



Escuela de
**PRÁCTICA
JURÍDICA**

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



CURSO ESPECIAL SOBRE

DEFENSAS PENALES

CURSO ESPECIAL «DEFENSAS PENALES»

MATERIALES

(CUESTIONES PROBATORIAS)

LA DENOMINADA PRUEBA DE INDICIOS

[...DEL LIBRO: VARIACIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

-Análisis funcional desde el Derecho penal-]

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Catedrático de Derecho Penal

Abogado

LA DENOMINADA PRUEBA DE INDICIOS

I. Perspectiva tradicional y reglas rectoras: hechos típicos *versus* indicios

1. Comencemos con un ejemplo: Alguien paseando de noche por un parque. De pronto, encuentra un hombre tendido en el suelo, sangrando abundantemente, con un cuchillo de cocina clavado en el costado; el herido parece pedir ayuda con su mirada; por ello, nuestro alguien, como instintivamente, extrae el cuchillo, momento en el cual la víctima da lo que es su último suspiro y desvanece su cuerpo. De pronto oye unos pasos rápidos que se acercan. El paseante, presa del pánico ante la certeza de que el asesino anda suelto, huye, todavía con el cuchillo en su mano. Pero, quien se acerca –un deportista corredor nocturno, que le ha visto desde el momento en que extraía el cuchillo– le persigue y con ayuda de unos guardas del parque consigue darle alcance. Entonces, el así detenido cae en cuenta de su delicadísima situación: no había ningún motivo especial que le hubiese llevado al parque, él tiene el arma homicida en su mano, la cual, por lo demás, puede ser adquirida en cualquier establecimiento, él huía cuando fue detenido, y la víctima, la única que toda la verdad sabe, ya no podrá testificar en su favor, porque –precisamente– ha sido asesinada.¹

Las circunstancias fáctico probatorias relevantes para la toma de una decisión en este supuesto, y en todo conflicto jurídico penal, vienen siendo clasificadas por la doctrina habitualmente en tres grandes grupos:²

a) Hechos principales, o aquellos que fundamentan la existencia de la culpabilidad o, en ocasiones excepcionales como en la legítima defensa –pues la inocencia no ha de ser probada–, la ausencia de culpabilidad. En otras palabras, se trata de la prueba sobre los hechos típicos. Ejemplos: en un delito de hurto (art.

¹ Ejemplo parecido propuesto por: Bender/Röder/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, pág. V.

² Cfr. Lesch, Strafprozessrecht, 1/13.

234 CP), ha de ser probado que A “tomó” “la cosa mueble” “ajena”, en uno de lesiones (art. 147 CP), que B produjo una “lesión” a C que necesitó de “tratamiento médico o quirúrgico” para alcanzar la sanidad, etc.; en el supuesto de hecho planteado, habrá de ser probado, pues, que en el acusado concurren los elementos del tipo del homicidio, es decir –para esta concepción–, que acuchilló a la víctima, matándola.

b) Los llamados “indicios” o hechos que pueden llegar a facilitar el conocimiento del hecho típico principal, pero sin ser los hechos principales, por ejemplo, previas amenazas de muerte de un presunto autor a la víctima, que el acusado tratase de limpiar manchas de sangre en unas ropas que fueron encontradas en su vivienda, la circunstancia de que estuviera próximo al lugar en donde habrían acaecido los hechos delictivos, etc. Este tipo de hechos, en sí, no son los mencionados por el tipo, no son ni el “matar”, ni el “tomar la cosa mueble ajena” o el “lesionar” de un hurto o de un delito de lesiones, pero ayudarían a conocerlos. En el ejemplo del parque, de la mano de los testimonios del corredor nocturno y de los guardas, se tratará de probar que el acusado estaba en el lugar, que huyó a la carrera, que en su mano tenía el cuchillo, que éste era el arma homicida (esto último lo determinará una pericia), etc. Al respecto, desde luego, encontramos una ausencia en nuestro supuesto de hecho: la existencia de un móvil, el cual suele ser considerado también un indicio de la comisión del delito; así, los antecedentes y las relaciones entre víctima y acusado deben ser muy detalladamente analizadas: si tenían amistad, enemistad, deudas, disputas profesionales, celos, etc., o si ni tan siquiera se conocían, y esto último podría ser decisivo respecto de la mala fortuna de nuestro paseante nocturno. No se nos oculta que criminológicamente existe también el llamado “crimen sin motivaciones”, pero tampoco debemos olvidar que siempre ha sido tenido el asesinato u homicidio sin motivo como algo sumamente excepcional, muy alejado del *id quod plerumque accidit*. En todo caso, esta breve explicación sobre qué ha de ser entendido por indicios debe alejar desde ya un claro malentendido conceptual al respecto, aunque está ciertamente muy difundido: se tiende a creer que la prueba de indicios es una suerte de “menor prueba” sobre los hechos principales, y, como vemos, debe ser una prueba plena, pero sobre hechos periféricos, que, por tanto, ayuda a aprehender los hechos principales –los elementos típicos–. Cosa distinta es que, como prueba indirecta de los elementos

típicos a través de la prueba directa de elementos no típicos, sea considerada en cierta medida una prueba menor. De la mano de nuestro ejemplo: se trataría de probar indirectamente el matar (elemento típico) a través de la prueba directa del estar en el parque, tener el arma homicida, huir a la carrera, etc. (elementos ninguno de ellos típicos del art. 138 CP), lo cual suele ser considerado más inseguro que la prueba directa del matar (*supra a*).

c) Por último, también distingue la doctrina como igualmente necesitados de prueba –siempre que concurren– los denominados “hechos de ayuda a las pruebas”, es decir, aquellos hechos que nos permitan saber –en su caso– si un medio de prueba resulta idóneo, su grado de credibilidad, su fuerza probatoria, la fiabilidad de un determinado método científico, etc. En el ejemplo concreto que planteábamos, podría intentarse prueba sobre el crédito individual del testimonio del corredor nocturno, o sobre si la autopsia fue realizada según los presupuestos de la *lex artis*, etc.³

2. La prueba de indicios no debe ser confundida con la referencia a “indicios” que también aparece recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 384;⁴ los “indicios” de este precepto lo son a efectos del *iter* procesal, es decir, tienen el mero y simple valor de diligencias de investigación, de tal modo que no son auténticas pruebas; más aún: tienen pura naturaleza provisoria o interina. Aparecen en un proceso en la fase de instrucción –lo cual corrobora la conclusión alcanzada de que, en el sentido visto, no es presumida la inocencia, sino la culpabilidad indiciariamente–, pero pueden desvanecerse. Con respecto a tales indicios, no debieran realizarse largas inferencias, pues el legislador señala que los mismos deben “resultar” del sumario, motivo por el cual parece darse a entender que la actividad judicial habría de ser, entonces, una simple comprobación. Tales indicios no pueden sustentar una sentencia condenatoria, pues constituyen tan sólo una probabilidad, suficiente únicamente para fundamentar el auto de procesamiento –o de transformación en el procedimiento

³ Cfr. el completo estudio –sobre la cuestión más amplia aún de la “prueba sobre la prueba”– de Gascón Inchausti, El control de la fiabilidad probatoria: “prueba sobre la prueba” en el proceso penal, págs. 13 y ss.

⁴ Cfr. Martínez Arrieta, La prueba indiciaria, en: La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 55 y s.

abreviado-. Hasta el punto de que el propio juez puede de oficio apreciar que los indicios han desfallecido. Todo ello, nada tiene que ver con la prueba de indicios: ellos no son reversibles, sino inamovibles –salvo el régimen de recursos–, ciertos, inequívocos.

3. En definitiva, la prueba de indicios entendida en un sentido clásico trata de demostrar la certeza de unos hechos (o indicios) que no son los constitutivos del delito (no son los elementos típicos), pero de los que se entiende que deberían inferirse éstos mediante un razonamiento basado en el nexo lógico y normativo existente entre los hechos probados –los indicios–, los hechos típicos, y todos ellos entre sí.⁵

El indicio puede ser extraído porque de un “efecto” haya de concluirse una “causa” o, justamente, al contrario, porque de una “causa” haya de ser inferido un “efecto”,⁶ todo ello atendiendo a las máximas de la experiencia y respetando las reglas de la lógica, en el sentido ya visto. Así –por mantenernos siempre en sencillos ejemplos–, manchas de sangre en la ropa (efecto) puede ser indicio de haber participado en un delito violento (causa); en tanto que, al revés, la necesidad de dinero (causa) puede ser indicio de intervención en un delito de hurto (efecto). Pero, ni las manchas de sangre en la ropa, ni la necesidad de dinero, son elementos de la tipicidad de los delitos de homicidio y lesiones, o del hurto, respectivamente. De ellos, elementos típicos son el matar, el lesionar o el sustraer.

Cuanto más seguro resulte que, según las máximas de la experiencia correspondientes, un efecto tenga sólo una causa, o una causa sólo un efecto, más *fuerte* será el indicio. Al contrario, cuanto más sencillo sea que un efecto tenga

⁵ Cfr., por todos, Calderón/Choclán, Derecho Procesal Penal, pág. 384; Magro Servet, La destrucción de la presunción de inocencia por aplicación de la prueba indiciaria, págs. 1 y ss.; Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 105 y ss. Vid. también, sobre los intentos de clasificación de indicios, Muñoz Sabaté, Taxonomía indiciaria, en: Abel Lluch/Picó i Junoy/Richard González, La prueba judicial – Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa, págs. 183 y ss.; Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 49 y ss., 111 y ss.

⁶ Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, pág. 73.

otra u otras causas distinta al delito (pudo ser sangre porque se manchó al tratar de ayudar), o que una causa tenga otro u otros efectos no necesariamente delictivos (pudo pedir dinero prestado a un amigo), menor valor –más *debilidad*– tendrán esos respectivos pretendidos indicios. En este sentido, debe entenderse la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando habla de indicios fuertes o débiles.⁷ Y la del Tribunal Constitucional cuando habla de inferencias no concluyentes, abiertas, débiles o indeterminadas, en otras palabras, aquellas que en definitiva conducen a que la versión judicial de los hechos sea “más improbable que probable”.⁸ En su momento, al tratar las reglas de la lógica, ya señalamos que existe un quebranto de las mismas cuando el juzgador cree obligada una conclusión probatoria (una causa o un efecto), porque desconoce otras posibles alternativas (otras causas o efectos). En estos supuestos, la pretendida conclusión probatoria quebranta no solo el derecho fundamental a la presunción de inocencia, sino también, de forma concurrente, los no menos fundamentales derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin indefensión.⁹

Un proceso bien llevado debe agotar las posibilidades probatorias, de tal modo que conozcamos los mayores detalles posibles, evitando el azar como factor posible. Por continuar con el sencillo ejemplo anterior: si sabemos que el presunto autor tenía manchas de sangre, podremos apuntar *prima facie* que quizás participó en la pelea violenta de la que es acusado, pero, sin más datos, no podremos excluir que se manchase tratando de ayudar o que incluso que se cortase durante el afeitado, como él afirma. En cambio, si conocemos más

⁷ Por todas, STS de 25 de octubre de 1999: “Los indicios ‘débiles’ tienen sólo un valor acompañante y dependiente de los indicios ‘fuertes’. La diferencia entre unos y otros estará dada por la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos que el indicio permita desde el punto de vista de la experiencia general. Por regla general la suma de indicios ‘débiles’ no será suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera” (sin subrayados en el original). Vid. también Jaén Vallejo, Derechos fundamentales del proceso penal, págs. 220 y ss., 228 y s. y Magro Servet, La destrucción de la presunción de inocencia por aplicación de la prueba indiciaria, pág. 6.

⁸ Vid., sobre ese novedoso criterio de enjuiciamiento constitucional relativo a la probabilidad, STC 145/2005, de 6 de junio.

⁹ Resaltado por Rodríguez Ramos, Justicia Penal – comentarios de sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, págs. 73 y ss., 75; el mismo, Presunción de inocencia no minimizada, en: La Ley 1983, págs. 1338 y ss.

detalles, por ejemplo, que las machas de sangre encontradas no lo fueron en el cuello de su camisa, ni en su solapa, sino en sus pantalones y sus zapatos, o incluso si han sido realizadas las pruebas de ADN a dichos restos, las conclusiones serán cada vez más seguras. Por ello, aún en el sentido clásico, no debe suplirse la prueba -llamada- más directa y concreta por la indiciaria, cuando hubo oportunidad de agotar ésta con más detalles.¹⁰

4. La necesidad de estas inferencias nace de que según entendimiento generalizado no siempre es posible la denominada “prueba directa” o de los hechos típicos o elementos principales, por lo cual en numerosas ocasiones habría de recurrirse a este tipo de prueba indirecta o de indicios. Y por lo menos la segunda parte de esta aseveración -que ha de recurrirse en numerosas ocasiones a la prueba de indicios- es desde luego correcta; es más: siempre ha de ser así, como veremos. Basta pensar, de momento, en la prueba sobre la concurrencia del dolo, a la cual siempre se llega a través de los denominados indicios.¹¹ Allí donde el dolo es un elemento típico, el mismo es de imposible prueba -denominada- directa. En efecto, es claro que el juzgador no puede penetrar en la cabeza del autor para saber de forma “directa” qué conoció -en ese “arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos” como señalaba la inveterada jurisprudencia-¹², de tal modo que, indefectiblemente, la prueba habrá de discurrir mediante la inferencia que obtengamos de los datos que el autor, con su comportamiento externo, objective. Es decir, no se puede llevar a cabo prueba directa del dolo (elemento típico), sino directa de otros hechos (que no son elementos típicos) y que ayuden

¹⁰ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 76. Cfr. también Dellepiane, *Nueva teoría de la prueba*, págs. 55 y ss., 71 y ss. Todo ello, por mantener de momento la clásica distinción entre “prueba directa” y “prueba indiciaria”, cuestión ésta sobre la que más adelante volveremos.

¹¹ En el sentido que veremos más adelante. Véase Pérez del Valle, *La prueba del error en el proceso penal*, RDPr 1994 - 2, págs. 413 y ss.; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, págs. 58 y ss., 66 y s.; Döhring, *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozess*, págs. 396 y ss., 401 y ss.; Jaén Vallejo, *Derechos fundamentales del proceso penal*, págs. 229 y s.; Pastor Alcoy, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, pág. 32; más referencias bibliográficas en: Pérez Manzano, *Dificultad de prueba de lo psicológico*, LH Gimbernat, págs. 1459 y ss. con nota 18.

¹² Por todas: STS de 29 de enero de 1992.

a comprender qué conocía el autor cuando actuó, ergo: si por ejemplo un alegato de error debe ser asumido o no. Así, atendiendo al papel social –rol– que una determinada persona desempeña en el engranaje social, es decir, a esos “meros” “indicios”, son atribuidos unos determinados conocimientos, tal y como la doctrina y jurisprudencia españolas y alemanas han sostenido en numerosas ocasiones.¹³ Pero entonces, lo que está tratando de ser probado no es el elemento típico en sí, sino una serie de circunstancias que nos ayuden a aprehenderlo. El elemento típico es el conocimiento (del peligro concreto de que la acción u omisión deriven en el resultado),¹⁴ pero la prueba del dolo no es prueba sobre ese “arcano”, sino que versa sobre elementos sí objetivables.

Igual que existen unos conocimientos mínimos siempre atribuibles a un sujeto por el hecho de ser persona –v. gr. todo el mundo (máxima de la experiencia) conoce que dejar sin respiración durante cierto tiempo a alguien provocará con seguridad su muerte–, existen otros conocimientos mínimos asociados a determinados roles o funciones.¹⁵ Algunos ejemplos de la jurisprudencia

¹³ Como ya *supra* citamos, al explicar esta cuestión –que no es sino la propia de las máximas de la experiencia para la prueba del dolo–, cfr., amplia y fundamentalmente, Ragués i Vallès, El dolo y su prueba en el proceso penal, págs. 323 y ss., en orden a esta atribución según el “sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo”, y págs. 357 a 511 sobre los concretos “criterios de atribución del dolo” por Ragués desarrollados, por ejemplo, los por él llamados “conocimientos mínimos” (págs. 379 y ss.), incluida su vertiente negativa (“socialización exótica”, págs. 387 y ss.), los supuestos de “transmisiones previas de conocimientos” (págs. 403 y ss.), la “externalización del propio comportamiento” (págs. 411 y ss.), etc. (en todo caso, se ha de señalar también que este autor rechaza este tipo de terminología –indicios– para sus propuestas, pero ello es una cuestión menor y que en nada afecta ni a la corrección de sus tesis, que aquí son seguidas, ni a la corrección de la cita que de su obra hacemos en este contexto). Vid. también Cuello Contreras, El Derecho penal español, Parte General – Nociones introductorias, Teoría del delito, págs. 674 y ss.; el mismo, Aspectos sustantivos y procesales del dolo, págs. 15 y ss.; Fernández López, Prueba y presunción de inocencia, págs. 58 y ss.; vid. también: Vives Antón, Reexamen del dolo, en: Estudios penales en memoria de la Prof.^a Dra. M.^a del Mar Díaz Pita, págs. 371, 382; en lo que se refiere a lo expuesto en el texto, aun con matices, también: Martínez-Buján Pérez, El concepto “significativo” de dolo: un concepto volitivo normativo, en: Estudios penales en memoria de la Prof.^a Dra. M.^a del Mar Díaz Pita, págs. 358 y ss., 343 y ss.

¹⁴ Por todas, SSTTS 23-4-1992 (caso colza); 20-4-1994; 18-3-1997.

¹⁵ Ragués i Vallès, El dolo y su prueba en el proceso penal, págs. 425 y ss. (imputación a través de los por él denominados “conocimientos mínimos” pero esta vez en sentido concreto según “las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos”, por ejemplo, su profesión u oficio). – Que la prueba sobre la imputación subjetiva ha de ir referida sólo y

española pueden ayudar a aclarar a qué nos estamos refiriendo: un empresario fabricante de licores conoce ya, por el hecho de serlo, la existencia de una determinada marca de ginebra muy difundida en el mercado español (“Larios”), y, por ello, no es verosímil su intento de ampararse en un supuesto desconocimiento cuando, a imitación de aquélla, produce otra ginebra denominada “Lirios”;¹⁶ el indicio aquí es su rol de empresario de licores (ello no es el elemento típico del delito) y los inevitables conocimientos –salvo prueba en contrario– asociados al mismo. O también: un empresario aceitero no puede desconocer el peligro que conlleva para la salud el consumo de aceite que había contenido anilina, y ello precisamente por ser empresario dedicado a la comercialización de aceite para consumo humano (prueba de su conocimiento mediante indicios), todo ello a los efectos de la comisión de un delito contra la vida o contra la integridad corporal.¹⁷ O, por proponer un último ejemplo: difícilmente puede desconocer el entrenador de un equipo de alevines la edad de los chicos a los que él mismo entrena; tal conocimiento le es atribuido, una vez más, mediante una prueba del dolo a través de indicios: probado que era entrenador del equipo, y que el equipo era de la categoría de alevines, de ello se infiere su conocimiento –dolo– sobre la edad de los muchachos a los efectos de la posible comisión de un delito de abusos sexuales a menores, pues el paso de cada una de estas categorías respecto de la siguiente (infantiles, alevines, juveniles,

exclusivamente al papel social que se desempeña, lo demuestra también el caso inverso al que estamos exponiendo: cuando un juez, *en su rol* como “juez”, no puede utilizar unos conocimientos que, como “persona”, posee; ejemplo: cuando el juez no puede utilizar determinadas pruebas por haber sido éstas obtenidas de forma ilegal. Unas escuchas telefónicas demostrarían que A es culpable –y el juez conoce dichas escuchas–, pero dicha “prueba” no puede ser utilizada por haber sido ilícitamente obtenida; el juez, como “persona”, tendría que condenar –conoce el contenido de las escuchas ilegales–, en cambio, como “juez”, en ese rol de juez, tiene que absolver por falta de pruebas, es decir, hacer como si no supiese lo que realmente sabe. Es más: si atendiese a su psique –y no a los conocimientos que le deben ser atribuidos en su rol de juez–, entonces habría que imputarle al menos una tentativa de prevaricación, puesto que él, como persona –en su psique, no en su rol de juez–, está convencido de la culpabilidad y, por tanto, de la injusticia de su sentencia absolutoria.

¹⁶ Cfr. STS de 22 de julio de 1993; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 425 y ss. con nota 1146.

¹⁷ Cfr. STS de 23 de abril de 1992, caso del denominado “aceite de colza”; Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 243 y ss.

etc.) se alcanza, precisamente, en función a la edad.¹⁸ Una vez más, se trata de un indicio: la prueba sobre que el imputado era el entrenador, que el equipo era de la categoría de alevines, la prueba también respecto de los rangos de edad, etc., no es la prueba sobre los elementos típicos, ni objetivos (abuso, penetración, etc.), ni subjetivos (conocimiento de la edad de los muchachos).

Es más, aun en el caso de que el autor declare expresamente su conocimiento –su dolo–, habrá de todas formas que recurrir a la prueba de indicios para la determinación del elemento subjetivo, pues puede que el acusado esté faltando a la verdad, por ejemplo para encubrir a otra persona,¹⁹ o hasta puede haber equivocado su propio conocimiento.²⁰ Así lo señala expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como ya vimos, en su artículo 406: “La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”.

5. La jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos para esta denominada prueba de indicios.²¹ En primer lugar, la sentencia ha de recoger, de

¹⁸ Cfr. STS de 9 de julio de 1997; véase también, Döhring, *Die Erforschung des Sachverhalts*, págs. 397 y s.

¹⁹ De otra opinión, Calderón/Choclán, *Derecho Procesal Penal*, pág. 384: “*la prueba del elemento subjetivo del delito, salvo expreso reconocimiento del acusado, sólo es posible mediante inferencia obtenida de determinados datos objetivos acreditados en la causa*” (vid. también Ramos Tapia, en: Zugaldía Espinar y Pérez Alonso, *Derecho Penal – Parte General*, págs. 505 y s.; más referencias bibliográficas en: Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 232 y ss., quien desde luego se distancia de esta opinión). Nos parece, empero, más prudente lo expresado por el citado precepto que la opinión de estos apreciados autores: el reconocimiento del acusado puede no ser cierto; en un Estado de Derecho la confesión no es la reina de las pruebas, ni mucho menos, como en el derecho histórico: cfr. Vázquez Sotelo, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, págs. 11 y ss., 69 y ss.

²⁰ Véase Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 234 y ss., aunque también: pág. 415.

²¹ Entre otras, desde hace tiempo, SSTS 13 de diciembre de 1999; 21 y 26 de mayo de 2000; 16 y 22 de junio de 2000; 8 de septiembre de 2000; vid. también SSTC 68/1998, 24/1997, 174/1985, 175/1985, 229/1988, 107/1989, 384/1993 y 206/1994, entre otras. Cfr. también: Climent Durán, *La prueba penal*, 94 ss., 575 ss.; Martínez Arrieta, *La prueba indiciaria*, en: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 64 y s.; Calderón/Choclán, *Derecho Procesal Penal*, págs. 384 s.; Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, págs.

forma expresa, cuáles son los indicios desde los que va a ser realizada la inferencia (del indicio al elemento típico), indicios que, ellos sí –se dice– deberán estar plenamente acreditados por prueba directa. Se trata de evitar el abuso de la llamada inferencia, pues únicamente puede servir de inferente –es añadido también– un dato cierto e inequívoco; la equivocidad debe ahuyentar, sin más, la prueba de indicios. Más aún: el dato equívoco es que, sencillamente, no es indicio. Como el término indicio se ha desvirtuado procesalmente se ha de hacer hincapié en esta univocidad: la que nos dirija siempre como indicador del hecho que es. Si el indicio (estaba en el lugar de los hechos) para probar el elemento típico (matar), es probado a su vez mediante un indicio (no estaba en su casa), es obvio que faltará la requerida relación fuerte causa-efecto o efecto-cause, es decir, ésta será demasiado abierta.

En segundo término, la sentencia ha de recoger –se exige, asimismo– de forma objetiva, expresa y particularizada, el completo proceso deductivo, es decir, cómo el juzgador, partiendo de unos determinados indicios, llega a la conclusión de que los elementos típicos estarían probados. Una suerte de motivación reforzada. Este proceso argumental habrá de ser lógico y responder a las máximas de la experiencia, según analizamos ya pormenorizadamente. Y en el mismo deberá quedar acreditado que los indicios eran plurales o, excepcionalmente, es admitido que se trate de un indicio “único pero de una singular potencia acreditativa”.²²

256 y ss.; Montañés Pardo, La presunción de inocencia – Análisis doctrinal y jurisprudencial, págs. 106 y ss.; Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 37 y ss., 159 y ss., 164 y ss.; Rabadán Bujalance, Sobre la prueba indiciaria en el proceso penal, Forum Astense 11, págs. 54 y s.; Miranda Estrampes, La mínima actividad probatoria en el proceso penal, págs. 217 y ss., exhaustivo hasta la fecha de publicación. – La evolución ha sido, desde luego, notable: véase lo mucho que se celebraban –con razón– cuestiones que hoy son obviedades procesales: Rodríguez Ramos, La prueba de indicios – Comentarios a tres sentencias del Tribunal Constitucional, La Ley 1986 – 2, págs. 1236 y ss. (o también, en un contexto más general, Gui Mori, Filosofía constitucional de la prueba, La Ley 1991 – 2, págs. 1149 y ss., 1154 y ss.); entendemos que el paso que pretendemos y es presentado *infra*, es la correcta finalización de dicha evolución.

²² Cfr. al respecto, por todos, Calderón/Choclán, Derecho Procesal Penal, pág. 385; Jaén Vallejo, Derechos fundamentales del proceso penal, págs. 224 y ss., con cita de la STC 135/2003, concurrente con esta doctrina. – Crítico, Martínez Arrieta, La prueba indiciaria, en: La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 59, 60 *in fine* y s.: será

Por último, la jurisprudencia añade que los indicios plurales habrán de estar interrelacionados de modo que vean reforzadas sus conclusiones entre sí, y, en todo caso, que no sean contradictorios ni contradichos, pues, entonces, una vez más, se desvanecen como indicios.

Estos criterios, en mayor o menor medida, han sido recogidos, a grandes rasgos, por la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 386.1, sobre las presunciones legales: “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción”. Si sustituimos la expresión “el criterio humano” por la más frecuente en el ámbito penal –y ya vista– de las “máximas de la experiencia”, y añadimos que los principios del Derecho penal –como también vimos– rechazan habitualmente el término “presunción”, lo cierto es que el art. 386 LEC contiene de forma bastante aproximada los criterios que viene señalando la jurisprudencia criminal en orden a la prueba de indicios.²³

6. En todo caso, conviene señalar varias cautelas que afectan a estas grandes líneas de la prueba de indicios. En primer lugar, parece que condenar solamente con un único indicio no puede ser de recibo. Sobre todo, porque el pretendido criterio “corrector” –que acabamos de mencionar– de la “singular potencia acreditativa” de ese único indicio es, en realidad, una falacia desde la propia teoría tradicional de la prueba de indicios: si estamos, precisamente, ante un indicio, no puede ser correcto que el mismo posea “singular potencia acreditativa”; pues, entonces, ¿por qué lo llamaríamos, simplemente, “indicio”?

necesario que tal indicio único, aun de singular potencia acreditativa, vaya acompañado de otros indicios.

²³ Incluso se afirmaba así ya antes respecto de la antigua legislación civil por Martínez Arrieta, La prueba indiciaria, en: La prueba en el proceso penal, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 56; vid. también, Rabadán Bujalance, Sobre la prueba indiciaria en el proceso penal, Forum Astense 11, pág. 54.

Por otro lado, el mencionado parámetro de la interrelación de indicios plurales debe ser aplicado, igualmente, con las máximas reservas: como recordaba acertadamente Engisch,²⁴ los indicios son plurales cuando sean desde luego independientes, pues de otro modo, nos hallaríamos ante un supuesto de único indicio. No existen en realidad dos indicios cuando uno de ellos, v. gr., consista pretendidamente en que el acusado fue visto con la víctima antes del homicidio, mientras que el otro supuesto indicio sea que no estaba en su casa en el momento de los hechos, pues ambos indicios, y sólo buscamos claridad en este ejemplo, carecen entre sí de la requerida autonomía. Aun cuando no se cometa tal error, porque realmente se trate de varios indicios, de todas formas, conviene distinguir entre los denominados “indicios en círculo” y los “indicios en cadena”:²⁵ los primeros aun siendo independientes se refieren a la probanza de una misma circunstancia, en tanto que los segundos, igualmente autónomos, se interrelacionan puesto que probarían diversas circunstancias. Los indicios en cadena acercan más a la prueba del hecho criminal que los indicios en círculo.

7. Con ello, puede concluirse este primer epígrafe dedicado a las características y exigencias que –desde un punto de vista tradicional– son asignadas a la prueba de indicios. A continuación, veremos que tales requisitos deben ser exigidos a toda la prueba penal, sin excepción, es decir, sin que deba distinguirse entre la denominada prueba directa y la prueba indiciaria. Por ello, en realidad, es superflua la aseveración jurisprudencial de que los indicios –al menos ellos– sí han de ser probados mediante prueba directa y no mediante, a su vez, una nueva prueba de indicios.

II. Extensión a toda la tipicidad de los principios reservados a los indicios

1. El ejemplo de nuestro paseante en el parque con el que comenzábamos el presente capítulo deja bien a las claras lo volátil de la distinción entre prueba

²⁴ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 77 con nota 2; antes, Framarino dei Malatesta, *La logica delle prove in criminale*, pág. 282; también: Pastor Alcoy, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, págs. 148 y s., 151, quien recuerda también a Mittermaier.

²⁵ Cfr. Gollwitzer, *Löwe-Rosenberg StPO*, parágrafo 261, Rdn. 62.

directa y prueba de indicios. O, en concreto, lo forzado que resulta hablar de una pretendida “prueba directa”, la cual debe ser rechazada tal y como parece ser entendida, por impracticable, sumamente peligrosa²⁶ para la presunción de inocencia y confusa.

Así, la prueba de que el acusado estaba cerca del lugar de los hechos sería tratada como prueba de indicios (estar en un parque no es matar), pero la cuestión parece no resultar tan obvia si de lo que se trata es de la prueba de encontrarse en el mismo lugar de los hechos en el momento en el que la víctima fue apuñalada – que será entendido prácticamente como prueba directa– o, todavía más, la prueba de que el acusado mantenía en su mano o extrajo el arma homicida del cuerpo de la víctima; aquí, seguro que casi con rotundidad, sería afirmado que estamos ante una prueba directa, ya que el corredor nocturno será calificado como testigo directo y de cargo en el sentido de haber percibido con sus propios sentidos los elementos típicos: el matar, en definitiva, según lo que vio (*recte*: lo que dirá que vio).

De este modo, según la doctrina tradicional no serían aplicables a la valoración de esta última prueba, la de nuestro corredor nocturno, las cautelas que acaban de ser expuestas y que la jurisprudencia viene exigiendo para la denominada prueba de indicios, a pesar de que, en sí, la extracción del cuchillo –como el ejemplo demuestra bien a las claras– no cumplimenta ninguno de los elementos del tipo objetivo ni subjetivo del homicidio. El corredor nunca vio matar, en la medida que extraer el cuchillo no lo es –incluso desde un punto de vista gramatical–, pero resulta evidente que el error judicial se cierne de forma demoledora sobre el suceso.

Y es que, en realidad, todo nace de un malentendido: hemos visto que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias –por no decir unánimes– parten de que de la

²⁶ Al producirse ciertamente la paradoja de que la denominada “prueba directa”, por falta de estrictos requisitos probatorios, sea más insegura que la indiciaria, en los que sí serían exigidos: cfr. Asencio Mellado, *Prueba Prohibida*, pág. 60; en parecido sentido, Martínez Arrieta, *La prueba indiciaria*, en: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales, vol. 12, Madrid 1993, págs. 56 y s.

denominada prueba directa podría concluirse la culpabilidad del acusado, en tanto que de la prueba de indicios, esta conclusión no podría ser adquirida directamente, sino tras un proceso de deducción, o –con una terminología muy del agrado de la jurisprudencia– de un proceso de inferencia. Y, sin embargo, tal distinción radical entre la llamada prueba directa y la prueba de indicios ha de ser rechazada.

Suelen ser diferenciados, asimismo, medios probatorios directos e indiciarios, pero dicha división, de nuevo, resulta artificial. Medios probatorios directos serían los testigos llamados presenciales, los peritos y los documentos en ciertas ocasiones y para ciertos delitos, de tal modo que todos éstos podrían ser “directos” o de cargo, o, en otras palabras, aportar prueba directa. Sin embargo, en verdad, como sabía Engisch,²⁷ un medio probatorio ofrece prueba sólo cuando es utilizado y, por tanto, el medio probatorio no es el testigo mismo, el perito, o el documento, sino la percepción que se tiene del documento, de lo que informe el perito o de lo que manifieste el testigo, de tal modo que dichos medios probatorios, en todo caso, lo que facilitan son única y exclusivamente indicios. Ni más, ni menos. Ahí está la clave que no debe ser pasada por alto, aun cuando se nos hable de testigos, peritos o documentos de cargo o de prueba directa.

2. Toda prueba –también la denominada directa– es prueba de indicios. O si se prefiere, la prueba de indicios también es prueba directa, solo que parece requerir más pasos argumentales.²⁸ En la llamada prueba directa también hay, sin duda, un proceso deductivo desde lo que no son sino meros indicios hacia la prueba. No es que desee negarse aquí su virtualidad para obtener mediante ellos la condena o la absolución, es decir, la conclusión probatoria, pero lo cierto es que no debe ser olvidado este carácter meramente indiciario de la que viene siendo denominada prueba directa. Es importante y es trascendente. Incluso en el caso de un –llamado– testigo directo del delito, estaremos ante indicios: su presencia en el plenario es un indicio de que estuvo en el lugar de los hechos y vio lo que pasó, pero la práctica demuestra, como ya vimos, que es posible que esté

²⁷ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, págs. 64 ss.

²⁸ Así, Gollwitzer, Löwe-Rosenberg StPO, parágrafo 261, Rdn. 60.

mintiendo por motivos espurios o afán de notoriedad; sus manifestaciones cuando no tenga tal ánimo y realmente estuviera en el lugar de los hechos y viera lo que pasó, a su vez, no son sino un indicio de que lo declarado responde a la realidad, pero puede cometer errores gravísimos a la hora de identificar al autor, o no recordar todo lo que vio o recordarlo parcialmente, o puede –como enseña la psicología del testimonio– que haya “completado lo percibido”, etc.; así, en nuestro ejemplo del corredor, puede que el supuesto testigo de cargo y directo, que debería traer la prueba pretendidamente directa al plenario, lo sea porque completando lo percibido acabó declarando que vio cómo el acusado apuñalaba a la víctima, etc.²⁹ Una vez más, en palabras de Engisch: “Desde un punto de vista lógico, toda prueba que no ha sido determinada mediante la propia percepción, es una prueba de indicios de la mano de las máximas de la experiencia, que o bien el juzgador mismo se atreve a formular, o bien se deja ayudar para su conocimiento por un perito”.³⁰

En efecto, ciertamente, en ningún caso los elementos del hecho pueden ser apreciados directamente por el juzgador. Pues, para ello, el delito debería haberse cometido directamente a su presencia y ello es procesalmente imposible: entonces el juzgador se convertiría en testigo y no podría juzgar. Ni aun en el supuesto, por ejemplo, de que el juzgador tenga en sus manos la carta presuntamente injuriosa, habrá prueba directa: todavía faltará conocer qué pensó quien la escribió, y de extremo tan relevante (sólo son punibles las injurias *dolosas*), del elemento subjetivo, como ya vimos, no puede existir nunca la denominada prueba directa. O –por citar un nuevo ejemplo–,³¹ que un testigo diga que vio como A golpeaba a B, no prueba directamente que A golpeara a B,

²⁹ Véanse *supra*, nuestras explicaciones al respecto según las máximas de la experiencia de la psicología del testimonio; también, Ragués i Vallès, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, págs. 255.

³⁰ Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, pág. 81; en sentido parecido, Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, págs. 104 y s.; Schneider, *Beweis und Beweiswürdigung*, pág. 97; entre nosotros, fundamental: Andrés Ibáñez, *En torno a la jurisdicción*, págs. 173, 232 y ss.; véase también: Ellero, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*, págs. 39 y s.; Framarino dei Malatesta, *La logica delle prove in criminale*, págs. 181 y ss.

³¹ Cfr. también Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, págs. 79 y ss., 82 y s.; Pérez Manzano, *Dificultad de prueba de lo psicológico*, LH Gimbernat, págs. 1471 y s.

ni siquiera que el testigo viese eso, porque sólo de la mano de la psicología del testimonio y otras máximas de valoración probatoria podremos determinar que esa afirmación, que no es más que un indicio, ha de convertirse en prueba: si finalmente puede ser concluido que el testigo no se ha equivocado, que no miente por los motivos que sean, etc. Tal testimonio es, sin duda, un importante indicio –un indicio fuerte– de que eso sucedió así; no menos, pero desde luego, tampoco más.

3. Por todo ello, hemos de ser tan contundentes como garantistas en esta conclusión: todos, *absolutamente todos*, los criterios que la jurisprudencia considera requisitos necesarios para que la prueba de indicios sea tenida por válida a fin de lograr la condena del acusado, han de cumplirse igualmente y en la misma medida en la denominada prueba directa, prueba, que, como vemos, es también en sí, en última instancia, una prueba de indicios.

De este modo, la sentencia deberá recoger, de forma expresa, qué testigos han sido considerados “prueba directa” y por qué –del mismo modo que los “indicios” son relatados de forma expresa–; también, deberá ser explícito y sin atajos el completo proceso de inferencia respecto de esa denominada “prueba directa”, es decir, cómo, partiendo de, por ejemplo, el testimonio de un testigo llamado directo, el tribunal llega a la conclusión de que los elementos típicos están probados (posibles ánimos espurios del testigo, interrelación con otras pruebas y testimonios, proceso deductivo completo, etc.).

Ante un pretendido testigo “presencial” como única supuesta prueba directa de cargo, será fundamental atender a las máximas de la experiencia, incluidas las de la psicología del testimonio: entre otros aspectos, gesticulación, tono de la voz, nerviosismo, personalidad fantasiosa, posible interés en la causa siquiera sea para adquirir notoriedad, homogeneidad del relato, posibles influencias, capacidad de percepción, curva del olvido, etc. Piénsese que incluso, si después de todo creemos a un testigo, de todas formas ello únicamente será indicio de que recuerda eso, pero el recordar algo es a su vez tan sólo un indicio de que tal hecho sucedió así, pues el testigo puede estar equivocado, puede haber “completado” inconscientemente su testimonio para cubrir lagunas que le impedían una correcta comprensión, u otras fallas que ha estudiado la psicología del

testimonio: no es seguro que nuestro corredor nocturno no acabe afirmando que vio apuñalar a la víctima, cuando lo único que vio fue la extracción del cuchillo. Insistimos: toda prueba, por ejemplo, toda prueba testifical –también la del denominado testigo directo– es siempre prueba de indicios, pues mediante ella, de unos hechos (lo manifestado, el lenguaje corporal, la convicción, los motivos, etc.) se infieren otros hechos (que lo dicho es cierto) relevantes para la sentencia. En muy acertadas palabras del Tribunal Supremo, que últimamente se ha pronunciado de forma clara sobre la cuestión: “Como es bien sabido, existen dos formas de obtener conocimiento sobre hechos, que son la constatación directa y la inferencia. Los tribunales, es obvio, no pueden valerse de la primera, pues los hechos sobre los que versa el juicio pertenecen siempre al pasado, de ahí que sólo quepa acceder a ellos mediante la prueba. Es decir, a través de lo constatado o percibido por otros o en virtud de la localización algún rastro físico. En este sentido no hay prueba directa literalmente hablando, pues el contacto del que juzga con los hechos está siempre mediado por la intervención del tercero a quien se debe la aportación de datos o del objeto que dé cuenta de ellos o los contenga. De manera que los tribunales están siempre obligados a utilizar la inferencia como forma de acceso al conocimiento de lo sucedido en el caso objeto de su decisión”.³² O, de nuevo en palabras del Alto Tribunal, en sentencias anteriores: “tampoco en el supuesto de la prueba de testigos presenciales el juzgador conoce directamente, ni puede renunciar a un atento ejercicio crítico de los elementos de convicción recibidos por ese medio, ya que la psicología del testimonio ha aportado un amplio material de reflexión, con depurado soporte empírico, que obliga a estar en guardia frente a los riesgos de defectuosa percepción, lagunas de memoria e inevitablemente reelaboración de los datos que condicionan la producción del testimonio”.³³

³² STS 1087/2009, de 30 de octubre.

³³ SSTS 1920/2002, de 21 de noviembre; 556/2007, de 22 de junio; 387/2008, de 26 de junio; en sentido parecido, últimamente, STS 1193/2010, de 24 de febrero de 2011: “Esta Sala ha llamado la atención acerca de las cautelas que deben observarse al valorar las declaraciones de las víctimas, cautelas que tampoco deben descuidarse cuando se trata de simples testigos, dadas las observaciones realizadas por la psicología del testimonio. De ellas se desprende la conveniencia de disponer de alguna clase de corroboración cuando se dispone solo, o principalmente, de prueba testifical”; Andrés Ibáñez, Prueba y convicción judicial en el proceso penal, pág. 50; siguiéndole, Alcacer Guirao, Garantías de la segunda instancia, revocación de sentencias absolutorias y recurso de casación, InDret 1/2012, pág. 7 con nota 12, nota 28; Gascón Abellán, Los hechos en el derecho, págs. 79 y ss., 82 y s.; vid. también Cuerda Riezu, Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia, pág. 4 y s.: “el engarce lógico entre las pruebas y los hechos que normalmente

Por ello, todas las cautelas que habitualmente presiden la prueba de indicios han de tenerse para toda la prueba, llámese ésta directa o como se desee, en particular las cautelas relativas a la motivación de la sentencia –no son infrecuentes razonamientos como “la existencia de dos testigos directos del suceso obliga a concluir (...)”, del todo insuficientes, como vemos–. En este sentido, llamar a una prueba “directa”, o a un medio probatorio “directo”, aporta poco (¿que el indicio que representa es de los denominados fuertes?) o nada; más bien, como vemos, confunde. Tiene razón el Tribunal Supremo cuando señala que “la prueba indiciara no es prueba más insegura que la directa” y añade: “es finalmente una prueba, al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más, por el plus de motivación que exige (...) que actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mayor control del razonamiento del Tribunal a quo (...)”.³⁴ Pues bien, precisamente a la inversa debe regir lo mismo, y ello debe ser corregido, porque la práctica se produce por otros caminos.

4. Que una cadena de indicios conduzca a un resultado probado tampoco es una especialidad de la denominada prueba de indicios: la credibilidad según las máximas de la experiencia, la lógica interna del relato, la valía profesional de los peritos o lo concluyente de su informe, la seguridad que ofrezca la ciencia en la que se base una determinada máxima, o la fiabilidad de un documento, su conexión con otras posibles pruebas, la identificación de su autoría, su claridad y contenido, etc., etc., todo ello forma también la cadena de indicios que llevan a que sea considerado probado que una declaración de un testigo –denominado– directo o presencial, un dictamen pericial o un documento responden, respectivamente, a la realidad de lo acaecido. Todos estos elementos, como tales, no son sino indicios del conjunto.

se exige para la prueba indiciaria debe también requerirse para la prueba directa”, siendo así que “la exigencia de motivación del razonamiento probatorio” también existe para la denominada prueba directa (SSTC 44/1987, 22/1988, 160/1988, 44/1989, 138/1990, 259/1994, 153/1997, 47/1998, 49/1998, 115/1998); Caamaño, La garantía constitucional de la inocencia, págs. 242 y s. Crítico: Pulido Quecedo, Sobre la presunción de inocencia, canon reforzado de motivación y colaboración con banda armada, pág. 3: “Me parece excesivo (...) exigir, de hecho, el mismo canon de motivación para el relato de pruebas indiciarias que el de pruebas directas”; Pastor Alcoy, Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia, págs. 177 y ss.

³⁴ STS 33/2005, de 19 de enero; vid. también STS 156/2011, de 21 de marzo.

Cuanto más extensa sea la cadena de indicios (tendencia a denominarla prueba de indicios),³⁵ entonces habrán de estar todos ellos suficientemente concatenados y sin lagunas entre sí, y el juzgador habrá de ser muy cauteloso a la hora de su evaluación: pero ello no quiere decir que cuando la secuencia de indicios sea más breve (tendencia a denominarla prueba directa) deban ser suprimidas o descuidadas dichas prevenciones. A su vez, cuando la sucesión es muy extensa, como sucede en la prueba del dolo –primero hay que probar lo externo (a su vez, frecuentemente mediante “indicios”), y de ello deducir a su vez lo interno–, ello no quiere decir que la prueba sea imposible, aunque sí quizás más dificultosa.

En esta “secuencia” probatoria están pensando sin duda aquellos que distinguen entre hechos próximos y hechos remotos: los hechos próximos que tratan de ser probados están en relación directa con la tipicidad del hecho punible, mientras que en los hechos remotos la relación sería indirecta o más alejada.³⁶ Más allá de esta comprobación y de que los hechos remotos habitualmente requieren una mayor deducción probatoria que los hechos próximos, pero sólo habitualmente como nuestro ejemplo demuestra, no es necesaria –es incluso perjudicial– la distinción entre prueba directa y prueba de indicios, si la distinción lleva a una perniciosa laxitud en cuanto a las exigencias probatorias de la denominada “prueba directa”.

En suma, también en la denominada prueba directa el discurso de la sentencia habrá de ser lógico y responder a las máximas de la experiencia, ser expreso, de tal modo que, entre otros aspectos fundamentales, se asegure la posibilidad de recurrir con garantías la decisión. La motivación en todo caso ha de ser fundamental. También para la prueba directa debe regir el criterio de que lo mejor es que sea plural. Sólo así, con estos criterios de valoración de la prueba – ¡también para la denominada prueba directa!– se puede reducir al mínimo posible el error judicial.

³⁵ Cfr. Stamp, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, págs. 104 y s.; Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, pág. 162; Pérez Manzano, *Dificultad de prueba de lo psicológico*, pág. 1475.

³⁶ Así, Peters, *Strafprozess – Ein Lehrbuch*, pág. 294.

5. Como ya anunciábamos, pues, la afirmación jurisprudencial de que al menos los indicios sí han de ser probados mediante prueba directa y no mediante, a su vez, una nueva prueba de indicios, ha de ser puesta en duda, según todo lo que acabamos de ver. Es cierto que los indicios a la vez tienen que ser probados, pero para ello, como acabamos de analizar, no hay posibilidad de una –sólo en la teoría erróneamente existente– “prueba directa”, sino que dicha prueba será, como no puede ser de otro modo, prueba de indicios. Que el arma de X estaba en el lugar del crimen es un indicio de que fue utilizada en el mismo y de que X fue autor o, al menos, partícipe; pero que el arma de X estaba en el lugar del crimen habrá sido probado, a su vez, indiciariamente –y no mediante una inexistente “prueba directa”–, por ejemplo, porque fue encontrada allí por un testigo (¿directo?) poco después de que ocurriera el crimen. En efecto, que el testigo declare dicho extremo sólo será indicio de la realidad de su dicho, pues puede que haya sido él mismo o un tercero quienes colocasen allí el arma, o puede que, por un error de identificación, no se trate del mismo arma atribuida en propiedad al acusado, etc.

En todo caso, si esta jurisprudencia que exige para la prueba indiciaria que al menos los indicios sí han de ser probados mediante “prueba directa”, es interpretada modernamente en el sentido de que respecto de ellos no debe ser alargada la “secuencia” o “cadena” *ad infinitum*, so pena de que la valoración probatoria deje de ser racional, dicha doctrina es correcta.

6. Concluimos, pues, todavía con cierto desasosiego: en nuestro ejemplo del paseante nocturno probablemente sólo atendiendo a las anteriores prevenciones, las cuales no suelen ser atendidas, podrá evitarse el error judicial. Con los parámetros valorativos al uso, empero, se tomará al testigo como presencial, directo o de cargo, acabará declarando sin mayores cautelas, y nuestro paseante será condenado. Afortunadamente, desde luego, se trata sólo de un ejemplo.