

# Ajuste renovador de la concepción de Serra Domínguez sobre el indicio y la presunción

## *Renewing adjustment of the conception of Serra Domínguez on the evidence and the presumption*

**Rodrigo RIVERA MORALES**

Profesor Investigador auspiciado por la Fundación Manuel Serra Domínguez  
Profesor Titular de Universidad Católica del Táchira-Venezuela

Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2018

Fecha de aceptación definitiva: 20 de diciembre de 2018

### **Resumen**

En este trabajo se examinan los diversos conceptos sobre presunción e indicio que han sido expuestos por la doctrina, la jurisprudencia y el derecho positivo, indicando la concepción prevaleciente, mostrando el aporte de Manuel Serra Domínguez. Se analizan los fundamentos que sustentan el concepto sobre la presunción y el indicio y sus relaciones. Se formula crítica al concepto unitario de presunción debido a que no es adecuado para las diferentes formas

### **Abstract**

*This paper examines the various concepts on presumption that have been exposed by the doctrine, jurisprudence and positive law, indicating the prevailing conception, showing the contribution of Manuel Serra Domínguez. The foundations that support the concept of presumption and its relationship with the typologies established in various legal systems are analyzed. The unitary concept of presumption is criticized because it is not adequate for the different forms of presumption that are*

de presunción que se aplican en el proceso judicial y se formula un concepto de indicio. El presente estudio trata el concepto de presunción e indicio como universal. Este escrito forma parte de la investigación propiciada por la Fundación Manuel Serra Domínguez sobre actualización de la doctrina de Manuel Serra sobre la presunción.

**Palabras clave:** Presunciones legal; indicio; hecho base; hecho indicador; hecho presunto.

*applied in the judicial process. The present study deals with the concept of presumption as universal. This writing is part of the research promoted by the Manuel Serra Domínguez Foundation on the updating of the Manuel Serra doctrine on presumption.*

**Keywords:** *Presumption; legal presumptions; judicial presumptions; Inference; presumed fact.*

**Sumario:** Introducción. 1. Breve relación de antecedentes históricos del indicio y la presunción. 2. El concepto y definición de presunción e indicio. 3. El problema del método en la aplicación de la presunción y la construcción indiciaria. 4. Elementos estructurales de la presunción y del indicio. 5. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

Punto oscuro de la doctrina procesal es el distinguir entre la presunción y el indicio, al grado que no solo los tratadistas de Derecho Procesal ligan ambas figuras, sino acaso lo más grave es que dicha confusión haya descendido al plan de la positividad, dado que muchos códigos procesales y aun la jurisprudencia en muchos países también las toman como equivalentes.

Señala SERRA DOMÍNGUEZ<sup>1</sup> que «en la práctica es frecuente la confusión entre los conceptos de indicio y presunciones, tan pronto considerados equivalentes como totalmente contrapuestos». MUÑOZ SABATÉ<sup>2</sup> en la misma dirección expresa que «el concepto de indicio es tal vez uno de los más ambivalentes y confusos que puedan darse en el derecho probatorio, y esta desorientación se acrece cuando a su lado hacemos entrar otro instituto, tampoco demasiado perfilado, cual es la presunción». DELLEPIANE<sup>3</sup> manifiesta que al iniciar el estudio sobre la presunción debe notarse la «gran confusión de ideas, la profunda anarquía de opiniones existente entre los autores que han escrito sobre la materia». Señala que «la terminología por ellos usada es vaga, personal

1. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 1991: «De las Presunciones...». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil. Madrid: Edita EDESA, 642.

2. MUÑOZ SABATÉ, Luis. 1997: *Técnica probatoria*. Bogotá, Editorial Temis, 235.

3. DELLEPIANE, Antonio. 1997: *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Editorial Temis, 55.

y flotante. ¿Qué se entiende por indicio, por presunción, por sospecha? Sobre esto no siempre se acuerdan los tratadistas.

Efectivamente, diversos tratadistas lo han enfocado en forma de diferentes concepciones, por ejemplo, LESSONA<sup>4</sup> señala que en sustancia las dos son palabras sinónimas, aun cuando admite una diversidad inicial: el indicio es la causa (hecho conocido); la presunción es el efecto (conocimiento del hecho ignorado); DEVIS ECHANDÍA<sup>5</sup> los distingue como conceptos diferentes; SILVA MELERO<sup>6</sup> hace la distinción y dice que «la presunción juega destacada importancia en la valoración del indicio». Otros autores los hacen equivalentes, por ejemplo, AZULA CAMACHO<sup>7</sup>. Otros las distinguen en cuanto al empleo en campos del derecho, así CARNELUTTI<sup>8</sup>, quien dice que los «indicios pertenecen a la dogmática del derecho penal y las presunciones a la del derecho civil»<sup>9</sup>.

Lo real es que hay diversidad de tratamiento doctrinal y jurisprudencial, y en todo caso se observa que ninguna de las teorías es satisfactoria, pues ni los que lo hacen conceptos equivalentes fundamentan la equivalencia y por qué son figuras iguales; a su vez, quienes los distinguen no hacen una explicación suficiente sobre la naturaleza de cada una de ellas y la esencia de sus diferencias.

En este trabajo escrito se examinan las diferentes teorías comparándolas con la doctrina expuesta por Manuel SERRA DOMÍNGUEZ, a su vez, se analiza jurisprudencia iberoamericana y norteamericana que contenga criterios sobre la presunción e indicio. Es un trabajo documental, pues sus fuentes de investigación son del tipo escrito. El nivel es de carácter cualitativo, se trabaja sobre conceptos desde la hermenéutica jurídica y el método comparado.

En esta investigación se asume que desde el punto de vista jurídico la única presunción es la legal y su naturaleza es de carácter procesal en el campo probatorio, y que el indicio es una evidencia inferencial que tiene su aplicación para producir prueba resultado y su naturaleza va más allá del derecho situándose en el campo del razonamiento y la argumentación. Se concluye que son dos figuras diferentes, que en su concreción emplean métodos distintos y cada una de ellas tiene finalidades particulares.

4. LESSONA, Carlos. 1942: *De la prueba en Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus, tomo v, 112 y ss,

5. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. 1993: *Teoría General de la prueba judicial*. Medellín: Editorial DIKE, tomo II, 640 y ss.

6. SILVA MELERO, Valentín. 1963: *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 118.

7. AZULA CAMACHO, Jaime. 1998: *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial Temis, 292 y ss.

8. CARNELUTTI, F. 1989: *La prueba civil*. Bogotá: Editorial Temis, 118.

9. Doctrina seguida incluso por alguna jurisprudencia. Serra Domínguez cita sentencias de España del 29 de diciembre de 1927, 15 de febrero de 1958 y 28 de septiembre de 1964. «De las Presunciones...». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil. *Ob. cit.*, 642.

## 1. BREVE RELACIÓN DE ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL INDICIO Y LA PRESUNCIÓN

Partamos de la idea de que el indicio y la presunción son formas de actividad mental del ser humano<sup>10</sup>. La acción humana va siempre acompañada de conocimiento, que va adquiriendo través de la práctica-práctica, sistematizando la experiencia y transformándolo en códigos de comunicación, y en su tiempo va creando la técnica y la ciencia. Con la experiencia conoce empíricamente, materialmente y encuentra sus aplicaciones; con la técnica crea instrumentos que le permiten una mejor aproximación a la realidad; con la ciencia sistematiza sus conocimientos, profundiza críticamente en ellos, los verifica o somete a contrastación y los explica teóricamente. El análisis empírico lo lleva a formular *juicios de experiencia*, que, debido a su carácter empírico o práctico, solo expresan un conocimiento inconcluso o de probabilidad, pero, en la medida que los instrumentos de aprehensión sean válidos, crece la probabilidad hacia la certeza. Además, es posible que la experiencia si emplea métodos acordes, por ejemplo, el método científico, puede llegarse a la experiencia científica.

Para los efectos de este estudio para denotar *indicio* emplearemos como equivalente la connotación *paradigma indiciario*<sup>11</sup>, puesto que ha sido un modelo que se ha seguido en los avances de la investigación en diversas ciencias. En el campo jurídico es indudable que el indicio en materia penal es ampliamente utilizado, es muy limitado en el campo civil, pero realmente no se tiene una teoría sólida que permita predicar sobre su validez.

El paradigma indiciario puede ser rastreado desde las tradiciones antiguas herederas del desciframiento venatorio, y posteriormente hasta el desarrollo de la ciencia hipocrática que delineó la forma de investigación científica en Occidente. En ella, supuso el complemento indispensable de la observación empírica. En la tradición griega POPPER<sup>12</sup> identifica a la intuición que permitió a los filósofos presocráticos elaborar sistemas cosmológicos como los de Tales o Anaximandro con la noción moderna de conjetura: solo a partir de escasas huellas visibles en el mundo visible podemos elevarnos mediante la especulación racional (logos) a la comprensión de un orden superior (el cosmos). Esta forma de proceder tenía como base un razonamiento que partía de un dato empírico aislado, del detalle que en otras circunstancias pasaría desapercibido (como la sombra de una columna que permitió a Eratóstenes el cálculo del diámetro terrestre), hasta la reconstrucción de un sistema complejo de carácter general. En esta lógica histórica, la inducción y la intuición parecen estar en la base no sólo del paradigma indiciario sino del desarrollo de la ciencia.

10. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 1963: *Normas de presunción en el Código Civil y ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Ediciones Nauta, 5.

11. GINZBURG, Carlo. 1999: *Mitos, emblemas e indicios*. Barcelona: Editorial GEDISA, 138.

12. POPPER, Karl. 1999: *El mundo de Parménides. Ensayos sobre la ilustración presocrática*. Barcelona: Editorial Paídos.

Dice GINZBURG<sup>13</sup> que durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulmínea, en la espesura de un bosque o en un claro lleno de peligros.

Señala GINZBURG que el encontrar signos e interpretarlos es el gesto intelectual más antiguo de la humanidad. Agrega que «Generaciones y generaciones de cazadores fueron enriqueciendo y transmitiendo todo ese patrimonio cognoscitivo»<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista jurídico nos remontamos al Derecho Romano, realmente los indicios y presunciones no constituyeron elementos probatorios en el período clásico. Afirma HEDEMANN<sup>15</sup> que «se hallaban muy lejos de creer en una limitación del libre criterio judicial. Por otra parte, en materia de teoría general de la prueba no se había logrado construir casi nada en tal época. [...] Y esto se mantuvo así hasta más allá de la época clásica». MITTERMAIER<sup>16</sup>, en ese mismo sentido de Hedemann, dice «Preguntar si el Derecho romano permitía la condena por solos indicios, es suponer implícitamente que había erigido un sistema de la prueba.».

Se puede apreciar que hay una tendencia en identificar el indicio en materia criminal, así escribe GERMAN R<sup>17</sup>, que «el indicio no hizo parte de los medios de prueba legalmente reconocidos en el proceso penal romano, pero tratándose de un sistema de libre apreciación de la prueba, no sometidos a medios limitados ni tasas preestablecidas, sí fue factor de formación de la justicia penal en Roma». Apunta MITTERMAIER que es «indudable que en los tiempos de los Tribunales por comicios y de las cuestiones perpetuas (*quaestiones perpetuae*), los jueces condenaban en virtud de pruebas artificiales, y no puede negarse, en efecto, que esta prueba es la que más frecuentemente se reproduce en los juicios populares»<sup>18</sup>.

Puede observarse en el texto *Oraciones de Cicerón* que las partes trataban de hacer resaltar ante el juez las pruebas artificiales o circunstanciales, QUINTILIANO manifestaba que los retóricos trataban de sacar partido a los argumentos (*Porque el vestido ensangrentado, los gritos que se oyeron, y otras señales de éste, Juez, son instrumentos como las escrituras, la voz pública y los testigos*). No obstante, hay diversos

13. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas e indicios*. Op. cit., 144.

14. *Idem*.

15. HEDEMANN, J. Wilhelm. 1931: *Las presunciones en el Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 17.

16. MITTERMAIER, José A. 1959: *Tratado de la prueba en materia criminal*. Madrid: Editorial Reus, 437.

17. GERMAN R, Jorge W. 1999: *El indicio en materia penal*. Quito: Ediciones Quinceno, 9.

18. MITTERMAIER, José A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Op. cit., 137.

textos romanos e incluso leyes que señalaban que las simples sospechas pueden ser engañosas y daban útiles advertencias. El Derecho Romano resume la desconfianza, desde entonces proverbial del indicio, en esta frase «Nec suspicionibus debere apliquem damnari divus rescrit».

Advertirnos que GRACIANO anticipó la gran clasificación de los indicios es en contingentes y necesarios y definió a estos últimos como indicios no dudosos y más claros que la luz. La prueba y la presunción (orientaciones al juzgador) vinieron a ser tratadas con mayor conocimiento de sus funciones propias solo en la recopilación ordenada por JUSTINIANO de las diversas Constituciones que se hallaban contenidas en los Código Hermogeniano, Teodosiano y gregoriano, recopilación que dio nacimiento a la primera versión del *Codex Justiniano*. Al mismo tiempo, la recopilación de las más salientes decisiones de los principales jurisconsultos romanos sirvió para preservar aquellos fragmentos que, en opinión de la comisión redactora encabezada por Tribonianiano, estaban de acuerdo con el espíritu de la legislación del Imperio. Con la agregación de las cincuenta nuevas Constituciones dictadas por JUSTINIANO, la segunda versión del Código depuró los principios contenidos en la versión primera y dejó establecidas definitivamente las líneas generales del *corpus Iuris Civilis*. Véase que en el Código y el Digesto se trató sobre las presunciones, pero más en sentido orientativo para el juzgador.

A partir de la caída del Imperio romano (476) el poder centralizado va perdiendo vigor paulatinamente, y se van fortaleciendo nuevas figuras como los señoríos territoriales, época que duró hasta el siglo XIII. En ella las relaciones entre los individuos se caracterizaban por su sencillez y en forma directa y concreta.

Cuando llega a las postrimerías el Derecho Romano, va surgiendo el Derecho Canónico, adoptó en gran parte las doctrinas latinas sin hacer innovaciones. El *Corpus Iuris Canonici* dedicó un título especial a las presunciones denominándolo *De praesumptionibus*, en el cual insertó una serie de situaciones propias del concepto vulgar de presunción encaminadas, principalmente, a ilustrar el criterio del magistrado y servirle de guías morales. La novedad introducida por el Derecho Canónico consistió en dar nacimiento a lo que después habrían de constituir las llamadas presunciones *iuris et de iure*.

En el Derecho Germánico la presunción siguió diverso camino que en el Derecho Romano, básicamente por la diferencia de pensamiento jurídico que distinguió al uno al otro.

En el Medioevo, una vez comenzó la labor de los glosadores. En el estudio de la prueba los esfuerzos de los glosadores se encaminaron, de preferencia, al análisis de los indicios romanos como base de la presunción. Habiendo establecido TANCREDO y DEMANTIS, una división tetra-partita basada en la mayor o menor fuerza deductiva de los indicios. Es de notar que esta primera división que aparece dentro del Derecho encuentra su fundamento en la necesidad que sentían los glosadores de establecer y reconstruir el edificio lógico-jurídico del Derecho Romano, de ahí que obedeciera a

un plan de sistematización. Naturalmente confundieron el indicio y la presunción, así como atribuyeron a esta una extensión que no posee.

Cada glosador aumentaba el número de las presunciones al intercalar y exponer soluciones que estaban acordes con los problemas del momento, labor esta que exigía una síntesis más estricta que la verificada por TANCREDO<sup>19</sup>. MENCOCCHIUS reprodujo las tres primeras categorías de las presunciones tetrapartitas y excluyó únicamente a las denominadas *temerarias*, en razón de que dichas presunciones no poseían una relación lógica suficientemente sólida que autorizara a deducir el hecho desconocido. Se establecieron las presunciones *facti*, las cuales no alcanzaban a demostrar el hecho desconocido, su valor era solo el de una semiprueba, por poseer cierto grado de verosimilitud (a nuestro entender era el viejo concepto de indicio). Sin embargo, como poseían elementos de verosimilitud podían ser considerados en la clasificación. Evidentemente, esta clasificación dio origen a la clasificación moderna.

Las denominadas presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum* han conservado sus características principales, mientras que las presunciones *facti* han experimentado una evolución. Estas han ido despojándose gradualmente de sus aspectos relacionados íntimamente con el valor del indicio, para llegar a englobar a toda presunción que no se encuentra su origen en la ley; pero que son autorizadas por la ley para realizarlas en ciertas situaciones el magistrado (por ejemplo, el juez podrá extraer las presunciones que considere pertinentes de la conducta procesal de las partes; o en los casos que una parte se niegue al cotejo en una impugnación de documento privado).

Expone HEDEMANN<sup>20</sup> que «llegamos aquí a encontrarnos con una categoría de presunciones que halla aplicación a diario en la vida procesal civil, *la presunción en materia de prueba de indicios*. La historia nos dio a conocer una época en que la presunción constituía toda la prueba de indicios. La terminología que equipara indicios y presunciones se conservó hasta la época moderna».

Puede observarse que, prácticamente, en el área jurídica, en épocas antiguas el indicio y la presunción eran conceptos y de aplicaciones distintas; ha sido en la Edad Media que se dio la tendencia a unificarlos, período en el que los glosadores y canonistas elaboraron doctrinas (bajo la influencia de la lógica aristotélica), en el siglo XII; consolidándose en el siglo XVI con los tratados de ALCIATO y MENCOCCHIUS, que repitieron la noción de presunción de TANCREDO, la cual reprodujeron los tratadistas posteriores<sup>21</sup>.

19. ORTOLAN, M. 1869: *Historia de la Legislación Romana*. Traducción de la 4.<sup>a</sup> por don Melquiades Pérez Rivas, Madrid: Librería de Leocadio López, 63 (obra disponible en Biblioteca General de Universidad de Salamanca) dijo: «Las presunciones fueron clasificadas en un latín bárbaro que nunca perteneció al Derecho Romano».

20. HEDEMANN, J. Wilhelm. *Las presunciones en el Derecho*. *Op. cit.*, 208.

21. «Praesumptio est argumentum credendum unum factum surgens ex probatione ulterior facti». Id CAMPITELLI, A. 1986: «Presuncione (Dir. Intermedio). *Enciclopedia del Diritto*. Torino: Editorial Giuffrè, XXXV, 261.

Ahora bien, nos interesa la presencia de estos dos conceptos: indicio y presunción, en el desarrollo del conocimiento más allá del campo jurídico. Varios autores han hablado de que existen unas ciencias indiciales<sup>22</sup> que pueden ubicarse en el mapa del saber<sup>23</sup>, y en el desarrollo de este se puede precisar una *epistemología histórica del conocimiento*<sup>24</sup>. Normalmente, en el campo del saber científico de las ciencias físicas de la naturaleza (duras) el término indicio ha sido equivalente al de evidencia, salvo en la medicina que en la identificación de enfermedades se denominan síntomas, pero tienen la connotación de evidencia o indicio.

Indudablemente, a pesar de que la connotación es igual para las ciencias sociales y las ciencias de la naturaleza, es importante diferenciar el origen de estos signos. Dice GINZBURG que «Una cosa es analizar huellas, astros, heces (humanas y animales), catarros bronquiales, córneas, pulsaciones, terrenos nevados o cenizas de cigarrillos; otra, analizar grafías, obras pictóricas o razonamientos»<sup>25</sup>. Por ello, indudablemente la distinción entre naturaleza (inanimada o viva) y cultura es fundamental. El derecho, como regulación de las relaciones humanas, plantea problemas de carácter cultural del cual brotan signos condicionados. Entender este aspecto hace posible rastrear, dentro de un sistema de signos culturalmente condicionados, como el sistema de relaciones humanas sociales, las señales que posean la involuntariedad de los síntomas y de la mayor parte de los indicios. Cuestión totalmente diferente a la precisión del razonamiento, lo cual tiene que ver con el método.

De lo expuesto, se puede inferir que los conceptos indicio y presunción aparecieron para denotar cosas distintas, posteriormente, en las ciencias jurídicas se confundieron o los hicieron equivalentes, cuestión que ha impedido su desarrollo científico. Obviamente, ha habido intentos de diferenciarlos, por lo general, reduciendo el indicio al campo penal y de la criminalística.

## 2. EL CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE PRESUNCIÓN E INDICIO

Hemos alertado en trabajos anteriores que sobre este terreno de precisión conceptual<sup>26</sup> de presunción e indicio, ha sido problemático y existen contradicciones

22. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas e indicios*. Op. cit., 145 y ss.

23. CASA, Carlo Federici. 1967: *Metodología de la ciencia*. Bogotá; Universidad Nacional, 17.

24. GUILLAUMIN, Godfrey. 2005: *El surgimiento de la noción de evidencia. Un estudio de epistemología histórica sobre la idea de evidencia científica*. México: UNAM (Colección: Estudios sobre la ciencia), 13.

25. GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas e indicios*. Op. cit., 158.

26. Tomamos los términos concepto y definición desde la lógica, como términos diferentes aun cuando implicados. Concepto es un concreto abstracto síntesis de múltiples determinaciones. La definición es lo que se dice del concepto. La definición describe al concepto o destapa



y confusiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en el sistema normativo. Por lo general, se parte de hacer equivalentes ambos conceptos en sus definiciones.

Verdaderamente no es pacífico un criterio para definir el indicio. Hay diversas acepciones acerca del concepto indicio. Entre ellas: a) *el indicio es el hecho indiciario*: según esta visión se denomina indicio al hecho indicador e indicante o indiciario, por ejemplo: la huella, la mancha de sangre; b) *el indicio es la inferencia lógica*: el indicio no es el hecho indicador, sino el razonamiento, es decir, la operación mental de inferencia lógica que hace el juzgador; c) *el indicio es todo el proceso de aprehensión y razonamiento*: según esta concepción el indicio comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos<sup>27</sup>.

La mayoría de autores se pronuncia por sostener que el indicio es el hecho indicador. Así, pues, los indicios son hechos, datos o circunstancias ciertos y conocidos que nos sirven para aplicar el razonamiento y deducir otros hechos o datos desconocidos. Se parte de uno de los elementos que conforman el concepto.

GORPHE<sup>28</sup>, considera que ha sido mal definido y dice que «consiste en recoger e interpretar todos los hechos y circunstancias que puedan conducir al descubrimiento de la verdad». MITTERMAIER<sup>29</sup> escribe que «un 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 muy natural» y agrega que «el indicio es el dedo que señala un objeto». AMO<sup>30</sup> dice que es «un hecho cierto que indica o revela la existencia de otro hecho diferente, por la relación que los une, según sea lo necesario y natural en todos los casos, sea según lo normal en la generalidad de ellos». DEVIS ECHANDÍA<sup>31</sup> lo define así: «Un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos». El hecho conocido da un argumento probatorio que permite mediante una operación lógica establecer una relación (correspondencia) entre él y el hecho que se pretende probar. De esta definición se deduce que la prueba indiciaria está compuesta por el hecho indicador y el argumento probatorio. Estas definiciones describen la actividad mental que realiza el juez, pero no van a la esencia del concepto.

---

su esencia. Pueden existir definiciones de diferente tipo: fenomenológicas, esenciales, descriptivas, etc.

27. Por todos, DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Editorial Temis, tomo II, 587 y ss.

28. GORPHE, François. 1985: *Apreciación judicial de las pruebas*, Bogotá: Editorial Temis, 202.

29. MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*, op. cit., 437.

30. AMO, León del. 1978: *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (indicios y circunstancias)*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 69.

31. DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General de la Prueba Judicial*, op. cit., 587 y ss.

DEI MALATESTA<sup>32</sup> parte de que es una forma lógica del raciocinio, que va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad. MUÑOZ SABATÉ<sup>33</sup> expresa que para superar las ambivalencias consideraba inevitable limitar el concepto de indicio a la acepción puramente estática de su sentido etimológico como sinónimo de signo, señal, huella. Aquí se reduce el indicio al hecho indicador o indicante.

SERRA DOMÍNGUEZ frente a esta problemática admite que hay confusión entre los conceptos de indicio y presunción. Destaca que en el proceso penal hay una extraordinaria importancia de la prueba circunstancial, pero que existe una desconfianza de los jueces hacia las presunciones, lo que ha generado una «fuerte tendencia a considerar como dos pruebas totalmente diversas las presunciones y la prueba de indicios»<sup>34</sup>. Escribe SERRA DOMÍNGUEZ que «no existen otras diferencias entre el indicio y las presunciones que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio». Agrega que «el indicio es el elemento base de la presunción y ésta la actividad intelectual del juez que partiendo del indicio afirma un hecho distinto relacionado casual o lógicamente con el primero». Insiste en señalar que «la presunción, si bien es un elemento lógico intelectual, debe apoyarse forzosamente en los resultados de un medio de prueba». Finalmente, declara que «entendemos por indicio el hecho base de una presunción, y por prueba indiciaria la presunción formada en un proceso penal». Considera que, concebidos bajo esa forma el indicio y la presunción, hace irrelevante sus diferencias, y que lo conveniente es la desaparición.

Podemos apreciar que a concepción de SERRA DOMÍNGUEZ acerca del indicio es que este es el hecho indicante o indicador, vale decir que lo identifica como el hecho conocido, debidamente probado, en un proceso concreto, que tiene relevancia para apuntar hacia un hecho desconocido. A nuestro entender reduce el indicio a un elemento de su estructura sin que se vean los otros elementos que lo configuran. Vemos en esta visión que subyace una concepción de presunción que la califica como la actividad intelectual que desarrolla el magistrado, que en nuestro criterio también es reduccionista, pues deja por fuera la actividad que desarrolla el legislador que es totalmente diferente a la que realiza el juzgador.

Si tomamos lo que dice SILVA MELERO que «presumir es una irradiación del hombre como lo es *presentir, creer, suponer o saber*»<sup>35</sup>, en este sentido presumir es un modo de razonamiento que supone algo y se construye un juicio que establece una conclusión de forma anticipada. En la definición que sustenta SERRA DOMÍNGUEZ implícitamente está presente que constituye un razonamiento, pues caracteriza la presunción

32. FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. 1964: *La lógica de las pruebas criminales*. Bogotá: Editorial Temis, vol. I, 236.

33. MUÑOZ SABATÉ, L. 1967: *Técnica Probatoria*. Bogotá: Editorial Temis, 224.

34. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «De las Presunciones...». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil, 642-645.

35. SILVA MELERO, Valentín. La prueba procesal. *Op. cit.*, 111.

afirmando que se trata de una actividad intelectual probatoria por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado (conocido), a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones<sup>36</sup>.

Esta definición apreciamos que su contenido es fundamentalmente técnico, a la cual el autor le agrega «el juzgador» y «el momento en que se realiza» (fijación de los hechos) con la pretensión de hacerla de tipo jurídico. Hemos considerado en otros escritos que en el sentido jurídico solo existe la presunción legal. Resulta evidente que de acuerdo a la clasificación tripartita de las presunciones no calza igual en ellas el tipo de actividad intelectual que desarrolla el operador jurídico para su aplicación. Son procedimientos intelectivos y jurídicos diferentes. Por un lado, no hay reconstrucción de hechos en las presunciones legales, se trata de establecer si en el material probatorio disponible están acreditados los hechos previstos en el supuesto fáctico normativo y aplicar la consecuencia establecida por la norma, no hay revelamiento de un hecho desconocido, pues hay un hecho presunto (presunción normativa) establecido por la norma. En este caso no hay inferencias, la actividad del operador jurídico (juez, abogado) es realizar un silogismo lógico<sup>37</sup>, es obviamente un esquema deductivo.

Puede sustentarse que la presunción legal es un constructo jurídico legal elaborado por el legislador. Obviamente, en su construcción legislativa se produce un proceso de abstracción y se formula una generalización, el legislador toma como base la experiencia social, tomando en cuenta la normalidad de las conductas en las relaciones humanas y aplica criterios de causalidad y oportunidad.

Respaldamos que es equívoco dar una definición general de presunción pues en las presunciones legales no hay raciocinio en la construcción presuncional por parte del juzgador, viene establecida previamente por el legislador al formular la norma, consecuentemente, señalamos que desde el punto de vista jurídico, solo puede calificarse como presunción a la creada por el legislador (presunción legal), en la cual si se da el hecho base, debe el juzgador dar por verdadero el hecho presunto<sup>38</sup>.

Nótese que cuando se hace como equivalentes los conceptos de indicio y presunción, que por lo general recogen los códigos procesales, esta se define como «Las consecuencias que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido para llegar a otro

36. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 1963: *Normas de presunción en el Código Civil y Ley de Arrendamientos Urbanos*, *Op. cit.*, 17.

37. Expresa GAMA L., Raymundo. «Presunciones en el Derecho Continental y en el *Common Law*. Un análisis comparado». *Op. cit.*, 367, que los anglosajones advirtieron la dificultad del concepto unitario y que tanto las presunciones rebatibles como las irrebtables no hay proceso de inferencia, sino la aplicación de una regla jurídica.

38. DELLEPIANE, Antonio. *Nueva teoría de la prueba*. *Op. cit.*, 63-64. Refiriéndose a la presunción «No es otra cosa que un mandato legislativo en el cual se ordena tener por establecido algún hecho, siempre que otros hechos, indicador del primero, haya sido comprobado suficientemente».

desconocido» (vid. arts. 385-386 LEC). Véase que, por lo general<sup>39</sup>, se define el indicio como «todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido». Definición que no calza con la de presunción legal.

Ahora bien, retomando la definición tradicional, que transcribimos sobre el indicio, en mi criterio no es satisfactoria, pues una definición que parta de uno solo de sus elementos, o se contente con describir la operación de construcción inferencial, no es omnicomprendiva de todos sus elementos. Decir que es un rastro, una huella o que es una forma de raciocinio no completa lo que es el indicio, sino que simplemente señala uno de los elementos, para tratar de completarlo con la operación lógica. Creo que las definiciones dadas en verdad son juicios que nos describen la operación de descubrimiento de un hecho desconocido, pero no dan la esencia del concepto indicio.

SERRA DOMINGUEZ<sup>40</sup> opina que la comparación entre ambos grupos de definiciones sobre presunción e indicio «nos revela claramente que nos encontramos ante una única institución». Obviamente, si se toma en cuenta la definición sobre la actividad que realiza el juez en las presunciones judiciales, resultan similares. Precisamente, sobre este aspecto que valoramos incurre en error SERRA DOMÍNGUEZ, da un tratamiento igual a la presunción legal y presunción social, hace una generalización, cuando «son dos fenómenos distintos»<sup>41</sup> y tienen una operatoria diferente.

Conforme a la doctrina tradicional al definir el indicio a partir del hecho indicador debe decirse que de nada sirve la existencia del hecho indicador si el hombre no aplica su conocimiento en forma lógica y crítica para relacionarlo con otro hecho. Obviamente, el hecho indicador, por sí solo, puede referirse a muchos hechos. Solo mediante la abstracción el hombre puede aprehender la relación concreta y biunívoca (en el sentido uno a uno)<sup>42</sup>.

Desde el punto de vista conceptual sostendré que el indicio es una evidencia inferencial. Una inferencia es una evaluación que realiza la mente entre proposiciones. En el caso del indicio al conceptualizarlo como evidencia inferencial lo que estamos afirmando es que el hecho concreto conocido (indicador) funciona como evidencia para

39. Por todos DELLEPIANE, *Ibidem*, 56.

40. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «De las Presunciones...». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil, *ob. cit.*, 617.

41. TARUFFO, Michelle. 2002: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 471.

42. RIVERA MORALES, Rodrigo. 2018: «El conocimiento indiciario como evidencia inferencial». En *La prueba en el proceso (Evidence in the process)*, en ocasión de las XXVI Jornadas Iberoamericanas (IIDP) y II Conferencia Internacional (IAPL), realizadas en Salamanca del 16 al 18 de octubre de 2018, Barcelona: Editorial Atelier, 303-363. En términos matemáticos: todo elemento del conjunto de partida debe tener una imagen en el conjunto de llegada y además todo elemento de conjunto de partida debe tener una y solo una imagen. La relación biunívoca es cuando a cada elemento de un conjunto le corresponde un (y solo un) elemento del otro.

la hipótesis presuntiva que explica su existencia. Es decir, el indicio en su integralidad es una inferencia.

Entonces, podremos definirlo así: Indicio es un hecho concreto pensado síntesis de múltiples determinaciones, que por vía del pensamiento determina las relaciones entre hechos, construyendo una explicación de la existencia del hecho conocido develando el hecho desconocido. En la definición que hemos construido se integran los siguientes aspectos: a) que indicio es el concreto pensado, b) determina las relaciones entre hechos y c) construye una hipótesis o teoría explicativa sobre la existencia del hecho.

Por vía del pensamiento examinamos sus apuntamientos (señal) para determinar la relación con otro u otros hechos. Estas relaciones las determinamos mediante inferencia apoyados en medios probatorios practicados. Obviamente, en la determinación de las relaciones empleamos las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y el conocimiento científico.

Se construye una explicación de la existencia del hecho conocido por su relación con el hecho desconocido y su pertenencia a la situación de estudio. Se asume en lo concreto como una evidencia inferencial. Esta evidencia inferencial es un concreto pensado, por cuanto es una reproducción mental de la realidad, que nos explica la presencia del hecho o hechos conocidos y el hecho desconocido. La evidencia inferencial indiciaria se conectará con otros medios de prueba para verificar y confirmar, y se valorará conforme a la sana crítica.

Bajo esta concepción indicio no es el hecho indicador o indicante, este forma parte de aquel, así como la operación lógica y el hecho desconocido. Indicio es el todo que se establece como una evidencia inferencial. Entendiendo esta como una demostración de conocimiento de *algo*.

Hablar de que el hecho conocido es el indicio es reducir la visión epistemológica al hecho sensible, pero obvia los problemas filosóficos fundamentales que conlleva la construcción inferencial, como son: a) cuáles son los criterios para realizar y establecer observaciones confiables (hecho conocido); b) cómo entender el grado y tipo de inferencia a partir de las cosas observadas, y c) cuáles son los criterios de prueba, la existencia genuina del fenómeno en cuestión o del *status* epistemológico de una teoría explicativa (del hecho desconocido y su nexos con el hecho conocido). Es claro que solucionar este problema es precisar la idea de evidencia observacional (hecho conocido), darle contenido a la idea de inferencia probable y, finalmente, fijar la significación de evidencia probatoria. Por ello, sustentamos un concepto más amplio de indicio, cualificándolo como evidencia inferencial, el cual incluye los aspectos señalados.

### 3. EL PROBLEMA DEL MÉTODO EN LA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN INDICIARIA

Hemos diferenciado ambos términos, expresando que la presunción, en sentido jurídico, es normativa y constituye una especie de mandato legal, por tanto, en el proceso no se hace construcción de presunción legal, sino que se aplica si se dan las condiciones establecidas en la norma. El indicio es un concreto pensado que reproduce la realidad por vía del pensamiento ¿Qué método emplea el juez para aplicar la presunción legal? ¿Qué método emplea el juez para construir la inferencia indiciaria?

Señala ALZATE NOREÑA<sup>43</sup> que «en el fondo de toda cuestión jurídica, cuando ésta se plantea con carácter científico, palpita un problema de método». Hasta el momento se ha debatido y señalado como diferencia entre el indicio y la presunción que en el primero se aplica el método inductivo, mientras que en la presunción se aplica el método deductivo.

No ocultamos que el legislador al construir la presunción legal haya tenido que aplicar la inducción y la deducción, evidentemente se ha dado un proceso inferencial, pero una vez establecida como norma, el juez para aplicarla no va a hacer una operación lógica presuncional, simplemente interpretará la norma que contiene la presunción, y si se dan en el caso concreto los presupuestos establecidos en la norma, dará como conclusión el hecho presunto definido en la norma. Así la presunción es una regla que obliga a reconocer cierta conclusión en determinadas condiciones, esto es, las presunciones fuerzan a reconocer la conclusión de la presunción cuando las premisas se encuentran confirmadas. En este caso el juez lo que hace es un silogismo de la siguiente forma: premisa mayor: la norma; premisa menor: los supuestos fácticos comprobados, y conclusión: fijación del hecho presunto en el caso concreto. En esa aplicación el juez emplea el método deductivo. Sabemos que el razonamiento deductivo es analítico o explicativo, en cuanto que la conclusión no añade nada a lo que ya está en las premisas.

Un ejemplo ilustrará mejor el planteamiento, tomemos lo establecido en diversos códigos civiles (anterior art. 108 Código Civil español): «Se presumen hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges». La norma nos da la presunción de legitimidad (hoy se habla de presunción de paternidad). El silogismo sería así: premisa mayor: la norma; premisa menor: el hecho del nacimiento entre los 180 y 300 días; conclusión: el nacido es legítimo. La presunción de legitimidad funciona si se acredita el matrimonio y el nacimiento dentro del lapso de los 180 y 300 días. Es claro que esto no es tan sencillo, el juez deberá realizar labor de fijar esos hechos del material de prueba disponible para darlos por probados. Esto es independiente de la aplicación de la presunción. Esta se aplica si se comprueban los supuestos fácticos y se dará por verdadero el hecho presunto.

43. ALZATE NOREÑA, Luis. 1981: *Pruebas Judiciales*. Manizales: Imprenta Departamental, 148-149.

En la presunción no hay reconstrucción de hechos. En las presunciones legales no se produce un raciocinio en la construcción presuncional por parte del juzgador, viene establecida, previamente, por el legislador al formular la norma. El legislador ha establecido el enlace entre el hecho conocido y el hecho presunto, por supuesto, en función de determinados criterios, los cuales fija a unos supuestos fácticos. No se trata de reconstruir hechos del pasado, sino de probar unos hechos presentes base, pues el hecho presunto lo ha implantado el legislador.

Al realizar el juez la construcción indiciaria efectúa una reconstrucción de los hechos. En la construcción del indicio se aplica una diversidad de métodos dependiendo de las fases en su construcción. En la construcción de la inferencia indiciaria es un tipo de razonamiento en que se diferencian varios elementos: el hecho o hechos indicadores, el hecho desconocido que queremos probar y una relación entre el hecho desconocido y los indicadores<sup>44</sup>. Para determinar el nexo o vínculo se examina, retrodictivamente (se aplica el método de abducción) el hecho o hechos para seleccionar una regla o norma (máxima de experiencia) que nos permita explicar el hecho sorprendente. Se trata de formar una hipótesis plausible fundada en el hecho sorprendente. En otras palabras, la abducción es un esquema inferencial en que los fenómenos a explicar operan como evidencia para la hipótesis que los explica. En la formalización de la inferencia se tienen que dibujar las razones que apoyan el enunciado inferido. Estas razones deben contener las máximas de experiencia empleadas y el razonamiento lógico empleado en la justificación.

La primera fase en la construcción de la evidencia inferencial indiciaria es la actividad exploratoria de datos, localizar el hecho en acción<sup>45</sup>. En esta etapa de descubrimiento expresamos que el método que se aplica es la *abducción*, forma lógica sugerida por PEIRCE<sup>46</sup>, puede verse como la lógica del análisis exploratorio de los datos. La abducción es *la búsqueda de un patrón de regularidades en el fenómeno estudiado y así poder sugerir una hipótesis* (PEIRCE, 1878a). Partiendo de los hechos (residuos de la existencia del hecho principal) *elabora en lo que estos nombran una reconstrucción de lo que no está nombrado*.

Un razonamiento abductivo (del latín *abductio* y esta palabra de *ab*, desde lejos, y *ducere*, llevar) es un tipo de razonamiento que a partir de la descripción de un hecho o ofrece o llega a una hipótesis, la cual explica las posibles razones o motivos del hecho mediante las premisas obtenidas. Es también una forma de invertir el razonamiento deductivo para producir un razonamiento sintético. Se trata de elaborar una hipótesis presuntiva a partir de una regla general (máxima de experiencia) y un resultado (hecho sorprendente). La inferencia hipotética tiene el carácter de meramente probable. Es

44. GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. «Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica». Tomado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes\\_sobre\\_prueba\\_y\\_argumentacion\\_juridica.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf). (17/12/2013).

45. CALVO GONZÁLEZ, José. 1998: *El discurso de los hechos*, 2.ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 3-6.

46. PIERCE, C. S. 1970: *Deducción, Inducción e Hipótesis*. Buenos Aires: Editorial Aguilar.

conjetural, pero para el investigador es plausible, su experiencia se lo indica, asumiendo la validez del caso. En el proceso de construcción indiciaria en el inicio o descubrimiento se aplica el método abductivo. Así pues, la abducción

es un proceso inferencial que va de la observación de hechos y fenómenos a la suposición de una proposición de carácter general, lo cual experimentado y verificado explica el hecho o fenómeno referido. La abducción es un razonamiento que va del efecto a la causa, de la experiencia al pensamiento, de la clasificación a la interrogación y cada uno de ellos, a la experimentación y a la explicación<sup>47</sup>.

El estudio de la abducción en el campo jurídico no ha sido muy abordado por la literatura jurídica actual<sup>48</sup>. CALVO GONZÁLEZ<sup>49</sup> habla de la abducción como el tercer tipo de inferencia —distinguiéndolo de la deducción y la inducción—, el cual consiste en qué a partir de lo que ha quedado, de residuos de existencia, así los signos, señales, huellas (*vestigia pedis*), elaborar en lo que estos nombran una reconstrucción de lo que no está nombrado, es decir, tratar de renombrar lo ausente, lo lejano hasta completar *post factum*, enteramente, un acontecimiento del pasado<sup>50</sup>. Otros lo mencionan como una inferencia probabilística consistente en adoptar una hipótesis explicativa de ciertos hechos —que constituye el armazón de la prueba indirecta—<sup>51</sup>. Algunos pretenden señalar que este método es una mezcla de deducción-inducción, cuestión que no es cierta, es un método distinto a la deducción y la inducción, incluso ya antiguamente Aristóteles, con el nombre de reducción o retrocción, lo contraponía no solo a la deducción, sino también a la inducción<sup>52</sup>.

El razonamiento indiciario necesariamente tiene que partir, del análisis exploratorio de los datos, que se enfoca en sugerir estrategias para una búsqueda posterior,

47. VILLEGAS MESA, Elkin Emilio. 2009: «Metodología de la investigación psicojurídica». *Legal-psychological research methodology*. Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas «Psicoespacios», enero-diciembre 2009, vol. 3, n.º 3. <http://www.iue.edu.co/revistas/ieue/index.php/Psicoespacios>.

48. GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. 2005/2006: «La abducción en el campo jurídico». Revista *Telemática de Filosofía del Derecho*, 2005/2006, n.º 9, 223-258, ISSN 1575-7382.

49. CALVO GONZÁLEZ, José. *El discurso de los hechos*, ob. cit., 56-65.

50. CONAN DOYLE, A. 1998: *Estudio en escarlata*. Madrid: Ediciones Bolsillo, 150. Recordamos que citamos en páginas anteriores la explicación que da Sherlock Holmes al Dr. Watson sobre su método.

51. GASCÓN ABELLÁN, Marina. 2010: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., Madrid: Editorial Marcial-Pons, 97. Expresa también la autora que es un «tipo de razonamiento hacia atrás, distinto no sólo de la inducción sino también de la deducción».

52. ARISTÓTELES. 1964: «Analíticos posteriores» o «segundos» (La demostración científica). En *Obras Completas*. Madrid: Ediciones Aguilar.



contribuye al entendimiento conceptual y cualitativo de los fenómenos. Su mayor preocupación no es *qué tanto*, sino *qué y cómo*<sup>53</sup>.

Veamos una exploración de datos en la novela *A sangre fría*<sup>54</sup>:

—Mira eso, Wendle.

Lo que señalaba era una pisada sanguinolenta. Sobre la caja del colchón. La pisada de una media suela de zapato con dos círculos: dos agujeros en el centro, como un par de ojos (marca Cat'sPaw, p. 113). Hay que proseguir hasta que conozcamos a los Clutter mejor de lo que ellos mismos llegaron a conocerse. Hasta que veamos un punto de contacto entre lo que encontramos aquella mañana de domingo y algo que sucedió quizá cinco años atrás. La conexión. Tiene que haber una. Tiene que haberla.

Se trata de encontrar los datos (hechos indicadores) en el caso, bien en la investigación del caso, ya el caso desarrollado con la práctica probatoria en el proceso judicial. Un hecho indicador es un detalle, la estructura, una totalidad. Sabemos que las inmediaciones indiciales o semióticas tienen particularidad por los aspectos cualitativos, el caso, el hecho singular. Es indudable que los hechos de un caso son particulares, pero con base a la experiencia social es posible identificar una conducta, una anomalía o normalidad.

Para PEIRCE la abducción es primero (existencia, actualidad); la deducción va en segundo lugar (posibilidad, potencialidad); y la inducción en tercer lugar (generalidad, continuidad). La abducción juega el papel de producir ideas nuevas o hipótesis. La deducción funciona como una forma de evaluar las hipótesis. Y la inducción justifica a la hipótesis con datos empíricos (STAAT, 1993)<sup>55</sup>.

Visto de esta manera, podemos sustentar que en el indicio concurren diversos métodos conforme a las fases en que se desarrolla. Se parte de formular una hipótesis presuntiva (método abductivo), cuando se explora la relación o nexo se aplica el método inductivo y al formularse el hecho desconocido y aplicarse la máxima de experiencia se emplea el método deductivo.

## 4. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA PRESUNCIÓN Y DEL INDICIO

El examen tradicional de la estructura de estos conceptos ahonda la confusión sobre ellos. Por lo general, la mayoría de tratadistas asignan los mismos elementos

53. YU, Chong Ho: «¿Deducción? ¿Inducción? ¿Hay una lógica del análisis exploratorio de datos?». Ponencia presentada al *Annual Meeting of American Educational Research Association*. New Orleans, Louisiana, abril 1994.

54. CAPOTE, Truman. 1980: *A sangre fría*, Barcelona: Editorial Bruguera, 91.

55. GRANDA, Fernando de Trazegnies. «Teoría de la prueba indiciaria», tomado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>.

a ambos<sup>56</sup>. Consideramos que esto obedece concebir una definición general de presunción.

SERRA DOMÍNGUEZ en principio argumenta que «en cuanto actividad intelectual probatoria carece la presunción de estructura alguna, siendo regulada según la capacidad y peculiaridad del juzgador»<sup>57</sup>. Opinión que, a nuestro juicio, evade el hecho de que el hombre tiene capacidad para descomponer los conceptos y estos como formación en su pensamiento han sido estructurados como síntesis de múltiples determinaciones.

No obstante, agrega SERRA DOMÍNGUEZ: «Pero sí podemos apreciar la existencia de una clara estructura entre el elemento que sirve de base a tal actividad la afirmación base, el resultado de la misma, la afirmación consecuencia, y, por último, el enlace entre ambas afirmaciones, el nexo causal o lógico existente entre ambas»<sup>58</sup>.

Con respecto al indicio, los autores<sup>59</sup> que lo diferencian de la presunción sustentan que la estructura del indicio presenta los siguientes elementos: hecho base o hecho indicante, la actividad intelectual u operación lógica del sujeto que interpreta los hechos (juzgador, operador de justicia) y el hecho desconocido o develado.

Se puede observar que de acuerdo a esas proposiciones son los mismos elementos. Esto llevaría a concluir que son conceptos idénticos o afirmar como algunos tratadistas que el indicio es el hecho base de la presunción<sup>60</sup>. Esas posturas apreciamos devienen de la confusión que hay sobre ambos institutos. Especialmente, al considerar un concepto general de presunción y tomar el indicio como el hecho indicante o indicador.

En la presunción legal, la única presunción en sentido jurídico, evidentemente, tiene una estructura en la cual se distinguen los elementos: hecho base, nexo lógico y hecho presunto. Todos estos elementos han sido determinados por el legislador (véase el ejemplo que tomamos de presunción de legitimidad, antes se hablaba de matrimonio, hoy con las uniones de hecho se habla de relación continua, y no de presunción

56. Por todos PARRA QUIJANO, Jairo. 2001: *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Bogotá: Editorial Librería el Profesional, tomo IV. En su obra el autor hace citas de diversos autores, entre ellos de Hernando DEVIS ECHANDÍA, Valentín SILVA MELERO, Carlo LESSONA, Rocha ALVIRA.

57. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Normas de presunción en el Código Civil y ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., 28.

58. *Idem*.

59. Entre ellos: DEVIS ECHANDÍA., H. 1993: *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomos I y II. Medellín, Editorial DIKE, LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. 2006: *Las presunciones judiciales y los indicios*, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires: Editorial: Rubinzal-Culzoni editores, PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Bogotá: Editorial Librería el Profesional, tomo IV.

60. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Normas de presunción en el Código Civil y ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., 28. PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO, Enrique. 2016: *Tratado de las presunciones*. Chile: Edita MassLibros Grupo Editor, 76-77.

de legitimidad sino de presunción de paternidad). El hecho base, el nexa y el hecho presunto viene determinado en la norma. Así pues, el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida está predeterminado o fijado por el legislador, en función de determinados elementos de juicio. El valor del enlace viene dado por la norma, el juzgador no interviene en establecer el enlace, ni determina su fuerza.

Podemos ver que la norma establece qué hechos deben acreditarse para darse por verdadero el hecho presunto. Aquí no hay reconstrucción de los hechos, ni hay hechos sorprendentes que merezcan ser explicados. De esto se encarga el legislador. Es claro que al formular en el legislador la norma presuncional ha tenido en cuenta una máxima de experiencia basada en la experiencia social (cultural o científica), de suerte que el juzgador no tiene que seleccionar, la hora de aplicar la presunción legal, una máxima de experiencia. El juzgador solo tiene que fijar el hecho base si este está acreditado o no. Valorará los medios que estén acreditando el hecho base y el hecho que conforma la premisa menor. Como cualquier hecho derivado de un medio de prueba tendrá mayor o menor solidez, dependiendo de la calidad epistemológica de los medios y los grados de inferencia para fijarlos. Una vez realizada esta actividad, común para todos los hechos y medios de prueba, deberá concluir en lo que establece la norma como hecho presunto.

El hecho presunto es una afirmación que se extrae como conclusión del hecho base<sup>61</sup> por medio de la aplicación de una máxima de experiencia que asumió el legislador para construir la presunción legal.

En cuanto a los elementos del indicio, debe decirse que objetivamente la desintegración o separación del concepto indicio en elementos no es más que a efectos metodológicos y expositivos. El indicio es un concepto, esto es, una unidad cognitiva de significado. Lo definimos como un concreto pensado desde la epistemología, por tanto, funciona como una unidad conceptual cognitiva integral<sup>62</sup>. Pensamos que el término más adecuado para referirnos a los distintos elementos que integran el indicio es el de estructura del indicio. Bajo ese término indicamos que se trata de una unidad conceptual integral. Cuando hacemos esta reflexión al dar ese concepto compuesto en verdad estamos señalando que hay imposibilidad de división o separación como concepto pero que es una expresión de conocimiento total de una realidad determinada. Indudablemente, como hecho concreto posee elementos singulares, cualitativos.

A los efectos apuntados se pueden distinguir en la estructura indiciaria: el hecho indicador o indicante, la operación inferencial (determina el nexa) y el hecho desconocido.

61. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Normas de presunción en el Código Civil y ley de Arrendamientos Urbanos*, ob. cit., 31.

62. RIVERA MORALES, Rodrigo. 2011: *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

## 4.1. El hecho indicador (evidencia)

El hecho indicador —rastros, marcas, huellas, presencia, contacto, entre otros— no puede confundirse con el indicio, pues ellos por sí solos no dicen nada, son insuficientes para individualizar con certeza algo desconocido. ECO<sup>63</sup> expresa que un código de improntas comprende inferencias sinecdóticas, por ejemplo, la marca dejada por la base de un vaso no reproduce visualmente la forma del vaso sino, a lo sumo, la forma de su base. Se puede citar, también, como ejemplo la huella sanguinolenta de calzado en el cartón en la casa de los Cluter, en la novela *A sangre fría*. Los hechos indicadores son improntas plantadas por un agente exterior en el lugar donde sucedió algo o relacionadas con ese escenario, que se reconocen como vinculadas físicamente a ese agente, de manera que, a partir de su presencia real o posible, puede deducirse la presencia pasada real o posible del agente. Esto supone una experiencia o conocimiento previo.

Por lo general, por sí solo no tiene valor alguno, pero cuando se relaciona con otros, y siempre que sean convergentes, precisos y concordantes se devela el hecho desconocido. Así, por ejemplo, precio irrisorio —*pretium vilis*— solo dice que el objeto está por debajo del precio normal —valor actual—, de ello se pueden inferir diversas conjeturas, por ejemplo, donación, evasión impositiva, defecto mental, entre otros. Estos hechos adquieren sentido dentro de un esquema de pensamiento y un bagaje cultural que son dominio del jurista. Vale expresar que un hecho indicador (pudiera llamarse signo), dependiendo de su fuerza indicadora, puede tener capacidad para revelar o sugerir una conjetura o presunción (sentido de sospecha) o simplemente servir de orientación para investigar. El campo del hecho indicador, fuente de prueba, es tan amplio como lo puede ser el otro necesitado de prueba y controvertido en el juicio.

En este sentido hecho indicador es aquel dato real, cierto, concreto, indubitablemente probado, «inequívoco e indivisible» y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *tema probandum*. El hecho indicador es fuente de prueba por cuanto es un punto de partida para llegar al conocimiento del otro hecho controvertido y necesitado de prueba. Es también medio conducente puesto que contribuye a la prueba de otro hecho, puede ser también objeto de la prueba.

No se concibe el indicio sin el hecho indicador. Este hecho, elemento objetivo del indicio, como se ha dicho, es algo sensible, material perceptible, pero por sí mismo y solo (salvo el necesario y suficiente) nada prueba, a pesar de su nexo con el otro hecho desconocido. El hecho indicador puede ser: hechos de la naturaleza, cosas y objetos materiales, la persona humana (sus características, su modo de ser habitual, sus costumbres, sus virtudes o vicios, su cultura, entre otros), conductas humanas, las manifestaciones de actos internos y de estados síquicos, más o menos responder a las preguntas acerca de un objeto o hecho: sustancia, cantidad, cualidad, relación,

63. ECO, Umberto. 2013: *Los límites de la interpretación*, 1.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Debolsillo, 330.

lugar, tiempo, acción, pasión, posición y hábito (*Quid est, quantum, quale, ad quid, ubi est, quando, quid agit, quid patitur, quo situ, quo modo*)<sup>64</sup>.

Veamos el hecho indicador en la literatura, por ejemplo, en el *Lector de cadáveres*<sup>65</sup>:

Escucha —le interrumpió—. Te pondrás aquí y observarás los cadáveres. Tendrás luz y libros. Cuanto creas preciso. Tú los miras y me dices lo que hayas averiguado. No sé: de qué murió el difunto, si está feliz en su nuevo mundo, si necesita algo. Te lo inventas si es preciso. Y yo le cuento a los familiares para que nos pague y todos encantados. Cí miró a Xu con estupefacción.

—No puedo hacer eso.

—¿Cómo que no? Ayer te vi hacerlo. Lo de que el hombre no murió por la caída del caballo, sino que fue estrangulado, fue algo increíble.

Cí meneó la cabeza.

—No soy un charlatán. Lamento confesarlo, pero es así. No adivino cosas. Sólo compruebo indicios, señales, marcas en los cuerpos.

—Indicios, señales. ¿Qué más da cómo lo llames? El caso es que averiguas cosas. ¡Y eso vale mucho dinero!

Se trata de ver cómo impacta un hecho en la realidad, tanto el objetivo como subjetivo, pues siempre producen una impresión, sea en forma de huella o marca, rastro, señal, vestigio, residuo o signo. La localización de estos elementos y su interpretación suponen un conocimiento o formación.

Obsérvese cómo trata un semiólogo en la literatura lo relativo a las huellas, los signos y los detalles, en la novela «El nombre de la rosa»<sup>66</sup>:

Mi querido Adso —dijo el maestro—, durante todo el viaje he estado enseñándote a reconocer las huellas por las que el mundo nos habla como por medio de un gran libro. Alain de Lille decía que: *omnis mundi creatura qua siliber et pictura nobis est in speculum* (toda la creación del mundo, como un libro y una pintura, es como un espejo para nosotros) pensando en la inagotable reserva de símbolos por lo que Dios, a través de sus criaturas, nos habla de la vida eterna. Pero el universo es aún más locuaz de lo que creía Alain, y no solo habla de las cosas últimas (en cuyo caso siempre lo hace de un modo oscuro), sino también de las cercanas, y en esto es clarísimo. Me da casi vergüenza repetirte lo que deberías saber. En la encrucijada, sobre la nieve aún fresca,

64. DEL AMO, León. *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*. Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra S. A., 81.

65. GARRIDO, Antonio. 2011: *El lector de cadáveres*, Barcelona: Editorial Espasa, 176. La novela está inspirado en un personaje real. En la antigua China, sólo los jueces más sagaces alcanzaban el codiciado título de *lectores de cadáveres*, una élite de forenses que, aun a riesgo de su propia vida, tenían el mandato de que ningún crimen, por irresoluble que pareciera, quedara impune.

66. ECO, Umberto. 2008: *El nombre de la rosa*, 9.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Edita Novoprint (edición de bolsillo), 36-37.

estaban marcadas con mucha claridad las improntas de los cascos de un caballo, que apuntaban hacia el sendero situado a nuestra izquierda. Esos signos, separados por distancias bastantes grandes y regulares, decían que los cascos eran pequeños y redondos, y el galope muy regular. De ahí deduje que se trataba de un caballo, y que su carrera no era desordenada como la de un animal desbocado. Allí donde los pinos formaban una especie de cobertizo natural, algunas ramas acababan de ser rotas, justo a cinco pies del suelo. Una de las matas de zarzamora, situada donde el animal debe de haber girado, meneando altivamente la hermosa cola, para tomar el sendero de su derecha, aún conservaba entre las espinas algunas crines largas y muy negras. Por último, no me dirás que no sabes que esa senda lleva al estercolero, porque al subir por la curva inferior hemos visto el chorro de detritos que caía a pico justo debajo del torreón oriental, ensuciando la nieve, y dada la disposición de la encrucijada, la senda sólo podía ir en aquella dirección.

En la práctica, el abogado, el criminalista, el detective, ante un caso parten de una sospecha acerca de que algún fenómeno (hecho) sorprendente, evidente pero aparentemente irrelevante, puede ser indicio de algo no evidente, elaborando sobre esta base una hipótesis presuntiva que someterán a prueba con las fuentes de prueba que se vayan localizando<sup>67</sup>. La ciencia indiciaria es por índole intuitiva, aprende por golpes de vista, nunca por la aplicación ciega de leyes generales. En eso radica precisamente el carácter particular de su conocimiento y el tipo de contacto que nos aporta de la realidad social. Así que el primer paso para el litigante (investigador) es la búsqueda de conocimientos acerca de cómo ocurrió determinado hecho, se trata de localizar las fuentes en donde quedó impreso algo del hecho ocurrido<sup>68</sup>. Estas huellas, datos o informaciones contenidas en las fuentes son en verdad hechos indicadores. A ojos vistas, se sabe que ese hecho indicador es un hecho histórico, porque fue algo que sucedió.

Ilustremos con un caso, por ejemplo, para inferir la fecha de un contrato de arrendamiento. Hay prueba en el proceso de que en libreta de cuenta de ahorros de la propietaria del inmueble se depositan 1.000 unidades monetarias y que empezaron a ingresarse el 30 de marzo de 2012; el banco suministró un informe en la cual consta que los depósitos se transferían desde la cuenta de la persona que alega ser arrendador; que hasta la fecha 30 de mayo de 2013 se han realizado 14 depósitos. Estos elementos indican que hay pago continuado (sucesivo) y que se inició en marzo de 2012, que puede indicar pago de canon de arrendamiento. La otra persona puede alegar que esos depósitos corresponden a cancelación de deuda, o que los tres primeros depósitos fueron por concepto de depósito real, y que el arrendamiento se inició en junio de 2012.

Lo que se quiere señalar es que un hecho indicador puede revelar diferentes cosas, de manera que por sí solo nada prueba, tendrá que articularse con otros hechos

67. ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*, op. cit., 123.

68. MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Curso de probática judicial*, op. cit., 38.

distintos que pertenezcan al mismo caso y que lo complementen para que el conocimiento del hecho desconocido surja con alta probabilidad.

Bajo esta perspectiva el hecho indicador puede ser un hecho o varios hechos que estén allegados lícitamente en el proceso. En caso de varios hechos que conformen un indicador debe tenerse en cuenta que sean hechos distintos, no fragmentos de uno mismo. Así, no debe confundirse el hecho complejo o de indicación indirecta de la relación con las fases de un mismo hecho o que tengan entre ellos relación de dependencia. Unos ejemplos ilustrarán mejor la cuestión. Ejemplo A: dos testigos vieron salir a *H Pimp* armado de la casa de la víctima, y dos testigos afirman que vieron a *H Pimp* en un sitio próximo al lugar del crimen. Aquí no hay dos hechos indicantes distintos, es el mismo en relación de sucesión, pero no expresan más que una relación de lugar y tiempo. Ejemplo B: se encontró una camisa de *H Pimp* manchada de sangre, enterrada dentro de un pote de plástico. Se demuestra que la sangre es idéntica a la de la víctima. No hay hecho complejo, cada uno de los hechos indica cosas distintas, esto es, hay dos hechos indicadores distintos: sangre: contacto en momento sangrante con la víctima; enterrada: ocultamiento de evidencia que se entiende como conducta de culpabilidad. No es permitida la divisibilidad del hecho indicante cuando hay una sucesión y constituyen una misma expresión del hecho base

El hecho indicador (simple o compuesto) debe ser alegado en el momento oportuno conforme a las reglas procesales. El problema está en si basta con alegar el hecho principal en el momento de los alegatos, en civil con la demanda o contestación, en penal en la acusación o en el rechazo de la acusación. Llamamos hecho principal el núcleo de la pretensión planteado como hipótesis de la decisión<sup>69</sup>. Por ejemplo, si alego en contestación que tengo contrato verbal de arrendamiento con la demandante desde el 1 de marzo y que pagaría un canon mensual de 1000 al vencimiento de cada mes, ¿podría probar este hecho alegado con circunstancias: depósito bancario, fechas de depósitos, transferencias de cuentas e identidad de titulares de esas cuentas? Sostenemos que sí se podrá probar, porque todos estos hechos pertenecen al tema debatido. No obstante, se recomienda que siempre en la narración, sea de alegación o rechazo, debe hacerse una completa descripción de los hechos principales y secundarios<sup>70</sup>. Incluso cuando se alega el hecho indicador, especificar qué señala, estableciendo la hipótesis presuntiva.

El hecho indicador debe estar probado por prueba lícita y regular. Es decir, cuando el juzgador realiza la valoración probatoria al fijar los hechos debe declararlo como probado o tenerlo como probado, siempre considerando si los medios allegados que lo aportaron son lícitos y observaron las reglas procesales. Los elementos probatorios de los cuales se derive el hecho indicador deben haberse debatido en el contradictorio.

69. TARUFFO, Michele. 2002: *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 122.

70. FALCÓN, Enrique. 2003: «La exposición de los hechos en la demanda». En *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 26-35.

Se ha discutido si el hecho indicador puede ser probado con indicios. Algunos autores han sostenido que no y exigen que sea probado únicamente mediante prueba directa (*praesumptio de presumptionis non admitir*)<sup>71</sup>. Pero bien, si con indicios se puede condenar a persona a penas graves porque no se podrá probar el hecho indicador con indicios secundarios<sup>72</sup>. Es evidente, que si con hechos indicadores se puede develar un hecho desconocido, indudablemente con otros hechos indicadores podemos develar un hecho indicador desconocido. TARUFFO<sup>73</sup> afirma que puede ser resultado de varias inferencias. Obviamente, la calidad epistemológica resultante de una cadena de hechos indicadores es menor. Lo que sí consideramos es que un indicio de esta naturaleza, en el proceso penal, debe ser adminiculado a otros indicios debidamente acreditados para que se pueda enervar la presunción de inocencia. La razón es que al existir el estándar *fuera de toda duda razonable* para condenar, el hecho indicador no debe ofrecer ninguna duda, ya que ser enunciado como probable disminuye su calidad de conocimiento e inferir de una probabilidad un hecho desconocido, obviamente, afecta esencialmente el grado de plena prueba (en el sentido de que está probado fuera de toda duda).

## 4.2. Determinación del nexo lógico. La operación racional

De nada valdría el hecho indicador y su relación con el hecho desconocido, si el hombre por medio de su razonamiento lógico crítico no lo relacionase con el otro hecho, a cuyo conocimiento llega como discurriendo (*quasi discurrendo*)<sup>74</sup>. En rigor, es preciso fijar que no se conciben hechos controvertidos que se hallen en absoluto despojados de todo indicio o contraindicio. Por ello, es sumamente importante aprender a identificar los hechos indicadores y observar su conexión. Es decir, fijar el nexo o enlace lógico entre esos elementos. El investigador o averiguador debe examinar la

71. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. 2006: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria». En *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial COLEX, 71.

72. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. «De las Presunciones...». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil, *op. cit.*, 650-651. Señala el autor que «Puede observarse fácilmente que los orígenes de dicha máxima carecen hoy en día de toda actualidad». Cita que MUÑOZ SABATÉ «considera antijurídica esa máxima». Indica de DEVIS ECHANDÍA dentro de otra perspectiva sustenta que un indicio puede servir de base para otro indicio.

73. TARUFFO, Michele. 2008: *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 107. Vid. doctrina venezolana: SALCEDO CÁRDENAS, Juvenal. 2004: *Los indicios son prueba*. Caracas: UCV (serie trabajos de ascenso), 26-27. En sentido contrario, CARRARA, Francisco. 1973: *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Editorial Temis, tomo II, 448. DELGADO SALAZAR, Roberto. *La prueba de indicios y su apreciación judicial*, *op. cit.*, 28.

74. DEL AMO, León. *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*, *op. cit.*, 73.



estrecha conexión, según la experiencia entre el hecho indiciario y el hecho que se va a determinar.

Los hechos indicadores y lo que indican, al modo como hacen los médicos con los síntomas, hay que verificarlos, interpretarlos y valorarlos en cada caso concreto, según lo exijan el conjunto de hechos y de sus circunstancias.

La *operación lógico-inferencial* es el proceso realizado por el investigador, abogado litigante o juez en el caso concreto, consistente en reproducir la realidad por vía del pensamiento para construir un *concreto pensado*. Este hecho concreto pensado debe ser capaz de reflejar fielmente la realidad<sup>75</sup>. Este es un proceso dialéctico que se da en la interacción de asimilación-percepción-comprensión-proyección, con base en el objeto examinado y las estructuras previas de información disponibles. De suerte que la operación lógico-inferencial es una manera de razonar que conduce al descubrimiento de propiedades o relaciones, partiendo de la determinación de hechos particulares y su combinación<sup>76</sup>. Es aplicar la lógica como forma de razonamiento válido. No hay duda que los indicios refieren hechos. Dice Calvo<sup>77</sup>, que «*no se los conoce de forma inmediata o directa, acabada, in facto esse, sino, nunca mejor dicho, in fieri*». Se requiere un proceso racional analítico que organice un discurso narrativo como relato confiable de la ocurrencia de unos determinados hechos.

Se trata de interpretar los signos, huellas, marcas, rastros o símbolos que hay en la realidad en el contexto del caso (escenario). Interpretar una impronta significa ponerla en correlación con una posible causa física o psíquica (golpe en cráneo, motivo, carácter violento, situación económica, entre otros) o un efecto (huellas, estado de la persona, determinadas enfermedades, entre otros)<sup>78</sup>. La experiencia nos puede indicar, si hay esos datos previos y han sido sistematizados —aun mentalmente— en una determinada forma-tipo, la clase de sus causas posibles (huellas digitales: clase: personas)<sup>79</sup>. Puede apuntarse que es un proceso en el cual se examina un conjunto o masa de hechos y mediante un razonamiento válido permitir que esos hechos sugieran una teoría. Por eso en este proceso lógico-racional se debe precisar el nexo lógico que une los hechos. La necesidad de determinar y explicar el enlace permite apreciar el carácter objetivo de la conclusión en el develamiento del hecho desconocido<sup>80</sup>. Expresa

75. Lo que llamamos realidad surge siempre en la interacción entre un observador y un objeto de la observación. Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. 1992: *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate, 26: «Nuestra única realidad inmediata es nuestra representación de la realidad, y nuestra única realidad concebible es nuestra concepción de la realidad».

76. DE GORTARI, Eli. 1972: *Lógica general*, 5.ª ed., México: Editorial Grijalbo, 195.

77. CALVO GONZÁLEZ, José. *El discurso de los hechos*, op. cit., 52.

78. Vid clasificación de FRAMARINO DEI MALATESTA, N. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, op. cit., vol. I, 250.

79. ECO, Umberto. *Los límites de la interpretación*, op. cit., 330.

80. PASTOR ALCOY, Francisco. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, op. cit., 37. Jurisprudencia España, STS de 6 de junio de 2001: «... La racionalidad

VÁZQUEZ SOTELO que el hecho indicado «tan sólo puede inferirse si se logra identificar entre éste y el hecho indicante una dependencia o causalidad lógica o racional tal que, de producirse el segundo, aquél necesariamente debió producirse también»<sup>81</sup>.

Debe aceptarse que los hechos indicadores son evidencias (de cualquier naturaleza) dejadas por un agente exterior a la escena en donde sucedió algo, que se reconoce como vinculado físicamente a ese agente, de manera que, a partir de su presencia real o posible, puede deducirse la presencia pasada, real o posible, del agente o, también, conectados al hecho sucedido por acto psíquico del agente —motivo—. Por eso podría preguntar ante la fuente del hecho indicador: ¿Qué emana y cómo emana de esa fuente? Hay que tener presente que el hecho indicador no muestra directamente el hecho desconocido, sino más bien orienta hacia él.

Obsérvese que en la inferencia del hecho desconocido se trata de formular una predicción de carácter hipotético, es decir, en adoptar una hipótesis, que propenda a explicar razonablemente, mediante análisis lógico, lo que determinados hechos indicadores e indicios representan en la ocurrencia de un hecho. Así, en primer lugar hay la percepción del hecho sensible, obteniendo de él un argumento de dirección que posibilita un razonamiento discursivo para encontrar el conocimiento del hecho indicado.

No debe desdeñarse que las inferencias en la vida diaria son instantáneas, tenues, en algunos casos inconscientes, pues el hombre usa su experiencia y las estructuras previas de información. ¿Qué ocurre en el cerebro de cada sujeto mientras valora una situación y responde? Al parecer, hemos adquirido códigos y mecanismos para cargar, sobre una primera impronta emocional los razonamientos y juicios morales rápidos y con ellos, una respuesta social inmediata derivada del proceso de selección durante la evolución. No obstante hay que recordar que la memoria no es un registro de la realidad, sino la experiencia de una persona de la realidad. Y es que recordar es un proceso mental constructivo que implica muchas áreas cerebrales. De allí que algunas personas puedan llegar a recordar cosas que nunca ocurrieron (falsos recuerdos), o que los recuerdos de episodios vividos suelen estar incompletos en nuestro archivo cerebral<sup>82</sup>. Indudablemente, hay una interacción entre la información dada de un mensaje y las contribuciones del sujeto que lo comprende. Obviamente, por ello, hay que examinar la fuente de donde proviene el dato indicador, pues no es lo mismo que surja materialmente: mancha de sangre, huella de pisada, entre otros, o que surja de un testimonio.

de la inferencia obtenida, de manera que el hecho consecuencia fluya de forma natural y lógica de los hechos-base, según un proceso deductivo basado en la lógica, el recto criterio humanitario y las reglas de la experiencia».

81. VÁZQUEZ SOTELO, José L. 2006: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria». En *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial Colex, 71.

82. MOLINA GALICIA, René. 2013: La Neurociencia: ¿Nuevo Paradigma del Derecho? En *Memorias X Congreso Internacional de Derecho Procesal*. Cúcuta: Universidad Libre, 187-219.

En los análisis realizados por PEIRCE<sup>83</sup> en lo que denomina el proceso inferencial abductivo, ocurre que se produce una lectura de un texto (entendido en el sentido de conjunto de proposiciones vinculadas entre sí por un tema común)<sup>84</sup>, puesto que esa realidad requiere ser reconocida como un todo coherente y auto-explicativo, esto es, que produzcan una explicación válida solo para ellos. Por ejemplo, se encuentra que un terreno valioso fue vendido por un precio muy bajo (vil). Es un hecho sorprendente. Hay que buscar una hipótesis con fundamento en la evidencia (documental-precio) tomando como verdad el hecho desconocido. Así, la evidencia sirve como prueba del hecho indicado.

Así pues, con la abducción se trata de construir una hipótesis presuntiva, a través de la formulación de enunciados de modo separado y después reconstruir para determinar su validez lógica. Veamos un ejemplo, imaginemos que en la realidad nos encontramos un *resultado* Juan ha muerto, de allí hacemos un enunciado Juan es mortal; nos preguntamos ¿qué es Juan? Nos respondemos: es una persona, así tenemos otro enunciado como *caso*: *Juan es una persona*. Finalmente, establecemos una *regla*: *Todas las personas son mortales*. Nótese que fuimos de atrás hacia la regla. Pero para demostrar su validez hacemos una reconstrucción lógica así: *Regla o Premisa mayor*: todas las personas son mortales; *Caso o premisa menor*: Juan es persona, en consecuencia tenemos un *resultado o conclusión*: Juan es mortal<sup>85</sup>. Se trata en última de construir una regla que explique ese resultado como un caso de esa regla.

Como se ha expuesto el hecho indicado sugiere diversas respuestas, y si el interpretante generara todas las inferencias posibles a partir de ese hecho, sus capacidades de procesamiento se verían rápidamente desbordadas, sufriendo de una «*explosión inferencial*». Evitar esta explosión restableciendo la información implícita estrictamente

83. PIERCE, C.S. 1970: *Deducción, Inducción e Hipótesis*. Buenos Aires: Editorial Aguilar. GONZÁLEZ, José. *El discurso de los hechos*, op. cit., 62-65.

84. ECO, Umberto y SEBEOK, TH. 1983: «Cuernos, cascos, zapatos: Tres tipos de abducción». En *El signo de los tres: Dupin, Holmes, Peirce*. Barcelona: Editorial Lumen, 68.

85. GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo. 2005/2006: «La abducción en el campo jurídico», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2005/2006, n.º 9, ISSN 1575-7382, 234. Vid. CONAN DOYLE, A. 1998: *Estudio en escarlata*, Barcelona: Editorial Fontana, 150, en una charla Sherlock Holmes expresó su método: «Ya le he explicado que todo aquello que se sale de lo vulgar no resulta un obstáculo, sino que es, más bien, una guía. El gran factor, cuando se trata de resolver un problema de esta clase, es la capacidad para razonar hacia atrás. Es una cualidad muy útil y fácil, pero la gente no se ejercita mucho en ella. En las tareas de la vida cotidiana resulta de mayor utilidad razonar hacia adelante y por eso se la desatiende. .... Veamos si puedo expresarlo de manera más clara. Son muchas las personas que, si se les describe una serie de hechos, anunciarán cuál va a ser el resultado. Son capaces de ordenar en su cerebro los hechos, y deducir que han de tener un efecto determinado. Sin embargo, son pocas las personas que, diciéndoles usted el resultado, son capaces de extraer de lo más profundo de su propia conciencia los pasos conducentes a ese resultado. A esta facultad me refiero cuando hablo de razonar hacia atrás; es decir, analíticamente».

necesaria constituye una estrategia eficaz para la comprensión. Este re-establecimiento se alcanza con la aplicación correcta de las reglas de la lógica y las máximas de experiencia (*Ehrfahrungssatz*).

No se debe olvidar que el razonamiento no es sino un instrumento, tan bueno para el error como para la verdad. Se ha mencionado que los hechos indicadores pueden tener varios significados o interpretaciones, o pueda ser en el razonamiento conclusivo se vislumbren lagunas, por lo que en aplicación del método reflexivo el examen indiciario debe conectarse con los otros medios probatorios para determinar si hay confirmación y no hay contra-indicios que le refuten. Establecer el nexo lógico es definir el enlace preciso y directo conforme a las reglas de la lógica y las reglas de las máximas de experiencia. Incuestionablemente depende de la fuerza probatoria del material disponible y los diversos enlaces o cadenas que se han realizado<sup>86</sup>. Lo cual pasa por evaluar la fiabilidad y credibilidad que ofrecen estos medios.

El nexo que se establezca entre el hecho indicador y el hecho indicado debe ser indisoluble. Esto es, se trata de determinar con qué grado de seguridad el hecho indicador indica el hecho desconocido, y como se vincula éste con aquél. Indudablemente, que ese grado de seguridad viene relacionado a establecer el grado de probabilidad, por supuesto, con las dificultades asociadas, por ejemplo, cómo interpretar la probabilidad en ese caso concreto.

### 4.3. Hecho desconocido

Los indicios concretos son una prueba indirecta, de carácter crítico y lógico obtenido por el método de conocimiento indiciario. No es una prueba histórica ni representativa del hecho indicado (desconocido), pues carece de las características que son propias a aquellas. Es conocido que las pruebas históricas representan el hecho controvertido, por ello el hecho representativo hace ver sensiblemente de algún modo el hecho necesitado de prueba. Mientras la prueba crítica señala la dirección hacia otra cosa, da a conocer otro objeto. No obstante, hay que internalizar conceptualmente que el concreto pensado, como unidad de pensamiento, nos permite reproducir la realidad argumentativamente. De manera que el hecho desconocido es develado como resultado de un análisis racional. Evidentemente tiene existencia, lo que sucedía era que se desconocía.

El *hecho desconocido o revelado*, se devela en un movimiento inferencial de lo conocido hacia lo desconocido, determinando en múltiples determinaciones la relación indisoluble entre ellos. Ese concreto pensado es síntesis de múltiples determinaciones, por lo que es una unidad. Véase que es el resultado de la construcción por vía del pensamiento, que en un movimiento dialéctico de verificación y contrastación de hechos

86. ANDERSON T., SCHUM, D., TWINING, W. 2015: *Análisis de la Prueba*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 107.

y circunstancias nos pone de manifiesto el hecho, que inicialmente era desconocido, pero ya por ese movimiento es revelado, es conocido. Ese hecho es incorporado al proceso mediante la argumentación fáctica que conecta, sin dudas ni ambigüedades, los diferentes hechos debidamente probados y que constituyen una unidad indisoluble con la conclusión. Debe precisarse que la conclusión hacia el hecho desconocido se considera débil cuando no se produce de inmediato un razonamiento, sino que es necesario que se produzca una cadena extensa de demostraciones.

Así las cosas, se tiene que el hecho desconocido o indicado es la conclusión que surge del proceso inferencial indiciario. Es una afirmación que se realiza desprendida del hecho o hechos indicadores, en el caso del juzgador es declarar que da por probado el tal hecho indicado. En este sentido ese hecho desconocido que ha sido revelado se erige como prueba en el sentido de resultado.

La unidad conceptual de evidencia inferencial comprende estos tres elementos (hecho indicador, operación lógico racional y hecho revelado), por ello aducimos que es un concreto pensado en el cual se refleja con grados de probabilidad la realidad, constituyéndose así en conocimiento probatorio. Por eso, cuando se han clasificado los indicios se habla, por ejemplo, de indicio de presencia, indicio de móvil, indicio de oportunidad. No presentamos que el hecho indicador indica, pero él por sí solo no nos garantiza la validez de la cosa indicada, por supuesto, ni garantiza la existencia de la cosa indicada. Esto supone la necesidad de una justificación probatoria y una justificación racional de las inferencias que establecen el enlace y la existencia.

## 5. CONCLUSIONES

*Primera:* La presunción legal y el indicio son dos conceptos autónomos con características propias.

*Segunda:* En el transcurso evolutivo por confusión fueron fusionados estos conceptos en clasificación tripartita, estableciéndose las presunciones legales y las presunciones judiciales, siendo fenómenos diferentes, por ello, muchos autores y legislaciones identifican las presunciones judiciales con el indicio.

*Tercera:* Si bien es cierto que la presunción legal se apoya en hechos básicos y el indicio también, en la presunción no hay reconstrucción fáctica, mientras en la construcción iniciaría si se realiza un proceso de reconstrucción de los hechos.

*Cuarta:* En la presunción legal no hay evaluación para establecer los criterios acerca de la validez del hecho presunto (manejado como desconocido), mientras que en el indicio requiere valorar los grados y tipos de inferencia sobre la conexión entre los hechos y la existencia del hecho desconocido, así como establecer los criterios generales de prueba para establecer la explicación del fenómeno (hecho sorprendente).

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ALZATE NOREÑA, Luis. 1981: *Pruebas Judiciales*. Manizales: Imprenta Departamental.
- AMO, León del. 1978: *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (indicios y circunstancias)*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- ANDERSON T., SCHUM, D., TWINING, W. 2015: *Análisis de la Prueba*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- ARISTÓTELES. 1964: «Analíticos posteriores» o «segundos» (La demostración científica). En *Obras Completas*. Madrid: Ediciones Aguilar.
- AZULA CAMACHO, Jaime. 1998: *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Editorial Temis.
- CALVO GONZÁLEZ, José. 1998: *El discurso de los hechos*, 2.ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- CAMPITELLI, A. 1986: «Presuncione (Dir. Intermedio)». En *Enciclopedia del Diritto*. Torino: Editorial Giuffrè, XXXV.
- CAPOTE, Truman. 1980: *A sangre fría*. Barcelona: Editorial Bruguera.
- CARRARA, Francisco. 1973: *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá, Editorial Temis.
- CARNELUTTI, F. 1989: *La prueba civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- CASA, Carlo Federici. 1967: *Metodología de la ciencia*. Bogotá: Universidad Nacional.
- CONAN DOYLE, A. 1998: *Estudio en escarlata*. Madrid: Ediciones Bolsillo.
- DE GORTARI, Eli. 1972: *Lógica general*, 5.ª ed. México: Editorial Grijalbo.
- DEL AMO, León. *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*. Pamplona: Ediciones Universitarias de Navarra S. A.
- DELLEPIANE, Antonio. 1997: *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá, Editorial Temis.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. 1993: *Teoría General de la prueba judicial*. Medellín: Editorial DIKE.
- ECO, Umberto. 2008: *El nombre de la rosa*. 9.ª ed., Barcelona: Edita Novoprint (edición de bolsillo).
- ECO, Umberto. 2013: *Los límites de la interpretación*. 1.ª ed. Barcelona: Debolsillo.
- FALCÓN, Enrique. 2003: «La exposición de los hechos en la demanda», en obra colectiva *Los hechos en el proceso civil*. Buenos Aires: Editorial la ley.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. 1964: *La lógica de las pruebas criminales*, Bogotá: Editorial Temis.
- GAMA L., Raymundo. 2016: «Presunciones en el Derecho Continental y en el Common Law. Un análisis comparado». En *Debatiendo con Taruffo*. Madrid: Marcial Pons.
- GARRIDO, Antonio. 2011: *El lector de cadáveres*, Barcelona: Editorial Espasa.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. 2010: *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. 3.ª ed., Madrid: Editorial Marcial Pons.
- GERMAN, R. y Jorge W. 1999: *El indicio en materia penal*. Quito: Ediciones Quinceno.
- GINZBURG, Carlo. 1999: *Mitos, emblemas e indicios*. Barcelona: Editorial GEDISA.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. «Apuntes sobre Prueba y Argumentación jurídica». Tomado en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes\\_sobre\\_prueba\\_y\\_argumentacion\\_juridica.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/20531/1/apuntes_sobre_prueba_y_argumentacion_juridica.pdf). (17/12/2013).
- GONZÁLEZ SOLANO, Gustavo «La abducción en el campo jurídico», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. 2005/2006, n.º 9, ISSN 1575-7382.
- GORPHE, François. 1985: *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Editorial Temis.
- GRANDA, Fernando de Trazegnies Granda. «Teoría de la prueba indiciaria», tomado de <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>.

- GUILLAUMIN, Godfrey. 2005: *El surgimiento de la noción de evidencia. Un estudio de epistemología histórica sobre la idea de evidencia científica*. México: UNAM Colección: Estudios sobre la ciencia.
- HEDEMANN, J. Wilhelm. 1931: *Las presunciones en el Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- LESSONA, Carlos. 1942: *De la prueba en Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus.
- LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. 2006: *Las presunciones judiciales y los indicios*. 2.ª ed., Buenos Aires: Editorial: Rubinzal-Culzoni editores.
- ORTOLAN, M. 1869: *Historia de la Legislación Romana*. Traducción de la 4.ª por don Melquiades Pérez Rivas. Madrid: Librería de Leocadio López.
- PARRA QUIJANO, Jairo. 2001: *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Bogotá: Editorial Librería el Profesional.
- PASCAL GARCÍA-HUIDOBRO, Enrique. 2016: *Tratado de las presunciones*. Chile: Edita Mass Libros Grupo Editor.
- PIERCE, C. S. 1970: *Deducción, Inducción e Hipótesis*. Buenos Aires: Editorial Aguilar.
- POPPER, Karl. 1999: *El mundo de Parménides. Ensayos sobre la ilustración presocrática*. Barcelona: Editorial Paídos.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio. 1992: *La imaginación jurídica*. Madrid: Editorial Debate.
- MUÑOZ SABATÉ, Luis. 1997: *Técnica probatoria*. Bogotá: Editorial Temis.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. 2011: *La prueba: análisis racional y práctico*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. 2018: «El conocimiento indiciario como evidencia inferencial», en obra colectiva *La prueba en el proceso (Evidence in the process)*, en ocasión de XXVI Jornadas Iberoamericanas (IIDP) y II Conferencia Internacional (IAPL), realizadas en Salamanca del 16 al 18 octubre 2018. Barcelona: Editorial Atelier.
- SALCEDO CÁRDENAS, Juvenal. 2004: *Los indicios son prueba*. Caracas: UCV (serie trabajos de ascenso).
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 1991: «De las Presunciones». En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, vol. 2, artículos 1214 a 1253 del Código Civil. Madrid: Edita EDESA.
- SILVA MELERO, Valentín. 1963: *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado.
- TARUFFO, Michelle. 2002: *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.
- TARUFFO, Michele. 2008: *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- VASQUEZ SOTELO, José Luis. 2006: «Presunción de inocencia y prueba indiciaria» en obra colectiva *Investigación y prueba en el proceso penal*. Madrid: Editorial COLEX.
- VILLEGAS MESA, Elkin Emilio. «Metodología de la investigación psicojurídica». *Revista Virtual de Ciencias Sociales y Humanas «Psicoespacios»*. Enero-diciembre 2009, vol. 3, n.º <http://www.iue.edu.co/revistas/iue/index.php/Psicoespacios>.
- YU, Chong Ho. 1994: «¿Deducción? ¿Inducción? ¿Hay una lógica del análisis exploratorio de datos?». Ponencia presentada al *Annual Meeting of American Educational Research Association*. New Orleans: Louisiana, abril.