

INFERENCIA Y DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA PRUEBA INDICIARIA

¿SE PUEDE CONTROLAR RACIONALMENTE EL USO DE LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA EN LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL?

OCTAVIO CÉSAR SAHUANAY CALSÍN*

Resumen

El artículo aborda el problema sempiterno de la búsqueda de la verdad en el proceso penal, desde aristas lógicas, filosóficas, epistemológicas, y de la ciencia procesal; para luego ir acortando el marco conceptual hasta llegar a la prueba indiciaria - actualmente la prueba reina del derecho probatorio- y aterriza en la inferencia que es el alma de la prueba por indicios, en la misma línea de aproximación, se enfatiza en describir las dificultades del proceso inferencial cuando se emplean las máximas de la experiencia: La falta de armonía y univocidad de las máximas deben abordarse con rigor científico y se intenta finalmente, una aproximación para sistematizar su empleo en la argumentación de los jueces.

Palabras clave: Prueba indiciaria, inferencia, máximas de la experiencia, debida motivación, argumentación judicial.

Abstract

The article discusses the everlasting problem of the search for the truth in the criminal law, from edges philosophical, epistemological, logical, and procedural science; to go then shortening the framework up to the particular test - currently test reigns of evidentiary law - and lands in the inference which is the soul of the proof by evidence, in the same line of approach, emphasis is placed on describing the difficulties of the inferential process when using the experience rules: the ausence of harmony and uniqueness of the experience rule should be approached with scientific rigor and finally attempted, an approximation to systematize its use in the judicial reasoning.

Keywords: Circumstantial evidence, inference, experience rules, justification, judicial, reasoning.

* Juez superior. Responsable de la implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Sala Penal Nacional, doctor en Derecho por la UNAS, profesor universitario de postgrado y pregrado en diferentes universidades del país y en la Academia de la Magistratura. El artículo sintetiza los avances de la tesis doctoral para obtener el grado de doctor en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sumario

1.- El problema de la búsqueda de la verdad. 2.- El estado de la cuestión. 3.- Propuestas de solución al problema. 4.- Relevancia de la solución en el sistema de justicia penal. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

*El razonamiento no es sino un instrumento,
tan bueno para el error como para la verdad.*

Mach E.

1. El problema de la búsqueda de la verdad

La creciente sensación de inseguridad ciudadana en nuestro país y en las sociedades postmodernas, bifurca el dilema político criminal de lucha contra el crimen entre garantismo y eficacia; la presión mediática populista y sectores políticos que ansían el triunfo de la eficacia del sistema punitivo, erosionan el ideal garantista. Para este propósito (abstracto) el Ministerio Público titular de la carga de la prueba, inicia los actos de investigación a dúo con la Policía Nacional y, para ganar la batalla en el terreno probatorio; desde una perspectiva constitucional solo podrán ganarla, si sobrepasan el umbral de la suficiencia probatoria y enerven la presunción de inocencia del acusado.

La búsqueda de la verdad¹ en el proceso penal, encarna uno de sus objetivos primigenios, pero hay ciertas resistencias para concebirla como la finalidad

¹ Hay consenso en que la verdad es consustancial a la idea de justicia: “una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida «con verdad»” FERRAJOLI, Luigi. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. p. 37. “la averiguación de la verdad es un fin prioritario del proceso en materia de prueba; (...) el único fin funcionalmente necesario para que sea posible la aplicación del derecho” FERRER BELTRÁN, Jordi. (2010). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín. p. 18 y nota 8. “ solo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios”. FERRER BELTRÁN, Jordi. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 30. “cualquiera que fuere la concepción que tengamos de la Justicia, evidentemente no está basada en el error”. NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons. p. 148. “La misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. (2006). *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México. p. 20. “El criterio de verdad es requisito *sine qua non* para imponer una pena”. CAFFERATA NORES, J. I. (1998). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto. p. 118. Todas las concepciones asumen como común denominador, la averiguación de la verdad como objetivo fundamental del proceso. VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.) (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons. p. 13. En línea similar. GÖSSEL, K.-H. (2004). *El*

última o exclusiva de la teoría del derecho probatorio². Esa aspiración por alcanzar la verdad³ en el proceso penal, tiene umbilical conexión con la epistemología y, para aprehenderla satisfactoriamente se requiere el concurso interdisciplinario (lógica⁴, filosofía, semántica, epistemología, psicología, lingüística, neurociencias, etc., entre otras). Cuando la ciencia jurídico penal aborda construcciones teóricas normativizadas como: «dolo», «culpa», «causalidad», «imputabilidad» o «inferencia» es necesaria una ósmosis para internalizarlas en la praxis; y esa labor ha sido asumida *a fortiori* por la doctrina y la jurisprudencia, la complejidad de estos temas, impide un tratamiento solvente; los avatares conceptuales profusos no le hacen ningún favor a la seguridad jurídica y al consenso académico y el trabajo se inscribe

proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal. Lima. Grijley. p. 188. BROWN, G. (2002). *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal.* Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis. p. 34. BULYGIN citado por FERRER BELTRÁN, Jordi. (2005). *Prueba y verdad en el derecho.* Madrid. Marcial Pons, p. 89.

- ² Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La mínima actividad probatoria en el proceso penal.* Barcelona. Bosch. p. 36. “Uno de los errores que más confusiones ha producido en relación al concepto de prueba ha sido el de señalar a la verdad como finalidad esencial de la prueba procesal”.
- ³ Para Wróblewski el término “verdad judicial” puede utilizarse en cuatro significados principales: (a) como la verdad de un “enunciado judicial” que se caracteriza por haber sido formulado por el juez y por ningún otro sujeto; (b) como “enunciado judicial” justificado solo mediante reglas de evidencia legales; (c) como “enunciado judicial” “verdadero” en el significado (b) que no puede verificarse ni falsearse por reglas de evidencia empíricas; (d) como “enunciado judicial” que no puede demostrarse como falso por una prohibición jurídica para hacerlo, aunque haya datos relevantes que prueban la falsedad empírica de este enunciado WRÓBLEWSKI, J. (2001). *Sentido y hecho en el derecho.* México. Fontamara. pp. 292-293. No existe diferencia epistémica sustancial entre la verdad judicial y la verdad no judicial TARUFFO, M. (2008). *La prueba.* Madrid. Trotta. p. 25. MUÑOZ CONDE, F. (1998). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal.* Sevilla. Universidad Pablo de Olavide. pp. 54 y ss. Defiende la teoría de la verdad como consenso o teoría democrática de la verdad, única posible en proceso penal. La postura escéptica, Taruffo la describe irónicamente, como la del *perfeccionista desilusionado* que habiendo comprobado que la verdad absoluta es imposible de alcanzar, pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional. TARUFFO, M. (2008). *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil.* En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli.* Bogotá. Temis. p. 345. Esta es la línea de las doctrinas de Dummett, Rorty y Quine, cuya premisa básica señala que el conocimiento es una construcción mental carente de conexión necesaria con los fenómenos del mundo, por tanto no se puede alcanzar ningún conocimiento verdadero de hecho alguno. TARUFFO, M. (2002). *La prueba de los hechos.* Madrid. Trotta, pp. 31-32.
- ⁴ La trascendencia de la lógica se grafica en este razonamiento: en toda ciencia debe existir un número finito de enunciados tales, que a) la verdad de ellos sea obvia, que no necesite prueba alguna; b) la verdad de todos los demás enunciados pertenecientes a esa ciencia pueda establecerse por medio de la inferencia lógica a partir de aquellos enunciados. ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. (1993). *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales.* 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea, p. 83.

en esa línea de revitalizar la discusión del tema. Las últimas disquisiciones sobre la búsqueda de la verdad a nivel filosófico que intentan elucubrar una finalidad metafísica a la prueba, pueden ser muy estimulantes, a la vez tienen cierta utilidad procesal, para establecer cuál es la finalidad de la prueba, más no tiene eficacia en la práctica del resto proceso, por una razón argumental irrefutable: en el proceso no siempre se obtiene la verdad⁵.

Por regla de experiencia⁶ la consumación del delito es furtiva, por tanto, la obtención de prueba directa (testigos presenciales, confesión, video registro, etc.) es una tarea altamente infructuosa y estadísticamente no es significativo el número de casos que se resuelven con este tipo de prueba aplicando el Código Procesal Penal⁷ (en adelante CPP); correlativamente, se requiere el concurso de otro tipo de prueba para salvar las inevitables lagunas de punibilidad: la prueba indiciaria⁸.

Para legitimar una decisión en el proceso penal, se requiere darle sustento en la ley (juicio de subsunción correcto) y que los enunciados sobre hechos⁹ (debidamente probados) se correspondan con la verdad¹⁰. Esta decisión

⁵ NIEVA FENOLL, Jorge. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons, p. 147.

⁶ La máxima de la experiencia pertinente al tema de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, pp. 655-656.

⁷ Hablando de procesos donde se produce conformidad del imputado con la imputación fiscal. En el período julio 2006 a setiembre 2013 en los 23 distritos judiciales que aplican el CPP, del 100% de casos ingresados al sistema un 10% fueron resueltos a través de los diferentes mecanismos de solución alternativos al juicio oral; de ese universo un 13% lo representan las terminaciones anticipadas. MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima, p. 67.

⁸ También denominada prueba por indicios, prueba indirecta, prueba circunstancial (Inglaterra).

⁹ Los hechos jurídicos no se encuentran en ninguna relación de conexión causal con el sistema nervioso central de los jueces. Una proposición reclama ser verdad objetiva si es independiente de las creencias o preferencias de cualquiera. DWORKIN, R. (2007) *La justicia con toga*. Madrid. Marcial Pons, p. 283.

¹⁰ MITTERMAIER reflexiona acerca de si la verdad es objetiva o subjetiva, admite que sería ilusorio olvidar que en toda causa donde se trata de decidir cuál es la verdad, la convicción procede de la individualidad del juez. MITTERMAIER, K. J. A. (2006). *Tratado de la prueba en materia criminal*. Buenos Aires. Hammurabi. p. 81. Muchos años después, reseña ATIENZA la distinción (proveniente de la filosofía de la ciencia cit. REICHENBACH) entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación adaptados al campo de la argumentación en general; el primero se identifica con los motivos, estados mentales como antecedentes causales de porqué se realizó una acción o una combinación de creencias y deseos; en el segundo, las razones justificatorias sirven para valorar si una acción fue buena o mala desde distintos puntos de vista entre ellos el jurídico. ATIENZA, M. (2004). *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra. pp. 31-32. No obstante, el propio NINO advierte que hay filósofos que sostienen que las

según HABERMAS debe seguir el procedimiento democrático imperante, diseñado por la Constitución y las normas procesales penales que regulan las condiciones para obtener, actuar y valorar la prueba¹¹. El imperativo constitucional¹² traducido en la exigencia de motivar la resolución judicial, se torna más intenso cuando se trata de prueba indiciaria en sentencias de condena¹³; su importancia ha llevado a FERRAJOLI a fundar su esquema *epistemológico* garantista, en la identificación de la desviación penal para asegurar el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio, limitando la potestad punitiva y tutelando a la persona de la arbitrariedad¹⁴.

La prueba indiciaria tiene entidad para enervar la presunción de inocencia, siempre que su elaboración respete los cánones de la motivación; el Tribunal Constitucional en su doctrina jurisprudencial acerca de la prueba indiciaria ha precisado que, no basta que el juzgador afirme que la conclusión a la que ha llegado se ajusta a cierta regla o máxima; es necesario que exteriorice dicho razonamiento lógico¹⁵. Para el control del discurso del juez, deben apreciarse cuáles son los indicios que se estiman probados y cuáles son los hechos a probar, además que se haya explicitado qué regla, máxima o conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de suficiencia

razones justificatorias también se identifican con los deseos. Resulta relevante anotar que para el autor, la razón explicatoria se asocia a lo subjetivo y la justificatoria a lo objetivo. NINÓ, C. S. (2000). *La validez del derecho*. 1ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea. p. 127.

¹¹ GARCÍA AMADO, J. A. (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p. 312.

¹² Exigencia que, fluye de los artículos 1º, 3º, 44º de nuestra Constitución Política. Artículo 139.5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

¹³ Hay una diferenciación derivada, entre prueba directa e indirecta, basada en el número de pasos inferenciales que hay que realizar o llevar a cabo, el número de pasos inferenciales que hay que realizar, siempre menor en la prueba directa que en la indiciaria, que exige de inferencias adicionales o suplementarias al recaer sobre hechos de carácter *secundario o periférico*. MIRANDA ESTRAMPÉS, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, pp. 37-38.

¹⁴ Este esquema presenta aporías lógicas y teóricas y tiene dos elementos la *definición legislativa* y la *comprobación jurisdiccional* de la desviación punible, a los que le corresponden sendos conjuntos de *garantías penales y procesales* del sistema punitivo al que dan fundamento. FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta, p. 34.

¹⁵ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25.

mínima)¹⁶. Para el Tribunal Constitucional es válido el control, del uso de las máximas de la experiencia, caso contrario cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada¹⁷. El modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria responde a la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*¹⁸.

Nuestra hipótesis a verificar que traduce nuestro subtítulo es: La fundamentación de la inferencia¹⁹ exigible en la prueba indiciaria, a los jueces ordinarios, no satisface plenamente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, debido a la insuficiencia argumentativa para explicar el paso inferencial del hecho base al hecho

¹⁶ Aquí el Tribunal Constitucional toma partido en la discusión doctrinal acerca de si las máximas de la experiencia pueden ser objeto de control constitucional, de allí se deriva *a fortiori* que ese mismo control lo puede hacer la Corte Suprema vía Casación o la Sala de Apelaciones en el Código Procesal Penal del 2004. Cfr. Por todos NIEVA FENOLL, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, p. 149 y ss.

¹⁷ Didácticamente desarrolla un ejemplo: **A** testifica que ha visto a **B** salir muy presuroso y temeroso de la casa de **C** con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto **C** producto de una cuchillada, podemos inferir que **B** ha matado a **C** (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base. EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC (Caso GIULIANA LLAMOJA) FJ 27.

¹⁸ EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, FJ 29 in fine.

¹⁹ El uso más general y común del término es el relativo a la acción o resultado de inferir en el sentido de sacar en consecuencia, o de considerar, prever o extraer unas consecuencias que no se limitan a ser consecuencias o implicaciones lógicas, sino que incluyen otras muchas derivaciones discursivas como implicaturas (convencionales o conversacionales), interpretaciones, conclusiones prácticas (resoluciones, decisiones, etc.). En un uso más específico se refiere al proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento a otra creencia o a otro (presunto) conocimiento. Puede considerarse una especialización epistémica del uso anterior. En esta perspectiva epistémica, las *inferencias*, siguen corriendo a cargo y por cuenta de algún agente discursivo y siguen discuriendo con algún propósito y en alguna dirección, más o menos conscientes y, en todo caso, susceptibles de versión o explicitación en términos de proposiciones y de transmisiones ilativas entre proposiciones, toda inferencia, se deja traducir, parcialmente al menos, en los términos normalizados de un argumento, argumento que entonces toma la calificación correspondiente de argumento deductivo abductivo, inductivo, etc. VEGA RENÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. (2011). *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta, pp.298-299. Entre nosotros, la doctrina especializada indica que el proceso de inferencia es conocido también por la terminología especializada como "argumento", a cada inferencia posible le corresponde un argumento y de esto trata la lógica. Todo argumento tiene una estructura: premisa y conclusión. NEYRA FLORES, J.A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA, p. 498.

consecuencia, especialmente cuando se emplean las máximas de la experiencia.

2. El estado de la cuestión

En las sociedades modernas la aceptabilidad de las decisiones del juez es la base de su poder²⁰. En nuestro país, se ha producido un auge en la consolidación de una cultura de la motivación de las resoluciones, con notorios avances del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia traducida en los Acuerdos Plenarios y la emisión de jurisprudencia vinculante, sin embargo, para alcanzar mayores cuotas de racionalidad en la justificación de la inferencia, debemos superar la resistencia a motivar los hechos²¹. La prueba indiciaria, es un método probatorio, que trata de obtener, partiendo de las proposiciones fácticas introducidas y acreditadas (*depuradas*), nuevas afirmaciones fácticas, demanda una actividad intelectual, de carácter marcadamente inferencial²². El camino para racionalizar el empleo de las máximas de la experiencia²³ (el tránsito inferencial del hecho base al hecho consecuencia), no ha logrado consensos significativos a nivel dogmático; así por ejemplo, la concepción tradicional sostiene que la regla de

²⁰ AARNIO, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, p. 29.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). LOS HECHOS EN EL DERECHO. BASES ARGUMENTALES DE LA PRUEBA. 2ª Ed. Madrid. Marcial Pons, p. 194.

²² MIRANDA ESTRAMPÉS, M.(2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, pp. 34-35. En esa misma línea COUTURE definía la prueba indiciaria como una manera de discurrir y razonar del juez. Cit. por SENTÍS MELENDO, S. (1979). "La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio". Buenos Aires. Ejea, p. 347. En el ámbito nacional, SAN MARTÍN con RIVESSEVA, la define como "... aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados indicios y el que se trate de probar delito. SAN MARTÍN CASIRO, C. (2003). *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima. p. 852. La inferencia desde el punto de vista de la actividad de la corteza cerebral es un fenómeno, un proceso neurofisiológico, o sea es un problema psicológico. En cambio, desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la corrección (la validez) se esa relación y de la conclusión. MIXÁN MASS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG, p. 41.

²³ Las máximas o brocárdicos jurídicos son muy convincentes, los argumentos de los que constan son universalizables. GUILLERMO PORTELA, J. (2004). *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto. Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela. p. 345.

experiencia no ejerce ninguna presión normativa independiente²⁴; otro sector considera que los indicios tienen un carácter objetivo, susceptible de análisis y control y su valor probatorio es limitado pero determinable²⁵. Esto se torna más confuso cuando se analiza la labor de los jueces en la jurisdicción ordinaria y constitucional²⁶.

La fijación de una noción de hecho en el proceso resulta fundamental en el objetivo de racionalización de la inferencia de la regla de la experiencia; se sostiene que la realidad se «normativiza» de modo que cuando se constituye en premisa menor del razonamiento judicial ya incorporó elementos provenientes de la premisa mayor, privilegiando ciertos aspectos u oscureciendo otros a fin de que la deducción revista la apariencia de una lógica inconstestable²⁷. Un primer consenso dogmático, apunta a que la decisión judicial debe tener como sustento irrenunciable a la verdad²⁸, como requisito de justeza del resultado en juicio, sin que ello signifique buscarla a cualquier precio, pues en ciertos casos puntuales debe ceder ante otros valores que el sistema jurídico estima de mayor jerarquía vr. gr. los derechos fundamentales de las personas²⁹.

En la concepción de HABERMAS una decisión es racional, cuando se mide por «los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados

²⁴ SCHAUER, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Tr. Claudina Orunesu. Jorge L. Rodríguez, p. 165.

²⁵ GORPHE, F. (1998). *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá. Temis, p. 31.

²⁶ En la doctrina nacional el maestro sanmarquino señalaba que el hecho estaba sujeto a la apreciación del juez, las máximas no. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili, p. 167.

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L. (2005). *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá, Palestra, Temis, p. 200.

²⁸ En la línea de búsqueda de la verdad desde un análisis comparatista del proceso penal norteamericano, LAUDAN contrasta dos estándares: “más allá de toda duda razonable” (MATDR) e “inferencia a la mejor explicación” (IME) precisando que la mejor explicación no es la mejor posible, sino la mejor disponible y nadie ha demostrado como deriva un estándar de prueba tipo MATDR del IME. Esto se debe a que una hipótesis puede ser la mejor explicación conocida de los hechos, sin que ello la certifique como verdadera más allá de toda duda razonable. LAUDAN, L. (2011). *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Buenos Aires. Hammurabi. p. 114. La exigencia MATDR se basa en la premisa de minimizar la frecuencia de condenas y dicho criterio se presenta como el criterio más racional para conseguir el resultado señalado. TARUFFO, M. (2009). *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL, D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara, p. 28.

²⁹ GARCÍA AMADO, J. A. (2010). *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, p. 183.

en normas», por «una sabiduría jurisprudencial que antecede a la *lex*»³⁰. Esta podría ser una categorización de las máximas de la experiencia, pero sus contornos definitorios exceden a la elaboración de los jueces e incluyen a las elaboraciones de la sociedad en su conjunto³¹.

La Corte Suprema de Justicia ha fijado criterios hermenéuticos de carácter vinculante en el Recurso de Nulidad N° 1912-2005 estableciendo los requisitos de la prueba indiciaria:

- a) El hecho base debe estar plenamente probado, por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno;
- b) Deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa;
- c) Concomitantes al hecho que se trata de probar, los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son; y,
- d) Deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–³².

Pese a la precisa articulación del precedente vinculante, la propia Corte Suprema no respetó su propio estándar probatorio en materia de prueba indiciaria, como lo evidenció el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC, más conocido como caso GIULIANA LLAMOJA, allí se concluye que aquella sentencia de la máxima instancia ordinaria, incurrió en dos supuestos de indebida motivación de las resoluciones judiciales, con relevancia constitucional: 1) deficiencia en la motivación interna en su manifestación de falta de corrección lógica, así como una falta de coherencia

³⁰ La idea se plantea en el marco explicativa de la hermenéutica jurídica. HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta, p. 269.

³¹ Así para el actual Fiscal de la Nación, las máximas de la experiencia son aquellos casos que se originan en la observación repetida de casos particulares y que generan una apreciación constante y aceptada para casos posteriores. Es la experiencia que se acumula en atención al conocimiento de determinados hechos constantes y aceptados por la comunidad. La máxima de la experiencia vigente y pertinente al tema de investigación o de juzgamiento está exceptuada de la necesidad de prueba en lo que concierne a su veracidad. SÁNCHEZ VELARDE, P. (2004) *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, pp. 655-656.

³² Disponible en:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/0c2b2c804991172980f9f1cc4f0b1cf5/acuerdo_plenario_01-2006_ESV_22.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=0c2b2c804991172980f9f1cc4f0b1cf5

narrativa; y, 2) deficiencia en la justificación externa, respecto de la cual no podemos extendernos por razones de espacio, pero grafica de manera elocuente la orfandad de criterios y solvencia para fundamentar una condena en base a prueba indiciaria³³.

Una línea jurisprudencial española muestra ciertos avances teóricos que sintetiza FERNÁNDEZ LÓPEZ, en tres reglas específicas para valorar las máximas de la experiencia en la operación lógica propia de la prueba indiciaria: 1. Determinar si se basan en conocimientos generales o en conocimientos científicos. 2. Que no existan otras máximas de la experiencia aplicables (conclusiones alternativas que gocen de un mismo grado de probabilidad), pues podría la hipótesis apoyarse en meras sospechas. 3. La conclusión del razonamiento indiciario no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados³⁴.

El tema central de la prueba indiciaria es el paso del hecho conocido al hecho desconocido, ALEXY precisa que la racionalidad de una estructura inferencial depende, de la conexión de premisas que puedan ser justificadas racionalmente³⁵; la inferencia desde el punto de vista lógico implica la relación entre las premisas y la conclusión, relación que se concreta mediante la aplicación de los principios y reglas pertinentes que determinan la

³³ El Tribunal Constitucional dramáticamente se pregunta en el FJ 29: “¿Es constitucional sustentar una condena en base a la prueba indiciaria si en la sentencia no se explicita el procedimiento del razonamiento lógico que le permitió llegar a la conclusión? Definitivamente, la respuesta es no. Es, pues, incorrecto que se señale solo el hecho consecuencia y falte el hecho base y más aún que falte el enlace o razonamiento deductivo.” Esta constatación es alarmante y justifica *per se* la relevancia del tema abordado en este trabajo doctoral.

La sentencia puede consultarse en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>. Cfr. Comentarios en LÓPEZ ESPINOZA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, p. 119 y ss. Ya lo decía magistralmente Taruffo: cuando se afirma que la condena del acusado se justifica cuando el juez tiene la *certeza absoluta* de su culpabilidad, se incurre en un doble error: por un lado se abandona la noción de verdad y se excluye la necesidad de que la decisión se funde en una determinación verdadera de los hechos; por otro lado se admite la idea de que el fundamento de la decisión consista en el grado de persuasión subjetiva que el juez debe conseguir (...) si el juez se apoyara únicamente en su convencimiento interior, terminaría por formular una decisión completamente arbitraria. TARUFFO, Michele. (2010) *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons, p. 103 y *passim*.

³⁴ Cit. En NEYRA FLORES, J. A. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. IDEMSA, p. 506.

³⁵ ALEXY, R. (2006). *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. “Jueces y ponderación argumentativa”. México D.F. Universidad Autónoma de México. El aserto de ALEXY se ubica en el contexto de la ponderación.

corrección (la validez) de esa relación y de la conclusión³⁶. En la práctica judicial, las inferencias aparecen como entimemas (razonamientos abreviados), su corrección se hace extraprocesalmente³⁷. Un paso significativo en clave de racionalizar la inferencia, es la adaptación del esquema de argumentos de TOULMIN al razonamiento judicial acerca de hechos realizada por Manuel ATIENZA³⁸. Así, los hechos probatorios (razones del argumento), los hechos a probar (pretensión o hipótesis del caso), las máximas de la experiencia, presunciones y otro tipo de enunciados generales que actúan como reglas de inferencia, autorizando a los jueces a pasar de las razones a la pretensión (garantía) y la información necesaria para fundamentar la garantía (respaldo). En la doctrina nacional CUSI RIMACHE enfatiza que la motivación de la inferencia debe ser precisa (no ambigua, genérica o amplia) y directa (el hecho inferido se obtiene objetivamente a partir del indicio debidamente probado)³⁹.

Cuando el juez apela a las reglas de la lógica o de la ciencia, el carácter apodíctico del razonamiento empleado queda exonerado en cierta medida de mayor justificación, estando a las regularidades empíricas que ha obtenido el científico o la invariabilidad de las reglas lógicas, no ocurre lo mismo cuando el juez recurre a las máximas de la experiencia que son generalizaciones elaboradas a la luz de observaciones cotidianas, lo que las hace contingentes y por tanto variables con relación al tiempo y lugar⁴⁰. El

³⁶ MIXÁN MÁSS, F. (1998). *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo, BLG, p. 41.

³⁷ MIXÁN MÁSS, F. (1995). *Prueba indiciaria. Carga de la prueba*. Casos, BLG, p. 43.

³⁸ Hemos puesto en paréntesis la terminología empleada por TOULMIN. CFR. GONZÁLEZ LAGIER, D. (2006). Argumentación y prueba judicial En FERRER BELTRÁN, Jordi. GASCÓN ABELLÁN, M. El mismo. TARUFFO, M. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México, p. 92.

³⁹ CUSI RIMACHE, J.E. (2016). *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima, IDEMSA, p. 100.

⁴⁰ GARCÍA CAVERO, P. (2010). *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma, p. 103. Para GARCÍA RADA, el indicio nos permite de llegar de lo conocido a lo desconocido, utilizando el principio de causalidad, la prueba de indicios depende no solo del hecho indicador cierto, sino del exacto raciocinio del Juez. GARCÍA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili. p. 177. Sistematiza siguiendo a DEVIS, diez requisitos que debe tener la prueba por indicios: conduencia, conexión no casual, descarte de falsificación, relación de causalidad directa y cierta, pluralidad, graves concurrentes y convergentes, descarte razonable de contraindicios, univocidad, inexistencia de hechos que demuestren lo contrario, conclusión precisa y segura. pp.178-180. El paso inferencial o razonamiento de una máxima de la experiencia al hecho delictivo, requiere reglas del pensar más no, normas jurídicas, el razonamiento cualquier persona podría reputar válido en virtud a los indicios probados y las consecuencias que de ellos se afirman. TALAVERA ELGUERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo*

estado actual de la dogmática procesal en materia de racionalización de la inferencia en materia de máximas de la experiencia, no alcanza un grado de desarrollo que haya sistematizado algunos *topoi* que sirvan de referente en la práctica de los tribunales y que los mismos gocen de consenso entre los jueces, este es un proceso en ciernes que recibe caudaloso aporte proveniente de la teoría del derecho y de la argumentación jurídica que ha combinado su arsenal con la mejor lógica disponible, el reto está en elaborar muestras desde la casuística para inventariar un apasionante y poco conocido campo de la argumentación judicial vinculada a la regla de la experiencia.

3. Propuestas de solución al problema

Una propuesta integral para racionalizar el uso de las máximas de la experiencia en el campo de la prueba indiciaria en el proceso penal, debe responder interrogantes como: a) ¿Qué tipo de verdad⁴¹ se aspira conseguir en el proceso penal?, b) ¿cuál es la noción de hecho a emplear en este contexto?, c) ¿cómo se satisface la exigencia de motivación con el uso de las máximas de la experiencia en el proceso inferencial?, d) ¿es posible racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial en estos casos?

La verdad está fuera del sistema penal, ello implica reconocer su ontología previa⁴², el conflicto preexiste al proceso, el hecho pasado es juzgado con un lente *ex post*, en ese contexto, los jueces, fiscales y abogados, están dentro del proceso que tiene su propio engranaje para disponer lo que se considera probado y establecer una verdad. Es muy complicado abstraerse y salir de esa realidad que encapsula a los actores del proceso, por ello no se puede apreciar con ojos de observadores un fenómeno donde ellos mismos son el

proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ, p. 140.

⁴¹ FERRER BELTRÁN reseña históricamente las distintas limitaciones procesales y no procesales, que confabulan para que en algunas ocasiones se declaren probados enunciados falsos. Esta grave constatación nos coloca –según su apreciación– ante dos salidas excluyentes: o abandonamos la definición de prueba en términos de verdad o señalamos que en estos casos no se ha probado nada. Concatena su respuesta indicando que la doctrina y la jurisprudencia europea hasta nuestros días pretenden evadir el dilema anterior, distinguiendo entre dos tipos de verdades, la material (“objetiva”, “real” aquí la verdad del enunciado depende de su correspondencia con el mundo) y la procesal (“formal” “judicial” “forense” como aquella que se obtiene como resultado de la actividad probatoria) la cual puede o no coincidir con la realidad, siendo deseable que coincida. FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons, pp. 61-62.

⁴² La actividad probatoria está encaminada a la construcción/producción de la verdad. BOVINO Cit. en LÓPEZ ESPINOZA, AYALA MIRANDA & NOLASCO VALENZUELA, (2011). *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, p. 81.

objeto de la “observación”. Sin embargo, es irrenunciable la apuesta por la construcción o búsqueda de la verdad como garantía de justicia y consenso en el sistema penal.

Nuestra propuesta se nutre de la filosofía de HABERMAS, quien pergeñó en su teoría de la acción comunicativa un cambio inédito, sustituyendo la razón práctica por la razón comunicativa⁴³. Un argumento de peso (no solo sentimental) para elegir esa plataforma filosófica, obedece a que el filósofo alemán ha ungido al Derecho como una categoría social mediadora entre facticidad y validez, ver al Derecho como tema relevante y posible de reconstruir bajo el discurso de la norma y su validez, testimonia la juridicidad de su propuesta, a despecho de la cuasi inexistencia de corrientes filosóficas que den preeminencia al estudio de la filosofía y teoría jurídica⁴⁴.

¿Qué entendemos por hecho? la respuesta no puede ser otra que la jurígena, la conexas al universo normativo, al derecho positivo que se conecta con la ciencia procesal, como lo enfatiza el Profesor de la Universidad de Pavía; es la norma, la que funciona como criterio de selección, individualiza entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación⁴⁵. La «construcción del caso» (expresión de HRUSCHKA) es una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas procediendo por grados, por hipótesis y control de análisis de los hechos, de las normas y sus posibles conexiones⁴⁶.

Para satisfacer la exigencia de motivación empleando máximas de la experiencia, vale fijar una premisa: la verdad no es divisible, es una sola, la verdad de un enunciado no se puede obtener únicamente a partir del «consenso» habermasiano, para alcanzar visos de objetividad debe guardar correspondencia con el mundo empírico, son los medios probatorios al interior del proceso penal, las vías disponibles para aprehender el hecho objeto del tema probandum. La prueba requiere el apoyo de la lógica⁴⁷, sin

⁴³ HABERMAS, J. (2000). *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Madrid. Trotta, pp. 64-65.

⁴⁴ VOLK, K. (2007). *Dogmática penal, teoría y realidad*. En EL MISMO. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Buenos Aires. Ad Hoc, p. 43. Reseña que es totalmente indiferente que se busque orientación en el racionalismo crítico, en las teorías críticas, la filosofía del lenguaje, las nuevas formas de la hermenéutica, la filosofía pragmática, el constructivismo u otras variantes de diversas posiciones filosóficas fundamentales: en ninguna de ellas se exponen los problemas del pensamiento jurídico.

⁴⁵ TARUFFO, Michele. (2002). *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta, pp. 31-32.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁷ Pese a que desde el punto de vista lógico-formal, la validez se apoya exclusivamente en la forma lógica de los enunciados que la componen, independientemente de su contenido. A la

que este apoyo agote la interdisciplinariedad, la metodología será obtener el consenso que parte del mejor argumento a la luz del contexto en que se plantea la discusión y, para garantizar la fiabilidad del resultado.

Para racionalizar el procedimiento de argumentación inferencial, convenimos en la necesidad de articular estándares probatorios, de raigambre objetiva en la medida que las posibilidades de elaboración lo permitan, la fase embrionaria de este enfoque no es óbice para reconocer su valía y aporte: solvencia de racionalidad al momento de valorar y justificar una decisión, se puede avanzar mucho con el recurso analógico. La máxima de la experiencia no tiene la asertividad científica que garantice la gestación de consensos, pero consideramos que, la actividad procesal no puede ir a contracorriente de la máxima de la experiencia, la arcaica revelación de que el juez es perito de peritos, debe ser erradicada por su nociva e insostenible sustentación, igualmente es inválido sostener que el juez es perito de peritos en cuestiones de máximas de la experiencia, lo racional es que el juez escudriña la mejor respuesta argumentativa, la que mejor resiste la crítica ante los hechos propuestos en el caso.

Desde el prisma académico vernácular SAN MARTÍN CASTRO aborda el estudio de la inferencia, como segunda fase del razonamiento indiciario, en base a las siguientes reglas: A. Entre los elementos de prueba y la conclusión judicial debe existir una máxima de la experiencia, que permita entender que la conclusión se deriva de la prueba practicada, cuyo nexos se explicitará en la sentencia; la máxima debe estar asentada en conocimientos científicos o en conocimientos generales. B. Inexistencia de máximas de la experiencia aplicables igualmente fundadas, que gocen de un mismo grado de probabilidad. C. la conclusión no debe entrar en contradicción con otros hechos declarados probados, que no tengan la fuerza suficiente como para derrotar la conclusión judicial⁴⁸.

Las reglas elaboradas por HABERMAS siguiendo en parte las formulaciones de ALEXI pueden servir para discutir la validez o no de una máxima de la experiencia y la posibilidad de aplicarla en un caso concreto.

lógica le es ajena la verdad de las premisas. ITURRALDE, V. (2010). *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores, p. 127. Cuando hacemos justificación interna, empleamos la lógica clásica, la lógica deóntica mantiene satisfechos a los teóricos del derecho pues brinda altos estándares de racionalidad adecuados para la teoría jurídica.

⁴⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES, pp. 602-603.

- 1.1. Ningún hablante debe contradecirse.
- 1.2. Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a a en todos los aspectos importantes.
- 1.3. Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.
- 2.1. Cada hablante solo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree.
- 2.2. Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de discusión debe dar una razón de ello.
- 3.1. Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión.
- 3.2.
 - a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación.
 - b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso.
 - c) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades.
- 3.3. A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.

4. Relevancia de la solución en el sistema de justicia penal

El perfeccionamiento del sistema de justicia penal y su legitimación en clave constitucional exige maximizar la racionalidad de la argumentación en la prueba indiciaria, en la medida que se requiere mayor número de pasos inferenciales que en la prueba directa, esta distinción exige por mandato de proporcionalidad un plus en la intensidad de la motivación tratándose de la prueba indiciaria, sin embargo, al interior de la inferencia, se produce un nuevo nivel de intensidad en esta exigencia, cuando se emplean máximas de la experiencia, que tienen un tratamiento cualitativamente distinto al tratamiento de las leyes científicas o de la lógica, finalmente la exigencia eleva la valla, cuando con dicho razonamiento inferencial afectamos un derecho fundamental como la libertad personal del ciudadano, en ese sentido la sentencia constituye un acto que debe adquirir suficiencia frente a un control de razonamiento externo e interno.

Hemos dejado constancia que el mayor porcentaje de casos en materia penal se resuelve con el uso de la prueba indiciaria⁴⁹, este dato otorga relevancia inconcusa al tema investigado; pero el mayor aporte se ubica en el imperativo metodológico de capacitar a los jueces en el empleo de esta categoría que tiene mucha conexión con la filosofía, la argumentación jurídica y la lógica, amén de su transversalidad con casi todo el saber humano, pues finalmente, todo nuestro conocimiento como seres humanos es en el fondo meramente inferencial.

Ya que nuestro sistema procesal penal es tributario del contexto de reforma latinoamericana, es menester reconocer que el contradictorio y la imparcialidad son dos garantías de verdad, vale decir, están en la línea del motor epistémico que apuesta por aproximarse a la verdad; a contracorriente de otras garantías como la presunción de inocencia y su corolario *favor rei* o el *ne bis in ídem* y la cosa juzgada que apuestan por dificultar de hecho el conocimiento integral de los hechos⁵⁰. La aspiración del sistema de buscar la verdad de los hechos probados, tiene reglas contracíclicas, v.gr. el CPP al regular las terminaciones anticipadas del proceso, prioriza el eslogan: resolución de conflictos vs. búsqueda de la verdad. Las técnicas de litigación oral cuando otorgan preeminencia a la persuasión a la hora de convencer al juez; no apuestan por la determinación de la verdad, y epistémicamente patentan una perversa concepción deportiva de la justicia⁵¹: tiene razón quien derrota al adversario, sin importar si la verdad está de su lado. El giro conceptual debe distinguir el modelo norteamericano cuyo eje probatorio gira en base al jurado, donde no hay ninguna obligación de motivación que si tiene el juez peruano desde el prisma constitucional, razón suficiente para

⁴⁹ A contrario sensu, los datos consignados *ut supra* en la nota 4.

⁵⁰ GUZMÁN, N. (2006). *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires, Editores del Puerto, p. 137.

⁵¹ Con absoluta firmeza Schünemann rechaza la idea de fundar una condena solo en el consentimiento libre de presiones para el inculpado, como en el *guilty plea* del Derecho penal norteamericano, pues no es aceptable reemplazar la justicia material (en el sentido de realización del derecho material comprobando la verdad material) por una "justicia de procedimiento" que configura finalmente un escenario de lucha con un perdedor, así la administración de justicia penal se desnaturalizaría para ser una especie de deporte. SCHÜNEMANN, B. (2005). *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo. M.ª Luisa Silva Castaño (coords.). Madrid. Dykinson, p. 106. El sistema norteamericano ha dado un tratamiento subordinado a la búsqueda de la verdad material, a tal punto de que, si alguien es verdaderamente culpable, preferiría sin duda ser juzgado en los Estados Unidos. Y esto no es un cumplido y no lo dice un enemigo del sistema extranjero. Cfr. PIZZI, William T. (1999). *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*. Madrid. Tecnos, pp. 101-102.

entender la predilección yanqui hacia un sistema de justicia persuasiva, que no tiene el mismo predicamento en la tradición jurídica nacional.

La naturaleza del hecho es un tema relevante que debe fijarse conceptualmente, así como fijamos la naturaleza del proceso penal, pues en él, se fijan precisiones en número abundante, los enunciados legales cumplen muchas funciones distintas⁵² con relación a la posibilidad de buscar la verdad con plenitud de facultades o de limitación efectiva de medios y formas de aprehenderla. Ahora bien, el hecho de que adoptemos esta postura nos deja un tema pendiente: ¿Está el juez en capacidad de determinar esa relación de correspondencia de la verdad? Creo que la respuesta a la luz de la experiencia comparada y nacional nos arroja un saldo preocupante: no hemos saldado aún deudas de racionalidad con problemas como la determinación de la pena, la gradación de la responsabilidad civil *ex delicto*, la fundamentación de medidas cautelares como la prisión preventiva, etc. Estamos en camino a ciertas formas de consolidación de criterios a través de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que también son recusadas por cierto sector, acusándolas de fosilizar el factor dinámico y enviar al sarcófago el criterio de los jueces. El Juez que aplica una máxima de la experiencia, reconoce su regularidad, la vigencia cognitiva de su enunciación, para ello debe abstraerla y concretarla en el caso sometido a resolución. Aspirar a un control absolutamente racional de la máxima de la experiencia es una pretensión utópica, dada su naturaleza probabilística que impide dotarla de certeza⁵³.

5. Conclusiones

- a) La pregunta neurálgica de nuestro problema sintetiza el rol que asume la fundamentación de la inferencia en la prueba indiciaria, la misma que realizan los jueces ordinarios y, si esta satisface plenamente la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales. La pregunta específica desde una

⁵² TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación*. Tr. María MORRÁS y Victoria PINEDA, Barcelona, Península, p. 132.

⁵³ Pues así se construya de una manera u otra, la conclusión de una inferencia probatoria no puede ser una certeza absoluta, por las siguientes razones: (1) No es absolutamente seguro que las premisas sean verdaderas, (2) El paso de las premisas a la conclusión no es necesario. (3) La regla expresaba un juicio de probabilidad causal. La falta de certeza absoluta acerca de si la conclusión de la inferencia probatoria se corresponde con lo que ocurrió en la realidad. GONZÁLES LAGIER, D. (2010). *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, p.305.

perspectiva de la argumentación, pretende establecer si la explicación que proporcionan los jueces para explicar el paso inferencial del hecho base al hecho consecuencia, obtiene visos de racionalidad especialmente, cuando se emplean las máximas de la experiencia.

- b) La constatación ha sido lamentable, pues en un caso mediático como el de Giuliana Llamoja se incurrieron en graves deficiencias argumentativas, precisamente en materia de prueba indiciaria, ello evidencia la necesidad de racionalizar el discurso argumental de los jueces de todas las instancias en este tópico específico, pues como señala el Tribunal Constitucional: “no es lo mismo resolver conforme a una *corazonada* que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral⁵⁴.”
- c) El déficit argumentativo de los jueces ordinarios en el país, se asienta en todas sus instancias con las excepciones honorables que impiden la generalización; yendo al punto, consideramos que un paliativo para atacar esas formas deficitarias de abordar la máxima de la experiencia, es recurriendo al uso de ciertas líneas de la “acción comunicativa” o acción orientada al entendimiento de HABERMAS, allí: todo acto de habla está ligado al *telos* del acuerdo. Quien lleva a cabo una emisión lingüística, un acto de habla, está realizando a su interlocutor una oferta de entendimiento sobre algo en el mundo objetivo, en la sociedad o en sí mismo y esa oferta envuelve una pretensión de validez, es decir, la pretensión de ser aceptada, de generar el acuerdo sobre su corrección a la luz del mundo objetivo, de la sociedad o de la personalidad del sujeto⁵⁵.

⁵⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>, fundamento Jurídico 32.

⁵⁵ Que el entendimiento funcione como mecanismo de coordinación de la acción significa que los participantes en la interacción se ponen de acuerdo acerca de la validez que pretenden para sus emisiones o manifestaciones, es decir, que reconocen intersubjetivamente las pretensiones de validez con que se presentan unos frente a otros. *Cfr.* Por todos en español GARCÍA AMADO, J. A. (2003). *Habermas y el Derecho*. En *el mismo. Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis, pp. 177 y *passim*. Lo que hace aceptable un acto de habla son, en última instancia, las razones que quien habla podría aportar, en el contexto dado y que le son requeridas, para justificar la validez de lo dicho. Esta tesis permite analizar el concepto de racionalidad basándolo en esta posibilidad de fundamentar y criticar los actos de habla y, con ello, otorga una función central a la racionalidad

- d) Es urgente continuar con los esfuerzos teóricos destinados a elaborar un estándar probatorio que no pretende axiomatizar la decisión judicial en busca de una inalcanzable certeza judicial, pues el razonamiento judicial es una cadena de argumentos y, como señala GONZÁLES LAGIER⁵⁶ el proceso de prueba judicial analíticamente distingue dos fases: la primera consiste en la práctica de la prueba y obtención de la información y la segunda consiste en extraer una conclusión a partir de la información obtenida, en esta última operación el razonamiento que se emplea es muy complejo y se elabora con inferencias probatorias parciales que darían lugar a una “inferencia probatoria completa”. En las canteras doctrinarias se viene cocinando una propuesta audaz que consiste en formular una Parte Especial de valoración de las máximas de la experiencia, lo que en esencia significa formular máximas para cada tipo penal, el esfuerzo busca proporcionar los criterios al juez y relevarlo de esa tarea de “descubrir”, las máximas según vaya resolviendo supuestos de hecho⁵⁷.
- e) Si partimos de la desilusión, no habría razón para continuar con este trabajo, resulta obvio que no podemos asumir tesis nihilistas o irracionalistas en un contexto argumentativo que busca dar las mejores razones. La dificultad radica en elaborar nuestras premisas, los abogados manejamos hechos a los que adjudicamos sentido desde una dimensión jurídica, pues lo que preocupa no es tanto la validez de la inferencia sino su consistencia y solidez, aspectos que

procedimental de la “práctica de la argumentación”, que es considerada una formar reflexible de la acción comunicativa. VEGA REÑÓN, Luis, y OLMOS GÓMEZ, Paula. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta. 2011, p.26.

⁵⁶ GONZÁLES LAGIER, D. “Argumentación y prueba judicial”. En: FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, EL MISMO & TARUFFO. *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México. 2006, p. 89.

⁵⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. (2012). *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons. pp. 132-133. Agrega que la formulación de las máximas de la experiencia *por tipos penales* suele quedar en manos de la jurisprudencia. Precisa que no existen muchos intentos en la literatura científica y da una relación significativa de trabajos en esa línea. (ver p. 132 nota 176). Se sugiere para realizar ese propósito, estudios de campo, estadística judicial y lo más importante, la doctrina científica debería analizar los distintos criterios de valoración de la prueba en los diferentes delitos. El Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (Fundamento 34º) de la Corte Suprema de Justicia peruana va en esa inteligencia y, ha catalogado para el delito de lavado de activos, desde la óptica de la prueba indiciaria, determinados actos irregulares o atípicos, reveladores de una clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito.

podernos graduar conforme a un estándar que el Poder Judicial peruano aún no puede sistematizar con mínimos niveles de consenso; ese es el reto: revertir esa ausencia de consenso.

6. Bibliografía

- AARNIO, A. *Lo racional como razonable*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRON, C. E., BULYGIN, E. *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. 2ª Reimpr. Buenos Aires. Astrea, 1993.
- ALEXY, R.. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*. En ANDRÉS IBÁÑEZ, P. ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México, 2006.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *La argumentación probatoria y su expresión en sentencia*. En ALEXY, R. *Jueces y ponderación argumentativa*. México D.F. Universidad Autónoma de México, 2006.
- ATIENZA, M. *Las Razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. Lima. Palestra, 2004.
- BROWN, G. *Límites a la valoración de la prueba en el proceso penal*. Rosario Santa Fe. Jurídica Nova Tesis, 2002.
- CAFFERATA NORES, J. I. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 1998.
- CUSI RIMACHE, J.E. *La motivación de la prueba indiciaria en materia criminal*. Lima. Idemsa, 2016.
- DWORKIN, R. *La justicia con toga*. Tr. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid. Marcial Pons, 2007.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*. Tr. Perfecto Andrés Ibáñez et. al. Madrid. Trotta, 1995.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-Benthamiana*. Medellín. Universidad de Medellín, 2010.
- FERRER BELTRÁN, J. *Prueba y verdad en el derecho*. 2da. Ed. Madrid. Barcelona. Marcial Pons, 2005.
- GARCÍA AMADO, J. A. *La argumentación y su lugar en el razonamiento judicial*. En BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara Editores, 2010.
- GARCÍA AMADO, J. A. *Habermas y el Derecho*. En *el mismo. Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá. Temis, 2003.

- GARCÍA AMADO, J. A. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 1997.
- GARCÍA CAVERO, P. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima. Reforma, 2010.
- GARCÍA RADA, D. *Manual de derecho procesal penal*. 8ª Ed. Lima. Eddili, 1984.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores, 2009.
- GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2da. Ed. Madrid. Marcial Pons, 2004.
- GONZÁLES LAGIER, D. *Hechos y argumentos, racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal*, en BONORINO, P. R. (Ed.) *El derecho en acción. Ensayos sobre interpretación y aplicación del derecho*. Lima. Ara, 2010.
- GONZÁLES LAGIER, D. *Argumentación y prueba judicial* En FERRER BELTRÁN, GASCÓN ABELLÁN, Marina. GONZÁLES LAGIER. TARUFFO, *Estudios sobre la prueba*. México. Universidad Autónoma de México, 2006.
- GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Tr. Jorge Guerrero. Bogotá. Temis, 1998.
- GÖSSEL, K.-H. *El proceso penal. Ante el Estado de derecho, Estudios sobre el Ministerio Público y la prueba penal*. Tr. Miguel Polaino Navarrete. Lima. Grijley, 2004.
- GUILLERMO PORTELA, J. *Máximas, principios jurídicos y argumentación*. En PUY MUÑOZ, F. PORTELLA, J. G. (Coords.) *La argumentación jurídica. Problemas de concepto. Método y aplicación*. Universidad de Santiago de Compostela, 2004.
- GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2006.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. 2da. Ed. Tr. Manuel Jiménez Redondo. Madrid. Trotta, 2000.
- ITURRALDE, V. *Lógica, decisión judicial y racionalidad*. En BONORINO, P.R. (Ed.) *Pensar el derecho. Ensayos de teoría jurídica contemporánea*. Lima. Ara Editores, 2010.
- LAUDAN, L. *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Tr. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- LAUDAN, L. *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*. Tr. Raúl Calvo Soler. Buenos Aires. Hammurabi José Luis Depalma, 2011.
- LÓPEZ ESPINOZA, R. AYALA MIRANDA, E. NOLASCO VALENZUELA, J. *Manual de litigación oral en prueba indiciaria*. Lima. Ara, 2011.

- NIEVA FENOLL, J. *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, 2000.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. *Reforma procesal penal peruana. Justicia rápida y transparente. II informe estadístico nacional 2006-2013*. Lima, 2013.
- MIRANDA ESTRAMPÉS, M. *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima. Jurista, 2012.
- MIRANDA ESTRAMPÉS, M. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona. Bosch, 1997.
- MITTERMAIER, K. J. A. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Tr. Primitivo González del Alba. Buenos Aires. Hammurabi, 2006.
- MIXÁN MASS, F. *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Trujillo. BLG, 2009.
- MIXÁN MASS, F. *Lógica para operadores del derecho*. Trujillo. BLG, 1998.
- MIXÁN MASS, F. *Prueba indiciaria. Carga de la prueba. Casos*. BLG, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Sevilla. Universidad Pablo de Olavide, 1998.
- NEYRA FLORES, J. A. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo II. Lima. Idemsa, 2015.
- NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid. Marcial Pons, 2010.
- NIEVA FENOLL, J. *El hecho y el Derecho en la Casación Penal*. Barcelona. Bosch, 2000.
- NINO, C. S. *La validez del derecho*. 1ª reimpresión, Buenos Aires. Astrea, 2000.
- PODER JUDICIAL. Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116. Acuerdo 116 de noviembre de 2010, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima-Bogotá. Palestra. Temis, 2005.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madrid. Marcial Pons, 2012.
- SCHAUER, F. *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y la vida cotidiana*. Tr. Claudina Orunesu. Jorge L. Rodríguez, 2004.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Manuel Jaén Vallejo. Emilio Moreno y Bravo (Coord.) M.ª Luisa Silva Castaño. Madrid. Dykinson, 2005.
- SENTÍS MELENDO, S. *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires. Ejea, 1979.
- SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de derecho procesal penal*. Lima. Idemsa, 2004.

- SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima. INPECCP-CENALES. pp. 602-603, 2015.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. *Derecho Procesal Penal, Segunda Edición actualizada y aumentada*. Lima, 2003.
- TARUFFO, M. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid. Marcial Pons, 2010.
- TARUFFO, M. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. En FERRER BELTRAN, GASCON ABELLAN, GONZALEZ LAGIER & TARUFFO. *Proceso, prueba y estándar*. Lima. Ara Editores, 2009.
- TARUFFO, M. *Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial*. Tr. Lucas Correa Montoya. En TARUFFO, M. & RAMÍREZ CARVAJAL. D. *Conocimiento, prueba, pretensión y oralidad*. Lima. Ara, 2009.
- TARUFFO, M. *La prueba*. Tr. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta, 2008.
- TARUFFO, M. *Notas sobre la verdad de los hechos en el proceso civil*. En GIANFORMAGGIO, L. (Ed.) *Las razones del garantismo. Discutiendo con Luigi Ferrajoli*. Tr. Pablo D. Eiroa y Nicolás Guzmán. Bogotá. Temis, 2008.
- TARUFFO, M. *La prueba de los hechos*. Tr. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid. Trotta, 2002.
- TOULMIN, S. *Los usos de la argumentación*. Tr. María Morrás y Victoria Pineda. Barcelona. Península, 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC FJ 25
- TALAVERA ELGUERA, P. *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del Derecho probatorio y de la valoración de las pruebas*. Lima. Academia de la Magistratura. GTZ, 2009.
- VÁZQUEZ, Carmen. (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid. Marcial Pons, 2013.
- VEGA REÑÓN, L. & OLMOS GÓMEZ, P. *Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica*. Madrid. Trotta, 2011.
- VOLK, K. *Verdad y Derecho material en el proceso penal*. En VOLK, K. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc, 2007.
- VOLK, K. *Dogmática penal, teoría y realidad*. En EL MISMO. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tr. Eugenio Sarrabayrouse. Buenos Aires. Ad Hoc, 2007.
- WRÓBLEWSKI, J. *Sentido y hecho en el derecho*. Tr. Francisco Javier Esquiaga Ganuzas y Juan Igartúa Salavarría. México. Fontamara, 2001.