

LA IRRUPCIÓN EN EL PROCESO PENAL DE LA PRUEBA INDICIARIA, INDIRECTA O CIRCUNSTANCIAL

Apenas se ha escrito por la procesalística sobre la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial y lo que se ha escrito generalmente se ha proyectado hacia planteamientos poco recurrentes hasta el punto de que en el momento presente no existe una sólida base argumentativa y exegética de tan importante medio probatorio por su incidencia en la cotidiana praxis jurisprudencial penal de nuestros tribunales ya que aún cuando la huella del indicio que hará posible la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial sea posible hallarla en la presunción que regula la ley de enjuiciamiento civil, su irrupción más común y habitual la encontramos en esa praxis jurisprudencial penal.

Al anterior dato se une otro no menos preocupante. La vigente ley de enjuiciamiento criminal de 1882 desconoce que en un proceso penal la sentencia pueda sustentarse en una prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, perspectiva normativa que sólo gozaría de la posible indulgencia de su aprobación decimonónica en 1882 pero sin que esa posible indulgencia pueda extenderse al Proyecto de ley de enjuiciamiento criminal presentado en la presente legislatura por el grupo parlamentario socialista en el que, al igual que la ley de enjuiciamiento criminal de 1882, no se dedica expresamente ni un sólo precepto a mostrar qué entiende por prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. El legislador, en el tránsito de más de un siglo, sigue aun sin comprender la enorme importancia que posee para la praxis jurisprudencial penal la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Este libro pretende aportar algunas ideas que ayuden a una correcta comprensión de la irrupción metodológica de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial en el proceso penal comenzando con el estudio del indicio para posteriormente proceder a descifrar su importancia en la actual praxis jurisprudencial penal.

Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Antonio María Lorca Navarrete
Director del Instituto Vasco de Derecho Procesal
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco/EHU
C-electrónico: secretaria@leyprocesal.com
Web: <http://www.institutovascodederechoprocetal.com/>

CAPÍTULO I

LA PROYECCIÓN NORMATIVA DEL INDICIO

1. El ámbito normativo en el que surge el indicio

El indicio *es totalmente ignorado* en el contexto normativo de la ley de enjuiciamiento criminal al que *no dedica ni un solo precepto* lo que *explica y justifica* a su vez que, en relación con la prueba indiciaria, indirecta, o circunstancial “*no exista ningún precepto* de la ley de enjuiciamiento criminal que se refiera a este medio de acreditar los hechos en el proceso penal” (PINTO PALACIOS, PUJOL CAPILLA).

De igual modo, el indicio *es sorprendentemente ignorado* en el contexto normativo del anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020¹ que *consecuentemente desconoce* que pueda existir prueba indirecta, indiciaria o circunstancial a la que *no le dedica ni un solo precepto* en el contexto normativo de un proceso penal que se aventura a entrar en un nuevo milenio y a pesar de ser un medio probatorio que puede ser *esencial* para “la fundamentación jurídica de la sentencia” (apartado LXXVII de la exposición de motivos del anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020).

A pesar de ese contexto normativo *insólito e inverosímil* (el *pretérito o pasado* constituido por la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 y el *presente* constituido por el anteproyecto de la ley de enjuiciamiento criminal de 2020), el indicio no nace carente de nido normativo en nuestro ordenamiento procesal ya que *es posible justificarlo* en las denominadas *presunciones* que regula la vigente ley de enjuiciamiento civil que actúa a modo de código general del proceso en base a lo indicado en el artículo 4 de la ley de enjuiciamiento civil.

Aun cuando en la ley de enjuiciamiento civil las *presunciones* no sean un medio de prueba, el apartado XI de su exposición de motivos alude a ellas “como método *de fijar la certeza de ciertos hechos*”. Más, en concreto, la ley de enjuiciamiento civil se ocupa de las *presunciones* en el Capítulo VI rubricado “*De los medios de prueba y las presunciones*” en su Sección 9.^a rubricada “*De las presunciones*” a las que dedica dos preceptos. El artículo 385 de la ley de enjuiciamiento civil rubricado “*Presunciones legales*” y el artículo 386 también de la ley de enjuiciamiento civil rubricado “*Presunciones judiciales*”. Y toda esa base normativa comprendida, a su vez, en su Título I rubricado “De las disposi-

¹ Disponible en: <http://leyprocesal.com/>

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

ciones comunes a los procesos declarativos” dentro del Libro II de la ley de enjuiciamiento civil rubricado “De los procesos declarativos”.

Ese “método de fijar la certeza de ciertos hechos” a que alude el apartado XI de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil a partir de la presunción, *es posible ubicarlo* en el indicio que *sustenta* la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial que *permite otorgar eficacia* al indicio o indicios y *deducir* los hechos indiciarios “*de significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) pero *sin que sea posible conceptuar el indicio ni la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial que lo sustenta, como una presunción* ya que *la presunción no es un medio de prueba*. La prueba o, en fin, el medio de prueba *son los indicios* que *justifican* la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

2. El indicio

El *desconocimiento a nivel normativo* de la existencia del indicio en la ley de enjuiciamiento criminal que a su vez obliga a *ignorar la realidad normativa* de una prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, *sólo se mitiga* si el indicio *se ubica* en uno de los elementos normativos de las denominadas *presunciones*, pero sin que la ley de enjuiciamiento civil ni menos aún la ley de enjuiciamiento criminal aluda al mismo como determinante de la *prueba indiciaria*.

Ese mismo *desconocimiento* del indicio se proyecta sobre esta otra denominación que justifica su existencia como es la denominada *prueba indirecta* entendida como la que permite alcanzar el resultado probatorio que *no ha sido explicitado claramente* pero que sin embargo permitir deducirlo *aun cuando sea indirectamente*. Y, de igual modo, sucede con el apelativo de *prueba circunstancial* que expresaría la existencia de alguna *circunstancia con suficiente fuerza incriminatoria* susceptible de enervar o debilitar la presunción de inocencia del investigado/acusado y que *es igualmente desconocido* tanto por la ley de enjuiciamiento civil como por la ley de enjuiciamiento criminal.

Esta penuria normativa *no ha impedido* que el indicio *pueda ser considerado* como uno de los elementos de las denominadas *presunciones* que sí regula la ley de enjuiciamiento civil pero *sin que sea posible conceptuar al indicio como una presunción*, lo que ha permitido que, en la praxis jurisprudencial del Tribunal Supremo se pudiera elaborar un *constructo* acerca de un deseado catálogo o nomenclátor de *indicios* (MAGRO SERVET) que justificaría la existencia de una *prueba de indicios o indiciara, indirecta o circunstancial*.

El *desinterés y la indiferencia* secular hacia el indicio ya fue denunciado en el siglo XIX cuando se indicó que “en las aulas y en nuestros tratadistas de derecho se hacen, a lo sumo, ligeras indicaciones sobre tan difícil materia. De

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

suerte, que para adquirir algunas noticias sobre ella es preciso recurrir a autores extranjeros” (LÓPEZ MORENO).

No obstante, en la literatura jurídico procesal que surge en el siglo XIX *con ocasión de la aplicación de la ley del jurado de 1888*, el estudio de los indicios no paso del todo desapercibido. En concreto, se indicó que “indicios son los hechos que permiten suponer la comisión del delito, por aquél que los produce, así los vestidos empapados en sangre, el objeto probado hallado en poder del acusado, etc., son datos que, si bien no ofrecen caracteres de delincuencia, se relacionan más o menos directamente con el hecho cuyo conocimiento se persigue” (ABELLA).

Incluso, se procedió a clasificar los indicios *con ocasión de esa aplicación de la ley del jurado de 1888*, al indicarse que “los indicios se dividen en violentos cuando además de tener relación muy directa con el delito, no son las causas que lo motivan explicadas satisfactoriamente; graves cuando sólo reúnen la primera circunstancia apuntada y muestren relación con el delito, y leves si el hecho que los origine es de fácil explicación. Anteriores, cuando se relacionan con actos que precedieron á la comisión del delito; concurrentes, cuando esos actos y el delito tuvieron lugar en el mismo momento; y posteriores, como su nombre lo indica, cuando ocurrieron después de perpetrados el crimen. La fuga, si bien no da prueba plena, da sí lugar a un indicio grave cuando el procesado no demuestre debidamente si efectivamente existió fuga y su causa, y la no contestación á las preguntas que se le dirijan, encerrándose en un calculado mutismo, es también un indicio grave contra el que ejercita este medio de defensa” (ABELLA).

3. La justificación del indicio: la presunción

Tras la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil en el año 2000 es posible aludir, aun cuando sea con el carácter de *inédito* para un texto procesal civil, a la presunción que *permite sustentar o justificar el indicio*.

La anterior afirmación *se agiganta aún más* si se tiene en cuenta que, a la conceptualización de la vigente ley de enjuiciamiento civil como código general del proceso (artículo 4 de la ley de enjuiciamiento civil), se une el devenir histórico de una procesalística en España que se ha caracterizado *por la nula atención que ha prestado al indicio* en el ámbito del proceso civil en el pasado siglo y en el vigente.

El compendio de lo que se acaba de indicar a modo de pauta para comprender en su exacto sentido esa nula atención, se puede hallar en estas pocas palabras: «con toda la magnitud y respeto a la obra del profesor SERRA DOMÍNGUEZ “*Normas de presunción en el Código civil*” (...), su reducción se-

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

mántica y sistemática del indicio a la voz “afirmación base” y el poco juego que le otorga al mismo a lo largo de su obra no ayuda a una perspectiva metafórica y pedagógicamente celular de esta entidad lógica» (MUÑOZ SABATÉ).

Ante el penoso precedente de una procesalística española desafecta (SERRA DOMÍNGUEZ) por la eficacia del indicio, la vigente ley de enjuiciamiento civil posee resortes normativos suficientes como para poder *advertir su existencia*.

Con la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil, en cambio, al tiempo que se accede al entendimiento y comprensión de la presunción (artículos 385 y 386 de la ley de enjuiciamiento civil), su *inédito contexto normativo* para una ley procesal, abre insospechadas posibilidades a la praxis jurisprudencial que justifica la existencia misma del inicio, así como de su tránsito *hacia la realidad normativa* de una prueba indiciaria, indirecta o circunstancial que *permite otorgar eficacia* al indicio o indicios y *deducir* los hechos indiciarios “*de significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) pero *sin que sea posible conceptuar el indicio ni la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial que lo sustenta, como una presunción* ya que *la presunción no es un medio de prueba*. La prueba o, en fin, el medio de prueba *son los indicios* que *justifican* la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Para comprender en sus exactos términos el indicio en el ámbito del proceso civil, la ley de enjuiciamiento civil *nos obliga ante todo a transitar a través de las presunciones*. De ahí que resulte obligado un examen particularizado de la cuestión relativa al *nexo existente* entre el indicio y la presunción que permitirá el *tránsito hacia la realidad normativa* de una prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. O, lo que es lo mismo, la conveniencia *de acudir* en primer término, al indicio.

Por lo pronto, transitar por la presunción *supone considerar como ciertos* los indicios ya que “entendemos por indicio todo hecho conocido que demuestra la existencia de otro desconocido. El indicio viene a ser como un signo. Entre el indicio pues, el hecho que indica, ha de mediar la relación de necesidad entre el signo y los significados. De otra suerte cabe error, siendo imposible afirmar nada con absoluta certeza” (LÓPEZ MORENO).

Mas en particular, el indicio “es un hecho que está en relación *tan íntima con otro hecho*, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión natural” (MUÑOZ SABATÉ) aunque «el concepto de “*relación íntima*” no *deja de ser un concepto indeterminado*» (MUÑOZ SABATÉ) de modo que la *relación* del indicio “con otros indicios, forma una *arborescencia* que al socaire de esta descripción metafórica *desemboca en una presunción*, que en el lenguaje taxonómico sería como el ancestro común de todos los indicios” (MUÑOZ SABATÉ) aunque el indicio que “*desemboca en una presunción*” (MUÑOZ SABATÉ) *no justifica* que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial que sus-

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

tenta el indicio sea una presunción ya que la presunción no es un medio de prueba. La prueba o, en fin, el medio de prueba son los indicios que justifican la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial.

Conviene tener presente que en ese “método de fijar la certeza de ciertos hechos” que es la presunción (apartado XI de la exposición de motivos de la ley de enjuiciamiento civil) sólo es posible ubicar el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial cuando se permita otorgar eficacia al indicio o indicios y deducir los hechos indiciarios “de significación inmediata [directa] para la prueba” (SCHÖNKE) pero sin que sea posible conceptuar la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial como una presunción.

La interrogante que entonces se planteó fue la siguiente “¿Y por qué no dar nombre a todos estos indicios?” (MUÑOZ SABATÉ). Sobre el particular, se indicó que “una taxonomía indiciaria es básicamente expositiva en cuanto se limita a dar cuenta de los indicios sin atribuir conjuntos o síndromes para cada *thema probandi* en concreto (cuestión esta que representa un paso más adelante que corresponde de lleno a la semiótica probática) y exponencial, en cuanto que los indicios que presenta pueden hallarse ubicados en diferentes *thema probandi*, tanto parecidos como disimiles” (MUÑOZ SABATÉ). No obstante, y como se indicará, se ha procedido ya al *constructo* por cierta procesalística (MAGRO SERVET) de un vademécum que pretende asumir la *arborescencia* (MUÑOZ SABATÉ) indiciaria.

En definitiva, “si no hay un entrenamiento serio, sobre la prueba indiciaria, se termina por tomar lo que supuestamente indica, sin tener en cuenta que lo primero que hay que capturar probatoriamente es el hecho indicante” (PARRA QUIJANO).

4. La relación del indicio con la presunción

El indicio en su relación con la presunción, se proyecta en una serie de ámbitos. El primero de esos ámbitos, supone que, para otorgar eficacia al indicio o indicios, hay que concretar las exigencias de carácter formal y material que ha de concurrir en el indicio que permita precisamente deducir los hechos indiciarios “de significación inmediata [directa] para la prueba” (SCHÖNKE). Pero sin que sea posible conceptuar el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial como una presunción ya que la presunción no es un medio de prueba.

En semejante contexto “la filosofía enseña, y el sentido común patentiza, que donde quiera se presente un efecto, ha debido antes existir una causa suficiente y, al contrario, que toda causa produce sus efectos. De aquí que pueda deducirse sin temor de engaño la existencia de la causa por la del efecto, y vice-

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

versa. Pero un mismo efecto puede provenir de muy distintas causas, y al revés, una causa produce muy diferentes efectos” (LÓPEZ MORENO).

Tras lo indicado, se podría afirmar que la exigencia de *carácter formal* del indicio supone que se exprese *cuáles son los indicios que se estiman plenamente acreditados para presumir un determinado hecho o hechos con relevancia probatoria para el proceso*. Y en lo que se refiere a las exigencias de *carácter material* del indicio, *se requiere que esté plenamente acreditado y que sea plural o que, siendo único, posea una singular potencia acreditativa*. También se requiere que *los indicios estén interrelacionados y que cuando sean varios se refuercen entre sí*. En tal sentido, “en la prueba indiciaria concurren varios indicios, o sea varios hechos indicadores y un solo indicado. Este *suele recibir el nombre de principal y aquellos de accesorios o circunstanciales*. Por ello, se llama también esta prueba *circunstancial*” (LÓPEZ MORENO).

La exigencia de *carácter formal* del indicio obliga que sea un indicio o indicios que *permita deducir los hechos indiciarios “de significación inmediata [directa] para la prueba”* (SCHÖNKE). Pero sin que *sea posible conceptuar el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial como una presunción*.

Esa “*significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) del indicio que *sustenta* la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, *puede justificarse en una concreta deducción o inferencia*. Inferencias que pueden ser de justificación jurídica: son las denominadas *inferencias jurídicas* o *juicios jurídicos de inferencia* en las que *quedan explicitados el razonamiento indiciario para lo que es imprescindible el control de su racionalidad*; es decir, que no solamente *no sea arbitraria, absurda e infundada*, sino que *responda plenamente a las reglas de la lógica y la razón atendiendo a los distintos elementos fácticos, considerados individualmente y en conjunto y ajustándose siempre, como ha quedado indicado, a las reglas de la lógica y de la razón* (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

No obstante, la *deducción o la inferencia* no es un medio de prueba. La prueba o el medio de prueba es *el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial*. Pero, *no la deducción o la inferencia que no es un medio de prueba*.

Teniendo en cuenta la anterior advertencia es cuando sería posible afirmar que el indicio *permite obtener* la “*significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial cuando fluya de los indicios, según una concreta *deducción o inferencia y siempre que el indicio y la “significación inmediata [directa]”* (SCHÖNKE) *de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial, sea fruto de las “reglas de la lógica y de la razón”* (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil).

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

No cabe duda que el examen correlativo de las anteriores exigencias, *anidan* en la presunción atendiendo a los “distintos elementos fácticos, considerados individualmente y en conjunto y ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón” (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil) en base a *una argumentación* justificada en el indicio ya conocido que, en modo alguno, es una técnica de conocimiento al primer contacto. De ahí “la importancia que la doctrina otorga a la prueba indiciaria en el desarrollo del proceso, cualquiera que éste sea, reconociendo *su actitud* para formar la convicción” del tribunal (CORDÓN AGUILAR).

El *medio de prueba es el indicio* que actúa *indirectamente o circunstancialmente* con el fin de *acreditar* un determinado hecho indiciario. Que luego y, a partir del indicio se obtenga la “*significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) *de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial*, es la consecuencia de que “el indicio no es susceptible de llevar al ánimo *sino presunciones*” (LÓPEZ MORENO). Pero, la presunción *no es un medio de prueba*. La prueba o el medio de prueba es *el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial*. Pero, *no la presunción que no es un medio de prueba*.

La presunción *no es un medio de prueba*. Pero, *tampoco la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial es una presunción*. A decir verdad, la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial es el inicio de un proceso *sustentado* en “las reglas de la lógica y de la razón” (artículo 218.2. de la ley de enjuiciamiento civil) al que la ley de enjuiciamiento civil le reconoce, en ciertas condiciones, la *idoneidad* para *lograr* la prueba de un concreto hecho [*“à dire il vero, più che un mezzo di prova rappresentano il risultato di procedimento lógico, al quale la legge riconosce, a certe condizioni, l’idoneità a raggiungere la prova di un fatto ignoto”* ARIETA, DE SANTIS, MONTESANO]. No es de extrañar que se haya propugnado (erróneamente) la “consideración de las presunciones como método de prueba” (ALVÁREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN).

En la praxis jurisprudencial, la “*significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) *de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial* se justifica en el hecho indiciario de la presunción *sustentado* en “un componente eminentemente fáctico (sería el indicio) [que] (...), *ante la falta* de prueba directa al respecto, se permite al juzgador que a partir de un hecho probado o admitido en el proceso (sería el indicio) pueda presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano” (LOYOLA IRIONDO). O sea, que la *presunción* es un “mecanismo en virtud del cual y por la existencia de un vínculo de causalidad de un hecho denominado base (sería el indicio), demostrado por otro medio de prueba, se deduce el denominado hecho consecuencia, que tiene la misma eficacia probatoria que la obtenida directamente, distinguiéndose dentro de las presunciones las denominadas legales o de derecho *praesumptiones iuris seu legis*,

La prueba indiciaria, indirecta o circunstancial

cuando la deducción la formula la ley, y las judiciales o de hombre *praesumptiones hominis seu iudicis*” (HOYA COROMINAS).

Pero, se ha de insistir que, en la *relación* del indicio con la presunción, el indicio permite obtener la “*significación inmediata [directa] para la prueba*” (SCHÖNKE) *de la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial*. Pero, con la advertencia consistente en que *no es posible conceptuar el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial como una presunción* ya que *la presunción no es un medio de prueba*. La prueba o, en fin, el medio de prueba son los indicios que justifican la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial. *No es prueba o medio probatorio “presumir la certeza de otro hecho”* (LOYOLA IRIONDO) *como tampoco lo es la deducción o inferencia del “denominado hecho consecuencia”* (HOYA COROMINAS) *sino el indicio o los hechos indiciarios “de significación inmediata [directa] para la prueba”* (SCHÖNKE) indiciaria, indirecta o circunstancial.

5. ¿Qué permite presumir el indicio?

En la ley de enjuiciamiento civil, el indicio que sustenta la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial permite *presumir* dos tipos de presunciones. De un lado, las *presunciones legales* y, de otro, las *presunciones judiciales*.

En relación con las *presunciones legales o de derecho* hay que tener en cuenta que “*existiendo una de tales presunciones, el que la tenga a su favor sólo ha de afirmar y probar el indicio del que la ley deduce el hecho que se presume*” (SCHÖNKE). Son presunciones legales porque *es la propia ley* las que las establece como sucede cuando la ley presume la legitimidad de los hijos cuando ha concurrido *el indicio* de su nacimiento durante el matrimonio o dentro de un determinado tiempo posterior a la ruptura matrimonial. O la archiconocida presunción constitucional de inocencia según la cual *salvo indicios de culpabilidad e inculpativos como prueba de cargo bastante, se presume siempre la inocencia*; básica para comprender el proceso penal y, en particular, el proceso penal con jurado.

La *característica* de las presunciones legales estriba no tanto en que “*dispensan de la prueba del hecho presunto*” -tal y como indica el artículo 385.1. de la ley de enjuiciamiento civil- cuanto que la certeza del hecho indicio, indirecto o circunstancial, del que parte la presunción, *ha quedado establecido legalmente mediante su admisión*. Se evita, de ese modo, que se formulen presunciones partiendo de un hecho indicio inconcreto o indeterminado lo que explica que “*las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla -la ley- expresamente lo prohíba*” (artículo 385.3. de la ley de enjuiciamiento civil). Por tanto, la presunción legal admite “*prueba en contrario*”. Y la “*prueba en contrario*” puede “*dirigirse* tanto a pro-