



LA PRUEBA INDICIARIA

*Dr. Francisco Castillo González.
Profesor de Derecho Penal.
Universidad de Costa Rica.*

I. GENERALIDADES

1.— La prueba indiciaria es un medio probatorio que permite al juez, a través de una argumentación que permite al juez, a través de una argumentación y apoyándose en su experiencia, llegar, por deducción, de un hecho conocido (circunstancia indiciante) a un hecho desconocido, de importancia directa para el tema probatorio.

Esta prueba, no regulada en el actual Código Procesal Penal expresamente (1), adquirió enorme importancia a partir del siglo XIX, cuando se extendió al proceso penal los resultados y los métodos de las ciencias naturales (2). La necesidad de recurrir a la prueba indiciaria existe en cualquier sistema jurídico penal porque la mayoría de los delitos escapan a la prueba directa. Ya escribieron los prácticos: "delicta non probantur per instrumenta" (3). El elemento subjetivo del delito, y especialmente el dolo, solamente puede ser probado mediante datos externos que permitan establecer los hechos, situaciones y actitudes ocurridos en la psiquis del agente en el momento de la acción punible. La confesión del imputado es la excepción; cuando ella existe es un simple indicio, que el juez debe valorar críticamente, en el conjunto de las otras resultancias probatorias.

2.— Como lo han demostrado investigaciones em-

píricas sobre la sentencia errónea, gran parte de los errores judiciales ocurren en procesos indiciarios. Esto es fácilmente explicable: primero, porque la circunstancia indiciante, premisa menor del silogismo probatorio indiciario, debe ser probada por cualquiera de los medios probatorios legalmente establecidos; la prueba indiciaria soporta, por tanto, cierta cantidad de error y falsedad, proveniente de los otros medios probatorios (4), segundo, porque la prueba pericial requiere de la experiencia judicial que puede ser, en la práctica, insuficiente. En la formación de la máxima de experiencia entra la personalidad total del juez (5), con sus defectos y sus virtudes, sus simpatías y sus antipatías, su ideología y su "Weltanschauung"; tercero, porque la prueba indiciaria necesita de una argumentación probatoria, que puede ser errada. La lógica nos enseña que el sofisma es frecuente.

3.— Mientras la prueba indiciaria o indirecta es prueba crítica y presuntiva, con función indicativa del hecho a probar, las pruebas directas son históricas y de naturaleza representativa (6). Diferencia de jerarquía no hay entre una y otras, dado que nuestro sistema se basa en el libre convencimiento judicial, que permite al juez obtener de cualquier

-
- (1) A diferencia de lo que ocurría en el Código de Procedimientos Penales de 1910 (arts. 522 y sigte.), el actual Código de Procedimientos Penales no regula expresamente la prueba indiciaria. Ello se explica porque el Código de Procedimiento Penal italiano de 1930, que sirvió de base indirectamente a nuestra actual legislación, sólo regula aquellos medios probatorios que requieren un procedimiento especial (así, MANZINI, Vol. II., pág. 529; BELLAVISTA, pág. 249).
- (2) SCHULTZ, Schw. Z. für Straf., 1958 (Bd. 73), pág. 213.
- (3) BELLAVISTA, pág. 248; VELOTTI, pág. 201.
- (4) Entre otros, KUSCH, págs. 3 y 4; RITTLER, pág. 184; DÖHRING, pág. 335.
- (5) RITTLER, pág. 183.
- (6) VELOTTI, pág. 201.

elemento probatorio las bases para su propio convencimiento (7). La prueba directa no es, por tanto, necesaria para condenar ni para absolver. Cuando la única prueba existente es la indiciaria, se produce entre ésta y la directa una verdadera intercambiabilidad (8).

Puede ocurrir que en un mismo proceso haya prueba directa e indirecta. Los indicios pueden, entonces, o confirmar la fuerza probatoria de un medio de prueba determinado o estar en contradicción con una prueba o con el resto de las pruebas. En este último caso los indicios se confunden con los medios que utiliza el juez para valorar críticamente la prueba directa y para formar su propio convencimiento. No puede depender el empleo de la prueba indirecta de que la directa no exista o sea insuficiente o insegura, como lo sostiene una corriente doctrinal (9). La prueba indirecta es, al contrario, indispensable, cuando apareciendo la prueba directa como suficiente o segura es necesario establecer su insuficiencia o su inseguridad (10).

El conocimiento judicial, como el científico,

no tiene pretensión de validez absoluta sino probabilística. Tanto el conocimiento logrado a través de la prueba directa como el logrado por medio de la prueba indiciaria son, desde este punto de vista, probabilísticos. Lo tenido por cierto se mantiene como verdad legal mientras hechos o pruebas no valorados no demuestren que hubo falsedad probatoria o error judicial (11).

Cuando se afirma que la prueba indiciaria es inductiva o probabilística o plausible no se hace referencia a sus características definitorias frente a la prueba directa, sino al tipo de razonamiento en que se apoya. El razonamiento inductivo o probabilístico, —que supone una prognosis de probabilidad y que empieza cuando conocemos algunas de las condiciones de un fenómeno, insuficientes para construir proposiciones con certeza (12)—, se opone al razonamiento deductivo, en tanto que en éste la conclusión sigue de las premisas de modo necesario (13). Los conocimientos previos que fundamentan en la prueba indiciaria la prognosis de probabilidad son las máximas de experiencia.

II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

4.— Como cualquier silogismo, la prueba indiciaria consta de tres partes: de una circunstancia indiciante (premisa menor), de una máxima de experiencia (premisa mayor) y de una conclusión. En esta prueba sólo es posible el establecimiento del hecho concreto, objeto de la prueba, a través de una operación mental del juez, que une por medio

de una máxima de experiencia un hecho conocido a un hecho desconocido.

A.— La circunstancia indiciante.

5.— Por circunstancia indiciante se entiende un hecho, por lo general jurídicamente indiferente, que, unido a otros hechos, conduce o puede con-

(7) RITTLER, pág. 175.

(8) En tal sentido, ALSBERG-NÜSSE, pág. 73. Así, si se logra establecer que el imputado estuvo en lugar distinto a aquél en que ocurrieron los hechos, se establece una prueba directa de su no autoría (contraprueba).

(9) Algunos sostienen que la prueba indirecta sólo es utilizable si falta en el proceso prueba directa o cuando habiéndola, ella es insuficiente o insegura (así, LEONE, Riv. It di Dir. Pen., 1956, pág. 395; BENNECKE-BELING, pág. 319; ROEDER, pág. 40, nota 2). Leone fundamenta su posición en los peligros de la prueba indiciaria, —lo cual no es ninguna razón jurídica para dar preeminencia a la prueba directa—, mientras que los otros en el principio de inmediatez de la prueba, en tanto que la indiciaria es excepción a ese principio. Lo cual no es cierto, porque la inmediatez de la prueba no se opone a la valoración de la prueba indiciaria (así, ALSBERG-NÜSSE, págs. 73 ss.).

(10) En este último caso y, en tanto que las pruebas pueden alinearse conforme a cierto orden, según su importancia (SCHNEIDER, pág. 114), primero deben valorarse las pruebas directas y luego los indicios, que juegan un papel subordinado.

(11) Ciertamente hay diferencias, desde el punto de vista del grado de probabilidad, entre prueba directa e indiciaria, a pesar de ser ambas probabilísticas. Conforme al cálculo lógico de probabilidades, la probabilidad de concurrencia de dos hechos independientes entre sí se expresa como el producto de dos probabilidades separadas, mientras que la probabilidad de dos hechos que se excluyen mutuamente es la suma de las probabilidades separadas (DE ALEJANDRO, pág. 319). Si el testigo A (representado por 5/6) y el testigo B (representado por 9/10) dicen lo mismo, la probabilidad del hecho será $5/6 \times 9/10 = 3/4$. No es posible, sin embargo, como se ha pretendido (POISSON, pág. 40), aplicar el cálculo de probabilidades, propio de la lógica y de la matemática, al problema probatorio. Los fundamentos de esas disciplinas son la predeterminación exacta de todos los eventos posibles y el conocimiento de todos los supuestos de hecho. En el derecho, por el contrario, el criterio de verdad está en función de dos variables: del alto grado de probabilidad del evento, —se parte del principio de que la probabilidad de que A derive del hecho B es incierta y del supuesto de que nunca podrán conocerse todas las causas de A—, y de la certeza subjetiva del juzgador (en tal sentido, GIANTURCO, pág. 144; FINCKE, G.A., 1973, pág. 268 ss.).

(12) F.V. KUTSCHERA, pág. 65; WEINBARG, pág. 167.

(13) DEANO, pág. 39. Es razonamiento deductivo el siguiente: si todos los "a" son "b" y todos los "b" son "c", entonces, todos los "a" son "c". En este caso, la conclusión se sigue necesariamente de la verdad de las premisas, en virtud de la sola forma de éstas.

ducir a hechos jurídicamente relevantes, que interesa probar (14). Lo que concretiza qué indicios deben ser probados es el "thema probandum" del caso que debe resolverse.

Conforme al principio de oficialidad debe el juez establecer indicios de cargo y de descargo. Estos últimos deben ser investigados de oficio o por alegación del imputado (art. 185 inc. 2 CPP). Por tanto, el indicio es "argumentum demonstrativum delicti et auctoris" y "argumentum demonstrativum innocentiae" (15).

En lo penal es admisible la prueba indiciaria para probar cualquier hecho (16) con las siguientes excepciones:

- a-1) Por indicios no puede establecerse el estado civil de las personas (art. 198 CPP). El estado civil puede establecerse en el proceso penal, pero con las limitaciones probatorias establecidas por las leyes civiles (art. 8 CPP).
- a-2) No se admite prueba indiciaria cuando el hecho se encuentre amparado por una presunción legal (17).
- a-3) El principio de libertad probatoria no autoriza al juez a construir pruebas innominadas o indiciarias con desapego al rito probatorio. No tiene valor indiciante ni el rumor público ni la "publica fama", que sobre el hecho o sobre el imputado corran en el público (18). "Rumor público" son aquellas noticias, incontroladas e incontrolables, sin origen ni consistencia precisa, que se transforman de boca en boca (19).

6.— La circunstancia indiciante debe ser establecida por cualquiera de los medios de prueba legalmente establecidos. Para que ella pueda fundar una

sentencia, debe derivar de un medio probatorio legalmente incorporado al debate (art. 400 inc. 3 CPP). De acuerdo al artículo 393 CPP solamente pueden ser objeto de valoración aquellas circunstancias indiciantes plenamente establecidas y probadas (20). El principio "in dubio pro reo" sólo entra en funcionamiento si, después de franqueado el estadio de valoración de la prueba, existen todavía dudas sobre las "cuestiones de hecho", en cuyo caso debe estarse "a lo más favorable al imputado".

Consecuencia del principio "in dubio pro reo" es que todas las circunstancias indiciantes no probadas, no enteramente probadas o respecto a las cuales hay duda, no pueden servir de base para el silogismo probatorio. Por otro lado, es también consecuencia del mencionado principio que las circunstancias indiciantes favorables al indiciado en las cuales hay duda sobre su existencia, pero que no pueden ser excluidas por imposibles, deben tenerse por probadas (21). Si el imputado no pudo probar un alibi o se demostró que éste era falso, ello no puede ser tenido como indicio en su contra (22). Así, si el imputado alegó haber estado en lugar distinto al que ocurrieron los hechos y no pudo probar su dicho o se demostró que éste era falso, no puede concluirse que él estuvo en el lugar de los hechos.

En tanto que el imputado tiene derecho a exigir que se proceda en su contra conforme a los principios establecidos por el derecho constitucional y procesal, el juez no puede establecer circunstancias indiciantes, que deriven de pruebas afectas por prohibiciones probatorias ("Beweisverbote"). Estas derivan ora del derecho constitucional, —prohibición de utilizar, para efectos probatorios, confesiones arrancadas con violencia física o moral, prohibición de utilizar en juicio correspondencia y papeles privados sustraídos—,

(14) RITTLER, pág. 202. Del mismo modo define nuestra Casación los indicios: Cas. 16:15 hrs. de 25 de nov. de 1954; Cas. 16:40 hrs. de 11 enero 1966.

(15) BELLAVISTA, pág. 247.

(16) En tal sentido, GIANTURCO, pág. 153. En materia civil sólo se admite la prueba indiciaria cuando sea admisible la prueba testimonial. Compárese arts. 522 y 523 CPP de 1910.

(17) Las presunciones legales en materia penal son escasas, porque en ella vale el principio de la necesidad de la prueba. "In criminibus non debet esse praesumptiones, sed clarae probationes". Distinto es el problema de los hechos notorios. Respecto a éstos vale el principio "non indigent probatione facta notoria". Por hechos notorios se entiende aquellos que, apareciendo en forma particular y circunstanciada, por pertenecer a la cultura media del grupo son conocidos por los participantes de un determinado círculo social (así, CALAMANDREI, Vol. II, pág. 307; LEONE, Riv. It. di Dir. Pen., 1956, pág. 393). La alegación de notoriedad es admisible procesalmente, en tanto que el legislador no la prohíba expresamente, como ocurre en el desacato (art. 307 Cód. Penal).

(18) Tenían valor indiciante tanto el rumor como la fama pública en derecho medieval.

(19) CELOTTI, Arch. Pen., 1973, II, págs. 116 y 120; GIANTURCO, pág. 137.

(20) En tal sentido, LÖWE-ROSENBERG, Vorb. Paragr. 261, Anm. 6 b; MÜLLER-SAX (KMR), Vorb. Paragr. 48, Anm. e 2); GRUNWALD, pág. 64, nota 35; VOLK, JuS, 1975, pág. 26.

(21) Así, PETERS, pág. 247; FOTH, NJW, 1974, pág. 1572.

(22) VOLK, JuS, 1975, pág. 27. El principio "in dubio pro reo" es una simple regla probatoria que establece que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al reo. No regula, por tanto, la carga de la prueba.

ora del derecho penal de fondo (por ejemplo, prohibición de utilizar manifestaciones verbales indebidamente captadas, art. 198 Cód. Penal).

7.— Para que puedan servir de base a una condena, los indicios deben ser varios, graves, precisos y concordantes.

La variedad o multiplicidad de los indicios es un requisito de la prueba indiciaria que deriva del hecho de que ésta es una prueba cumulativa probable (23). La fuerza de los indicios sólo ocurre cuando hay varios indicios autónomos, puestos sobre el mismo plano horizontal ("singula non posunt quae simul unita jurant").

El requisito de la variedad de indicios independientes no implica que cada uno de ellos debe tomar su fuente de un distinto medio probatorio. Significa que cada indicio, aunque deducido de otro ("indicia indicii") (24), debe indicar un hecho independiente con relación al tema probatorio. En contra de una corriente doctrinal (25) que, por aplicación de la regla "praesumptum de praesumptio non admittitur", no admite que unos indicios puedan deducirse de otros, pensamos que ello es posible. El artículo 202 CPP consagra un caso de indicios sucesivos. Este artículo dice: "*Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o si éstos desaparecieron o fueron alterados, el juez describirá el estado existente, y en lo posible, verificará el anterior...*". Por tanto, el juez debe describir el estado actual (primer indicio), establecer a partir de éste el estado anterior (indicio de segundo grado) y, lógicamente, argumentar a partir de los indicios anteriores sobre el delito y sobre el delincuente (indicio de tercer grado). El funcionamiento de indicios derivados de un indicio nos lo muestra este ejemplo, puesto por Beling (26): se establece que A tuvo el tres de febrero alrededor de las diez de la mañana una conversación telefónica con B, desde el consultorio del médico C. Si éste aparece muerto y se determina que lo mataron el 3 de febrero a las 10 de la mañana, aproximadamente, la conversación telefónica de A desde el consultorio de C (circunstancia indiciante probada) es un indicio de que A estuvo

en el lugar de los hechos a la hora aproximada en que éstos ocurrieron (indicio de segundo grado) y su presencia en el lugar de los hechos puede servir de indicio de que A mató a C (indicio de tercer grado).

Dos errores lógicos son frecuentes con relación a la multiplicidad de indicios. El primero es tomar como múltiples indicios lo que es una multiplicidad de sospechas. Así, si alguien es acusado de un secuestro con fines políticos y se hace valer en su contra que se le ha visto con gente de ideología troskista (a), que se le ha visto con representantes de organizaciones troskistas (b) y que pertenece a una organización troskista (c), podría haber varias sospechas contra ese individuo, pero ningún indicio en su contra por el delito cometido, porque los tres pretendidos indicios se reducen a la simple afirmación de que esa persona es un troskista. El segundo tipo de error lógico es el inverso: de un mismo indicio se deducen varias sospechas, que se hacen valer como indicios independientes. Por ejemplo, el cuchillo ensangrentado, perteneciente a A, fue encontrado en el lugar del homicidio (27). En tal caso solamente hay un indicio contra A. Su presencia en el lugar de los hechos y la posesión del cuchillo en el momento en que éstos ocurrieron no están establecidas y ambas son presupuestas para que A haya podido clavar el cuchillo en el pecho de la víctima.

La gravedad de los indicios significa que la circunstancia indiciante debe haber sido establecida de manera cierta (28). Como toda certidumbre, la que se refiere a la circunstancia indiciante requiere un momento subjetivo apoyado en bases objetivas. El momento subjetivo explica que el juez busque hechos que, ordenados idealmente conforme a una hipótesis o teoría de cómo ocurrieron, puedan servir de indicios; el momento objetivo requiere que la circunstancia indiciante se pruebe conforme a un medio de prueba legalmente establecido.

La precisión de los indicios exige que éstos lleven únicamente a la conclusión del hecho a probar (29). Los indicios deben tener la cualidad de

(23) GIANTURCO, pág. 151.

(24) Entre otros, DÖHRING, pág. 338; BELING, pág. 279; GIANTURCO, pág. 144.

(25) Especialmente POISSON, pág. 45 y RITTLER, pág. 204. El primero rechaza los indicios de segundo y grados ulteriores por aplicación a la prueba indiciaria del axioma del cálculo de probabilidades. Conforme a ese axioma el valor de una posibilidad compuesta se obtiene multiplicando su valor por los denominadores de las fracciones que representan las posibilidades simples. Cuanto más alejado esté el indicio de la fuente de la circunstancia indiciante, —dice Poisson—, tanto menor será su fuerza probatoria. Nos hemos referido a la imposibilidad de aplicar el axioma del cálculo de probabilidades al derecho.

(26) BELING, pág. 279.

(27) Ejemplo puesto por RITTLER, págs. 205 ss.

(28) GIANTURCO, pág. 148.

(29) Entre otros, PETERS, pág. 253; DÖHRING, págs. 333 ss.; KUSCH, pág. 5; MÜLLER-SAX (KMR) Vorb. Paragr. 48, Anm. e 2); ALSBERG-NÜSSE, pág. 73; GIANTURCO, pág. 149; SCHNEIDER, pág. 124.

ello tienen en nuestro sistema poca importancia las clasificaciones de indicios, en las que fueron maestros los prácticos (39).

B.— Las máximas de experiencia.

11.— Según la clásica definición de Stein (40), máximas de experiencia ("Erfahrungssätze") son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que se juzga y de sus circunstancias. Estos juicios hipotéticos, adquiridos por el juzgador mediante la experiencia (observación de casos concretos), valen para nuevos casos por su carácter de generalidad.

La prueba indiciaria funciona a base de máximas de experiencia. Ella requiere la conexión entre lógica y experiencia para asegurar el fin del proceso penal, que es la verdad material, realizable por medio de un método y de un sujeto cognoscente. Las máximas de experiencia presentan la doble característica de ser vivencias personales del juez y vivencias sociales (41); contienen, por tanto, la dialéctica de lo general y de lo particular, en tanto que son reglas generales y abstractas de las cuales es portador un sujeto concreto.

12.— En las generalizaciones que constituyen la ciencia y el conocimiento humano hay que distinguir entre las esenciales y las accidentales (42). Ambas pueden ser materia de las máximas de experiencia. Las generalizaciones esenciales, propias de la lógica y de la matemática, dependen de ciertas propiedades formales de los objetos. Los postulados de esas disciplinas forman lo "a priori" y pueden captarse por una sola experiencia. Y aunque esas propiedades formales se exhiban en la experiencia, son independientes de ésta, que no puede crearlas, destruirlas o refutarlas. Las generalizaciones accidentales, —con las cuales la doctrina tradicional ha identificado las máximas de experiencia—, son las que los lógicos (43) han denominado "proposiciones a posteriori". Ellas se fundamentan en una percepción singular y expresan una relación real existente, miran a objetos contingentes, que pudieran ser de otra manera, pero poseen cierta necesidad subjetiva, porque la experiencia suficien-

te las garantiza ante el sujeto que las formula. La generalidad accidental está fundamentalmente limitada por los objetos, es verdadera o falsa según que armonice con ellos y es obtenida por inducción. Y, especialmente en el caso de los principios científicos, esa generalización vale mientras no se le refute con una explicación más completa del fenómeno que describe.

13.— El criterio de validez de las máximas de experiencia que se fundan en generalidades esenciales está dado por su concordancia con el principio lógico o matemático que pretende representar.

Cuando la máxima de experiencia se funde en generalidades accidentales también se plantea el problema de su validez. En tal caso, los criterios de validez varían según el ramo del conocimiento humano al que haga referencia. En nuestra opinión deben hacerse las siguientes subdistinciones:

- a-1) En tanto que la máxima de experiencia pretenda representar un principio científico, técnico o artístico es válida en tanto que ella se base en los principios de la ciencia, de la técnica o del arte. El juez podrá formarla válidamente si él posee los necesarios conocimientos especializados; de lo contrario, deberá auxiliarse de un perito.
- a-2) Cuando la máxima de experiencia pretenda representar comportamientos individuales tomados en su forma normal de ocurrir o hechos de la vida social o comportamientos socialmente aceptados o socialmente rechazados, —por ejemplo, buenas costumbres, hombre diligente, etc.—, la validez de la máxima de experiencia es más cuestionable, porque no puede evitarse que la ideología del juez, determinada por su posición dentro del sistema de clases sociales, juegue un papel importante en la definición de esos conceptos. Tres son los límites más importantes, todos de carácter normativo, que el juez encuentra para formar las máximas de experiencia: primero, las pruebas y hechos deben in-

(39) Así, hablaron de indicios contingentes y necesarios, próximos y remotos, antecedentes, concomitantes y subsiguientes, graves, leves y levísimos, provenientes del autor, del delito, de las huellas del delito, positivos y negativos. Para efectos de orientar la investigación judicial, recuérdese el exámetro técnico de Quintiliano: "quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando". Los glosadores y postglosadores hicieron muchas otras clasificaciones de indicios. Sobre ese problema, véase DE MAURO, pág. 282; MANZINI, Vol. II, pág. 523; GIANTURCO, pág. 81 ss.; BELLAVISTA, págs. 250 ss.

(40) STEIN, págs. 74 ss.

(41) DÖHRING, pág. 40.

(42) Así, el término "todos" en "todos los triángulos son figuras cerradas limitadas por tres líneas rectas" y "todos los triángulos tienen un área inferior a tres millas" no tienen la misma generalidad. La diferencia está en el carácter esencial de la primera y en el carácter accidental de la segunda (WEINBERG, pág. 105).

(43) DE ALEJANDRO, pág. 248.

terpretarse conforme al sentido común; es decir, "...según el orden natural y ordinario de las cosas" (44). El juez con sentido común es una exigencia normativa del sistema; es, por tanto, un arquetipo ideal (45); segundo, el juez, como cualquier otro ciudadano u órgano del Estado, está ligado por la Constitución Política, que configura un Estado social de derecho, pluralista y fundado en la persona humana y sus derechos (46); tercero, existe una organización jerárquica de la experiencia, en tanto que jueces y tribunales se organizan jerárquicamente y el sistema supone que los de mayor jerarquía tienen mayor y más vasta experiencia, —que imponen jurídicamente—, que los de menor jerarquía.

C.— Relación lógica entre circunstancia indiciante y máxima de experiencia.

14.— En la mayoría de los casos la prueba indicia es probabilística por contener un elemento sacado por generalización de la experiencia, que es la máxima de experiencia. La probabilidad de la premisa afecta a la conclusión, pero no impide que entre ésta y las premisas haya una relación lógica deductiva, cuya corrección formal determina la validez del razonamiento probatorio. En efecto, en la prueba indicia se da la situación de un sujeto cognoscente (juez), que realiza el proceso, que ocurre en el tiempo, de pensar y de conocer. Pero entre hechos, proposiciones que se refieren a ellos y razonamientos que enlazan las proposiciones hay también relaciones lógicas que, estando por encima de la individualidad del juez y siendo la forma de su pensar y conocer, no forman, de ningún modo, una serie temporal.

15.— El aspecto lógico de la prueba indiciaria fue durante mucho tiempo dejado de lado. Especialmente influyó en ese fenómeno la circunstancia de que en el siglo XIX se profundiera lo que es necesario con lo que es generalmente aceptado y la necesidad lógica con lo que produce certeza psicológica. Por una subordinación de la lógica a la

retórica (arte de la disputa), se estimó como prueba suficiente aquella adecuada para producir certeza o convicción. Este hecho y el principio del libre convencimiento judicial, —que es libertad del juez respecto a las reglas de prueba, si el legislador no determina lo contrario, pero que no significa arbitrariedad judicial—, fueron las principales causas que llevaron a afirmar la irracionalidad de la prueba indiciaria.

Nosotros partimos de la distinción kantiana entre objetividad científica y convencimiento subjetivo. En Kant la palabra "objetivo" designa el conocimiento científico que, para ser independiente de la arbitrariedad del individuo, debe ser fundado. Característico de lo "objetivamente fundado" es que puede ser verificado por cualquier ser racional. Lo "subjetivo" designa, por el contrario, la vivencia del convencimiento, que tiene distintos grados y que es materia de la psicología, pero no de la lógica.

Nuestro sistema jurídico parte de la distinción entre lo fundado, requisito de validez de la sentencia, y lo arbitrario. Al establecer la Constitución (art. 39) que toda condena debe fundarse en una "necesaria demostración" de "culpabilidad", distingue entre sentencias jurídicamente válidas y sentencias arbitrarias. En la prueba indiciaria demostración (necesaria) significa un proceso demostrativo por el cual se establece (objetivamente) que una conclusión, —culpabilidad en sentido amplio—, se sigue necesariamente de determinadas premisas.

16.— En el razonamiento judicial de la prueba indiciaria la máxima de experiencia es la premisa mayor y la circunstancia indiciante es la premisa menor. Ocurre a menudo que la máxima de experiencia es una generalización implícita o inconsciente y, por ello mismo, no formulada. Esto no hace inválido el razonamiento judicial. Lo importante es que el juez alcance el fin del proceso, que es la verdad material. Cuando sale del ámbito de la lógica pura, la lógica es un vehículo para alcanzar verdades materiales (47). Por tanto, ella no es un fin en sí misma: no está en el punto de partida ni en el punto de llegada, sino en el camino: en la

(44) Así definió nuestra Casación en una vieja sentencia el sentido común. Cas. 2 p.m. de 11 de junio de 1895 (Col. pág. 167).

(45) El sistema procesal exige que este juez con sentido común esté presente en toda sentencia, en tanto que exige como requisito de validez de ella una apreciación (o valoración) de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 393, 404 inc. 4 CPP). Tratar de definir, como lo hace la doctrina dominante, cuáles son las reglas de la sana crítica es tan absurdo, entonces, como definir en abstracto cuáles son las reglas de comportamiento que rigen la actuación del buen padre de familia! —como lo son las de la mayoría de la doctrina—, la siguiente: Una Creemos que no es una definición circular, —como lo es aquella que hace un juez con sentido común, que es el que valoración conforme a las reglas de la sana crítica es aquella que hace un juez con sentido común, que es el que valora los hechos y las pruebas conforme al orden natural y ordinario de las cosas.

(46) Así, no podría un juez condenar a un comunista, acusado de hurto, partiendo de una máxima de experiencia cuyo contenido fuera que por no creer los comunistas en la propiedad privada, tampoco la respetan.

(47) DEAÑO, pág. 128.

regulación de los procesos de deducción entre enunciados que no le pertenecen.

17.— En la práctica judicial la mayoría de las veces la estructura de la prueba indiciaria puede reducirse a cualquiera de las proposiciones de la lógica clásica.

Por ejemplo:

Todo el que sale de noche de casa ajena y con un saco a la espalda ha cometido, por lo general, un hurto (A) (máxima de experiencia).

Juan fue visto salir el día 22 de diciembre de la casa ajena en donde ocurrió un hurto a las 2 de la mañana con un saco a la espalda por los testigos A, B y C (I) (circunstancia indiciante).

Juan es autor del hurto ocurrido el 22 de diciembre en la casa X (I) (conclusión). (Figura DA-RI-I)

Ninguna persona con más de x cantidad de alcohol en la sangre puede controlar su automóvil cuando conduce (E) (máxima de experiencia derivada de un principio científico).

Juan conducía su vehículo con una cantidad de alcohol en la sangre superior a la cantidad x en el momento de los hechos (I) (circunstancia indiciante derivada de la alcoholemia).

Juan no podía controlar su vehículo en el momento en que los hechos ocurrieron (O) (conclusión buscada por el juez). (Figura FE-RI-O).

Otras veces el razonamiento indiciario asume la forma del llamado razonamiento disyuntivo. Este tipo de razonamiento, que ocurre en la indaga-

ción científica real, parte de un número de explicaciones escasamente posibles: la causa de A puede ser C o D o E o cualquier otra causa. Si una de estas hipótesis es verdadera, se derivarán determinadas consecuencias y la falta de una sola de ellas excluirá la hipótesis y disminuirá, así, el número de alternativas (48).

Este tipo de razonamiento es, por lo general, característico de la prueba del dolo. La alternativa se da entre conducta dolosa y no dolosa. Probado que no existe una conducta no dolosa, porque hay hechos incompatibles con ella, se tiene por establecida la conducta dolosa. El esquema lógico es el siguiente:

Las conductas x, y o z son incompatibles con la ausencia de dolo (máxima de experiencia).

Juan tuvo antes, en el momento de los hechos o después de éstos la conducta x y la conducta z (prueba testimonial de A y B) (circunstancia indiciante).

Por tanto, Juan actuó dolosamente.

18.— Hoy día sabemos que la lógica tradicional (aristotética) es gravemente incompleta en muchos aspectos (49) y que hay ratiocinios materialmente verdaderos que, cayendo dentro de los esquemas reales de la razón humana, quedan fuera de los esquemas formales del silogismo aristotético (50). En tales casos hay demostración necesaria de la culpabilidad en la medida en que un razonamiento judicial, que no se adapta a los esquemas formales de la lógica aristotética, sea materialmente cierto. Así como en la ciencia el principio general es que antes que a la forma hay que atender a la materia, que es la que impone la consecuencia, así también en el Derecho debe atenderse primero que a la envoltura formal, a la verdad material.

III. EL CONTRALOR EN CASACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

19.— La jurisprudencia anterior al actual Código Procesal había admitido, de manera amplia, el control del Tribunal de Casación sobre la fijación de

los hechos y apreciación de las pruebas que hubieran hecho los jueces o tribunales de instancia. Los jueces son soberanos en la apreciación de la prueba

(48) COHEN, pág. 36.

(49) La lógica aristotética no puede dar explicación a muchos principios deductivos empleados en razonamientos matemáticos simples. Así, no explica los principios deductivos empleados en el siguiente razonamiento: "5 es mayor que 3; por consiguiente, el cuadrado de 5 es mayor que el cuadrado de 3". (En tal sentido, NAGEL-NEUMANN, pág. 58, nota 6).

(50) Concretamente los lógicos modernos admiten que hay silogismos verdaderos independientes de la forma lógica. Esto pasa con los silogismos espacio-temporales, los fundados en dependencias reales, los inductivos materiales, etc. Así, por ejemplo, el siguiente razonamiento, que es cierto material e intuitivamente, no cabe en los moldes de la lógica aristotética: "A es anterior a B y B es anterior a C; luego, A es anterior a C". Lo mismo ocurre en este otro: "A $\neq$ B; B = C; luego, A = C". (En tal sentido, DE ALEJANDRO, pág. 248).

y en la fijación de los hechos, pues ambas atribuciones le son otorgadas por la ley, siempre que al hacerlo respeten las reglas de la sana crítica. Para que el Tribunal de Casación pudiera sustituir su propio criterio al de los Tribunales de instancia, era necesario que el recurrente demostrara error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba por medio de actos o documentos auténticos constantes en el proceso (51).

En el Código Procesal Penal de 1910 el concepto de violación de las reglas de la sana crítica era absorbido por el error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, causal específica de casación. Dentro de esta tesitura, la jurisprudencia vio error de hecho en la prueba indiciaria cuando se tenían por existentes indicios que no existían, cuando ellos eran el resultado de una ilógica conclusión, obtenida del conjunto de la prueba y cuando los jueces habían apreciado con error de hecho o de derecho las fuentes de las que los hicieron surgir (52). El error de derecho se presentaba *"...cuando los jueces de las premisas que tengan a la vista, resultantes de la prueba, lleguen, por un razonamiento ilógico, a conclusiones evidentemente falsas"* (53).

De acuerdo al artículo 400 inciso 4 del actual Código Procesal Penal la sentencia es nula si no es fundamentada o si lo es contradictoriamente o si en ella se inobservaron, al apreciar medios o elementos probatorios de valor decisivo, las reglas de la sana crítica. La nulidad de la sentencia abre el recurso de casación por la forma (art. 471 inc. 2 CPP).

¿Rige aún la jurisprudencia citada o fue derogada por el actual artículo 400 inc. 4 del Código de Procedimientos Penales?

El error de hecho y de derecho son hipótesis de violación de la ley de fondo (art. 471 inc. 1 CPP), porque la equivocación del juzgador tiene por efecto que la ley de fondo se aplique a una situación de hecho distinta a aquella para la cual la previó el legislador. Para que pueda ser declarado y para que el Tribunal de Casación aplique la ley procedente en derecho, se requiere que el error conste en el proceso en actos o documentos auténticos (pues la Casación no es tribunal de tercera instancia) y que la violación de la ley de fondo haya tenido influencia directa sobre el dispositivo

de la sentencia. Las hipótesis prescritas en el artículo 400 inc. 4 CPP son errores "in procedendo", que permiten el recurso de casación por la forma (art. 471 inc. 2 CPP), porque el legislador actual consideró como requisito de validez formal de la sentencia su correcta fundamentación (en cuanto a los hechos) y su corrección en la apreciación de medios y elementos probatorios de valor decisivo (arts. 106, 393, 400 inc. 4). Hemos de concluir, por tanto, que ambas cosas operan en campos distintos.

Error de hecho, error de derecho, falta o contradicción en la fundamentación de la sentencia y violación de reglas de la sana crítica tienen en común ser equivocaciones del juzgador. Se distinguen por el objeto sobre el que recae el error, por sus consecuencias y por el modo en que cada uno de ellos debe ser probado en Casación.

El error de derecho es la equivocación respecto al valor legal que tiene una prueba (hecho); el error de hecho es una equivocación sobre el contenido de una prueba, que como debe constar en actas, la doctrina llama ilicitud de las actas ("Aktenwidrigkeit"). La falta de fundamentación de la sentencia o la fundamentación contradictoria de ella pueden referirse tanto a los hechos, —se tiene por probado el hecho A y el hecho no-A)—, como al derecho, —se tiene como autor y cómplice a un mismo individuo por idéntico hecho—, y es motivo suficiente para que, alegado, la Casación anule (case), por violación de los artículos 106 y 400 inc. 4 CPP (sancionada con pena procesal de nulidad), la sentencia. Ambos vicios en la fundamentación de la sentencia pueden traer también, por consecuencia, una violación de la ley penal de fondo, que es declarable cuando el recurrente plantea la violación como recurso de casación por el fondo y a condición de que demuestre, de manera fehaciente, tal violación y su influencia en el dispositivo de la sentencia.

La violación de las reglas de la sana crítica es equivocación respecto de las reglas del sentido común, que exigen una valoración de las pruebas conforme al orden natural y ordinario de las cosas. De lo contrario la sentencia es nula y esa nulidad permite el recurso de casación por la forma. La incorrecta valoración de la prueba, puede abarcar tanto su valor legal como su alcance con relación a

(51) Este razonamiento está presente en todas las sentencias de casación que se ocupan del problema. A este respecto es típica, —es decir, representativa de todas—, la sentencia de casación de 2:36 p.m. de 25 de abril de 1912, la cual en su considerando 2 dice: "Que la apreciación de las pruebas ha sido hecha por los jueces de instancia conforme a las reglas de la sana crítica... y no se ha demostrado que haya habido error alguno en dicha apreciación, único caso en que este Tribunal puede sustituir su propio criterio al de los expresados jueces, según lo prescrito por el inciso 4 del artículo del Código citado...".

(52) En tal sentido, entre otras, Cas. 16:15 hrs. de 25 de nov. de 1954; Cas. 15:30 hrs. de 31 de agosto de 1956; Cas. 15:00 hrs. de 7 de junio de 1957; Cas. 16:40 hrs. de 11 de enero de 1966.

(53) Cas. 16:40 hrs. de 11 de enero de 1966.

los hechos (arts. 393 y 400 inc. 4 CPP). Coincide, por tanto, con el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba en este aspecto y en el hecho de que, en tanto que no se puede probar con nuevas pruebas en Casación la violación de las reglas de la sana crítica, ese error debe ser evidente en autos. Generalmente una violación de las reglas de la sana crítica conlleva una violación de una ley de fondo. Pero esto no lo exige el legislador al hacer de esa equivocación un motivo de casación por la forma. Nada impide, por tanto, que en aquellos casos en los que, habiendo una violación de las reglas del sentido común, haya también una violación de una ley de fondo, el recurrente planteé recurso de casación por el fondo, comprometiéndose a demostrar el error (constante en autos) y la influencia de la violación de la ley material en el dispositivo de la sentencia. De todo lo anterior podemos concluir lo siguiente: la jurisprudencia sobre el error de hecho y de derecho en la prueba indiciaria tiene vigencia aún bajo el Código de 1975. Lo importante es que el recurrente, que debe haber planteado el recurso de casación por el fondo (si hay falta de fundamentación o violación de las reglas de la sana crítica y plantea el recurso de casación por la forma y por el fondo, aquél es prioritario), logre demostrar la violación de una ley de fondo a consecuencia del error y la influencia de la equivocación sobre el dispositivo de la sentencia.

tiéndose a demostrar el error (constante en autos) y la influencia de la violación de la ley material en el dispositivo de la sentencia. De todo lo anterior podemos concluir lo siguiente: la jurisprudencia sobre el error de hecho y de derecho en la prueba indiciaria tiene vigencia aún bajo el Código de 1975. Lo importante es que el recurrente, que debe haber planteado el recurso de casación por el fondo (si hay falta de fundamentación o violación de las reglas de la sana crítica y plantea el recurso de casación por la forma y por el fondo, aquél es prioritario), logre demostrar la violación de una ley de fondo a consecuencia del error y la influencia de la equivocación sobre el dispositivo de la sentencia.

IV. CONCLUSIONES

1.— En la prueba indiciaria se plantea un problema fundamental, dejado de lado hasta hace poco por la doctrina: el problema de los requisitos que debe tener el pensamiento judicial para ser válido y para que pueda ser objetivo de verificación, en cuanto a su veracidad o falsedad, por cualquier ser racional. El Derecho, ciencia de la fundamentación, distingue por ello mismo entre lo jurídico y lo arbitrario. La prueba indiciaria, que necesita una argumentación probatoria del juzgador, requiere también que se observen las formas del pensamiento lógico, las que, garantizando la corrección de la conclusión, distinguen entre la afirmación arbitraria de la culpabilidad y aquella que se basa

en una demostración necesaria de ella. Es claro que las reglas de la lógica deductiva solamente garantizan la corrección formal del razonamiento. Su corrección material y su adecuación a la verdad real dependen, además, y sobretodo, de que las premisas concuerden con la realidad.

2.— Con el presente estudio hemos querido dar nuestra contribución a la problemática de la prueba indiciaria, especialmente en el campo de la estructura lógica del razonamiento judicial de esa prueba. ¡Ojalá que este estudio sirva en nuestro medio como estímulo para que otros estudios lo superen y lo refuten!

V. BIBLIOGRAFIA

ALSBERG-NÜSSE, "Der Beweis Antrag im Strafprozess", 3a. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1967;
 BELING, "Deutsches Reichsstraßprozessrecht". Berlin und Leipzig, 1928;
 BELLAVISTA, "Lezioni di diritto processuale penale", 5a. ed., Milano, 1973;
 BENNECKE-BELING, "Lehrbuch des deutschen Reichsstraßprozessrechts", Breslau, 1900;
 BINDIG, "Grundriss des deutschen Straßprozessrechts", Leipzig, 1900;
 BOCKELMANN, "Der Nachweis des Hehlervortatzes", NJW, 1954;
 CALAMANDREI, "Per la definizione del fatto notoriò", en "Studi sul processo civile", Padova, 1930, Vol. II;

CELOTTI, "Sistema probatorio e libertà di convincimento del giudice", en Arch. Pen., 1973, II;
 COBEN, "Introducción a la lógica", Fondo de Cultura Económica, México, 1957;
 DE ALEJANDRO, "La lógica y el hombre", Madrid, 1970;
 DE AÑO, "Introducción a la lógica formal", 2a. ed. Madrid, 1975;
 DE MAURO, "Manuale di diritto processuale penale", Roma, 1959;
 DÖHRING, "Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess", Berlín, 1964;
 FINCKE, "Die Gewissheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit", GA, 1973;
 F.N. FUTSCHERA, "Wissenschaftstheorie", München, 1972;

- FOSCHINI, *"Sistema del diritto processuale penale"*, Milano, 1956, Vol. I.;
- FOTH, Anm. BGH Urt. v. 13.3. 1974- 2 StR 552/73 (Lg Bad Kreuznach), en NJW, 1974;
- GIANTURCO, *"La prova indiziaria"*, Milano, 1958;
- GRÜNDWALD, *"Die Wahrunterstellung im Strafverfahren"*, en Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen, 1970;
- HENKEL, *"Die 'praesumptio doli' im Strafrecht"*, en Festschrift für Eb. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961;
- KUSCH, *"Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemeinen deutschen Strafverfahrensrecht"*, Diss., Univ. Hamburg., 1963;
- LEONE, *"Spunti sul problema della prova nel processo penale"*, en Riv. It. di Dir. Pen., 1956;
- LÖWE-ROSENBERG, *"Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz"*, 22. Aufl., Berlin-New York, 1971/1973;
- MANZINI, *"Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano"*, Torino, 1970, Vol. II;
- MÜLLER-SAX (KMR) *"Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG"*, 6. Aufl., Damstadt, 1966;
- NAGEL-NEUMANN, *El teorema de Gödel*, Madrid, 1970 (Trad. del inglés por A. Martín);
- RITTLER, *"Der Indizienbeweis und sein Wert"*, en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1929 (Bd. 43.);
- ROEDER, *"System des österreichischen Strafverfahrensrechtes"*, Innsbruck, 1951;
- ROEDER, *"Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes"*, Wien, 1976;
- EB. SCHMIDT, *"Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz"*, Aufl., 1967;
- PETERS, *"Strafprozessrecht"*, Karlsruhe, 1966;
- POISSON, *"Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile, précédées des règles générales du calcul des probabilités"*, Paris, 1837;
- SCHNEIDER, *"Beweis und Beweiswindigung"*, München, 1971, 2. Aufl.
- SCHULTZ, *"Falsche Auschuldigung Urreführung der Rechtspflege und falsches Zugnis"*, en Schw. Z. für Straf., 1958, (Bd. 73), p. 213 ss.
- VELOTTI, *"Manuale di procedura penale"*, Roma, 1965;
- VOLK, *"In dubio pro reo und Alibibeweis-BGHSt. 25, 285"*, en JuS, 1975;
- WEINBERG, *"Examen del Positivismo lógico"*, Madrid, 1959, (Trad. de José Luis Fernández de Castillejo).
