puy Muñoz, Francisco y Portela, Juan Guillermo (ed.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

Salas Beteta, Christian. La dificultad probatoria en los delitos de corrupción de funcionarios en un sistema acusatorio, en: *Derecho probatorio contemporáneo* [Mónica María Bustamanta Rúa, coordinadora académica], Medellín, Universidad de Medellín, 2012.

Schauer, Frederick. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* [Traductores: Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez], Madrid, Marcial Pons, 2004.

Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez* [Trad. Andrés de la Oliva Santos], Bogotá, 2da. Edic., Temis, 1999.

Serra Domínguez, Manuel. *Estudios de derecho probatorio*, Lima, Communitas, 2009.

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos* [Trad. Jordi Ferrer Beltrán], Madrid, 2002.

_____. 2009. *Páginas sobre justicia civil* [Trad. Maximiliano Aramburo Calle], Madrid, Marcial Pons.

_____. 2010. *Simplemente verdad* [Trad. Daniela Accatino Scaglioti], Madrid, Marcial Pons.

_____. 2011. "Observaciones sobre la prueba por indicios", en: *Nuevas tendencias de derecho probatorio*, Horacio Cruz Tejada (coordinador), Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.

Trazegnies Granda, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*, ítem 9, en: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>

Vásquez Sotelo, José Luis. Presunción de inocencia y prueba indiciaria, en: *Investigación y prueba en el proceso penal* [Director: Nicolás González – Cuellar Serrano], Madrid, Colex, 2006.

Ubertis, Giulio, "Profili epistemologici della prova", en: *La prova nel proceso civile*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, Vol. II., 1999.