

## PRUEBA POR INDICIOS\*

César E. San Martín Castro\*\*

### I. ASPECTOS GENERALES

#### 1. Objeto de prueba

∞ La actividad procesal de índole probatoria recae sobre un triple objeto, a saber, los hechos, la costumbre y el derecho extranjero [GARBERÍ]. Desde luego, el objeto de la prueba más importante son los hechos –datos de hecho– o, más exactamente, las afirmaciones de hechos o afirmaciones fácticas, en tanto en cuanto se trata de hechos de importancia para la decisión judicial: lo relevante y lo necesario en materia fáctica.

El Derecho nacional o supranacional directamente aplicable en Perú no tiene que ser objeto de prueba, porque en el oficio del Juez está comprendido el deber de conocer aquel Derecho: *iura novit curia* [DE LA OLIVA].

∞ Los hechos objeto de prueba pueden pertenecer al mundo exterior o ser hechos internos (dolo, error, defecto psíquico). También pueden ser hechos jurídicamente relevantes de un modo directo, como los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión procesal. Asimismo, pueden ser hechos relevantes de un modo indirecto, como los hechos-base para la presunción o para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba [ORTELLS].

---

\* Texto de la VII Conferencia Anticorrupción organizada por la Coordinación Nacional del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Ponencia dictada el 27 de septiembre de 2017 en el auditorio Carlos Zavala Loayza, Lima.

\*\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y doctor por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Juez titular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Actualmente se desempeña como presidente de la Sala Penal Permanente. Profesor ordinario de Derecho Procesal Penal en la categoría de principal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro de la Academia Peruana de Derecho y doctor *honoris causa* por varias universidades peruanas. Es autor de los libros *Derecho Procesal Penal*, tomos I y II, y *Derecho Procesal Penal. Lecciones*, entre otros. Ponente y panelista en eventos nacionales e internacionales sobre temas de Derecho Procesal Penal y políticas jurisdiccionales.

∞ Como ya se anotó, el derecho extranjero y la costumbre, a diferencia de la norma jurídica vigente, también son objeto de prueba. Respecto del derecho extranjero no rige la regla *iura novit curia*, en el entendido de que la existencia del Derecho extranjero no se circunscribe a la vigencia y a la literalidad de un determinado precepto positivo, sino al modo en que es entendido, interpretado y aplicado. Análogamente, respecto de la costumbre, no solo debe acreditarse la realidad de una conducta repetida, sino que es preciso un convencimiento judicial acerca de la denominada *opinio iuris seu necessitatis* [DE LA OLIVA].

∞ Atento a lo precisado inicialmente, deben aclararse los conceptos de prueba inútil y de prueba impertinente, vinculados al tema de la admisibilidad de la prueba. La primera, también denominada “prueba inconducente”, es aquella que, según la experiencia, cabe razonablemente conjeturar que no logrará el resultado apetecido, pues existe inadecuación de medio a fin. La segunda –prueba impertinente– es, en cambio, la prueba no relativa a hechos que guarden relación con el objeto del proceso, es la que no pertenece al ámbito objetivo del proceso, a lo no relevante (*quae ad obiectum non pertinent*) [DE LA OLIVA].

∞ El artículo 155.2 del Código Procesal Penal –en adelante, CPP– menciona la impertinencia y la ilicitud de la prueba. El artículo 352.5,b), del CPP alude a la pertinencia, conducencia y utilidad. El artículo 156.2 del CPP hace mención a lo imposible y lo notorio como supuestos de exclusión de actividad probatoria. Las “...*pruebas prohibidas por la ley...*”, a que se refiere la primera regla invocada, se circunscriben a aquellas –fuentes de prueba– obtenidas con vulneración de la legalidad (constitucional u ordinaria) que pretende incorporarse al proceso a través del correspondiente medio de prueba –de actuarse procede su inutilización al momento de su apreciación–; institución que también comprende la ilegalidad de los medios de prueba (no autorizados por la ley, y proposición y práctica fuera del marco legal) y que obliga a su no apreciación. La prueba de lo imposible –que no prueba imposible– se refiere a aquello que desdice de lo cotidiano y previsible, lo que va clamorosamente contra la ciencia.

∞ No se prueba el hecho notorio (artículo 156.2 CPP), que es un concepto indeterminado y relativo, pues depende del lugar y del tiempo, así como del nivel cultural de las personas. Se trata, en todo caso, de hechos que, por tener a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y, en general, a las nociones que se manejan en el trato social de la gente, son conocidos y tenidos por ciertos por un círculo más o menos grande de personas de cultura media [PIETRO-CASTRO].

∞ La notoriedad, empero, debe ser absoluta y general. Equivale a hecho tenido por cierto por toda la colectividad en cualquier lugar, general, no reducida a un hecho conocido solo entre un grupo o clase determinada [ASENCIO]. Son hechos notorios, por ejemplo, los sucesos de la naturaleza y los acontecimientos históricos, y todos aquellos hechos de los cuales normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se puede informar en fuentes confiables (enciclopedias, mapas y similares). También puede presentarse un conocimiento general semejante cuando el conocimiento está limitado a un círculo determinado de personas (v.gr.: los habitantes de una zona con respecto a la situación local). Si los hechos notorios no son evidentes, si la notoriedad no es indiscutible, debe realizarse actividad probatoria sobre ellos. El hecho notorio, como es obvio, debe ser conocido por el juez [GIMENO].

∞ Notorios son, además, los llamados hechos notorios judiciales. Se trata de todo aquellos que el juez llegó a saber de modo confiable, en relación con su actividad oficial. Ante todo son notorios judicialmente los acontecimientos que han constituido el fundamento de la decisión, de forma siempre invariable, en un gran número de procedimientos penales. Son suficientes las constataciones hechas en las sentencias de otros jueces. Se requiere, como se anotó, que lo notorio sea evidente, pero podría aceptarse la prueba en contrario, presentando circunstancias nuevas y no conocidas hasta el momento –no basta la sola negación de lo notorio– [ROXIN].

∞ Debe diferenciarse, sin embargo, la notoriedad de la ciencia privada del juez y de las máximas de experiencia. La ciencia privada del juez hace referencia a hechos conocidos privadamente por el juez fuera del proceso. El juzgador los conoce de manera particular, por lo que su introducción en la sentencia, indebida por cierto, hace incurrir en incongruencia y vulnera la garantía de imparcialidad. Los hechos notorios, empero, son conocidos y tenidos como ciertos por una colectividad de individuos, dentro y fuera del proceso.

∞ Las máximas de experiencia, según STEIN, “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”. Son, en definitiva, reglas de la lógica, de la ciencia o de la técnica –reglas de la sana crítica–. La diferencia con los hechos notorios radica en el objeto de conocimiento: la notoriedad está referida a ‘hechos’, la máxima de experiencia está referida a ‘conceptos’, esto es, a reglas de la técnica o de la experiencia, normas no jurídicas, que auxilian al Juez en la apreciación probatoria.

## **2. Necesidad de prueba**

∞ Mientras en el proceso civil, informado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos controvertidos, en el proceso penal –como consecuencia de la máxima de instrucción o principio de investigación (artículos IV.2 TP, 61.1 y 2, y 321.1 CPP)– rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados (artículo 156.1 CPP). Todos los hechos que fundan una sentencia deben ser probados [VOLK]. Se trata de esclarecer la verdad, como meta del procedimiento penal, reconocido indirectamente por el artículo 385.2 CPP, por lo que, ante la inactividad de las partes, corresponde al juez esclarecer los hechos debatidos.

∞ Debe diferenciarse, como ya se anotó, entre los hechos principales, los indicios y los hechos auxiliares. **1)** Hechos principales o fundamentales, son aquellos a través de los cuales se define un elemento del tipo (u otro elemento de la estructura del delito), esto es, aquellos que fundamentan por sí mismos la punibilidad o la excluyen. **2)** Indicios o hechos base o hechos indiciantes, son aquellos hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante –hecho indiciado, hecho presunto o hecho consecuencia–, mediante principios de experiencia [SCHLÜCHTER] (v.gr.: X antes del asesinato amenazó de muerte a Z o después del hecho quitó manchas de sangre de su pantalón) –de los indicios se deduce un hecho principal; permiten llegar a una conclusión (hecho presunto) sobre la base de circunstancias directamente graves [ROXIN]–; su importancia solo es indirecta. **3)** Hechos auxiliares, también de relevancia indirecta como los indicios, se circunscriben a consolidar la calidad de un medio de prueba (v.gr.: la veracidad o la memoria de un testigo).

∞ Una cierta relativización del principio de necesidad de prueba está contenida en los artículos 156.3 y 350.2 CPP, que, como tal, debe interpretarse restrictivamente. \* La primera disposición, de carácter más general pues se ubica en las disposiciones generales sobre la prueba, autoriza un acuerdo probatorio entre las partes, circunscripto a la prueba de una “circunstancia” (hechos que están alrededor del proceso y que determinan una mayor o menor intensidad de la respuesta punitiva). Si las partes así lo hacen –en el acta de la audiencia debe plasmarse el acuerdo–, tal circunstancia se valorará como hecho notorio.

\* La segunda disposición es más amplia, y se circunscribe a la etapa intermedia. Hace mención a “hechos” en general, lo que importaría obviar su actuación probatoria. También incorpora los tipos de medios de prueba necesarios para dar por probado un hecho. En ambos casos, sin embargo, el juez, motivadamente, puede denegarlos. Tal caso se producirá, por ejemplo, cuando contraría las bases epistémicas de las pruebas (prueba inidónea o inasequible), colisiona la línea de defensa material que siempre sostuvo o

expresó en la audiencia preliminar, o se aparta irrazonablemente de los elementos de convicción actuados en la etapa de investigación preparatoria. Además, la desvinculación de ese acuerdo puede producirse con motivo de la actuación probatoria por el Juez Penal, cuyos resultados lo contradicen. En ese caso, desde luego, prima las bases cognitivas del proceso penal.

∞ Debe quedar claro, a partir de lo expuesto, que existe un régimen jurídico de la prueba penal. Dos notas deben destacarse. La primera, que se ha objetivado y para lo cual constan las reglas establecidas, con mayor rigor, en el Código Procesal Penal (definición, delimitación, identificación, prohibiciones, autorizaciones, inutilización, etcétera). La segunda, que el aspecto subjetivo valorativo se ha supeditado a las reglas de la sana crítica racional (principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos), conforme a los artículos 158.1 y 393.2 del CPP [ASENCIO].

### **3. Clases de prueba**

∞ Existen, por lo menos, cuatro perspectivas clasificatorias de la prueba penal [HUERTA MARÍN].

- A.** Prueba directa y prueba indirecta. Se diferencia en función a dos consideraciones:
  - 1.** En función de la relación que existe entre el órgano judicial y la fuente de prueba –según exista coincidencia o divergencia entre el hecho a probar y el hecho percibido–. La prueba será directa cuando no existe un elemento interpuesto entre el juez y la fuente de prueba (reconocimiento judicial), mientras la prueba indirecta se produce cuando se da la relación mediata, por la existencia de un ente intermediario entre juez y la fuente de prueba (los demás medios de prueba).
  - 2.** En función al objeto sobre el que recae la prueba –según el modo o la manera como el objeto de la prueba sirve para demostrar el hecho que quiere probarse–. Será directa cuando se practica un medio de prueba dirigido a acreditar el supuesto de hecho del precepto legal cuya aplicación se solicita, mientras que la prueba indirecta (o indiciaria) irá dirigida a la prueba de hechos (indicios) a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal (hecho presunto).
- B.** Prueba personal y prueba real. Toma como diferencia a la naturaleza de la fuente de prueba, que puede ser personal (pruebas testifical, pericial, confesión, careo) y real (prueba documental).
- C.** Prueba preconstituida y prueba causal. Está en función al momento en que se configura la prueba. Será preconstituida cuando la misma queda configurada con carácter previo al proceso, mientras que la prueba causal se perfila y forma una vez iniciado el proceso.

**D.** Prueba plena y prueba semiplena. Toma como referencia el grado de convicción obtenido por el órgano jurisdiccional. Será plena cuando la ley exige el pleno convencimiento del juez, mientras que la prueba semiplena solo exige una mera probabilidad o la verosimilitud del hecho objeto de prueba.

∞ Cabe insistir, a partir de lo expuesto en el párrafo segundo, que solo tras la prueba y su valoración pueden, de ordinario, fijarse como ciertos unos hechos en virtud de presunciones o prueba por indicios. Solo existe innecesidad o dispensa de la prueba en el caso de los hechos notorios (siempre, relativamente, en este último caso). No hay hechos presuntos eficaces hasta después de la prueba. Para el juego del mecanismo de la deducción del hecho presunto resulta necesario, en la misma forma que para la fijación de otros hechos, la prueba del hecho indicio. Las presunciones exigen, en general, la prueba de los hechos base o indicios [DE LA OLIVA].

## II. PRUEBA POR INDICIOS

### **4. La presunción judicial o la prueba por indicios – Aspectos generales**

∞ Nuestro Código Procesal Penal regula la prueba por indicios en la Sección Segunda, La Prueba, del Título Primero, Preceptos Generales, del Libro Segundo, La actividad procesal. El artículo 158 CPP, bajo el *nomen iuris*: ‘Valoración’, incluye, primero, el sistema de valoración de la prueba –sana crítica racional: artículo 393.2 CPP–; segundo, una medida o máxima de seguridad en materia de testimonios de escasa credibilidad; y, tercero, una regulación sobre la construcción de la prueba por indicios, que “...fija pautas o reglas de naturaleza interna y de forma” [ORTELLS].

∞ Dice el artículo 158.3 CPP: “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; y, d) que no se presenten conindicios consistentes”. Éste dispositivo no es un concepto legal de prueba por indicios – que es un complejo constituido por varios elementos (STSE de 11-3-1991)–, sino un enunciado de sus diversos requisitos: prueba del indicio y su pluralidad, un determinado razonamiento –de carácter deductivo– y la plasmación de tal proceso deductivo en la sentencia [ASENCIO].

∞ La indispensabilidad para afirmar la necesidad de la prueba por indicios descansa en la exigencia social de evitar la impunidad (STSE de 6-6-2001). Su validez se encuentra en el “principio de normalidad”, esto es, reglas de la vida que se obtienen mediante la

generalización de casos concretos que tienden a repetirla [PASTOR]; o, mejor dicho, según el cual, en el acontecer de las fuerzas de la naturaleza, incluidas las actividades humanas, existe una tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos [SERRA].

∞ Por lo demás, la prueba por indicios es la más frecuentemente utilizada en el proceso penal –fuera de los casos de aprehensión en flagrante delito o, en otros, en los que pueda probarse el enunciado fáctico por prueba directa (muy pocos, en realidad)– [FENECH]. Su eficacia para enervar la presunción de inocencia ha sido afirmada por tribunales internaciones, así por ejemplo la STEDH Tahsin, de 8-4-2004, que afirmó: “*la norma requerida a los fines de la Convención de la prueba ‘más allá de toda duda razonable’, podrá seguir de la coexistencia de inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...*”; y, las Sentencias de los Tribunales Internaciones para la ex Yugoslavia y Ruanda, casos Delalic (20-2-2001) y Kamuhanda (22-1-2002) [CORDÓN].

∞ Los indicios tiene una larga historia y si bien en el derecho romano no se encuentra una doctrina elaborada de ellos, aunque su uso está atestado de los mismos, en el derecho canónico, de la Iglesia, que le dio mucha importancia por su sistema de pruebas legales, es donde se estructuró la dogmática de los mismos [MANZINI]. Indicio, como dice MOMMSEN, está referido especialmente a los términos *argumentum* o *signum*, que designaban la posibilidad de una convicción judicial aun sin testimonios u otras pruebas directas (según el DRAE, indicio es la acción o señal que da a conocer lo oculto, o según el latín “*index*”, que significa indicación). Se le ha descrito a partir de una noción más amplia como “presunción”. Ésta, como apunta COVIELLO, es la inducción de la existencia de un hecho desconocido de la existencia de otro hecho conocido, sobre el presupuesto de que tiene que ser verdadero para el caso concreto lo que ordinariamente suele ser verdadero para la mayor parte de los casos en que ese hecho entra [LEONE]. La *praesumptio facti, seu hominis, seu iudicis* –propio del indicio– se da, precisamente, cuando la inferencia la hace el juez, constituyendo, por tanto, una operación mental del juez [LEONE], a partir de la existencia de un nexo lógico entre un hecho conocido –plenamente acreditado– y el hecho desconocido (hecho presunto).

∞ Es menester acotar que la institución de la prueba por indicios no está regulada en el Título II de la Sección II del Libro I del CPP, sobre medios de prueba. Legislativamente, por tanto, se rechaza que la prueba por indicios esté configurada como un medio de prueba adicional. Más bien se encuentra entre los sistemas o mecanismos para la fijación de los hechos, ciertamente relacionados con la prueba, pero distintos de ella [DE LA OLIVA]. Por tanto, no hay proposición, ni práctica de esta prueba. Hay construcción y utilización de

razonamiento presuncional en la sentencia, siempre que concurren las condiciones legales para ello. Es un método probatorio [GÓMEZ COLOMER].

∞ La prueba por indicios forma parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual (técnica de prueba), por lo que es propio de la fase de valoración de la prueba [GIMENO]. Es un método de prueba judicial [GÓMEZ COLOMER], de aplicación general a cualquier tipo de delitos, especialmente los de clandestinidad o de organización delictiva. No es más que un esquema de razonamiento que cabe utilizar a propósito de cualquier medio de prueba. Los indicios no surgen de medios de prueba distintos a los conocidos, sino que provienen de ellos, de cualquier elemento de prueba que apunte, describa o ayude a descubrir el hecho investigado [CHAIA].

∞ La presunción judicial o *ab hominis*, que es sinónimo de prueba por indicios –que, en todo caso, es su máxima expresión [LEONE], según afirmara BENTHAM–, puede definirse como las “operaciones intelectuales, consentidas por el buen sentido de un hombre experimentado –la regla de enlace o conexión la establece el Juez– (es un juicio crítico, basado en la lógica, la ciencia o la experiencia), que consisten en tener como cierto un hecho –el hecho presunto o el hecho indicado o el hecho consecuencia– a partir de la fijación formal como cierto de otro hecho –el hecho indiciante o el hecho base o el hecho indicio–” [DE LA OLIVA]. Se trata de un proceso deductivo, de suerte que las inferencias acerca de la veracidad de un enunciado fáctico se obtienen tomando otro hecho como premisa [TARUFFO]. Su fundamento se encuentra en un juicio de probabilidad cualificada, en cuya virtud se permite pasar de un hecho indicio A al hecho presunto B, porque es altísimamente probable, según distintas máximas de experiencia –reglas empíricas de acierto frecuentemente comprobado– a, que, dándose A, se dé B [DE LA OLIVA].

∞ El indicio es, pues, un elemento de hecho distinto al mencionado en el tipo penal –al supuesto fáctico de la disposición legal–, pero que puede revelarlo o indicar aspectos sobre él –no tiene naturaleza subjetiva [ASENCIO]–. Es, propiamente, una circunstancia de hecho cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar [MANZINI]. Quien pretende echar mano a los indicios en la comprobación judicial de un hecho, debe reunir e interpretar diversas circunstancias y elementos para luego relacionarlos entre sí a propósito de determinar lo sucedido [CHAIA]. El enlace o inferencia –la presunción–, debe ser preciso y directo, según las reglas de la sana crítica: reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. El hecho presunto vale como cierto, salvo prueba en contrario –entre ella, la existencia de un contraindicio consistente–.

∞ La prueba por indicios, entonces, es una forma esquemática de exponer el razonamiento propio de la lógica formal. Se expresa a través de la descripción del presente silogismo: **1.** Hecho base o indicio (premisa menor) –punto de apoyo de toda presunción, de carácter

indirecto y sobre el que se asienta el resto de los demás elementos—. **2.** Reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (premisa mayor). **3.** Hecho presunto o presumido (conclusión) –consecuencia que se deduce del hecho básico– [NIEVA]. La premisa menor, es una comprobación de un hecho concreto; la premisa mayor, es la problemática y ha de estar fundada en la experiencia o en el sentido común; y, la conclusión –hecho presumido–, sacada de la referencia de la premisa menor (hecho concreto y cierto) a la premisa mayor (abstracta y problemática) –a lo abstracto se une lo concreto– [MANZINI].

∞ La función indicativa de la prueba por indicios se inicia con uno o más hechos comprobados y desde allí, mediante diversos razonamientos, resulta posible demostrar otros hechos, o bien fijar el hecho principal que hasta ese momento era desconocido [CHAIA]. El resultado de esta prueba, aplicada con diligencia, no es inferior al de la prueba directa [CARNELUTTI]. Es, como ya se anotó líneas arriba, una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedarían impunes innumerables delitos. Ahora bien, las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escritura, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etcétera, han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios [DEVIS].

∞ El artículo 158.3 CPP, a final de cuentas, se orienta a imponer estándares racionales en la estimación del valor probatorio de la prueba por indicios, aunque finalmente las garantías necesarias de equidad y fiabilidad deben fundarse en la racionalidad de las inferencias formuladas por el juez. Cuando las inferencias son fiables, la prueba por indicios puede tener el mismo valor probatorio que cualquier otro tipo de pruebas [TARUFFO].

### ***5. Reglas de la prueba por indicios***

∞ En las presunciones judiciales o prueba por indicios, corresponde establecer (reglas internas):

**1.** Que el hecho indicio esté acreditado, que sea considerado cierto, en virtud de prueba –es el requisito primordial de la prueba indiciaria: certeza de la circunstancia indiciante–. No debe ser un dato meramente hipotético, sino conocido a través de la prueba –en esta perspectiva la afirmación del hecho indicio se erige en un objeto de prueba [PARRA], y solo acreditado el mismo, constituirá un elemento de prueba–. La acreditación del indicio lo ha de ser de acuerdo con los principios y garantías de aplicación a la prueba en el proceso penal [ASENCIO], con pleno respeto de la garantía de presunción de inocencia. En este sentido, pero solo en éste, el indicio acreditado conceptualmente no es otra cosa que lo que

modernamente se considera “elemento de prueba”, a partir del cual, mediante un razonamiento lógico, se infiere otro hecho desconocido [JAUCHEN].

∞ Los indicios, además de ciertos, deben tener una relación lógica con el hecho a probar – de ahí que sea significativo que los hechos indicios deben estar alrededor del hecho presunto “*circum stare*”–. La razón o el fundamento del valor probatorio del indicio radica en su aptitud para que el juez induzca de él lógicamente el hecho desconocido objeto del proceso penal [DEVIS]. El indicio es un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro [PARRA].

∞ Asimismo, los indicios han de ser (i) plurales (o excepcionalmente únicos: cuando el hecho típico pueda ser directamente relacionado con el indicio –“unívoco”–, pues lo general un solo indicio solo puede sostener a lo sumo una mera sospecha [JAUCHEN]), de modo que cuantos más sean los indicios (naturalmente, ciertos y graves), más fácil es el juicio de probabilidad –su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación efecto-causa [SERRA]–; (ii) concomitantes al hecho inferido (hechos no desconectados con el hecho delictivo y su agente, periféricos con el hecho nuclear a probar, relacionados con él), e (iii) interrelacionados, de suerte que concurren y se refuerzan mutuamente señalando una misma dirección, no deben estar en contraste entre sí y entre ellos deben haber una coordinación lógica –no solo se trata de una suma o adición de indicios, sino también de esta imbricación (STSE de 22-6-1998)–. Se trata, en última instancia, de que concorra una cadena de indicios que confluyan en el mismo resultado [ASENCIO].

∞ Los indicios, en este último nivel, exigen que se valoren en su conjunto, y no aisladamente (“*quae singula non probant, simul unita probant*”: las cosas que singularmente consideradas no prueban, prueban reunidas [MANZINI] (SCCItalia de 10-2-1941). La valoración individual solo se justifica para reconocer las notas de certidumbre del mismo y, en lo posible, de su gravedad –mayor proximidad con el hecho indicado y más próximo a la acción criminal– [LEONE].

∞ El indicio es el elemento inicial de que parte la presunción [SERRA]. Por lo demás, no debe confundirse el indicio con los medios de prueba que sirven para su comprobación, ni tampoco con la fuente de donde proviene [MANZINI]. Finalmente, es de reconocer que de un indicio puede descender otro indicio –casos de indicios mediatos–, aunque es de observar la máxima cautela a fin de evitar que la reconstrucción de un hecho pase a través de una cadena tal de indicios, que haga perder al proceso de inferencia su máxima

capacidad de aproximación a la verdad [LEONE]. Es claro que lo que el indicio muestra no es lo que, en definitiva, se quiere probar, sino un paso intermedio [PÉREZ-CRUZ].

2. Que, en cuanto al razonamiento deductivo, debe existir un enlace, que aúne el indicio al hecho presunto o necesitado de probar, preciso y directo –nexo o enlace causal–, según las reglas de la sana crítica: *principios de la lógica, conocimientos científicos y máximas de la experiencia* – o del “criterio humano” (STCE 45/1987, de 9-4-1987)–.

Ese enlace no ha de consistir en otra cosa que en la conexión o coherencia y congruencia entre ambos hechos (el base y presumido), de suerte que el conocimiento de unos nos lleve, como consecuencia lógica o recta razón, al de otro (STSE de 2-4-1996). La presunción, en cuanto inferencia teórica, se funda en un juicio de regularidad, normalidad o alta probabilidad de verdad, a partir del cual lleva de premisas que se afirman verdaderas a una conclusión que también se afirma verdadera [AGUILÓ], se ha de sustentar en razones serias y estables [PARRA]. Si el hecho indicio no está probado la inferencia será una mera conjetura, no una presunción en estricto sentido.

∞ Solo así cabe fundar un juicio de probabilidad cualificada de que, dado el hecho indicio, se ha producido también el hecho presunto (eliminación de las conexiones asentadas en ambigüedades o equivocidades, y el rechazo de cualquier conexión basada en rodeos o circunloquios mixtificadores de la realidad). Comprobada, pues, la circunstancia indiciante, es necesario referirla, según las normas de la lógica, a una premisa mayor, en la que esté ya contenida en abstracto la conclusión que en concreto se busca [MANZINI]. En realidad este nexo lógico entre los dos hechos, indicio y hecho presumido, es la presunción [GÓMEZ COLOMER].

∞ La prueba por indicios requiere de un proceso de inferencia que aúne el hecho base con el hecho presunto, el cual ha de ser fruto de una inferencia lógica –el proceso deductivo ha de ser coherente, no arbitrario, irracional o absurdo– [PÉREZ-CRUZ].

∞ *El principio de normalidad* –tendencia constante a la repetición de unos mismos fenómenos– se encuentra relacionado con el principio de causalidad, que determina que unas mismas causas producen siempre unos mismos efectos, cuya justificación reside en la existencia de unas leyes más o menos inmutables. En consecuencia, si normalmente un determinado efecto está precedido de una específica causa, de probarse positivamente aquél, se entenderá también probada positivamente ésta. Luego, si el efecto puede provocado por causas distintas, la causa específica, productora del efecto probado, sólo se tendrá por probada en virtud del principio de oportunidad, según el cual, dadas unas determinadas circunstancias se puede excluir ‘normalmente’ la presencia de un cierto

número de causas, por lo que la investigación queda reducida a una sola causa, que podrá considerarse como la única productora del efecto [SERRA].

3. El hecho presunto, o afirmación presumida (hecho-consecuencia o hecho indiciado) compone la conclusión a partir del indicio o hecho-base y, como tal, constituye, en sentido propio, la afirmación que se desprende de la prueba por indicios [CORDON]. Ésta se corresponde con el hecho descrito en el tipo legal.

4. Inexistencia de prueba en contrario del hecho indicio o del hecho presunto o presumido, así como ausencia de una regla que niegue el “enlace preciso y directo”, del fundamento del juicio de probabilidad cualificada [DE LA OLIVA] –ello se debe a que la persuasión judicial obtenida a través de la técnica presuntiva no puede estar sujeta a límites–. La prueba por indicios debe ser valorada al amparo de la sana crítica racional de manera conjunta; caso contrario, se obtendrá una visión fragmentada, parcial y poco esclarecedora de los hechos [CHAIA].

∞ La sentencia que aplique la prueba por indicios, como regla de forma, debe incluir el razonamiento en virtud del cual el juez ha establecido la presunción. Se trata de una regla de carácter general propio de todo proceso de valoración de la prueba, establecida por el artículo 394.2 del CPP: “La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos [...], y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique” –ésta es de naturaleza inductiva–. Los hechos-base o indicios deben mencionarse con las notas de su acreditación –debe justificarse el concreto medio de prueba por el que se ha declarado probado y su carácter inculpatario (STCE 229/1988, de 1-12-1988)–, y de que servirán de fundamento a la deducción, presunción o inferencia –debe explicar la conexión existente entre los indicios y el delito que se considera demostrado–; y, aun cuando sucinta escueta, debe hacerse explícito el referido razonamiento presuntivo, o sea el camino por el que, partiendo de los indicios acreditados por la prueba, llega a la conclusión –la arbitrariedad y la incoherencia son contrarios al razonamiento indiciario (STSE de 8-3-1994) [PASTOR]; y, como es posible que los indicios probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos, el juez debe dar cuenta de todas ellas y razonar por qué elige la que estime como conveniente [PÉREZ-CRUZ].

∞ Un interesante desarrollo tanto de la prueba por indicios, cuanto de lo específicamente se requiere para el delito de lavado de activos, se encuentra en la Ejecutoria Suprema RN. N.º 2868-2014/Lima, de 27-12-2016. En ella no solo se analiza los alcances del tipo legal de lavado de activos, sino también los alcances de la prueba por indicios, con especial referencia al delito en mención. La necesidad de la apreciación conjunta de los indicios está desarrollada, por ejemplo, en las Sentencias de Casación del Tribunal Superior de Córdova

(Argentina) de 10-2-2006 y 17-2-2008, así como en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, caso “Martínez Saturnino”, de 7-6-1988.

### **6. La prueba en contrario – el contraindicio**

∞ Los indicios deben estar plenamente probados. Esta es la regla, que a su vez afirma que la inferencia ha de ser la correcta. El imputado o el tercero civil pueden cuestionar su eficacia probatoria, lo que es una consecuencia ordinaria del mecanismo general de la prueba. A este mecanismo probatorio se denomina “prueba

en contrario”, que se subdivide en contraprueba y prueba de lo contrario. La primera está dirigida a desvirtuar un indicio, y la segunda persigue destruir una presunción ya formada [SERRA]. En estos términos se ha pronunciado la Sentencia Casatoria número 628-2015/Lima, de 5-5-2016.

∞ La contraprueba, como tal, persigue crear la duda del juez sobre la realidad de determinado indicio. Apunta a cuestionar la aparente solidez del indicio, (i) bien probando que el hecho indiciario no ha tenido existencia, (ii) bien procurando acreditar que no ha quedado suficiente probado, (iii) bien probando la realidad de otro hecho incompatible con el indicio, (iv) bien planteando alguna otra posibilidad fáctica que ponga en duda la realidad del hecho indiciario.

∞ Dentro de la contraprueba se distingue: **1.** Contraprueba directa: busca refutar inmediatamente el hecho indiciario, cuestionando su eficacia probatoria. **2.** Contraprueba indirecta: busca la prueba directa de otros hechos que, por su incompatibilidad con el indicio o los indicios sobre los que se asienta la presunción, hace decaer la fuerza probatoria de éstos –a ésta se le denomina contraindicios–.

En sede penal, la coartada fallida se convierte en un indicio de cargo, no definitivo.

∞ Establecido el indicio y con la guía de las reglas de la sana crítica es posible llegar a la plena probanza del hecho presunto. Para que esto se cumpla, sin embargo, se requiere pasar por dos filtros que pueden obstaculizarla: **1.** Prueba de lo contrario. **2.** Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas [CLIMENT].

∞ Prueba de lo contrario: Trata de desvirtuar el hecho presunto que se ha obtenido tras la probanza de los hechos indicio. Concurrencia de una prueba que desvirtúa o hace ineficaz la presunción. Busca desvirtuar el hecho presunto, sea a través de prueba directa o prueba por indicios. Puede probar que el hecho presunto no existe u otro hecho incompatible con el hecho presunto.

∞ Exclusión judicial de otras posibles conclusiones presuntivas. Todo hecho, considerado en sí mismo y fuera de su contexto, de las circunstancias que lo rodean, es ambiguo o

equivoco. Los indicios, como hechos que son, son polisémicos o equivocados. Todo depende de la intensidad probatoria de cada indicio: alta o baja; cuando es la primera el nivel de equivocidad es menor (se distinguen entre indicios débiles o indicios fuertes, según su valor indiciario). Por regla, la suma de indicios débiles no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera (STSE de 5-3-2004). Deben analizarse todas las hipótesis presuntivas. La hipótesis presuntiva acusatoria debe informarse, es decir, compararse con las otras conclusiones posibles y hallar su grado de resistencia [MUÑOZ SABATÉ].

### **7. El control impugnativo de la prueba por indicios**

∞ La concurrencia de las reglas internas y de forma se controla impugnativamente a través de los recursos de apelación y de casación.

Desde la garantía de motivación, en concurrencia con la garantía de presunción de inocencia, se exigirá que en la sentencia se expresen, de un lado, cuáles son los indicios que se estiman acreditados –y cómo–, los que servirán de fundamento a la inferencia; y, de otro lado, las razones a través de las cuales se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la intervención en él del acusado, desde su pluralidad, concomitancia e interrelación [CALDERÓN/CHOCLÁN].

El control impugnativo, en este ámbito, tiene dos límites. El primero se refiere al principio de inmediación y se conecta en la propia declaración de hechos probados si estos se establecieron mediante prueba personal –salvo aquello que escapa a la inmediación entre el juez y el aporte informativo del órgano de prueba–. El segundo se circunscribe al peso de los indicios en relación con las pruebas de cargo, pues no es posible sustituir el criterio valorativo del juez sentenciador por el de la Corte Suprema, y mucho menos por el del recurrente; la relación en orden el peso de una testifical de descargo o la propia declaración del imputado es una cuestión vinculada a la inmediación y, por ende, excluidas de las potestades de la Sala de Casación [PÉREZ-CRUZ].

∞ Desde la misma garantía de motivación, en relación con la lógica de la misma, se examinará su estricto acomodo con las máximas o reglas lógicas, científicas o de experiencia. Que el enlace sea preciso y directo. Que la inferencia sea razonable y concluyente; es decir, que no sea excesivamente a vierta (STCE 124/2001, de 4-6-2001).

### **8. Tipología de indicios**

∞ Más allá de que se destaca el papel de la tipología de los indicios, se trata de una pura actividad del juez [GÓMEZ COLOMER]. El número de indicios es prácticamente es ilimitado y ninguna clasificación puede comprenderlos totalmente [DEVIS], ello consecuencia de su distinta naturaleza u origen [JAUCHEN]. No obstante ello, en la jurisprudencia nacional –bajo el convencimiento de que conservan cierta utilidad práctica–, junto a (i) los indicios

graves o fuertes y los indicios leves, en función a la mayor o menor cercanía material con los hechos –será grave si entre el hecho indicio y el hecho presunto o hecho aprobar existe una relación lógica inmediata [PARRA], o a (ii) los indicios referidos a la intensidad de su conexión (próximos, que guardan una relación clara y directa con el delito, y remotos, que son meras posibilidades, alejadas del hecho-base, que indican hechos fácilmente engañosos), así como a (iii) los indicios vinculados a su relación temporal con el delito (anteriores –hechos que por lo general sirven de preparación al delito–, concomitantes –hechos que se producen en el mismo lapso temporal de la ejecución material del delito–, y posteriores –hechos que ocurren tras el delito–); se ha impuesto (iv) un listado de indicios muy variado. Así:

- A. Indicios de capacidad delictiva: aptitud física o síquica del agente para cometer el delito.
- B. Indicios de capacidad moral: propensión del reo al delito.
- C. Indicios de oportunidad: momento concreto, lugar, coparticipación.
- D. Indicios de móvil delictivo: odio, animosidad, peleas previas, diferencias.
- E. Indicios de mala justificación: afirmación de coartadas falsas ante circunstancias incriminatorias.
- F. Indicios de fuga: el imputado huye, inexplicablemente, del lugar de los hechos en el momento en que se realizó el delito.
- G. Indicios de corrupción o soborno: se ofrece un soborno al funcionario encargado de la persecución penal.
- H. Indicios de modus operandi: reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueda dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos, sirva de indicio de autoría para los restantes.
- I. Indicios de cambio de situación económica: el incremento injustificado de patrimonio, útil para los casos de enriquecimiento ilícito, lavado tributario o delito tributario [GARCÍA CAVERO].

### **9. Algunos indicios – Casuística judicial**

∞ La regla, en el caso del silencio del acusado, es que como se trata de la garantía de defensa procesal, su ejercicio no puede acarrear significado alguno y menos aún negativo o perjudicial para quien lo ejerce (ATCE 43/1996, de 26 de febrero). Empero, como dejó sentado la Sentencia Murray STEDH de 8-2-1997, cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama una explicación del imputado acerca de los hechos, no hacerlo importaría un indicio de cargo complementario, que reforzaría los indicios de cargo y la regla

presuncional respectiva –afirma la racionalidad del juicio de inferencia [STSE de 21-4-2009]–.

∞ La coartada improbadada o la coartada incoherente, existiendo prueba suficiente del hecho delictivo y de la intervención del imputado en su comisión (con prueba directa o por indicios), no solamente no desvirtúa sino que refuerza la convicción racionalmente deducida de las pruebas practicadas (STSE de 17-11-2000). Pero, tal coartada, en sí misma, no se erige en indicio de cargo, indicio de verdad de la imputación (STCE 229/1988, de 1 de febrero), pero puede servir en elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (STCE 111/2008, de 22 de septiembre). No obstante ello, es de enfatizar que el indicio, como se sabe, es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etcétera) que sirve para probar directamente la autoría del delito, la coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo [ASENCIO].

∞ En los casos de convivencia conyugal o de relación de afectividad con el tenedor de la droga o persona dedicada al tráfico de drogas no es suficiente, sin adición alguna (presencia de otras pruebas o indicios aclaratorios), de coautoría o complicidad –no se admite una presunción ilícita *in malam partem* de autoría del delito; el uno no es garante que el otro no cometa delito–. Solo si se advierte la realización de actos independientes, como acompañar al cónyuge a las reuniones de organización del tráfico de drogas, preparar los sobres de drogas, etc. El conocimiento de uno de la actividad delictiva del otro no es activa participación en el delito (STSE de 18-6-2010).

∞ En los casos de posesión de los objetos sustraídos no es suficiente la sola posesión de los mismos para imputar un robo. Se requiere del factor temporal y espacial. Si, por ejemplo, se interviene al imputado por el lugar de los hechos y en poder de los bienes sustraídos, la inferencia de autoría del robo es consistente (STSE de 13-7-1999).

∞ La prueba del hecho interno o subjetivo se advierte de la conducta externa realizada por el agente. Salvo la confesión, se acreditan mediante la presunción. Se toman como referencia los datos objetivos que consten en la causa (STSE de 27-10-1986]. Se establecen a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en las reglas de la sana crítica (STSE de 20-7-1990).

∞ En el delito de tráfico ilícito de drogas, el elemento tendencial del destino al tráfico ilícito de drogas debe acreditarse mediante prueba por indicios. Es relevante, al respecto, la cantidad y calidad de droga ocupada, unida a su pureza y al nivel económico del tenedor,

así como a las circunstancias de su intervención. Los datos objetivos que se toman en consideración son el lugar de ocultación de la droga, la pluralidad de drogas ocupadas, la existencia de material o instrumentos adecuada para su elaboración o distribución, la aprehensión de cantidades de dinero en metálico en cuantía inusual, la diversidad de bienes hallados en el predio del imputado incompatibles con su situación económica, etc.

∞ En el delito de estafa contractual, respecto de negocios civiles o mercantiles, se tiene que el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude, aun cuando formalmente correcto. En estos casos define la estafa la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo (STSE de 17-1-1999). En tales supuestos se requiere de un juicio de inferencia, de una presunción. En unos casos, el propósito defraudatorio se deduce “*a posteriori*” de la falta de medios existentes o de la conducta observada por el reo en la fase de ejecución en la que aparece un incumplimiento total o casi total del acusado (STSE de 19-5-2008); y, en otros, el indicio se sitúa en hechos iniciales de la operación fraudulenta –se estafó a la compañía de seguros acompañando un documento de reparación inconsistente y por un monto desproporcionado–.

∞ La habitualidad en el delito de receptación. Se demuestra en virtud de la cantidad de bienes de procedencia ilícita ocupados, la variedad de los mismos y su pertenencia a una multiplicidad de personas, así como las fechas de los delitos- fuente y las fechas de los actos de receptación (STSE de 24-1-1997).

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. GARBERI LLOBREGAT, JOSÉ: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Bosch, Barcelona, 2010.
2. CORDÓN AGUILAR, JULIO CÉSAR: *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, Editorial Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2012.
3. MAIER, JULIO B.J.: *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2011.
4. CHAIA, RUBÉN A.: *La prueba en el proceso penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
5. LEONE, GIOVANNI: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.
6. MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Ediciones Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1952.

7. NIEVA FENOLL, JORDI: *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, Editorial IBdF, Buenos Aires, 2012.
8. ASCENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho Procesal Penal. Estudios Fundamentales*, Editorial INPECCP, Lima, 2016.
9. LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER: *Proceso Penal Comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2017.
10. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros: *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria, Madrid, 2016.
11. MONTERO AROCA, JUAN y otros: *Derecho Jurisdiccional II*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
12. PARRA QUIJANO, JAIRO: *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones del Profesional, Bogotá, 2013.
13. JAUCHEN, EDUARDO M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.
14. SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL: *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969.
15. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS y otros: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.
16. CLIMENT DURÁN, CARLOS: *La prueba penal*, Tomo I, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
17. DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 2002.
18. GÓMEZ ORBANEJA, EMILIO y otro: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.
19. TARUFFO, MICHELE: *La prueba*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
20. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Civitas, Pamplona, 2015.
21. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho Procesal Civil I*, Editorial Colex, Madrid, 2007.
22. GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS y otros: *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
23. ROXIN, CLAUS: *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
24. VOLK, KLAUS: *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
25. MUÑOZ SABATÉ, LUIS: *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis, Barcelona, 1993.
26. ORTELLS RAMOS, MANUEL: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009.

27. PASTOR ALCOY, FRANCISCO: *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
28. SCHLÜCHTER, ELLEN: *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
29. GARCÍA CAVERO, PERCY: *La prueba indiciaria en el proceso penal*, Editorial Alternativas, Lima, 2010.
30. MIRANDA ESTRAMPES, MANUEL: *La prueba en el proceso penal acusatorio*, Jurista Editores, Lima, 2012.

Lima, octubre de 2017

**CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO**