

T.~D
256

7



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS

Cartagena, Mayo 1. 1976

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA



Rector : Dr. Wulffram Ripoll Merllano
Secretario General : Dr. Humberto Benedetti Vargas

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Decano : Dr. Carlos Villalba Bustillo
Secretario : Dr. Jorge Payares Bossa

SCIB

Presidente de Tesis : Dr. Guillermo Gómez León

Examinadores :

101283

Dr. Antenor Barboza Avendaño

Dr. Víctor León Mendoza

" Alfredo Betín Vargas

"EL INDICIO COMO
PRUEBA CRIMINAL "



Presentado

por

RAFAEL CANTILLO MERINO





" LA FACULTAD NO APRUEBA
Nº DESARPUEBA LAS OPINIO
NES EMITIDAS EN ESTA TESIS,
TALES OPINIONES DEBEN CON
SIDERARSE COMO PROPIAS DE
SUS AUTORES " (Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas. Reglamento, Art. 83)



INTRODUCCION

El derecho probatorio penal trata de los problemas de las pruebas atinentes al delito y a la autoría delictiva. Esta ciencia de las pruebas, o de la lógica judicial como se la ha llamado, pertenece a la familia de las ciencias reconstructivas, conjuntamente con la historia, según lo recuerda DELLEPIANE, repitiendo a CARNELUTTI. Dichas ciencias se ocupan del pasado, como ocurre también con el proceso penal.

Con el proceso penal se pretende establecer la existencia anterior de un delito y su autoría, para luego, en un juicio de derecho, señalar su responsabilidad y punibilidad. Hay, pues, necesidad de reconstruir ese hecho en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Esos hechos, esas circunstancias, dejan testimonio de su existencia, en forma directa.

Objeto o materia de la prueba son los hechos. Hechos que, entendidos jurídicamente, son los actos humanos, sucesos, acontecimientos; las cosas y objetos materiales; los estados síquicos; los hechos de la naturaleza; las conductas humanas. Todos estos hechos son o se expresan materialmente. Todos son aconteceres y actos naturales y humanos, con sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

7

Todos estos hechos son materia de actividad probatoria diaria, en todas las actividades humanas. Probamos los hechos, buscamos su demostración, su reconstrucción, comprobamos su existencia, para formarnos juicios, y para conocer a la naturaleza y a la sociedad. Por ello dijo CARNELUTTI que la prueba es el corazón del problema del juicio, del mismo modo que este es el corazón del problema del pensamiento.

De lo anterior, se concluye que probar los hechos es formarnos juicios verdaderos sobre ellos, para lo cual recurrimos a otros hechos y a otros juicios. Probar es, por lo tanto, buscar o encontrar la verdad, identificada con la realidad.

CAPITULO PRIMERO

SECCION I

EL INDICIO, PORCION DE HISTORIA EN EL CRIMEN

Las ciencias reconstructivas - que se ocupan del pasado, como ocurre también con el proceso penal - tienen un método común, igualmente reconstructivo, el cual tiene como punto de partida la observación de los rastros dejados por los hechos y las cosas. Esos rastros son hechos indicadores de la cuestión por conocer o reconstruir, o de alguna accesoria a esto.

Con el proceso penal se pretende establecer una autoría y una responsabilidad de un hecho delictuoso. Hay, pues, necesidad de reconstruir ese hecho, en todas sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Esos hechos, esas circunstancias, dejan testimonio de su existencia, por lo común. A veces el vestigio es sobre el delito en sí mismo; otras, sobre sus circunstancias derivadas, sus causas o sus efectos. En ambos casos las constancias son indicios, aunque de ordinario se entienden por tales únicamente a los segundos.

Si alguien ha enajenado dolosamente con título traslativo de dominio un inmueble ajeno o ya vendido, ese documento de transferencia de la propiedad constituye una

prueba del hecho ilícito, en sí mismo. Diremos que esa prueba es directa, natural, inmediata, para establecer la autoría y la responsabilidad. Si alguien da intencionalmente muerte a un hombre y de ese hecho no hubo testigo, ni documentos que lo revelen de una manera directa, tenemos que apelar a la investigación y análisis de las circunstancias que rodearon el hecho. Esa investigación nos irá dando a conocer huellas, rastros, antecedentes y consecuentes, datos accesorios que debemos someter al análisis relacionándolos con la cuestión por conocer. En ambos casos, el documento y los datos constituyen indicios. Como en el primer caso se nos revela el delito y la responsabilidad de manera directa, e indirecta en el segundo, digamos que en el primero tenemos un indicio inmediato, y un indicio mediato en el segundo. En el primer caso la prueba se refiere a una circunstancia del delito; en el segundo, a circunstancias de donde se infiere el delito. En el primero, conocida la parte se llega al todo; en el segundo, conociendo lo accesorio se llega a lo principal.

Desde luego es más frecuente que la investigación y el análisis proceda con base en los indicios mediatos, en los hechos accesorios o circunstanciales, en los testigos mudos del reato, proque de ordinario - y cada vez con mayor frecuencia - el delincuente oculta o falsifica la objetividad de su conducta. Por eso CARNELUTTI llamó al derecho penal el derecho de la sombra, en su renombrada obra Las Miserias del proceso penal. Por lo mismo, la tradición jurídica se empeñó en tomar como indicios únicamente a los indicios mediatos o circunstanciales.

Por otra parte, el hecho delictuoso no es sino excepcionalmente un hecho simple o úni

co. De ordinario es un encadenamiento de hechos. El delito tiene su iter criminis, a lo largo del cual van quedando vestigios de modo, temporales y especiales, cuya investigación y análisis permite la reconstrucción del reato sin solución de continuidad.

El delito es un trozo de camino, del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas. Sucede lo contrario de lo que ocurre normalmente, en cuanto al contrato; cuando uno compra, y tanto más si la cosa tiene valor importante, conserva, por lo general mediante un documento, la prueba de haber comprado; cuando roba, destruye lo mejor que puede las pruebas de haber robado. Las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer, o, mejor aún, para reconstruir la historia.

Esta es, precisamente, la importante diferencia entre la prueba civil y la penal, señalada por la doctrina moderna. La civil es prueba matemática, o de confirmación o verificación, operación de prueba de otra operación anterior y conocida. La penal es búsqueda, investigación de hechos desconocidos. Es la auténtica prueba jurídica y científica.

La prueba penal, además de ser de investigación, es también de demostración, esto es de deducción y síntesis.

SECCION 2

DENOMINACIONES DE LA PRUEBA INDICIARIA

Prueba indiciaria, o circunstancial, indirecta, artificial, imperfecta, prueba de conciencia, prueba por signos, testigos mudos, prueba por concurso de indicios, prueba de hombre, son denominaciones que ha recibido la prueba, objeto de mi tesis de grado.

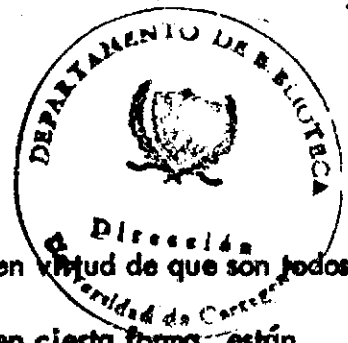
Circunstancial la llamó J. BENTHAM. La prueba circunstancial es la que se infiere de la existencia de un hecho o de muchos hechos, que aplicándose inmediatamente al hecho principal, nos inducen a concluir que ha existido este hecho. Esta conclusión es operación del juicio.

Indirecta. Es llamada también la prueba indiciaria, en oposición a la directa.

Artificial. También se ha llamado al indicio, en contraposición a la prueba natural. Es una clasificación que se le adeuda a ARISTOTELES.

Imperfecta. También se le ha denominado a la prueba indiciaria, por cuanto puede dar apenas el grado de probabilidad y no el de certeza.

Prueba de conciencia, o de hombre. Es el calificativo que también se le dá a la prueba por indicios, debido al proceso mental de inferencia lógica que exige la prueba indiciaria, en atención al razonamiento a que



obliga.

Testigos mudos. Denominó MITTERMAIER a los indicios, en virtud de que son todos aquellos vestigios del iter criminis que, en cierta forma, están ocultos o silenciosos, porque no destacan por sí solos, individualmente considerados, el hecho delictuoso desconocido e investigado, pero que siendo demostrado o conexos, mediante la inferencia lógica permiten reconstruir el camino recorrido por el delincuente.

Por iguales razones, otros los denominan pruebas de signos. BENTHAM nos dá un ejemplo: " Se ha forzado la puerta de una casa: el estado de la cerradura, las señales de violencia, indican que la fractura se ha hecho por fuera; se han encontrado en una escalera oscura unos zapatos que no son de ninguno de los habitantes de la casa: un zapatero de la cercanía los reconoce por haberlos vendido a un obrero que ha trabajado en el pueblo, y que ha desaparecido; algunos objetos robados, perdidos en el camino y desparramados, guían hasta una ventana en que se tiene noticia que se ha detenido este hombre, y que ahí ha cambiado una moneda de oro, etc.. He aquí una reunión de circunstancias deducidas de las cosas y de la conducta del individuo, por las cuales se infiere que él es el que ha podido ser el autor del delito".

SECCION 3

ACEPCIONES Y DEFINICIONES DEL INDICIO

El indicio es el hecho indiciario. Es esta una interpretación objetiva. Hecho indiciario, indicante o indicador es la circunstancia

o hecho conocido que siendo distinto al delito mismo, se relaciona con éste como causa o como efecto, y por consiguiente la revela mediante esa relación.

CARRARA define al indicio - como la mayoría de los autores - tomándolo como el hecho indicador, y, además, como el hecho circunstancial: " De modo que en derecho criminal se llaman indicios aquellas circunstancias que, aunque en si mismas no constituyen delito, y materialmente sean distintas a la acción criminosa, sin embargo la revelan, por medio de alguna relación determinada que puede existir entre esas circunstancias y el hecho criminoso que se investiga".

Es también el mismo concepto el que se expresa en la definición de MITTERMAIER: " Un indicio es un hecho que está en la relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural".

Manzini los define en igual forma: " El indicio es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar".

Las anteriores definiciones coinciden con la de DELLEPIANE, y con la que da el C. de P.P. colombiano en el Art. 229 y el C.J. en el Art. 662.

Art. 229 - Se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho.

Es importante tener en cuenta que en esta sección se toma al indicio más como prueba que como medio de prueba, y por lo mismo corresponde a la etimología de la palabra: *inde dico* (de ahí digo), hecho que indica. Aunque es bueno observar que con esta definición de la Ley no se dice que basta el hecho indicador para configurar el indicio, sino que es hecho indicador (indicio) si de él puede hacerse la inferencia lógica.

El indicio es la inferencia lógica. Es una interpretación subjetiva. Según esta tesis lo esencial del indicio no es el hecho indicador, sino el razonamiento, la operación mental de inferencia lógica, la relación de causalidad entre el hecho indicador conocido y demostrado y el hecho desconocido que se va a probar, o hecho principal (el delito, la autoría, la responsabilidad). Es así como LESSONA lo define diciendo que "indicio es la indicación de un hecho desconocido, resultante de otro conocido".

Es importante tener en cuenta que con esta acepción subjetiva, por indicio se toma el resultado de la prueba.

El indicio es todo el proceso. O sea, que comprende sus elementos: Hecho indicador, hecho indicado o inferencia lógica. El indicio es todo el proceso, con su parte objetiva (los dos hechos extremos) y subjetiva (la inferencia). Esta es una acepción muy corriente, y es la más aceptable, porque, como dice CARNELUTTI, "Un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación

lógica que permita deducir la existencia o inexistencia de éste".

Según afirma DELLEPIANE, los hechos indicadores durante su evolución y desarrollo también están dispuestos a "abortar y a desaparecer, en calidad de indicios".

La C.S.J. en jurisprudencia de Febrero 21 de 1.950, se identifica con ese criterio:

" El indicio, según la Ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho... Se trata, pues, de un proceso lógico o de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes. Tal es el motivo para que a la prueba de indicios se la haya llamado prueba de hombre, porque no consiste en la demostración directa de los hechos, sino en la deducción racional de que se han realizado, por haberse cumplido otro u otros".

Es claro que esta acepción toma al indicio más como medio de prueba que como prueba.

El indicio es la misma presunción. Tardaron mucho tiempo la doctrina y la ley misma para que al indicio se le diera categoría, autonmía. Al indicio se le confundió con la presunción, y aún se le suele utilizar con esta acepción, inclusive en la legislación penal (Art. 230 del C. de P.P.). Posteriormente se ha dicho que el indicio es tan sólo una modalidad de las presunciones, y por eso se lo ha denominado presunción judicial, simple o de hombre, diciendo que cuando la inferencia la hace el legislador se tiene una presunción, y un indicio cuando la hace el juzgador. Además, la doctrina y también las legislaciones - entre ellas la

colombiana - han señalado una diferencia inicial: el indicio es la causa (o mejor el hecho conocido), y la presunción es el efecto (hecho desconocido que se da por conocido).

Finalmente anotamos que a veces el legislador toma al indicio en una acepción, y a veces en otras, Tal sucede en el Art. 235 del C. de P.P: la primera vez lo toma como hecho indicador, y la segunda como resultado.

SECCION 4

CLASIFICACIONES DEL INDICIO

Siguiendo los lineamientos y directrices que da la filosofía, los legisladores- entre ellos el nuestro -, así como los autores de derecho probatorio, dividen a los indicios en necesarios y contingentes . Pero como es una división que tiene sus fundamentos y apoyo en razones filosóficas, es preciso hacer una referencia previa a ellas, así sea elemental o breve.

Toda filosofía se ocupa de la demostración, que equivale a lo que ordinariamente entendemos por prueba. Una demostración es un proceso lógico mediante el cual se fundamenta un juicio, una ley o una conclusión. Esto significa que en todo procedimiento demostrativo se tiene un juicio, ley o conclusión que se va a demostrar, y algunos hechos y otros juicios en los cuales se apoya la conclusión, generalmente denominados fundamentos. Así los fundamentos, cuando son hechos, se confunden

con las pruebas; cuando son juicios, se basan en pruebas o hechos, como todo juicio.

La prueba por indicios constituye apenas una de la varias clases de demostración utilizables por las ciencias. La demostración mediante indicios es la forma demostrativa usada particularmente en las investigaciones históricas y criminales.

Toda demostración indiciaria se apoya, a su vez, en las leyes filosóficas de la causalidad. Ello es fácilmente apreciable si se tiene en cuenta que en todo indicio se tiene como elementos dos hechos (indicador o conocido y desconocido o indicado) una relación de causalidad que los liga, sobre la cual se construye la operación mental denominada inferencia lógica.

De suerte que la división de los indicios en necesarios y contingentes es hecha en razón de la calidad del nexo que ate al efecto con la causa, a un hecho con otro u otros, y en atención a la singularidad o pluralidad de causas para un efecto dado.

Por lo mismo, en verdad no hay indicios necesarios y contingentes. Lo que hay es causalidad necesaria y contingente. Esta se da en la realidad, y con base en ella se fundamenta y concluye en la demostración indiciaria.

Es axioma filosófico que todo efecto tiene una causa y que toda causa produce un efecto. Esa causa y ese efecto son necesariamente hechos o fenómenos. O sea que una causa es el hecho o fenómeno que origina otro hecho u otro fenómeno; y, al contrario,

el efecto es el hecho o fenómeno producido por otro hecho o fenómeno anterior.

Al vínculo entre la causa y el efecto se le denomina relación causal, que es necesaria porque forzosamente existe en la naturaleza y en la sociedad, y que es universal porque se presenta en todos los fenómenos naturales y sociales. Los hechos o fenómenos en sí mismos considerados, nada expresan. Adquieren significado cuando entran en relación con otros, es decir, cuando se les considera como causa o como efectos. Para conocerlos, para interpretarlos, es entonces esencial precisar, identificar y evaluar la relación causal.

Para que un hecho se convierta en causa, por otra parte, se requiere la existencia de algunas condiciones. Esas condiciones son igualmente otros hechos o fenómenos, que en virtud de su papel motor adquieren el carácter de necesarios.

Lo anterior sugiere varias consecuencias:

- a) De ordinario no existe la causa única, sino que la causa es una pluralidad de hechos o causas.
- b) Existiendo pluralidad de causas, ellas suelen confundirse equivocadamente con las condiciones.
- c) Existiendo pluralidad de causas, ellas toman un carácter equívoco: un efecto pudo ser originada en una causa o en otra, de donde para encontrarla necesitamos de una investigación que nos la señale inequívocamente.

- d) De ordinario aceptamos que a una causa determinada corresponde un efecto también determinado. De suerte que si hay una diferencia en el efecto, hay también una diferencia en la causa. También las causas pueden sufrir trastornos.
- e) Hay cierta sucesión en el tiempo entre la causa y el efecto, ordinariamente: la causa se produce primero, luego el efecto.
- f) Como consecuencia de lo anterior se tiene el axioma conocido de que toda causa es un efecto de una causa anterior, y todo efecto es la causa de un efecto posterior. Es decir, las causas, como los efectos, son dinámicas: ante ciertas condiciones producen nuevos efectos.
- g) No debe confundirse la causa con sus condiciones ni con el motivo. El motivo es el impulso que se pone en funcionamiento, en movimiento a la causa.

SECCION 5

CAUSALIDAD Y NECESIDAD EN EL INDICIO

Para este estudio convenimos en subrayar que un efecto dado puede provenir de una causa única, o varias causas pueden conducir al mismo efecto. Si la causa es única, la relación causal se hace inequívoca, necesaria. Si admite pluralidad de causas probables, la relación de causalidad es amplia, equívoca, contingente.

De suerte que la necesidad causal es la que distingue el llamado indicio necesario.

De ahí que el Art. 231 del C. de P. P. establezca:

Art. 231. - El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro.

La contingencia causal, en cambio, es lo que distingue al indicio llamado contingente. Para el primero, el necesario, dada una causa determinada, necesariamente se produce cierto efecto, o viceversa. En el contingente, al contrario, el efecto es susceptible de haberse originado en alguna de las varias causas posibles. En el necesario hay un carácter cierto e indefectible de la consecuencia; esta, en el contingente, no da certeza sino probabilidad.

Quién determina la clase de relación causal? Esa es misión fundamental de la ciencia. Ella, en el estudio obligado de los fenómenos, forzosamente acude a la indagación de la causa o causas que los originan, y en esta forma establece el tipo de relación que liga a una causa con su efecto. El legislador no nos dá esas relaciones, que son reglas de experiencia, como sí ocurre con las presunciones que son precisamente tales reglas. Ni más ni menos que una presunción no es sino una generalidad, ley o regla de experiencia que el legislador eleva a la categoría de norma positiva.

En cambio, en el indicio, dado un hecho indicador determinado, el juzgador lo considera premisa menor de un silogismo; busca en la ciencia o en la experiencia la premi

sa mayor, que es la generalidad, y de ese cotejo, o con base en esas premisas, deduce la conclusión. Si la premisa mayor contiene un juicio en el cual se expresa una relación de casualidad necesaria la conclusión del raciocinio será la de un indicio necesario; si la premisa contiene una relación de causalidad contingente, la conclusión del silogismo será un indicio contingente.

La determinación de la relación causal no es labor fácil sino muy ardua, en virtud de que los hechos no se presentan aislados, de que las causas son próximas y remotas, de que ordinariamente hay pluralidad de causas, etc..

Finalmente anotamos que en dos oportunidades puede darse la relación necesaria de causalidad, y por lo tanto el indicio necesario; a) entre un hecho indicador y su causa o su efecto, caso en el cual la relación es directa; y b) entre varios hechos indicadores contingentes cuando logran transformarse en un solo hecho indicador necesario, caso en el cual la relación es compleja. Es lo que se llama prueba por concurso de indicios. Por lo mismo puede hablarse de indicios necesarios simples y de indicios necesarios compuestos.

SECCION 6

CLASE DE INDICIOS CONTINGENTES

Cuando la relación causal no es necesaria, es eventual. En consecuencia, los indicios que no son necesarios, son contingentes. Aquellos nos dan certeza; los contin-



gentes probabilidad, y la probabilidad admite gran variedad de grados, e

Lo anterior nos da idea de la gran variedad de indicios contingentes, según su vinculación en el tiempo y en el espacio en relación con el hecho investigado, según su naturaleza, según su carácter. Entonces, estrictamente no puede hablarse de varias clases de indicios contingentes --- todos son contingentes --- , sino que ellos adoptan diferentes modalidades, o mejor, que lo que se subdividido es su forma u objeto, o su carácter, o su fuerza de convicción, o su ubicación.

Seguidamente me referiré a algunas de tales clasificaciones, hechas por los tratadistas.

Graves, Leves y Levísimos. Aunque bien puede decirse que todas las clasificaciones ensayadas se relacionan con el grado de probabilidad que generan, es esta la que más propiamente nos da una idea de ese grado del conocimiento. Pero en este grado no reside su fundamento, pues es apenas una consecuencia, sino en la intensidad que ofrezca la relación causal de la premisa mayor. Premisas mayores, o reglas de experiencia, son, por ejemplo: tener en su poder objetos robados sugiere atoría de un delito contra la propiedad; la fuga sugiere la idea de haber cometido un ilícito; las amenazas previas sugieren la idea de haber participado en la comisión del ilícito. En cada uno de estos casos se tienen dos hechos: uno desconocido (el delito) y otro conocido (posesión de objetos robados, fuga y amenazas). Entre uno y otro de tales

hechos hay una relación causal apenas posible, pero el grado de posibilidad varía en cada ejemplo. Labor analítica y dispendiosa del juzgador es la de establecer el grado respectivo de contingencia, para concluir si el indicio es grave, leve o levísimo. Será grave a menor número de causas posibles, o sea, a mayor probabilidad; será levísimo, en caso contrario. Y entre los dos fluctúa el leve.

Pero no basta el contenido causal de la premisa mayor para establecer si el indicio es grave, leve o levísimo. Es menester agotar en igual sentido el estudio del hecho indicador, o mejor, de la relación causal del juicio expresado en la premisa menor, por una parte, y, por otra, relacionar sobre condiciones objetivas las dos premisas, pues ellas constituyen los fundamentos del silogismo, la base de la conclusión. Esto significa que la relación causal varía de indicio a indicio, es diferente en cada proceso indiciario, en cada caso concreto.

Por cuanto tradicionalmente se pensó que bastaba la premisa mayor para determinar el grado del conocimiento que aportara el indicio, y porque esa premisa, como yo sostengo, es una presunción, a los indicios se les denominó presunciones de hombre, para distinguirlos de las presunciones hechas por el legislador.

Nuestro legislador no se ocupa sino del indicio grave, calidad que exige en algunas ocasiones. Sin embargo, en la Comisión redactora se propuso repetir el siguiente

inciso, que no fue aprobado, alegándose su ineficacia legal: "Los indicios son tanto más vehementes cuando es mayor o menor su conexión con el hecho principal para cuya comprobación se ha deducido".

Próximos y Remotos. Para unos, los próximos son aquellos que se refieren al delito mismo, o a su iter críminis. Equivaldrían a los indicios inmediatos. Y los remotos, los que se refieren a circunstancias ajenas al delito mismo, pero que permiten inferirlo. Equivaldrían a los mediatos, a los cuales la tradición ha tomado como únicos indicios, en sus definiciones, equivocadamente. Para otros, la clasificación se hace en atención al grado de causalidad, o sea que se confundiría con la clasificación anterior.

Antecedentes, Concomitantes y Subsiguientes. Es una clasificación en relación con el tiempo en que ocurre el delito. Los primeros tienen ocurrencia o existencia anterior al momento del delito (adquisición del arma homicida, por ejemplo); los segundos ocurren simultáneamente con el reato, o son su efecto (las huellas digitales dejadas por el delincuente); y los terceros tienen existencia posterior al delito (la fuga del sindicado).

Generales y particulares. Es una clasificación según su extensión: son generales los comunes a todos los delitos, o a un grupo numeroso

de ellos, y particulares, los propios de algunos delitos. La fuga, por ejemplo, sería un indicio general: las manchas de sangre serían indicio de delito contra la vida o la integridad personal.

Reales y Personales. Según la materia misma del indicio, del hecho indicador, los indicios pueden referirse a una circunstancia de la persona del sindicado, o a un objeto material. Así será indicio personal el relativo a los antecedentes, y real, el arma homicida encontrada.

También los personales han admitido otra subdivisión: en intrínsecos, como el silencio del procesado en la indagatoria (que entre nosotros es un derecho), su deposición falsa, sus contradicciones o retractaciones sin explicación razonable, la transacción con la víctima, el soborno, y en extrínsecos, como las huellas digitales. Esta misma clasificación se ha hecho con las denominaciones de indicios objetivos y subjetivos.

Mediatos e Inmediatos. Es una clasificación que se refiere a la rapidez con que se adquiere el conocimiento. Sobre ellos dice MITTERMAIER: "Divídense también los indicios, en mediatos e inmediatos: estos dan lugar a una conclusión directa en cuanto al objeto que ha de probarse, sin que sea necesario recorrer una serie de deducciones intermedias; aquellos sirven para concluir que

existen otros hechos por los cuales se llega finalmente al hecho principal de la cuestión".

De cargo y de descargo. Es una clasificación según la función del hecho frente a la responsabilidad que se debate. También se les suele llamar de inculpación y de disculpa, positivos y negativos, acriminatorios e incriminatorios, y corresponde a la división que se hace entre indicios y contraindicios.

En virtud del carácter contingente del indicio, y de su relación con los otros hechos, la relación entre el indicador y la responsabilidad es igualmente contingente, relativa, dinámica. La prueba que hoy aparece de cargo, mañana puede ser desvirtuada en su función de inculpación, lo cual vale tanto como decir que ha adquirido calidad de indicio negativo, de contraindicio. Y al contrario. Es evidente que el carácter posible de la función perdura hasta la sentencia. Existiendo pluralidad de causas (o de efectos, según el caso) en todo indicio contingente, cualquier causa diversa de la tenida por tal puede desvirtuar el significado indiciario. Y aún tratándose de una misma causa (o efecto), puede tener significados diferentes según el enfoque y relación que de ella se haga, según su motivación o explicación de su origen. Ya he dicho que los fenómenos no se producen solos, sino que son interdependientes y con acción recíproca.

Como puede verse fácilmente, estas clasificaciones interesan más a la doctrina, a

la labor especulativa, que a la utilidad jurídica y práctica. En verdad, lo que interesa e último término del indicio es el valor que represente, el grado de convicción que genere, Y para el efecto da lo mismo que sea personal o real, positivo o negativo, legal o extralegal, mediato o inmediato, antecedente, concomitante o subsiguiente, próximo o remoto. Las condiciones concretas y específicas de cada indicio en el proceso respectivo, son las que determinan su utilidad y su importancia.

SECCION 7

LOS CONTRAINDICIOS SON INDICIOS

Los contraindicios son una clase de los indicios. Sólo que son indicios negativos, de descargo o de disculpa, o infirmativos.

El contraindicio es un indicio, y por lo tanto un hecho o circunstancia, solo que ya no indicador sino contraindicador. Ejemplo clásico es el de la coartada o alibi o negativa loci: algunos hechos indicadores (Indicios) señalan a N como autor de un delito, pero el sindicado demuestra con testimonios y otras pruebas que en el día y hora del hecho investigado se encontraba en otro lugar distante del sitio en donde se cometió el delito. Esos testimonios y esos hechos son contraindicios, que desvirtúan o destruyen a los hechos indicadores, es decir, les hacen perder toda probabilidad, toda fuerza de convicción.

DELLEPIANE sugiere, en su Nueva Teoría de la Prueba, que a los contraíndicios se les denomine indicios de inocencia. Pero como se sostiene que la inocencia se presume, se opta por considerar que son más exactamente, indicios de inculpabilidad. De ahí que se los denomine de descargo, disculpa, o infirmativos.

Si los contraíndicios son indicios, tiene entonces, como estos, las dos acepciones corrientes: son hechos y son procesos lógicos, juicios, raciocinios. Son hechos contraíndicadores, desde el punto de vista objetivo; son operaciones mentales desde el punto de vista lógico.

Si el indicio es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, el contraíndicio es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de un hecho oponible al que se quiere demostrar

SECCION 8

UNIVERSALIDAD DE CONTRAINDICIO

Todo indicio lleva consigo la existencia - o la posibilidad por lo menos - de su correspondiente contraíndicio.

El proceso penal, en última instancia, no es sino un debate entre indicios y contraíndicios. A los indicios se les suelen oponer los contraíndicios. En síntesis y de ordinario, la defensa es la presentación y demostración de contraíndicios, de agumentos y

hechos que desvirtúan o debilitan las pruebas de cargo.

Al indicio de la enemistad se suele oponer la demostración de que ya no existía tal enemistad; a las pruebas de cargo sobre imputabilidad se puede oponer la demostración de que el sindicado carece de las aptitudes físicas o intelectuales necesarias para cometer el delito, o de los conocimientos técnicos requeridos; a los indicios de imputabilidad se opone frecuentemente la coartada; a los indicios de responsabilidad se opone algunas veces los contraindicios que justifican la conducta, o que atenúan a aquella.

Tienen, pues, los contraindicios, un extenso campo de acción, como que guarda correspondencia con el de los indicios.

Asimismo puede decirse, entonces, que los contraindicios son susceptibles de las mismas clasificaciones que la doctrina ha hecho de los indicios. Así, existen contraindicios que revelan la falta de capacidad, de oportunidad o de móvil para cometer el delito imputado; otros que indican la procedencia ajena al delito de objetos encontrados en el lugar del crimen; etc. . De igual modo, si los indicios se refieren al cuerpo del delito, al delito mismo, a la autoría y a la responsabilidad, también a cada uno de estos aspectos se dirigen los contraindicios. Además, en la indagación de causas suele tomarse una de ellas como indicio; la demostración de

la verdadera causa, diferente de la anterior, constituye un hecho contraindicante.

SECCION 9

FUNCIONES DEL CONTRAINDICIO

También los contraindicios tiene la doble relación que se atribuye a los indicios. Así como estos son tales por sus relaciones con otros hechos indicantes y con el hecho investigado, así también los contraindicios se relacionan con el hecho desconocido, el delito, la autoría o la responsabilidad, y además con el hecho indicador al cual pretenden desvirtuar o debilitar o destruir. Pero si bien las relaciones del hecho indicador son de armonía, las del contraindicio son de conflicto o de colisión.

Para FRAMARINO, en una cita que hace el Dr. ANTONIO ROCHA, en su obra De la Prueba en Derecho, puntualiza de que es también función del contraindicio debilitar al indicio correspondiente: " El significado natural y recto de un indicio puede ser desvirtuado o debilitado por varios modos: a) por otros significados igualmente aceptables del mismo hecho indicador, o de ese hecho en conexión con otros. Así la amenaza previa puede señalar al autor del daño, pero no siempre implica intenciones serias de cumplirla; el veneno hallado en poder del sindicado podía tener otras aplicaciones distintas a la de cometer el delito; b) por conclusiones contrarias a las que se derivan del hecho indicador, resultantes de otras pruebas,



así sean directas o indirectas, inclusive, pues de otros indicios: por ejemplo, se demuestra que el indicio enemistad entre la víctima y el supuesto victimario había cesado mucho antes de la muerte de aquella; o bien, la pobreza del comprador tachado de ficticio era apenas aparente, porque había recibido dinero de una herencia." Sistematizando puedo decir que el contraindicio conduce: 1) a afirmaciones contrarias, destruyendo la existencia del hecho indicador, o dando un significado contrario de la conclusión de cargo, caso en el cual produce certeza sobre la imputabilidad o la inocencia; 2) o a otras deducciones o conclusiones igualmente probables, caso en el cual neutraliza el efecto o la eficacia probatoria del indicio, generando duda. En este segundo caso, el grado del conocimiento varía: es de probabilidad en relación con el hecho desconocido e investigado, y al mismo tiempo es de duda en relación con el indicio a que alude. En ocasiones, la función neutralizadora se presenta cuando destruye apenas parcialmente al indicio.

Advierto que a veces la doctrina ha denominado contrapresunciones a los indicios que apenas conducen a la probabilidad, y contraindicios a los que destruyen totalmente el indicio, o dan certeza de inocencia. Igual distinción se ha hecho entre presunciones e indicios, por lo cual a aquellas se las ha definido como certeza de las gentes ligeras. Hoy se asimila esa acepción de presunción más bien a la sospecha.

La función destructora del contraindicio resulta elocuente en las siguientes palabras de un ejemplo dado por CARRARA:

"Por ejemplo, nada vale contra un acusado de homicidio que sus vestidos estén manchados de sangre, si prueba apodícticamente que ya estaban manchados el día anterior al asesinato. De nada vale que junto al cadáver se hubiera encontrado un pañuelo reconocido como perteneciente al reo, si este prueba que le había sido robado meses antes, y que, inclusive, había denunciado el robo. Y nada vale que el acusado haya sido visto en posesión del arma homicida, si de manera apodíctica prueba que esa arma fue encontrada por él en la calle el día siguiente al crimen, y que la recogió imprudentemente".

SECCION 10

FUNDAMENTO DIALECTICO DEL CONTRAINDICIO

Con el contraindicio se revela el carácter dialéctico del indicio. Con la teoría de los contraindicios se pone de manifiesto la dialéctica judicial. Se ha dicho que el derecho probatorio es lógica judicial. Habrá que agregar que también existe una dialéctica judicial en la teoría probatoria, que adquiere en el estudio del indicio, y que no se contrapone a aquella sino que la complementa.

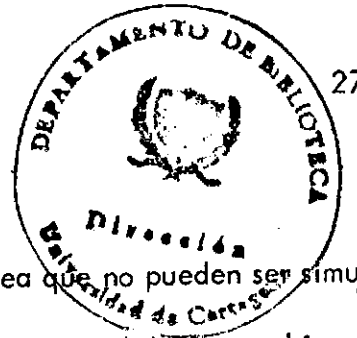
De la misma manera que los indicios durante el curso que tienen dentro del pro-

ceso penal pueden adquirir más tarde la calidad de contraindicios, ante la presencia de nuevos hechos, nuevas relaciones o nuevas inferencias, así también puede darse el caso contrario de que sean los contraindicios los que tomen luego forma de prueba de cargo, de indicios. Los hechos presentados como contrapueba, al no ser demostrados o al conducir a conclusiones contrarias a las perseguidas, pueden tornarse en indicios de cargo, o por lo menos robustecer la prueba probatoria de las pruebas positivas. Eso indica que a la prueba indiciaria hay que considerarla en función dinámica, y que los indicios pueden ser a la vez contraindicios, según su demostración y el enfoque que de ellos se haga, como resultado de nuevos vínculos, nuevos hechos, nuevas y diferentes inferencias lógicas.

Mentalmente en el indicio hay que advertir una clara y evidente unidad de contrarios, en constante lucha e interpenetración, de la cual debe salir un conocimiento purificado del hecho, con fuerza probatoria concluyente.

Desde el punto de vista probatorio, el proceso penal es aplicación de las reglas lógicas de la demostración. Pero la demostración, la búsqueda de la verdad, según las mismas reglas, va siempre acompañada de la refutación.

Como lo advierten los lógicos, tanto en la demostración como en la refutación se hace presente la ley de la contradicción; y en virtud de esta ley, la veracidad no



se otorga sino al juicio que haya sido demostrado . O sea que no pueden ser simultáneamente veraces el indicio y el contraindicio. Pero en virtud de sus cambios, de su desarrollo, el indicio refutado puede adquirir validez posterior, o el indicio demostrado dentro del plano de la probabilidad, puede posteriormente perder su eficacia probatoria en beneficio de un contraindicio.

Es del antagonismo propio de los aspectos contradictorios de todo hecho, de donde surge la verdad, y en ello radica el carácter dialéctico. Sólo conociendo los opuestos surge la verdad. Es del cotejo o confrontación de los indicios con los contraindicios como se deduce en el último término el valor de las pruebas de cargo. El juzgador debe pesar la fuerza demostrativa de las dos pruebas en colisión -tésis y antítesis -, para concluir una síntesis que le permita sacar airosa la afirmación acriminatoria, o tenerla por desvirtuada y considerar en su lugar la negación infirmativa.

SECCION 11

CONTRAINDICIO Y CARGA DE LA PRUEBA

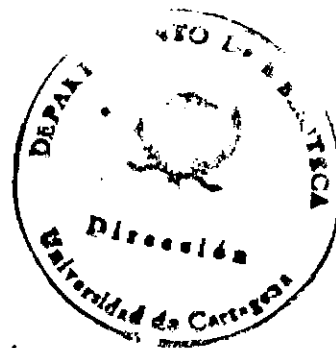
Antes de discurrir sobre éste punto, advierto que en materia probatoria penal, no existe la carga de la prueba, entendida como obligación, y que se trata de un problema afecto exclusivamente a la prueba civil, dado el dominio allí imperante

del principio dispositivo en sacrificio de la oficialidad.

El respaldo legal a este aserto es expreso. Los contraindicios pretender disculpar, eximir o extinguir la responsabilidad, y el Art. 335 del C. P. P. ordena que funcionario instructor investigue con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también los que lo eximan de ella, la estingan o atenuén.

Ha sido tendencia constante de la doctrina y aún de las legislaciones - tendencia que ya languidece -, la de aplicar la teoría probatoria civil al proceso penal. Es así como podría pensarse que por ser el contraindicio un indicio negativo, a este deben aplicarse las reglas que estatuye el derecho civil sobre carga de la prueba de las proposiciones negativas. Aquel estatuto distingue entre proposiciones negativas absolutas - que eximen de prueba en virtud de su carácter indefinido - y proposiciones negativas relativas, las que deben probarse por ser definidas, por determinar una afirmación.

Sin embargo, si bien es cierto que los contraindicios son en la práctica negaciones definidas que suponen hechos positivos, para ellos no hay traslado de la carga probatoria en el sentido romano que se aplica en materia civil, ya que no existiendo carga en materia penal (en el sentido civilista de la expresión), mal puede haber



traslado.

De suerte que si el sindicato alega hechos en su defensa, ellos que son negativos o contraindicios, no rompen el principio general de que es el Estado el que debe investigarlos con igual celo e imparcialidad. No hay aquí traslado de carga probatoria alguna - del Estado al sindicato -, no hay para este el peso probatorio entendido en la forma en que lo prescribe como obligación el derecho civil. Habrá, eso sí, un interés personal del sindicato en colaborar con la justicia, entre otras cosas, para obtener la demostración de los hechos que alega, ya que sin ella, ni las premisas ni las conclusiones adquieren validez.

SECCION 12

EXIGENCIAS AL CONTRAINDICIO

Por cuanto el contraindicio, dada su calidad de refutación o de antítesis, puede adquirir la condición de fuente de donde se deriva la certeza o el conocimiento probable, debe hacersele iguales exigencias en el orden lógico demostrativo que las que se formulan de los indicios. Así como se exige la prueba en que se apoya el hecho indicador - por mandato del Art. 235 del C. de P. P. - , así también debe exigirse la prueba del hecho contraindicador. Se trata de un mandato legal que se apoya en una exigencia lógica; el indicio, y por lo tanto el contraindicio,

és un silogismo cuya conclusión resulta válida si son válidas sus premisas.

De la misma manera, los contraindicios que se refieren a un solo hecho solamente constituyen un contraindicio, Es la aplicación correspondiente a la exigencia del Art. 234 del C. de P.P., para el cual " los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio".



CAPITULO SEGUNDO

SECCION I

BUSQUEDA DE HECHOS INDICADORES

El proceso penal, especialmente en su etapa sumarial, no es sino una constante búsqueda de hechos indicadores, indicantes y contraindicantes. Como dice FERRI en sus Principios de Derecho Criminal, la noticia de un delito conmueve, por una parte, a la conciencia pública y, por otra, pone en movimiento a la justicia penal. Ese movimiento no es sino búsqueda de las pruebas materiales y personales del delito, de la autoría y la responsabilidad. De los hechos indicadores y contraindicadores, en una palabra.

Es así como en la legislación nacional, en el Art. 319 del C. de P. P., se ordena al funcionario instructor dictar auto cabeza de proceso cuando reciba la notitia criminis, sea por denuncia o por oficioso deber; como, además, después de citada tal providencia, le ordena principiar la investigación examinando personal y prolijamente los rastros de la infracción, según prescribe el Art. 333, ibídem; y como, también, el Art. 334 le manda practicar todas las investigaciones necesarias al esclarecimiento de los hechos, entre las cuales se cuentan las relativas a las circuns

tancias de lugar, tiempo y modo como se realizó la infracción, la conducta anterior del sindicado, sus condiciones de vida y personalidad, los motivos determinantes, etc.

En esta labor indagadora, en ese recorrido histórico retrospectivo que debe hacer el funcionario, debe examinar, según el delito, hechos y datos y circunstancias tales como las huellas o rastros de la acción personal y física del delincuente; las relaciones de amistad o enemistad existentes entre víctima y victimario y otras personas; el estado en que se encuentran los bienes o las personas cuando se trata de delitos contra la propiedad o contra la vida y la integridad; la dirección, número y ubicación de las heridas, en éste último caso, así como la clase, idoneidad y estado del arma empleada; cuales fueron los actos preparatorios del reato, en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, etc.

Desde luego cada delito, según su especie y sus modalidades, va dando la posibilidad de encontrar hechos indicadores y contraindicios, de donde resulta que el campo de acción de estos es muy extenso y complejo. Extenso, porque abarca todas las etapas del iter criminis y en ocasiones se extienden a épocas y lugares más remotos; y complejo, porque comprende no sólo circunstancias objetivas, perceptibles por los sentidos, sino circunstancias, datos y argumentos de carácter subjetivo, moral o intelectual. Además, el cuerpo del delito ofrece un amplio

campo indiciario.

Esa vastedad del campo de acción en donde se mueven los indicios la expresa MITTERMAIER en los siguientes términos: "En una palabra: los indicios versan sobre el hecho o sobre su agente criminal, o sobre la manera como se realizó. Atendida su naturaleza, y según su mismo nombre lo expresa (index), el indicio es, por decirlo así, el dedo que señala un objeto, contiene en sí mismo un hecho diferente, si es aislado; pero que al momento adquiere gran importancia cuando el juez ve que tiene conexión con otro".

Más sintéticamente lo expresa MANZINI: "Cualquier circunstancia, de orden físico o síquico, puede tener un valor indiciante cuando exista dicha relación lógica entre ella y el hecho a probar".

Los hechos indicadores no se encuentran simplemente en la inspección ocular; también están en todos los medios probatorios, en las llamadas pruebas directas.

Así se tiene, por ejemplo, que los testigos, con su declaración, hacen historia, reconstruyen el camino de los hechos. En cada declaración testifical hay una serie de datos, de signos, de relaciones, de situaciones, de circunstancias, que si son demostradas y de ellas se hacen inferencias lógicas que conduzcan al hecho investigado,

constituirán indicantes. Caso análogo acontece con la confesión, con el dictámen parcial, con la prueba literal. Como sucede con la diligencia de inspección judicial, son esos datos, huellas, informes, circunstancias, y no el acta de la diligencia en sí misma, los que constituyen hechos indicadores.

SECCION 2

CADA INDICIO TIENE SU HISTORIA

Confirman lo anterior, los efectos que se deducen de la vida propia que tiene cada hecho indicador. Cada indicante tiene su historia. Y como todo hecho, con vida, tiene su aspecto estático y su aspecto dinámico. El indicio es inerte, carece de significado en relación con el caso sub iudice, en su condición estática; es un hecho inadvertido, intrascendente, cuando aún no ha sido incorporado al proceso, analizado y pesado. En realidad, en este estado no es todavía verdadero indicio: le falta la comprobación y la vinculación al proceso. Cuando esto ocurre, el indicio toma vida, nace a la vida probatoria, aunque inicialmente con valor condicional o relativo. Son, entonces, la inteligencia, prespicacia, actividad y juicio del instructor y del juez, las que lo ponen en marcha. Cada hecho indicador tiene su marcha. Por lo mismo, hay que tomarlo dialécticamente. Cada hecho indicante es un efecto que procede de una causa, necesariamente, y que a la vez ha generado efectos, es decir, es una causa. Como hechos que son, con ellos se cumplen dos de los axiomas de la causación: lo que sucede tiene una causa; y

toda causa es el efecto de una causa anterior, todo efecto es la causa de un efecto posterior.

Por otro lado, a veces los hechos indicadores se nos presentan como efectos, y en otras ocasiones, como causas. Entonces es conveniente tener en cuenta este doble estado de causa y efecto.

Así, por ejemplo, una mancha de sangre encontrada en el vestido del victimario y que corresponde a la víctima, se nos presenta como un hecho -efecto. De la misma clase será la fuga, cuando es indicio, porque en ocasiones no tiene esa calidad. En cambio, la enemistad anterior entre sindicato y víctima es indicio-causa, como lo son las amenazas previas, la indigencia, etc.

Por una parte, como es preciso comprender al hecho indicador, si este efecto debe indagarse por su causa; y si es causa debe relacionarse con su efecto. Pero, además sea causa o sea efecto, debe vincularse con el hecho investigado, integrarse en el proceso global. Este resulta ser así una síntesis de causas y de efectos que confluyen y se entrelazan.

SECCION 3

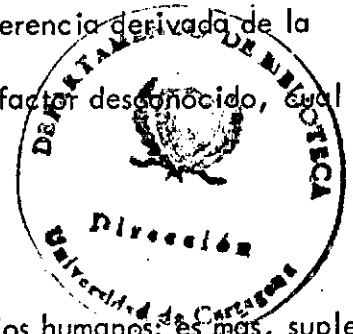
UTILIDAD E IMPORTANCIA DEL INDICIO

En lo penal, la prueba de indicios es de necesidad y utilidad innegables. Con razón se ha dicho que sin ellos habría que borrar del Código varios delitos, porque serían indemostrables. Es obvio, porque de los actos civiles el acreedor suele tener el cuidado de asegurar previa o coetáneamente la prueba, mientras que los delitos se generan en la sombra.

Uno de los méritos indudables de esta clase de pruebas es su objetividad absoluta: las cosas son cosas, los hechos son hechos, y estos, como es sabido, son tozudos. Las huellas del delito, las señales de lucha en la persona sospechosa, la mancha de sangre en su vestido, unos cabellos en la agarrotada mano del muerto, son, indudablemente, pruebas objetivas, capaces de influir decisivamente en el resultado del proceso; precisamente en esa objetividad de las cosas estriba su gran poderío como prueba, como fuente de la convicción judicial.

También en materia civil tiene ese medio probatorio importante aplicación. Así, por ejemplo, para demostrar la simulación en los contratos debe apelarse a hechos indicadores tales como las relaciones entre los contratantes, sus condiciones económicas, las modalidades del contrato (precio mezquino, reserva de posesión, etc.) Asimismo anoto que la jurisprudencia colombiana ha subrayado la importancia y utilidad de la prueba indiciaria:

"Dentro del nuevo C. de P.P., la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material, y en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia derivada de la naturaleza de las cosas se llega al conocimiento de otro factor desconocido, cual es el de la responsabilidad del autor.



"En la prueba indiciaria pueden y deben basarse los juicios humanos; es más, suple ventajosamente otra clase de prueba porque no está sujeta, como la de testigos, por ejemplo, que es la más frecuente en los juicios criminales, al influjo de pasiones o intereses que pueden tergiversar la realidad".

La jurisprudencia anterior es de Marzo 7 y Julio 23 de 1.946.

Finalmente, a propósito de la utilidad e importancia indiciaria, debo aludir a la oportunidad en que se hace uso de los valores probatorios que expresa. Destaco dos aspectos: a) la prueba por concurso de indicios tiene operancia en la sentencia; pero, además, existen ocasiones en las cuales los indicios, ya no en concurso sino aisladamente considerados, son requeridos por la ley: tales los casos en que se va a dictar auto de detención preventiva o de enjuiciamiento; b) la prueba

indiciaria en materia penal carece de las restricciones que le señala la ley civil de algunas legislaciones extranjeras, no así la nacional.

SECCION 4

ELEMENTOS DEL INDICIO

Los elementos del indicio implica a cuantas y cuales son sus partes. Si " el indicio es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho;" como dice el texto legal, tenemos que en todo indicio se encuentran reunidos tres elementos:

- a) Un hecho conocido, llamado también indicio, o hecho indicador, o hecho indicante, o hecho accesorio, o causa.
- b) Un hecho desconocido, que se pretende conocer (delito, autoría, responsabilidad), llamado también hecho principal, o hecho indicado, o efecto.
- c) Una inferencia lógica, o razonamiento por medio del cual, partiendo del hecho conocido, concluimos, con probabilidad unas veces, con certeza otras, cuál es el desconocido.

En lo civil, el hecho desconocido puede ser un derecho. También en lo penal, como cuando se trata de contraindicios destinados a acreditar eximentes o atenuantes de

responsabilidad; pero en tal caso se basa igualmente en hechos



SECCION 5

ESTRUCTURA LOGICA DEL INDICIO

Cada verdadero indicio implica una operación lógica, la elaboración de varios juicios preliminares y otro de conclusión:

Lógicamente, el hecho indicador se expresa en uno de esos juicios previos (premisa menor). El juzgador partiendo de este y de la premisa mayor, llega a la conclusión mediante un razonamiento. De suerte que si al razonamiento se le ha tenido como " la operación discursiva por medio de la cual obtenemos un conocimiento nuevo, inferido, partiendo de otro conocimiento ", es preciso considerar que la vida de un indicio es la vida de un razonamiento. En el razonamiento, como en el indicio, hay dos premisas y una conclusión, mediante una operación de inferencia lógica. Un conocimiento inicial, otro inferido, y una regla de razonamiento.

El conocido aparece por medio de la llamada prueba directa, de ordinario: así, en una inspección ocular se pueden comprobar huellas, rastros, armas, manchas, circunstancias que viene a constituir hechos - indicadores - a los cuales se les

aplica la regla de razonamiento - la inferencia lógica - para encontrar los desconocidos (si hubo delito y en qué circunstancias fue cometido, y quienes son sus autores y cual es su responsabilidad).

Entre el hecho conocido y el desconocido, si hay indicio, debe existir una relación de causalidad, la que se expresa o establece con el auxilio de la inferencia lógica.

De suerte que la noción de indicio está atada de manera inmanente a la teoría de la causalidad. No puede hablarse de indicios sin dejar de ver en ellos una causa, su efecto, y la relación causal.

SECCION 6

CONDICIONES DEL HECHO INDICADOR

La doctrina - basada en los postulados de la lógica, y en razón de que el indicio como proceso es una aplicación de la deducción - ha dicho que la convicción indiciaria se funda en un silogismo, que es, simplemente, una inferencia mediata.

Raciocinar, nos dice la lógica, es relacionar juicios, pasar de los principios a las conclusiones. Cuando las verdades las conocemos inmediatamente, tenemos los

principios, cuando las conocemos mediatamente, apelando a las inmediatas, que nos sirven de intermediarias, tenemos las conclusiones. El raciocinio en las mediatas se realiza por medio de la argumentación. Esta, a su vez, adopta varias formas, y una de ellas es el silogismo.

Por lo mismo, el silogismo es una argumentación que consta de tres proposiciones, dispuestas de tal modo que de la relación de las dos primeras se sigue necesariamente la tercera. Esas proposiciones o juicios son dos antecedentes, que suelen llamarse premisas y una conclusión.

El silogismo tiene, pues, las mismas proposiciones, la misma estructura del indicio: hecho indicador (que es el hecho concreto) y ley general (que es fundada en la experiencia o en el sentido común, y es abstracta) - que son las premisas -, y una conclusión, mediante el proceso analógico y deductivo, que es un juicio sobre el hecho desconocido o indicado.

Para ilustrar lo anteriormente expuesto, he tomado un ejemplo que da MANZINI en su insigne obra:

Premisa Mayor: De ordinario, el que sale clandestinamente y de noche de una casa ajena con un saco a la espalda, ha cometido un hurto.

Premisa Menor: Al imputado se le vio salir clandestinamente con un saco a la espalda de la casa y durante la noche en que se cometió el hurto.

Conclusión: Luego el imputado está indiciado como autor del hurto cometido aquella noche en aquella casa.

Como se ve, se parte de lo conocido, concreto y cierto, en su relación con lo general y abstracto, para obtener una conclusión con certeza o probabilidad. Esto significa que si la premisa mayor es problemática, la premisa menor, o mejor, su hecho indicador, debe estar probada de hecho, y probada judicialmente, por prueba directa. Partimos de lo cierto para convertir igualmente en cierto a lo que es dudoso o ignorado.

Primera condición del indicio es, entonces, la de que debe estar probado judicialmente su hecho indicador. Y probado plenamente, como lo ordena el Art. 235 del C. de P. P.: Art. 235 - Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente.

SECCION 7

PRUEBA DEL HECHO INDICADOR

Ya transcribí el Art. 235 del C. de P. P., según el cual el indicio (tomado como hecho indicador), para que sea tal, debe estar probado plenamente.

Es obvio que el indicio carece de valor si no es cierto y demostrado el hecho concreto - premisa menor o indicador - en que se funda. En el ejemplo de MANZINI que he transcrito, si no está demostrado que al sindicado se le vió salir de noche y clandestinamente con un saco a la espalda, la noche de autos y de la casa donde se cometió el ilícito, la conclusión no puede producirse, no puede darnos conocimiento alguno, ni siquiera en su grado de probabilidad. Con premisas inciertas sólo llegamos a conclusiones inciertas, y estaremos acutando dentro de un círculo vicioso que no proporciona conocimiento alguno. Primero tenemos que probar la premisa para construir sobre ella el razonamiento. Se puede decir, que la substancia del indicio se deriva de la substancia de la prueba.

CARRARA expresa con un elocuente ejemplo de aplicación judicial, la necesidad de cumplir con este requisito: "Un hermoso argumento para las declaraciones del acusado es, por ejemplo, el que pueden suministrar, en una acusación de homicidio, los vestidos manchados de sangre; pero se convierte en palabras vanas y artificiosas,

que revelan la ignorancia o la mala fe de quien lo emplea, cuando la defensa responde perentoriamente que esas manchas no son de sangre. Solamente después que el indicio esté irrefutablemente ligado a la prueba como hecho, se podrá discutir con utilidad su eficacia lógica como indicio".

Tres problemas surgen en relación con la demostración del hecho indicador: a) qué debe probarse; b) cómo deben o pueden probarse tales hechos; y c) qué grado de prueba (plena o semiplena) requiere el hecho indicador.

SECCION 8

QUE DEBE PROBARSE DEL HECHO INDICADOR

En el proceso pueden darse indicios tales como: Juan se fugó; Pedro tenía enemistad con la víctima; Luis había amenazado al occiso; en el vestido de Antonio se encontró una mancha de sangre del occiso; etc.. Si tales hechos indicadores se consideran desde el punto de vista lógico, se dirá que ellos son juicios. Ya he dicho que los hechos indicadores deben estar probados, luego habrá que saber qué se debe probar de cada juicio.

La lógica nos enseña que las estructuras del pensamiento son tres : el concepto,



el juicio y el razonamiento. El concepto es el pensamiento de las notas esenciales de un objeto. El juicio es un pensamiento en el que se afirma o se niega algo de algo. Todo juicio es necesariamente verdadero o falso. El razonamiento es una relación entre juicios; no es ni verdadero ni falso; es correcto o incorrecto.

Si lo que afirmamos o negamos de un objeto le pertenece realmente, el juicio será verdadero, y falso en el caso contrario. La lógica denomina cópula a ese nexo entre objeto y predicado, a la propiedad o impropiedad de lo atribuido a una cosa.

Por otra parte, si el predicado es una afirmación, el juicio será afirmativo, y negativo si es una negación. Así, diremos que de los indicios obtenemos juicios afirmativos, y negativos de los contraindicios; y que de la oposición de dos juicios, uno afirmativo y otro negativo, con identidad de objeto, de predicado y de tiempo, surgen los llamados juicios contradictorios. Es lo que acontece con la confrontación de un indicio con su contraindicio respectivo. En tal caso, solo uno es verdadero y el otro es falso, o ambos son falsos. No habrá contradicción si falta la identidad de objeto y de predicado en los dos juicios; si son emitidos en tiempos distintos, pueden ser ambos verdaderos o ambos falsos.

Como hay juicios de existencia, de propiedad y de relación, la demostración debe recaer sobre cada uno de esos caracteres. En los primeros, el algo que se afirma de algo es la existencia; en los segundos se afirma (o niega) que alguna propiedad le pertenece al objeto. En los terceros, lo que se afirma es cierta relación entre un objeto y el objeto del juicio. Como se ve, particularmente los dos últimos tipos de juicios intervienen en los juicios que expresan hechos indicadores.

Pero no basta demostrar la propiedad o la relación. Es preciso demostrar igualmente la cópula, el nexo entre el objeto y el predicado. O sea, todos los elementos del juicio.

De suerte que en los ejemplos que he dado, habrá que demostrar: no sólo la enemistad, sino que era de Pedro hacía la víctima; no sólo la fuga, sino que quien se fugó fué Juan; no sólo las amenazas, sino que ellas fueron de Luis para la víctima; no sólo la existencia de manchas de sangre, sino que ellas se encontraban en el vestido del sindicado y que correspondían a la sangre del occiso.

SECCION 9

COMO DEBEN PROBARSE LOS HECHOS INDICADORES

Los hechos indicadores se prueban generalmente utilizando los medios probatorios

llamados directos, o sean todos los autorizados por la ley a excepción de los mismos indicios y las presunciones, que son indirectos. Cuál es la razón para que se excluya el medio indiciario para demostrar la existencia de hechos indicadores?. Porque se parte de la base de que los indicios sólo conducen a la probabilidad, y se requiere la certeza que da la prueba directa. Si partiéramos de indicios demostrados por medio de otros indicios, se ha argumentado, tendríamos un círculo vicioso de probabilidad original y probabilidad final. En tales condiciones, por otra parte, si todas las pruebas se reducen al indicio, tendríamos que en las pruebas directas su función ordinaria sería probar simplemente a los hechos indicadores, y no el hecho desconocido (delito, autoría).

Esta tesis de exclusión de los indicios como prueba de los indicadores, ha sido sostenida insistentemente. CARRARA, por ejemplo, nos dice: "En efecto, antes de investigar, mediante artificio de raciocinio, si determinada circunstancia de hecho vale o no vale para alegar la culpabilidad, es necesario establecer si dicha circunstancia existe o no como verdad de hecho, y esta existencia no puede probarse sino por medio de alguna de las tres fuentes no artificiales. El mayor de los errores es probar un indicio mediante otro indicio, pues con este método perniciosísimo se construye una pirámide de sofismas.

Aclaro que las tres fuentes no artificiales (naturales) a que alude CARRARA, son los medios documental testifical y confesión, ya que este autor no admite sino cuatro medios, incluyendo a los indicios.

En el actual C. de P.P. no se excluyó expresamente al indicio como medio de prueba del hecho indicador. No puede decirse lo contrario alegando que exigió que la prueba sea plena, ya que sólo da prueba perfecta la prueba directa, pues también la da el concurso de indicios. En cambio, la exclusión expresa sí existe en el Código Judicial.

A pesar de estas reglas lógicas, hay que considerar aparte el caso del indicio necesario. Se le formula diciendo que este sí puede probar la existencia de otro indicio contingente, ya que aquel no da probabilidad sino certeza en atención al carácter unívoco de la relación causal. En nuestra ley se exige plena prueba del hecho indicador, y el indicio necesario le da esa prueba perfecta.

En la comisión redactora del actual C. de P.P., contra el criterio de los demás comisionados, el doctor RUEDA CONCHA, sostuvo que si se puede probar plenamente un indicio contingente con un indicio necesario: "La objeción propuesta de que en materia judicial no puede probarse un indicio con otro, es una objeción que se



repite todos los días, pero que carece por completo de fundamento. Por que esa objeción toma el indicio o conjetura. Es siempre un hecho. Un hecho que indica otro hecho. Los hechos se pueden probar con otros hechos? Sí, luego se puede probar un indicio con otro indicio, porque un hecho sepuede probar con otro hecho. Los indicios pueden perfectamente encontrarse escalonados en cuanto a la prueba. Uno va probando el otro. A eso se reduce todo.

"Pongo el caso del proceso contra el señor Arcadio Perdomo y Serrano por homicidio. El señor Reinaldo Matiz, que fue el muerto, cayó al suelo con un revólver empuñado, al cual le faltaba un proyectil. Este es el hecho A. Viene el segundo hecho: al señor Matiz se le encontró una perforación en el cráneo que, según el dictámen unánime de los médicos tenía que haberlo inmovilizado por completo e instantáneamente. He aquí el hecho B. Bien, el hecho A, por sí solo, nada prueba, como tampoco prueba nada, por sí solo, el hecho B; pero la coexistencia A-B prueba plenamente que el señor Matiz sacó y disparó un revólver antes de haber sido herido. Y este hecho, plenamente probado, que podemos llamar hecho C, a su vez es indicio necesario de legítima defensa".

Como ya lo dije, el indicio necesario puede ser simple o compuesto (llamado también concurso de indicios: C. de P.P., Art. 218). Sea plenamente a los hechos

indicadores de los indicios contingentes.

SECCION 10

GRADO DE PRUEBA DEL HECHO INDICADOR

Tanto el Art. 218 del C. de P.P. como el 235 del mismo estatuto, exigen que los hechos en que se apoyen los indicios, es decir, los hechos indicadores, deben estar demostrados plenamente:

Art. 235.- Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente.

Sin embargo, cabe la pregunta: la prueba del hecho indicador debe ser plena, como lo exige nuestra ley nacional, o hasta la prueba imperfecta?

Hay que tener presente que lo que exige la ley colombiana no es la prueba directa del hecho indicador (que puede ser plena o semiplena), sino la prueba perfecta (sea directa o indirecta).

De suerte que exigir el grado de prueba perfecta para el hecho indicador, es pedir

que su demostración se haga por medio de prueba directa, cuando esta sea perfecta, o por medio de indicios necesarios, en tanto que aceptar el grado de imperfecta es predicar que el indicio contingente - su hecho indicador - puede probarse con prueba directa semiplena o con otro indicio igualmente probable.

De lo anterior se deducen algunas consecuencias prácticas: a) en materia criminal, un documento privado no reconocido, según el Art. 262 del C. de P.P., puede no ser prueba plena, a pesar de ser prueba directa: no podría probar plenamente un hecho indicador con tal documento. También la confesión es prueba imperfecta, si se presenta prueba en contrario, como dice el Art. 264, a pesar de ser prueba directa: tampoco podría probar plenamente un hecho indicador con ella. Igualmente el dictámen pericial puede no ser prueba perfecta, según el mandato del Art. 278 del C. de P.P., a pesar de ser prueba directa: tampoco podría probarse plenamente un hecho indicador con esa prueba.

Entonces, si aceptamos el sentido literal de los Arts. 235 y 218, al utilizar esos tipos de pruebas (en los casos en que son imperfectas) para la demostración de los hechos indicadores, como no tiene eficacia plena se quedarían en tales casos sin estimación procesal los hechos indicadores, pues solamente adquieren calidad de

indicios aquellos cuyos hechos han sido demostrados en forma completa. b) Además se ha alegado que hay hechos indicadores que no son susceptibles de comprobación por medio de prueba directa plena.. Tal es el caso de los que no tienen carácter permanente, que por lo mismo no suelen dejar vestigios materiales. Si el hecho fue efímero, es posible que no pueda acreditar su existencia en sí misma con una inspección ocular o con cualquiera otro medio de prueba directa completa. Sin embargo, el hecho existió y puede demostrarse su existencia, aunque imperfectamente, con prueba directa incompleta o indiciaria contingente. Si no aceptamos la prueba imperfecta, como en el caso anterior, esos hechos no tendrían ocasión de ser considerados, de dar eficacia probatoria.

Habrá que decir que no siempre es posible obtener la prueba directa, y que no siempre es posible obtener la prueba plena. Pero, según eso, en ocasiones debe bastar la incompleta, aún cuando los resultados no sean idénticos?. Es decir, que la prueba, en ocasiones por lo menos, debe ser suficiente y no completa, exigiéndose esta apenas para cuando sea posible obtenerla?.

ELLERO es de los primeros en aceptar la prueba imperfecta como bastante, para probar un hecho indicador, según se deduce de la definición que da de indicio: "... en mi opinión, el indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imper



fectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. La perfección o imperfección externa o interna de la prueba no entra, pues, en la esencia del indicio; lo principal es la inferencia, o mejor, "la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido".

Por qué bastaría la imperfecta, desde el punto de vista lógico?. No pude encontrar los argumentos con que posiblemente sostuvo su tesis.

El tratadista colombiano ALZATE NOREÑA, acoge la tesis de ELLERO, diciendo que el término "plenamente probado" que exige la ley, está mal empleado, porque si hubiera querido exigir la prueba plena para todo los indicios, le bastaba decir que "deben ser probados plenamente por pruebas directas". Después agrega: " y aseveramos que esto es así, porque de no serlo, muchos hechos que no alcanzan a obtener su comprobación por prueba directa plena, quedarían sin el valor de indicios, fuera de estos, lo cual pugnaría con la lógica jurídica. Los tratadistas enseñan que el indicio debe estar suficientemente probado, y esto está bien, si ello se entiende, no en el sentido de pleno que exige nuestra ley, sino en el de que, para algunos de ellos, aparezca determinada más o menos claramente su existencia. Por eso acogemos, porque nos parece correcta, la definición que de indicio da ELLERO".

Concluye que cuando consistan en circunstancias materiales permanentes, debe probarse con prueba directa plena, y cuando no sean permanentes, no siempre requieren comprobación plena con prueba directa.

A pesar de mis incipientes estudios de Derecho Probatorio, debido por una parte a la virginidad jurídica que en esta materia poseo, y a las superficiales investigaciones que he hecho al respecto, me osaría a no compatir la tésis de los conspicuos y sublimes tratadistas antes mencionados, e inclinarme por el criterio de otro insigne maestro de la prueba judicial, GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ. Son sus palabras: " En primer lugar, fuera de ELLERO, todos los tratadistas exigen la prueba plena del hecho indicador. En segundo lugar, no entendemos por qué pugna con la lógica jurídica que se queden sin valor de indicios aquellos hechos que no alcancen la plenitud probatoria, pues la lógica jurídica no puede ser distinta de la lógica filosófica. En tercer lugar, cuál sería el valor demostrativo de las conclusiones apoyadas en hechos cuya existencia está más o menos determinada, como lo considera suficientemente ALZATE NOREÑA? . Creemos que su error consiste en no aceptar que los hechos indicadores son susceptibles de ser probados plenamente por medio de indicios necesarios, así se trate de delitos facti transeuntis".

CAPITULO TERCERO

SECCION I

LA SOSPECHA

El tema anterior nos conduce al problema de la sospecha en la teoría probatoria.

La sospecha, o conjetura, como a veces se le ha llamado, ha sido identificada con el indicio cuando en realidad corresponden a dos grados diferentes de la investigación, a dos estados del conocimiento, a dos etapas distintas dentro del proceso probatorio. La falta de identidad de la norma positiva con las reglas de la lógica, presumiblemente hizo posible esa confusión. Es así como, por ejemplo, las partidas españolas llamaron prueba por señales, o por sospechas, a los indicios. Y la presunción la asimilaron a la gran sospecha.

La distinción entre indicio y sospecha no es simplemente extrínseca, sino intrínseca.

La noción de sospecha afecta tanto a la prueba de la existencia del hecho indicador,

como al proceso discursivo, al juicio o conclusión. Es una doble vinculación que se entrelaza, porque es claro que la clase de prueba de las premisas incide sobre la índole de la conclusión, dando unas veces sospecha y otras indicio.

En relación con la prueba del hecho indicador, tenemos: si digo, por ejemplo, que posiblemente el arma que se utilizó para cometer el delito es de propiedad del sindicato, estoy mencionando un hecho indicador que apenas es posible. Es posible, porque hay imperfección en la demostración, en la prueba. Estoy concluyendo por medio de intuición, por la simple observación del arma encontrada al pie de la víctima al practicar la inspección ocular, o porque así lo supuso un testigo, suposición que yo repito. Como no hay prueba plena de esa propiedad en cabeza del sindicato, no hay indicio sino suposición o sospecha. En este caso, la sospecha recae inicialmente sobre la propiedad, sobre el hecho en sí mismo.

En relación con la conclusión se tiene: con el anterior ejemplo, la conclusión misma es una sospecha, igualmente, porque está basada en una suposición, porque no afirmo indiscutiblemente que el arma sea de propiedad del sindicato: porque para llegar a la conclusión no utilicé el raciocinio, sino la intuición. Mi apreciación es subjetiva, sin respaldo en lo objetivo.

Todo indicio es proceso discursivo, y por lo mismo es explicación. Toda explicación tiene como presupuestos a enunciados previos de los cuales se infiere algo. La simple observación nada me explica, sólo me permite intuir, no raciocinar. Para entrar al terreno de la explicación debo fundamentar, sentar premisas. Debo recorrer todas las etapas del método: observación, hipótesis, experimentación. La verdadera hipótesis es susceptible de ser sometida a prueba: en el ejemplo dado, simplemente he observado y he formulado la hipótesis, pero no la he demostrado; no he confirmado que el arma sea efectivamente de propiedad del sindicato. Todo método científico tiene una fase indagadora, otra demostrativa y una más expositiva, y en el ejemplo propuesto me he limitado a la primera.

El indicio, como conclusión deductiva que es, constituye asimismo una explicación suficiente, y por ello razonada. Para que en el ejemplo propuesto se llegue al indicio, es preciso explicarme suficientemente por qué el arma es del sindicato.

El indicio no es un hecho aislado, sino una relación entre sujeto, objeto y predicado, como juicio concluyente que es la sospecha sólo produce un grado de conocimiento equivalente a la duda, en tanto que el indicio conduce a la probabilidad o a la certeza, según el caso. Aquella apenas proporciona duda porque no descarta la imposibilidad. Aparecido el nexo causal, se produce la contingencia, que descarta la imposibilidad, y abre el campo a la probabilidad. Y la duda no es conocimiento suficiente para determinar ningún grado de responsabilidad, por eso se la excluye



como indicio, y por lo mismo no puede ser fundamento para detener preventivamente y muchos menos enjuiciar.

La sospecha por lo tanto, es explicación anticipada, hecha antes de haber agotado la investigación o demostración. Es por eso más subjetiva que objetiva, más producto de intuición que de razonamiento. La sola intuición no nos da conocimiento en su acepción de explicación suficiente, sino que requiere del razonamiento.

Aceptar la sospecha como prueba resulta así ser simple intuicionismo. Aceptar el simple razonamiento sin respaldo en la experiencia, es simple intelectualismo. En cambio, el auténtico indicio es razonamiento que se apoya en la intuición. La sospecha es intuicionismo puro, o intelectualismo puro.

Desde luego, también los hechos no comprobados plenamente sino apenas observados o intuídos, tienen utilidad para el proceso penal, la misma que tienen las hipótesis: despiertan el interés del investigador, contribuyen a orientar la actividad indagadora y demostrativa, y originan controversias que a la vez conducen al afán de la comprobación. Es obligado partir de los hechos en estado bruto, de las sospechas, para llegar a los indicios.

En Casación de agosto 3 de 1.945, la C. S. J. derogado puntualizó lo siguiente al

respecto:

" El indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria. Y no será indicio que pruebe responsabilidad el que necesita, para valer como tal, de la apreciación subjetiva del juzgador, porque en tal caso todas las contingencias y sucesos allegados a la vida de un proceso, estarían sometidos, sin lógica ni sana exégesis legal, al arbitrio de las diferentes subjetividades de los varios juzgadores del proceso .

El hecho que se toma como indicio incriminatorio por la sola interpretación subjetiva del juzgador, no es un indicio sino una sospecha y las sospechas no pueden tener jamás fuerza de responsabilidad sino en el caso de que - entonces se convertirían en indicios - en el plano subjetivo tengan estructuras de hechos nítidos, los cuales, en juego con otras pruebas, demuestren una relación de causalidad con el acto delictuoso".

SECCION 2

EL INDICIO ES UN PROCESO LOGICO - DIALECTICO

De las varias acepciones que de indicio existen, y a que me referí en el tema pertinente, dos debo recordar: la de indicio como prueba y la de indicio como medio de prueba. Bien puedo decir, insistiendo en mi poca versación en materia de prueba, que es la misma distinción que hay entre hecho indicador e indicio.

Entre el hecho y el medio o modo para probarlo; entre la res probandae " hechos o circunstancias sujeto a prueba" y la res probantes " modo de demostrarlo".

Ya trate en puntos anteriores de la primera de estas acepciones, del hecho indicador, que es a la vez uno de los elementos del indicio, entendido como medio. Ahora me ocuparé del indicio como proceso probatorio, como método para probar, como proceso mental y lógico.

En el indicio se encuentra un silógismo. Las premisas que constituyen los antecedentes de este silogismo son juicio, entendidos desde el aspecto lógico; si con el indicio pretendemos encontrar certeza o probabilidad, tendremos que el indicio es una operación discursiva, lógica, y por lo mismo subjetiva, al rigor de la cual están sometidos, en un último término, todos los medios de prueba.

Esa identidad entre la teoría del conocimiento y la teoría de la prueba, condujo a la afirmación de que esta última no es sino lógica judicial.

Sin embargo, como ya lo afirmé, la teoría de la prueba es también dialéctica judicial. Efectivamente, como se pone de manifiesto en particular con la doctrina del indicio, la teoría de la prueba, es en sustancia, un proceso del pensamiento, del razonamiento. O mejor, sus principios son también los de la lógica formal. Es

eso, y algo más. Porque la vida de la prueba no se desenvuelve exclusivamente dentro de un terreno abstracto, como exclusivamente abstracto es el de la lógica. La teoría de la prueba aplica los conceptos, principios y reglas abstractos de la lógica, a relaciones, situaciones y circunstancias concretas, pues las pruebas son hechos, y como tales, tienen un contenido material que se da o se encuentra en la naturaleza y en las acciones humanas. Y como, además, es aquí donde se encuentran, no sólo tienen un carácter estático sino también dinámico. Las pruebas son hechos, y por lo tanto relacionan,

También la prueba como hecho que es, tiene su vida, actividad, su trayectoria histórica. Tiene su gestación, su nacimiento, su desarrollo, su relaciones con los demás hechos. Es una vida que esta en relación, en acción recíproca y antogonismo constante con otros hechos.

Todo indicio lleva su propia contradicción. La vida de la prueba se desenvuelve, entonces, dialécticamente.

Debe decirse, concluyendo, que la teoría probatoria es abstracta - concreta, y además, estático - dinámica y lógico - dialéctica. Por ello es que no bastan los principios de la lógica formal, sino que es imprescindible acudir a la lógica dialéctica.



SECCION 3

EL RAZONAMIENTO INDICIARIO

Alguien dijo que el hombre se distingue del topo en que, antes de concluir, diseña los planos. El acerto tiene sus fundamentos científicos: para llegar a un objetivo " que en el caso del indicio es adquirir un conocimiento", el hombre sigue un camino, un procedimiento de trabajo. Si el diseño es racional, ajustado a las reglas de la lógica, organizado, se está en presencia de un método.

Método es el conjunto de los procedimientos para obtener un fin.

Desde luego, a ese derrotero debe agregársele imaginación, juicio, inteligencia, conocimientos previos para alcanzar el conocimiento que se busca, para obtener la verdad. Pero aún sin esas adiciones, el método protege del error.

Aunque el método científico no es sino uno, cada ciencia en particular le da cierta modalidad. Por lo mismo, la metodología es basta y completa.

El método científico (y con él la teoría de la inferencia) ha tenido un desarrollo histórico, que sigue la misma trayectoria que ha tenido el progreso científico. Ese desarrollo histórico del método abarca tres etapas fundamentales, cada una de las

cuales representa un complemento y, en cierta medida, una antítesis de la anterior. Ellas son la de la lógica deductiva, la de la lógica inductiva y la de lógica dialéctica, representadas principalmente por ARISTOTELES, BACON, HEGEL y MARX.

El método científico no es privilegio de los científicos profesionales. Procede científicamente todo aquel que sigue el esquema general de razonar partiendo de datos para llegar a conclusiones que puedan ser sometidas a prueba experimental.

Es así como en desarrollo de esa evolución histórica del método - en aplicación de ella -, del proceso indiciario se ha dicho, primero, que es un proceso lógico deductivo; luego, que es inductivo, y ahora se afirma que es inductivo - deductivo.

Igualmente se explica que al indicio se lo haya definido - en la ley y en la doctrina - como una deducción, en ocasiones; como inducción posteriormente, y ahora puede y debe tenersele como una inducción - deducción.

Como deducción, toma CARNELUTTI, por ejemplo, a la prueba indiciaria: " La búsqueda del hecho a probar, no percibido mediante el hecho diverso percibido por el juez, tiene lugar precisamente mediante un procedimiento lógico de deducción".



71
64

Como inducción lo toma BONNIER, cuando dice: " La inducción es siempre, en el fondo, el procedimiento empleado, según hemos reconocido, en las pruebas propiamente dichas, lo mismo que en las presunciones".

En el mismo sentido se expresa MANZINI: " El indicio es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia o inexistencia de un hecho a probar".

ELLERO, y otros autores se pronuncian en igual sentido .

En el C. de P.P. , Art. , solamente se dijo que se entiende por indicio un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, No se dijo si la inferencia era deductiva o inductiva, Se tomó la norma general, que el doctor RUEDA CONCHA expresó así en la Comisión redactora: "Pero es que la inferencia lógica puede tener muchos grados, según sea más o menos probable. Lógicamente quiere decir que se hace mediante una operación de la mente. Ahora bien: esta operación puede conducir o a la certeza o a la probabilidad."

Se tiene en síntesis, que el razonamiento es " la operación discursiva por medio de la cual obtenemos un conocimiento nuevo, inferido, partiendo de otro conocimiento".

Para llegar al conocimiento nuevo partiendo del antecedente, recorreremos intelectual

mente una trayectoria, que es la inferencia lógica. Esa trayectoria, esa inferencia, es lógica, porque es metódica. Y ese método puede ser deductivo, inductivo o dialéctico.

SECCION 4

LA INFERENCIA INDICIARIA ES INDUCTIVO-DEDUCTIVA

He llegado a uno de los puntos de mi tesis que yo he denominado el clímax del proceso indiciario. Es tan importante este punto, que el profesor de Derecho Probatorio, del cual aprovecho la oportunidad para rendirle un homenaje de admiración y de respeto, doctor Carlos Villalba Bustillo, tuvo un intercambio de impresiones y de criterios al respecto con mi persona. Recalco, que al final de ese intercambio, su brillante e inmarcesible inteligencia y poder de convicción hizo debelar mis pocos argumentos y mi osadía de abogado en embrión.

El profesor sostenía, que la inferencia indiciaria es inductivo - deductiva. Mi persona, sostenía, que era una inferencia analógica, fundamentándome en la tesis de DELLEPIANE .

Aprovecho la oportunidad para consignar ambas tesis y el oportuno lector, dirá la última palabra, es decir, cual de los dos, entre el docto Villalba Bustillo, el

ilustre contrincante, y mi persona, tenían la razón. Veamos: el razonamiento indiciario es inductivo, o es deductivo, o se trata de una inferencia analógica?

Desde hace mucho tiempo se ha advertido que entre inducción y deducción no hay una diferencia esencial. BONNIER, por ejemplo, sin ser dialéctico, manifiesta que la inducción no difiere, en el fondo, de la deducción, puesto que ella misma se apoya en un silogismo.

Por otra parte, la lógica dialéctica enseña dos cosas:

1. Entre la deducción y la inducción se tiene un conflicto permanente. La inducción se opone a la deducción y, a su vez, la deducción es contraria a la inducción.
2. Entre las inferencias inductivas y las deductivas existen una correspondencia recíproca tan estrecha como la que se tiene entre síntesis y análisis. Lo que se concluye deductivamente sirve de punto de partida para inferencias inductivas, y, recíprocamente, la inferencia deductiva está condicionada por la conclusión inductiva que le sirve de base.

O sea que ni la inducción ni la deducción predominan en el razonamiento; se contraponen pero se auxilian mutuamente, sustancial y recíprocamente,

Como en toda inferencia indiciaria se va de la regla de experiencia al caso parti-

cular, como utilizamos un silógismo, como partimos de premisas para llegar a una conclusión, debe deducirse que siempre sigue la trayectoria deductiva. Sin embargo, no es una deducción pura, ajena a las demás formas de razonamiento. Su premisa mayor es una generalidad, una regla de experiencia, y como tal, es la conclusión de un proceso inductivo. Para llegar a esa conclusión hubo necesidad, a la vez, de apelar a casos particulares, comparándolos analógicamente, sobre todo si se trata de una inducción incompleta. La relación entre la premisa mayor y la menor del silogismo indiciario, es, en cierta forma, una analogía, aunque bien se trata de una aplicación del caso de la ley.

Se tiene, en definitiva, que la inferencia indiciaria es una síntesis racional y dialéctica, de la conclusión deductiva producida en su conflicto con la inducción previa, en la cual se apoya, sin que la analogía sea indiferente sino punto de apoyo para la inducción como para deducción. Es un proceso inductivo-deductivo.

SECCION 5

LA TESIS DE DELLEPIANE

Este autor dice que el razonamiento propio del proceso indiciario no es estrictamente una deducción ni una inducción, sino una inferencia analógica. Son sus palabras: Trátase de una inducción, como lo sostiene insistentemente LOPEZ MORENO en su obra citada; o de una deducción pura, como otros autores lo afirman?. Ningun

na de estas opiniones es en un todo exacta y ambas conyienen, sin embargo, algo de verdad. Al decir LOPEZ MORENO que el procedimiento empleado en la prueba indiciaria es la inducción, olvida el distinguido tratadista que esta concluye de lo particular a lo general, que va del caso o casos a la ley. Ahora bien, en la inferencia indiciaria se va de la ley o de las leyes al caso: el camino seguido es precisamente el inverso de la inducción. Se trata entonces de una deducción, dado que esta concluye de la ley al caso, de lo general a lo particular. Pero no sería tampoco exacto decir que la inferencia indiciaria es siempre una deducción rigurosa. En la mayor parte de los casos ella es sólo una inferencia analógica puesto que consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa".

He aquí las dos tesis, querido lector. Usted dirá la última palabra, e inclinará la balanza de la victoria a favor del profesor o a favor mío.

Después del intercambio de impresiones que sostuve con el profesor, me puse a investigar al respecto y he concluído, que no es exacto decir que la inferencia indiciaria es analógica, puesto que consiste en una deducción que se apoya en una inducción previa. En otras palabras, es exacto que el proceso indiciario es deductivo-inductivo, pero por serlo no es inferencia analógica.

En efecto, recuerdo que en la inducción se va del caso a la ley; en la deducción,

de la ley al caso, y en la analogía se comparan dos generalidades o dos particularidades.

Son tres métodos diferentes, inconfundibles. Otra cosa es que en la inducción haya analogía si se comparan dos casos; pero como en la inducción las propiedades de los casos que entran en relación son las mismas, en tanto que en la analogía se comparan propiedades para deducir la existencia de otra diferente, se dirá que son dos raciocinios distintos, y que lo único en común es la comparación misma, no la analogía.

En cuanto a la deducción, no puede confundirse con la analogía, en virtud de que en ella hay un tránsito de generalidad que no existe en esta. Desde luego, también hay comparación de premisas, pero por ser la una generalidad y la otra un caso, no hay propiamente analogía sino aplicación de la generalidad al caso mediante su comparación. Lo común es la comparación, no la analogía. Sólo refiriéndonos al rasgo de similitud, de comparación, decimos que tanto la inducción como la deducción son analógicas.

Pero hay otra diferencia fundamental: aunque parezca paradójico, la fuerza del razonamiento analógico se deriva de las desemejanzas de los ejemplos de las premisas; a mayor desemejanzas de los casos (no de sus propiedades), mayor fuerza.

En cambio, los casos que se comparan en la inducción, deben guardar identidad, y el que se considera en la deducción, debe ser de la misma naturaleza de los contemplados en la regla de experiencia.



SECCION 6

INFERENCIA LOGICA DEL INDICIO

Veamos ahora el método utilizado en la inferencia lógica de los indicios. Para ello he tomado un ejemplo de indicio, en su acepción de hecho indicador: la fuga de Juan.

El razonamiento a que da lugar se descompone en la práctica así:

- a) Todo el que se fuga es un criminal (premisa mayor)
- b) Juan se fugó (premisa menor o hecho conocido)
- c) Luego Juan es criminal (conclusión)

De este ejemplo se desprende que:

- a) El método de razonamiento es el de un silogismo, y es deductivo.
- b) Una cosa es el indicio como hecho indicador (Juan se fugo), que es el caso concreto, y otra como razonamiento (que es todo el silogismo).
- c) El juzgador, al razonar, debe partir de una premisa mayor (no importa el orden de las premisas), que es una regla de experiencia (todo el que se fuga es un criminal), a veces una ley científica. Tal premisa hace parte del conocimieno

to privado del juez, como hombre; no la encuentra en disposición legal alguna.
Es también una generalidad, y por lo mismo, el resultado de una inducción: para llegar a la conclusión de que todo el que se fuga es un criminal, fue preciso tomar un grupo de experiencias que se generalizarón en un juicio-síntesis.

d) Como silogismo que es, se descompone en dos premisas y una conclusión. La mayor parte es una generalidad, la menor es el caso concreto, y la conclusión particulariza la generalidad, aplica el carácter de lo general a lo particular.

e) El indicio como razonamiento no existe en la norma positiva: tanto el razonamiento inductivo que concluye en la premisa mayor, como el deductivo del silogismo que concluye en la particularización de lo general; corresponde hacerlos al juzgador.

f) Si la premisa menor constituye el hecho conocido, en la conclusión se encuentra contenido o relacionado el desconocido: la criminalidad, autoría o responsabilidad de Juan.

g) El hecho indicador debe estar plenamente probado para que el proceso indicia-rio no se quede en el estado de sospecha.

h) El valor de la conclusión depende tanto de la plena prueba del hecho indicador,

como de la contingencia o necesidad que envuelva la premisa mayor, entre sus hechos: fuga (hecho conocido, efecto) y criminalidad (desconocido, causa).

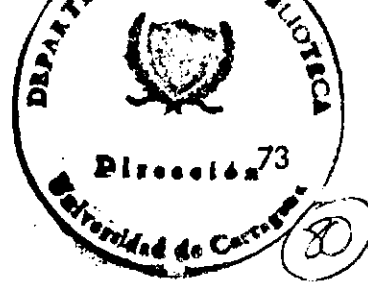
Por eso se dice que toda conclusión deductiva participa de los caracteres de generalidad de la premisa mayor y de particularidad de la menor.

i) La premisa mayor es una presunción (de hombre, porque es hecha por el juez), puesto que se da por conocido (la criminalidad) lo que es desconocido. Y precisamente para demostrarlo se apela al razonamiento deductivo, a la vía silogística.

SECCION 7

TRAMITE DEL INDICIO

En su TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL, MANZINI dice que "no hay un procedimiento especial para la prueba indiciaria". Yo, a pesar de ser un catacúmeno en Derecho Probatorio, considero que esto es verdad, en cuanto se entienda por procedimiento el trámite que la ley positiva señala para cada medio probatorio, para que mediante él el instructor se ponga en contacto con los elementos de toda prueba. Según esto, para obtener, examinar y precisar los indicios, deben seguirse las reglas generales, que para el caso son los trámites señalados para tal efecto en la ley como propios de los restantes medios probatorios. Así, con la inspección ocular,



el funcionario examina rastros, huellas, objetos, elementos, circunstancias. Con la prueba documental se aportan también circunstancias, Lo mismo ocurre con el testimonio, con la confesión. De igual manera el dictamen parcial aporta al proceso datos y los explica. Como todos esos datos y circunstancias son hechos indicadores, se afirma que procedimiento indiciario propio no existe, sino que está contenido en el general, en el de los restantes medios probatorios.

Eso es cuanto al indicio como hecho indicador. Pero en cuanto al indicio como proceso mental, es claro que sí tiene sus propios métodos, los de las inferencias lógicas, que por ello son de naturaleza intelectual. Son los mismos del razonamiento. Desde este punto de vista puedo afirmar no que carezca de medios propios sino que su método es de naturaleza diversa.

Más claramente, debo decir que son los hechos indicadores los que tienen varios medios probatorios - desde el punto de vista del procedimiento judicial -, pero que es el proceso indiciario - desde el punto de vista lógico - el único que tiene un medio posible para la demostración, pues todos los trámites legales (medios de prueba) sólo tiene por objeto aportar indicios (hechos indicadores), y todos los hechos indicantes deben ser sometidos al procedimiento lógico de la inferencia.

(81)

CAPITULO CUARTO
SECCION I
METODOS DE INVESTIGACION

Es indudable que todo conocimiento se recibe siguiendo un método, que será científico si se ajusta a las reglas de la lógica. El método aparece, entonces, como el camino ordenador de la actividad cognoscitiva. O, para decirlo simplemente, es el plan o precedimiento para conocer un hecho. Necesariamente la investigación criminal se reduce a una actividad de acopio de datos o de hechos indicadores. Por lo mismo, para que esa actividad sea científica debe seguir un método lógico. Ya dije anteriormente, que el método científico no está limitado a los científicos, profesionales, sino que puede decirse que procede científicamente todo aquel que sigue el esquema general de razonar partiendo de datos para llegar a conclusiones que puedan ser sometidas a prueba experimental.

DESCARTES, GALILEO, BACON y STNART MILL, han sido especialmente los estudiosos del método científico aplicado a la investigación, al descubrimiento. Por lo mismo, se trata de métodos inductivos, ya que para la demostración existen los deductivos.

SECCION 2

METODO E INVESTIGACION CRIMINAL

El funcionario instructor, como el detective, debe actuar con criterio científico, con método, en la búsqueda y determinación de hechos indicadores. Tomo como modelo a Sherlock Holmes, y encuentro que cada una de sus felices investigaciones no fueron fruto del azar en la mente del escritor DOYLE, ni en la del personaje mismo, sino que el éxito de ellas obedece al cumplimiento riguroso de las reglas metódicas.

El citado detective seguía estrictamente estas reglas, las que enuncio así:

- 1) El problema. En primer término, el problema debe ser planteado, debe existir.

La investigación criminal es una actividad de resolución de problemas. Un problema, es un hecho o grupo de hechos.

- 2) Hipótesis preliminares. No se debe teorizar definitivamente, formar juicios

finales, antes de tener todos los elementos. Pero para adquirir esos elementos, se deben formular hipótesis preliminares. Estas hipótesis transitorias conducen al encuentro y hallazgo de datos o hechos indicadores, en su tarea de olfateo. Las hipótesis preliminares conducen a explicaciones de ensayo.

- 3) Reunión de hechos adicionales. La explicación de ensayo que dan los datos iniciales, conduce al investigador a la búsqueda de hechos adicionales, o pistas complementarias que están destinados a confirmar o refutar las hipótesis preliminares. Esta labor adicional es de ordinario simultánea con la anterior, puesto que son dos etapas interdependientes.
- 4) Formulación de la hipótesis. Reunidos todos los datos posibles en una labor exhaustiva, ellos deben ser conectados causalmente. Es la capacidad de raciocinio la que aquí se pone en juego. Cuando esas relaciones de causalidad se han construido, se tiene la hipótesis.
- 5) Deducción de consecuencias. Como sucede con toda hipótesis, ella abre horizontes, sugiere hechos y explicaciones. El investigador debe entonces extraer racionalmente todas las consecuencias posibles por vía deductiva, de la hipótesis que se ha planteado. En una palabra, llega el momento de sacar conclusiones, las que, desde luego, no son definitivas, pues aún se está en el terreno hipotético.
- 6) Demostración de consecuencias. Ahora hay que poner a prueba las consecuencias, observando los hechos y experimentándolos, si es necesario. En ocasiones esa experimentación consiste tan solo en

vigilar el acto o hecho del mismo delincuente, esperando a que espontáneamente lo realice.

- 7) La aplicación. Finalmente se tiene una tarea práctica: detener al delincuente, explicar los hechos materia de la investigación, aplicar las soluciones encontradas.

Anoto, por otra parte, que estos siete pasos de la investigación, guardan correspondencia con los elementos y condiciones del proceso indiciario, que ya he descrito, y con los caracteres del método científico, a que ya aludí.

En efecto, en toda la investigación se advierte un recorrido inductivo-deductivo. La formulación de la hipótesis es en verdad el producto de una labor inductiva. Practicada la demostración, se ha entrado en la fase deductiva. Pero, en esencia, ambos procedimientos concurren en una y otra etapa. Además, todos estos pasos deben estar integrados, deben ser interdependientes, deben estar atados lógicamente. Así también deben perseguir un objetivo, seguir una orientación. No se trata de una actividad dislocada, desvertebrada, sino metódica, organizada.

SECCION 3

LA HIPOTESIS EN LA INVESTIGACION CRIMINAL

Por lo anteriormente expuesto puede concluirse la enorme importancia que tiene la



hipótesis en toda investigación criminal, en toda búsqueda de hechos indicadores.

La hipótesis se asimila a la sospecha, porque en ambas hay suposición, falta de experimentación.

Sin embargo, no cualquier suposición adquiere la calidad de hipótesis, sino que para ser válida debe reunir algunos requisitos que señalan así los lógicos:

No debe tener carácter fantástico arbitrario. No debe contradecir los conocimientos científicos existentes en el momento de su formulación. No debe ser unilateral, es decir, debe explicar todos los hechos que la originen. Y no puede ser idéntica o inferior a otra suposición, sino mejor que ellas en su explicación.

Cumplidos estos requisitos, la suposición se transforma en hipótesis y presta un gran servicio en la investigación, cualquiera que sea la ciencia, pues abre horizontes, despierta la intuición, e invita a las demostraciones, y una vez comprobada sale de la esfera dubitativa para adquirir certidumbre, momento en el cual también deja de ser hipótesis.

Del hecho no observado directamente se infiere por lo general en forma analógica, y se obtiene la hipótesis; de la hipótesis se concluyen consecuencias que abren horizontes, y así sucesivamente en un tránsito de depuración, formando una cade-

na de estados en los cuales se desintegra el proceso investigativo, hasta cuando se hace la demostración, y con ella se obtiene la conclusión deductiva particular, o indiciaria. Es claro que durante ese proceso la hipótesis puede ser refutada o comprobada. Si lo primero, pierde valor científico: si lo segundo, se convierte en tésis o indicio propiamente dicho.

SECCION 4

PRUEBA POR CONCURSO DE INDICIOS

Ahora voy a tratar de los indicios contingentes en plural! Me referiré, exclusivamente a los contingentes.

Como he dicho, un indicio necesario produce certeza, porque la relación de causalidad es necesaria. Por lo tanto, es plena prueba. Pero un indicio contingente no produce sino duda o probabilidad, porque la relación de causalidad es contingente. En consecuencia, es apenas prueba semiplena o imperfecta. Sin embargo, un conjunto de indicios contingentes - dos o más -, a pesar de ser contingentes, en ciertas condiciones constituyen plena prueba, porque se llega así también a la certeza. Cuando estamos en presencia de este último caso, se dice que hay prueba por concurso de indicios. Es una prueba que sólo se utiliza en las sentencias, por cuanto es una prueba-síntesis.

La prueba por concurso de indicios, es una transformación: los varios indicios contingentes se transforman en un indicio necesario. La probabilidad se transforma en certeza.

SECCION 5

EL CONCURSO EN LA LEGISLACION PENAL COLOMBIANA

En la legislación criminal vigente, está consagrada expresamente la adminibilidad de la prueba por concurso de indicios y con la calidad de plena.

El C. de P.P., en sus Arts. 218 y 230, dispone:

Art. 218.- Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que la constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Art. 230.- Un solo indicio no hará jamás prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada.

SECCION 6

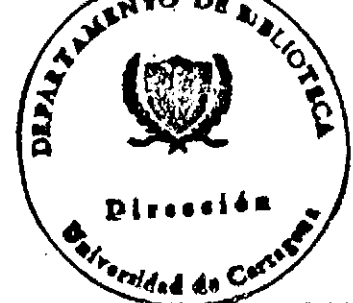
TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DEL CONCURSO

El problema del fundamento en que se apoya la validez de la prueba en concurso de indicios, ha constituido uno de los más controvertidos entre los tratadistas, aun

que generalmente no se aborda su base filos3fica, quiz3 por no salirse de la esfera estricta del derecho positivo. Sin embargo, un estudio atento de la naturaleza de la prueba no puede ser ajeno al an3lisis de esa base.

Sintetiz3 a continuaci3n, tom3ndolo de sus fuentes, las teor3as que se han expuesto sobre el particular. Todas ellas pretenden dar respuesta a una pregunta: por que raz3n los indicios contingentes, en concurso y dentro de ciertas condiciones, tienen o pueden tener el valor de certeza, siendo as3 que individualmente considerados tienen un valor inferior de probabilidad?.

- 1) La fuerza probatoria del concurso descansa en el n3mero de indicios. Aceptada hist3ricamente la admisibilidad del concurso indiciario como prueba, se fundament3 su fuerza o valor en el n3mero de indicios que concurren al conjunto. Fue una posici3n formalista, tarifaria, seguida por algunas legislaciones que se guiaron por la doctrina de los antiguos int3rpretes, y que se explica s3lo por la influencia de la teor3a probatoria civil. En realidad, no es sino una aplicaci3n civil3stica del aforismo romano " singula quae prosunt, simul unita juvant" (las cosas que separadas no sirven, unidas s3 aprovechan).
- 2) Teor3a de la suma. Sumando indicios, ellos acrecen de valor. Sumando indicios probables, la probabilidad aumenta. Como se ve, es



una aplicación de la anterior teoría. Modernamente fué sostenida por LOPEZ MORENO: " La teoría de los indicios se reduce a la teoría de las probabilidades. Nótese que la concurrencia de varios indicios en una misma dirección, partiendo de puntos diferentes, aumenta las probabilidades de cada uno de ellos con una nueva probabilidad, que resulta de la unión de todas las otras, constituyendo una verdadera resultante".

En verdad, el cálculo de probabilidades sólo conduce a otra probabilidad. Sumando probabilidades apenas obtenemos probabilidad y no certeza. Hay un aumento de valor, de conocimiento, pero no un cambio de valor, de conocimiento, y de lo que se trata es de un cambio radical.

3) Teoría de los indicios indudables. Fue la expuesta por la pragmática napolitana. Según ella, hasta la pena de muerte podía decretarse con base en concurso de indicios, si eran indudables. Los indudables se entendían no como que produjeran certeza, que eliminaran la duda, sino apenas como una gran probabilidad.

4) La fuerza probatoria del concurso depende de los descargos del acusado. Sostuvo esta tesis CARRARA, quien expresa lo siguiente: . La fuerza probatoria de los indicios crece o decrece en razón de las circunstancias accesorias especiales y del descargo que acerca de estas intente presentar el acusado. Y aun más, este descargo representa todo, pues cuando el reo demuestra, de

modo positivo, que una serie de indicios, aunque sean gravísimos y de los que los autores llaman próximos, se refiere a una causa inocente, la fuerza probatoria deja de ser unívoca y ya nada obsta para la presunción de inocencia".

Es verdad que los contraindicios fundamentados y probados tienen fuerza incontrastable, capaz de desvirtuar los indicios de cargo. Es verdad que si los contraindicios tienen fuerza probatoria, no puede haber sentencia condenatoria, porque no hay certeza sobre la responsabilidad. Pero ese planteamiento elude el problema sobre el fundamento de la prueba por concurso.

- 5) Teoría del azar o del principio de confirmación. Es la teoría de DELLEPIANE. Para este autor, la unión de los varios indicios contingentes no da una suma, sino un producto. Ese producto, ese aumento de valor, se explica por la intervención del principio de confirmación. Sustenta su afirmación diciendo: "En cuanto a los indicios o hechos indicadores, no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí esto es, ensamblan los unos con los otros, de manera a constituir un hecho natural, lógico, coherente..." DELLEPIANE complementa su teoría preguntándose por qué los indicios concordantes se confirman recíprocamente, y se contesta que a nuestro juicio, ello es debido simplemente a uno de los caracteres que reviste el azar, en casos determinados. Ese carácter no es otro

que la rareza, la improbabilidad grande del encuentro de varias series fenoménicas muy distantes entre sí".

- 6) Teoría de las relaciones. Es la teoría de MITTERMAIER: la fuerza probatoria del concurso de indicios depende de una de las relaciones de los hechos, las cuales son de dos clases : a) relaciones del hecho indicador con el indicado, y b) relaciones de los hechos indicadores entre sí.

Finalmente debo señalar que, por mi parte, le he dado una denominación a cada una de esas teorías, a fin de distinguirlas, teniendo en cuenta su contenido. Así mismo anoto que cada una de ellas contiene algún fondo de verdad, de importancia y de razón.

SECCION 7

CONCURSO INDICIARIO Y LEYES DEL CAMBIO

Es sabido que las leyes de la lógica formal - identidad, contradicción y tercero excluido -, desde su descubridor ARISTOTELES hasta nuestros días se tienen como válidas cuando se las sitúa en el terreno de sus propios y exclusivos dominios -Los de la misma lógica -, que son los de la estructura o forma del pensamiento. De la misma manera es conocido que las condiciones de su validez no les permiten llegar hasta el terreno dinámico del desarrollo.

Los hechos son dinámicos, por eso deben explicarse dialécticamente. Es en la

dinámica de los hechos reales en donde se presenta la transformación de cantidad en calidad, pero a esa transformación le va a corresponder un cambio en el conocimiento - cambio de la probabilidad a la certeza-, que se opera en el momento de la evaluación de las pruebas, las cuales, como he sentado, son hechos. De tal manera, figurativamente puedo concluir que la prueba por concurso indiciario tiene también su fundamento en una paralela e hipotética transformación de cantidad en calidad. Al cambio objetivo que se opera en los hechos materiales, en su calidad, le corresponde un cambio subjetivo posterior en el conocimiento que de ellos tenemos, de la probabilidad a la certeza.

Por analogía intento explicar dialécticamente dicho fenómeno, tratando de aplicar al proceso que se presenta en la prueba por concurso de indicios, tales leyes. Como es obvio, en cuanto a la teoría dialéctica general seguiré a los tratadistas respectivos, ya que se trata de aplicar sus enunciados.

Desde luego, es necesario que aclare que estas teorías corresponden estrictamente a la temática de la teoría del conocimiento, o sea que deben formar parte de la elucubración mental del juzgador, en tanto que los hechos constitutivos del iter criminis corresponden al mundo objetivo y real, de donde se desprende que bien puede no darse su absoluta concordancia.

En el proceso penal hay una concatenación de hechos, y con él se pretende una

organización de circunstancias para construir un hecho principal desconocido. Todo ese recorrido implica una estructura lógica y un proceso dialéctico. El iter criminis, objetiva y subjetivamente considerado, es un proceso que por lo mismo presenta una serie de intervalos determinados por cada indicio, con fronteras propias en sus extremos. Y cada intervalo indiciario tiene su cantidad y su calidad determinadas. Su hecho y su grado de probabilidad que lo identifican aisladamente.

Cuando ese hecho, ese intervalo, se ve adicionado por otro, en conexión lógica, la cantidad o recorrido histórico aumenta, y la calidad del primero rebasa su frontera superior y adquiere nuevo o mayor valor su calidad de probable. Digo nuevo o mayor valor, porque la probabilidad resultante constituye un estado subjetivo diferente, aun cuando a veces sin agotar límites extremos de toda probabilidad. Es nuevo valor porque, además, es diferente de la calidad de cada uno de los intervalos indiciarios. Uno era el grado de credibilidad del indicio A, otro distinto el de indicio B adicionado, y otro diferente el de los indicios A y B en conexión objetiva y lógica.

La consideración de la calidad del indicio A es ahora distinta, si la analizo aisladamente, porque ahora ha sido influida por la calidad del indicio B. Lo mismo acontece con este. La conexión de los indicios ha producido una variación tanto en su cantidad como en su calidad, por acción recíproca.

En el campo indiciario no es corriente que basten dos intervalos para producir la transformación. Generalmente se requiere de una cadena de indicios de distintas dimensiones, calidades y categorías (circunstancias de lugar, tiempo y modo), en una gama inmensa de variabilidad. En esa forma aunamos indicios de antecedentes delictivos, enemistades, amenazas, condiciones físicas, localización de heridas, tipos de armas, huellas de acción humana, rastros de violencia, edades, sexo, condiciones personales, familiares y sociales, fugas, coartadas refutadas, etc.. Cada uno de estos hechos tiene su determinación en el tiempo, en el espacio y en la clase, de las que se derivan la determinación cuantitativa y cualitativa.

Ese cambio en la especie de la calidad se presenta cuando se alcanza lo que los dialécticos llaman el punto nodal, equiparable, apenas analógicamente, al último elemento que se requiere para dar por terminado un edificio, dentro de una concepción arquitectónica. Es un tema que dice relación con la posibilidad e imposibilidad, y con la relación de causalidad.

He dicho que en el concurso indiciario varios indicios contingentes se transforman en un único indicio necesario; que las cantidades se unifican y las calidades se transforman en una nueva. He de agregar, ahora, que la unificación obedece a la transformación cualitativa, y al contrario, en acción recíproca.

No siempre la concatenación de intervalos, de indicios, cambia la calidad probable en necesaria. La calidad resultante puede ser igualmente probable, aunque, eso sí, se trata de una calidad nueva. O sea que el cambio puede ser radical o no.

Cada hecho sugiere la existencia de varias posibilidades. Si al demostrarlas en relación causal con el hecho investigado alguna se hace negativa, a esta se la toma como imposibilidad. Pero si se demuestra la imposibilidad, subsisten otras como posibles. Cuando se demuestra positivamente alguna, se confirma y se convierte en contingencia. En toda contingencia hay, entonces, una posibilidad.

La necesidad, nace de las contingencias unificadas y en conflicto. Estas engendran el indicio necesario. Esa unidad debe coincidir con la verdad y ser intérprete de la realidad. En ese momento ha terminado relativamente el ciclo. Relativamente, porque cada delito no es sino un trozo de camino, de historia, y como fragmento que es, está en conexión con otros fragmentos de la infinitud social. Por breve que sea la pequeña historia del delito, es una unidad, con principios y fin determinados, pero que a la vez es una fracción de la vida del delincuente y otra más pequeña de la vida social.

SECCION 8

REQUISITOS DEL CONCURSO DE INDICIOS

Lo expuesto en los puntos anteriores me permite entender la razón por la cual han sido señalados por la doctrina y la jurisprudencia, y aun por la ley criminal, ciertos requisitos procesales para que la prueba por concurso de indicios sea válida, es decir, para que se produzca la transformación. El Art. 218 del C. de P.P. se refiere muy sintéticamente a ellas:

Art. 218. - Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente, y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Como se ve, trata de las mismas exigencias del Art. 231 para que haya indicio necesario:

Art. 231.- El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro.

En resumen se tiene que según la ley penal, para que se de el concurso indiciario se requiere plena prueba de los hechos indicadores y coexistencia necesaria.

La doctrina, por su parte, ha determinado tales requisitos, enumerándolos y explicándolos. Ellos son: a) en relación con los hechos indicadores, y b) en relación con las inferencias lógicas.

En relación con los hechos indicadores, existen estos requisitos: a) deben ser varios; b) deben estar probados; c) deben ser distintos, o diversos, o independientes; y d) deben ser concordantes.

En relación con las inferencias lógicas, existe como requisito el de que deben ser convergentes.

Estos son, por otra parte, los mismos requisitos que en líneas generales ha señalado la C. S. J., en Cas. penal de abril 28 de 1.949: "...para que se tenga un indicio como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada; que el hecho indiciario se halle plenamente probado; que sean varios y graves cuando uno solo no es necesario o concluyente para la demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no canstituyen momentos sucesivos de un mismo hecho que sean convergentes y que se coordinen entre sí en tal forma que su conclusión sea el resultado natural y lógico de un todo coherente y, se puede decir, indivisible".



CAPITULO QUINTO

SECCION 1

EFICACIA PROBATORIA DEL INDICIO

En realidad, el problema probatorio de la evaluación de los indicios ya lo traté en los puntos anteriores, aunque parcialmente. Es decir, restan algunos aspectos que debo ampliar. Resulta inevitable aludir a él, dado que los distintos problemas de la prueba se entrelazan, y en atención a que su mejor entendimiento exige el enfoque omnilateral. El indicio, según la ley penal, es un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. La fuerza de convicción que produce se funda en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, esto es, en que, demostrada la existencia de algo, hay que suponer la de otros seres, o en que, acreditado el acaecimiento de un suceso, resulta forzoso admitir el de otro u otros. Se trata, de un proceso lógico, o de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes. Tal es el motivo para que a la prueba de indicios se le haya llamado prueba de hombres, porque no consiste en la demostración directa de los hechos, sino en la deducción racional de que se han realizado, por haberse cumplido otro u otros.

Del mismo modo debo insistir, al tratar el problema de la evaluación, sobre la

correspondencia que hay entre la contingencia y la necesidad con la probabilidad y la certeza. La contingencia y la necesidad pertenecen al mundo lógico - dialéctico de la causación y de la realidad objetiva, estados a los cuales corresponden los de probabilidad y certeza, que son propios del subjetivo fenómeno cognoscitivo, estudiado por la teoría del conocimiento. Partiendo de aquellos se llega a estos grados del conocimiento, y de ese desenlace se deduce el carácter de imperfección - prueba incompleta y semipena - para las probables, y el de perfección - prueba completa o plena - para las que dan certidumbre. Es así como solamente el indicio necesario constituye plena prueba, sea originado por un sólo hecho indicador o por varios en concurso. Es así, también, como de todo indicio contingente predico - y ordena la ley - que tiene eficacia de prueba incompleta.

La eficacia probatoria de un indicio, o de varios en concurso, es entonces, la estimación cognoscitiva que hacemos de un fenómeno objetivo - subjetivo.

Por otra parte, CARRARA afirma que "debe recordarse también que la fuerza del indicio no se aumenta a causa de la prueba más espléndida que se dé acerca de él como hecho. Verbigracia, el indicio sacado de la posesión de un arma no aumenta, en su forma indiciaria, por la mayor certeza que se tenga de la prueba de esa posesión. Con tal que el hecho esté probado en sí mismo, tendrá siempre el mismo valor tanto si lo prueban dos testigos como si lo prueban diez".

Se suele afirmar que hay soberanía del juzgador en la evaluación indiciaria. Ha sido esta una manifestación constante de nuestra jurisprudencia.

Por vía de ilustración consigno en mi tesis de grado, la siguiente sentencia de la C. S. J. derogado de marzo 15 de 1.893 que aunque es bastante vejestoria, tiene relevancia en la actualidad y sirve de tea para ilustrar el punto en cuestión. Dice la Corte: " En la apreciación de la prueba de indicios los jueces tiene completa libertad y soberanía en el sentido de que sólo a ellos corresponde resolver la cuestión de saber hasta que punto el elemento conocido hace verosímil la existencia de tal o cual causa desconocida, cuestión que por su naturaleza está subordinada a las luces de la razón. Esa libre apreciación de los juzgadores está, sin embargo, limitada por las disposiciones legales que exigen determinadas condiciones en la prueba de indicios, tales como la de que los hechos en que se funda estén plenamente probados, y que sean entre sí diversos y que, siendo vehementes, conduzcan todos a demostrar una misma cosa".

SECCION 2

LA PROBABILIDAD EN EL INDICIO

La probabilidad no es, un recurso al cual apelamos obligados por nuestra ignorancia. No lo es porque en la probabilidad solo hay un margen escaso de factores negativos, de imposibilidades, que contrasta con el dominio de la posibilidad. Si ese dominio

Llega a ser pleno, a descartar toda imposibilidad, se tendrá la certeza. Si hay equilibrio con las imposibilidades, se tendrá la duda. Al indicio lo consideramos probable cuando contamos con conocimiento de posibilidades concretas predominantes, cuando sabemos, con convicción, del papel principal de las causas posibles que explican el efecto, aunque damos por aceptado que nuestro conocimiento nos es completo. La probabilidad se fundamenta en la causalidad. Es esta una teoría subjetiva de la probabilidad. Anoto que asimismo existe una teoría objetiva que niega la certeza, que reduce a simples probabilidades todo conocimiento. La justicia exige un límite de seguridad, y ella es dada de manera suficiente y bastante por las leyes de la causalidad.

Al apreciar el mérito de uno o varios indicios, los calificamos de probables o de ciertos, según el caso, calificaciones que dentro de las categorías legales formalistas corresponden a pruebas imperfectas y plenas, en su orden.

SECCION 3

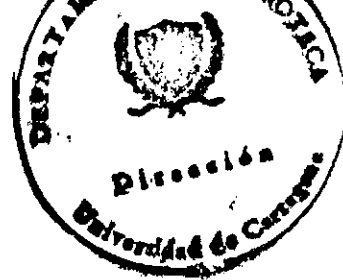
PROBABILIDAD E INDICIO GRAVE

Cuando traté sobre los indicios contingentes dije que ellos suelen ser clasificados en graves, leves y levísimos, y que nuestras leyes se refieren a los primeros como exigencia especial en ciertas oportunidades procesales. Si hay una graduación en la contingencia, y si la probabilidad es una aproximación, la calidad de graves,

*leves y levísimos en realidad obedece al grado de esa aproximación.

La ley criminal, al exigir la calidad de graves en los indicios como prueba de responsabilidad para decretar la detención preventiva y el auto de proceder, se está exigiendo el mismo grado probatorio, puesto que en ambas oportunidades el problema se reduce a una valoración de probabilidad. Cuando la ley habla de indicio grave, lo hace en oposición al leve y al levísimo, es decir, a otros matices de la probabilidad y de la inseguridad. Precisar el concepto de los graves, determinar el grado de valor probatorio de un hecho colocado en ciertas condiciones de posibilidad, causalidad e inseguridad. El valor de lo grave se produce no simplemente por impulsos arbitrarios, subjetivos y aislados, sino razonados. Es decir, que la producción de la gravedad de un indicio requiere condiciones en los hechos y en el conocimiento.

Es preciso tener en cuenta que algunos hechos y circunstancias revelan la prueba con mayor claridad o evidencia que otros. El indicio grave es así el que exterioriza la verdad provisional del hecho desconocido, de manera clara, dándonos luz sobre la prueba del mismo hecho y un mínimo grado de inseguridad en virtud de la ínfima cantidad de posibilidades. Es una inseguridad que, por lo mismo, excluye en forma general el contraindicio. Su gran aproximación a la necesidad y a la certeza se mide por la objetividad manifiesta, y por su consecuencia de conocimiento claro acompañado de mínima inseguridad de saber la verdad.



703
96

Es así como creo que la gravedad de un indicio no es noción que se identifique con la mayor o menor conmoción emocional que una prueba dada produzca en la persona del juez sino un atributo de la prueba misma, de carácter intrínseco, objetivo y evidente en su relación muy próxima a la necesidad, con consecuencia cognoscitivas muy cercanas a la certeza, y por lo mismo, a la seguridad. Desconocer o hacer caso omiso de estas condiciones es un acto arbitrario del instructor o juzgador.

Por otra parte, ya dije que la soberanía del juzgador tiene limitaciones legales en cuanto a la existencia de los indicios, en cuanto a sus condiciones. No le es dable, erigir caprichosamente en indicio un hecho que no reúna los requisitos prescritos en la ley. Pero esas prescripciones están ausentes en cuanto a la graduación del indicio contingente, en cuanto a su mayor o menor gravedad, su mayor o menor probabilidad. Desde luego, es una soberanía que también es controlable entre falladores de instancia, ya que el de segunda puede corregir los errores de apreciación y raciocinio en que haya incurrido el de primera.

La C.S. J. derogado, en casación de septiembre 28 de 1.950 puntualizó lo siguiente: "La tesis de la soberanía del juez para la valoración de los indicios y su apreciación conjunta, es oponible y valedera ante la Corte de Casación, pero no entre falladores de instancia. El juez segundo grado puede diferir de las conclusiones y conjeturas del juez de instancia inferior, variar la apreciación que de

los indicios haya hecho este".

Si el fallador de segunda instancia puede variar esa apreciación es porque existen normas a las cuales debe someterse el justiprecio de la fuerza de convicción indiciaria. Esas normas no son otras sino las lógicas de la sana crítica; y en cuanto a la determinación de lo grave, son las de la teoría del conocimiento.

El proceso del conocimiento arranca de la ignorancia, pasa a la duda, de esta a la probabilidad, y de la probabilidad a la certeza.

SECCION 4

LA CERTEZA EN EL INDICIO

De conformidad con el mandato del Art. 230 del C. de P.P., el indicio necesario constituye plena prueba. Como quien dice, tiene un valor de certidumbre.

En dos ocasiones constituye plena prueba el indicio: cuando un indicio es necesario y cuando hay concurso de indicios convergentes. Es una doble oportunidad que se resuelve en un solo caso, puesto que he sentado que el concurso indiciario no es sino una transformación de varios contingentes en uno necesario.

Debe concluirse que solo la necesidad es portadora de certeza, porque ella manifies

ta la verdad plenamente, con evidencia plena, y porque sobre su aprehensión nos da seguridad.

Pero esa seguridad también es graduable. Lo que ocurre es que la ley interesada en el orden social, atribuye la plenitud probatoria en todos los casos en que haya un comienzo de seguridad, señalando así un requisito mínimo para que se dé esa valoración plena.

Ello explica que el Art. 217 del C. de P.P., al definir la prueba plena, la tenga como prueba bastante:

Art. 217. - Es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho.

La ciencia es una constante búsqueda de la verdad. Pero la verdad también cambia. La verdad es una, en un momento dado, pero también cambia porque cambian las cosas. Muchas de las verdades que nos descubrió ayer la ciencia hoy son desmentidas. Así como cambia la verdad, así también cambia el conocimiento.

Ambos son procesos, son movimientos.

No significa lo anterior que no exista la certeza, que todas las cosas y los fenómenos sean apenas probabilidades. Lo que significa es que hasta la certeza es gradua-

ble y relativa, pero en términos generales, porque la verdad es objetiva, y como tal, absoluta. Cuando se llega al caso concreto y se indaga sobre su naturaleza material, se descubren ciertas condiciones relativas del fenómeno sobre las cuales se levanta la verdad absoluta, la certeza. No otra cosa es el proceso que se opera en la prueba por concurso de indicios, en donde un grupo de contingencias, de probabilidades de hechos relativos, se transforman en necesidad, en certeza. Negar la certeza es reconocer la incapacidad de conocer la verdad objetiva y material; o es negar autenticidad a lo que es objetivo, o considerar que la sentencia, y el proceso en general, sólo es un conjunto de razonamientos abstractos sin contacto con la realidad concreta.

Por otra parte, aunque aparentemente es sutil la diferencia entre el indicio grave y el necesario, su límite divisorio es manifiesto. En el indicio grave no se ha expresado la relación necesaria de causalidad, lo que sí ocurre en el necesario. En el indicio grave solo hay una aproximación a la verdad objetiva, una aproximación a la necesidad, y una mínima inseguridad. En el necesario hay identidad o coincidencia entre la verdad y su conocimiento, y, por lo menos, un comienzo de seguridad. En el grave aún hay otras posibilidades, aunque escasas, en tanto que en el necesario se han eliminado las posibilidades para convertirse en necesidad y generar certidumbre, suprimiendo la probabilidad.

SECCION 5

METODO DE EVALUACION DE LOS INDICIOS

En el proceso penal, todas las pruebas se reducen, generalmente, a la prueba por concurso de indicios, cuando de dictar sentencia se trata.

Hay un principio fundamental que debe gobernar el método de valorar los indicios contingentes cuando entran en concurso, y es el de que ellos deben ser examinados en conjunto.

Se fundamenta el principio, en la condición inherente a todo indicio: un hecho solamente adquiere la condición de indicio cuando está probado y entra en relación con otros hechos. Un hecho considerado en sí mismo no es indicio, esto es, no adquiere significado probatorio.

Se trata de un principio universalmente reconocido por la doctrina: si se tienen varios indicios en relación al hecho que se trata de probar, debe tener cuidado el juez de valorarlos en su conjunto, y no aisladamente, recordando que las cosas que singularmente no prueban, prueban reunidas, y que uno de los más usados artificios de la defensa es precisamente el de aislar los indicios para quitarles la fuerza probatoria que proviene de su conjunto.

Lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba de por sí, sino unido a otras

circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es impor-
tantísimo establecer la conexión de unos hechos con otros.

En sentencia de julio 23 de 1.946, la C.S.J. derogado, lo ha reconocido en los términos siguientes: " No se pueden separar los indicios para atacarlos aisladamente porque los indicios hay que relacionarlos unos con otros para del conjunto llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiere averiguar. Lo que importa es que un indicio no dependa de otro, sea por el contenido, sea por la prueba".

Pero una cosa es aislar los indicios, y otra muy distinta es analizarlos individualmente. En realidad, el juzgador no puede dejar de someter los indicios a su análisis individual, pues su juicio es un producto de análisis y síntesis, dos operaciones que se complementan. Analizar es tomar en estudio la parte, como tal; sintetizar es tomar el todo, como tal. Pero toda síntesis solo se produce en virtud del análisis que le precede. El análisis y la síntesis no se contraponen, sino que se complementan. El análisis, como estudio de la parte, no constituye un fin en sí mismo. Caso distinto ocurre cuando se aíslan los indicios, porque entonces la parte se transforma en un todo, la fracción en unidad, y en tal virtud se le consi-
dera como un fin en sí mismo.

Sobre estas bases afirmo que el método de evaluación comprende dos etapas : a)

El análisis individual de cada indicio, y b) la evaluación global de todos los indicios.

Diferenciado el análisis del indicio de su aislamiento, tengo que anotar, además, que es claro y lógico que ese análisis puede provocar la desvalorización del hecho indiciario, aspecto muy importante de tener en cuenta. Y es claro que si se han desvalorizado los indicios en el análisis practicado, la evaluación global se afecta esencialmente. Lo ha dicho MANZINI con mucha exactitud: "Pero es evidente que si el análisis de los indicios singulares lleva a la desvalorización de cada uno de ellos, su reunión no puede tener fuerza probatoria alguna".

Aclaro lo anterior diciendo que si el aislamiento de cada indicio lo desnaturaliza, porque todo indicio es relación, en cambio el análisis permite fortificarlo, robustecerlo. Es preciso contar con la firmeza del contenido y del significado de cada indicio particular, para apreciar el todo conjunto. O sea que el análisis no es simple aislamiento, inducción, estudio de la parte como parte, sino algo más: es también búsqueda de su esencia, de sus relaciones, de su significado.

De la misma manera la síntesis no es mera deducción, aplicación de las normas generales a un caso particular, sino, además búsqueda de la esencia del nexo que ata a lo general con lo particular.

SECCION 6

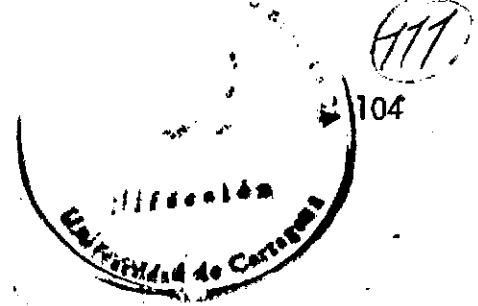
CALIFICACION LEGAL DEL INDICIO

La única calificación legal del indicio está contenida en el Art. 230 del C. de P.P. que dice así:

Art. 230.- Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada.

De esta norma se deducen las siguientes consecuencias:

- a) El valor que la ley nacional asigna al indicio necesario es el de plena prueba. En otros términos, la ley dice que a la necesidad corresponde como calificación la certeza, y que a esta la considera como un conocimiento bastante, al tenor de lo dispuesto en el Art. 217.
- b) Para la ley colombiana, en sentido contrario, un solo indicio contingente, o varios contingentes cuando aún no constituyen uno necesario, reciben la calificación de prueba imperfecta o semiplena. Ello se deduce fácilmente de la afirmación de que " un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario", ya que si no es necesario es contingente, y si la calificación no es de prueba plena lo será de prueba semiplena.
- c) Prueba plena es también el conjunto unánime de indicios, por cuanto el Art.



218 dispone:

Art. 218.- Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Como este Artículo consagra la transformación de indicios contingentes en uno necesario, debo señalar que la norma del Art. 230 no es sino aplicación de la transformación contemplada en el Art. 218. Por ello he dicho que en relación con el indicio la ley nacional no menciona sino una sola calificación.

d) Para la ley colombiana, la presunción legal es asimilada a la categoría de indicio, por cuanto el Artículo establece que un solo indicio será plena prueba si es presunción legal no desvirtuada. Como quien dice que la presunción legal no desvirtuada es un indicio necesario.

Ha sido materia de una larga discusión si la ley positiva debe expresar el valor de los indicios, o si debe omitirlo para que sea el juzgador quien lo asigne.

La ley positiva no debe calificar el indicio - como ninguna prueba -, se ha dicho, por cuanto ello implicaría la aplicación del sistema tarifario en materia criminal, y porque, una prueba es un producto regulado por las leyes filosóficas de la teoría

del conocimiento y de la lógica y la dialéctica. El juzgador debe acudir a ellas, y no es de la materia jurídica el señalar calificaciones previas, que por ser previas son a priori. Por esos motivos, algunas legislaciones, como la italiana, omiten dar calificaciones legales. Determinar de antemano el valor de la prueba es señalar genéricamente y a priori el grado de verdad de los hechos concretos. Y por ser concretos no son susceptibles de calificación genérica, dado que ser concretos es ser objetivos. Ese es el mismo criterio del derecho soviético.

Pero la teoría indiciaria no es simple lógica, sino hechos vivos, de la naturaleza y la sociedad. Y es elemental que notodos los razonamientos del juzgador, como hombre, coinciden con los del legislador: al reglamentar la materia indiciaria en preceptos positivos, se busca la uniformidad del raciocinio y se le señalan al fallador pautas filosóficas a las cuales debe someterse.

CAPITULO SEXTO
SECCION UNICA
C O N C L U S I O N E S

- I. Se entiende por indicio un hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí solo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales.
- II. Los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta. Su fundación probatoria consiste únicamente en suministrarle al juez una base de hecho cierta, de la cual pueda inferir indirectamente y mediante razonamientos crítico-lógicos, basados en las normas generales de la experiencia o en conocimientos científicos o técnicos especializados, un hecho desconocido cuya existencia o inexistencia está investigado.
- III. Hay que diferenciar los indicios de las presunciones judiciales o de hombre. Los indicios operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y éstas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos. El indicio es una prueba que consiste en un hecho

conocido y la presunción judicial o de hombre consiste en el argumento lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados, que le permite al juez darle valor probatorio a aquel, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya verificación se trata. La presunción judicial sirve de razón para calificar o valorar el mérito probatorio de los indicios, y, por lo tanto, no puede confundirse con éstos. Por esto mismo, el indicio puede ser anterior, coetáneo o posterior al hecho desconocido que se investiga, al paso que la presunción judicial surge necesariamente después que el hecho investigado y el indiciario han ocurrido. Además, las presunciones se aplican también a la valoración de todas las otras pruebas.

- IV. Nuestro C. de P.C. distingue expresamente el indicio y la presunción. El C. de P.P. separa las presunciones de los indicios, en los Arts. 229, 234 y 235; pero en el Art. 230 incurre en una grave confusión al darle a la presunción legal no desvirtuada el carácter de indicio cuando dice: "Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada". Las cinco últimas palabras, han debido formar otro texto en otro capítulo, porque la presunción legal no es una prueba, sino una dispensa de prueba.
- V. La prueba de indicio tiene una importancia inconmensurable. Tanto en el proceso penal, como en el civil, comercial y laboral, la prueba de indi-

475

cios tiene una gran importancia, para suplir la falta, muy frecuente sobre todo en el penal, de pruebas y directo del juez. Su importancia creció con la abolición del tormento para obtener confesiones y en el derecho moderno cuando, gracias a la libertad que se dió al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sicología, de la lógica y de la experiencia, se reconoció que puede llegar a ser plena o completa, suficiente para formar por sí sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados, lo mismo en el proceso penal que en el civil o en otro cualquiera.

Las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escrituras, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etc., han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios.

- VI. Hay que saber diferenciar con precisión de matemático el indicio necesario del indicio grave. Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible o absolutamente cierta demuestra la existencia del hecho investigado. Por ejemplo : de la regla de la experiencia que indica que solamente seres humanos pueden, en nuestro planeta, edificar una verdadera casa de habitación, puede inferirse que la edificación existente en un lugar prueba plenamente que allí hubo, al menos transitoriamente, seres humanos,

716



de la regla de la experiencia que indica como inexorable que un embarazo de mujer no dura más de trescientos días, puede concluirse que si el esposo de la madre murió antes, no es el padre de ese niño.

Los demás indicios serán contingentes, aunque parezcan graves y aún gravísimos, y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación de certeza; pero varios de ellos, pueden otorgar ese pleno convencimiento.

Nuestra Corte ha dicho, con buen criterio, que el indicio es necesario cuando la inferencia que de él se hace, se desprende del cumplimiento de las leyes de la naturaleza, es decir, cuando es ineludible o inexorable.

- VII. La suerte de la prueba indiciaria depende principalmente de la oportuna y técnica investigación de los hechos, motivo del proceso penal. En éste, esa investigación se inicia generalmente antes del proceso, por la policía judicial o secreta que tiene noticia del hecho delictuoso y luego por el funcionario encargado de adelantar el sumario: el juez de instrucción, alcalde o inspector o comisario de policía, según la regulación legal que exista.

La urgencia de la investigación inmediata es profundamente importante en el proceso penal que en los demás, debido a la peculiar naturaleza de los hechos delictivos, a su ordinaria transitoriedad, a que su autor permanece muchas veces desconocido en los comienzos del sumario, y, por lo tanto, le es más fácil adulterar o destruir los indicios y preparar otros falsos. De la rápida y

(11)

técnica intervención de los funcionarios depende generalmente la suerte de esta prueba, que en un elevado porcentaje de casos es la única disponible para llegar al conocimiento de los hechos.

El requisito de que esa investigación sea técnica exige una preparación adecuada de los investigadores, que comprende actualmente diversas ramas técnicas, además de la psicología judicial y la lógica. Un mal investigador no solamente deja sin verificar muchos hechos, sino que los destruye o borra o los altera, y también dificulta la verificación de otros. Esa técnica de investigación es complicada y difícil. Su estudio debe ser objeto de un curso de especialización.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ROCHA ANTONIO : De la prueba en Derecho

DELLEPIANE ANTONIO : Nueva Teoría de la Prueba

DEI MALATESTA FRAMARINO : Lógica de las Pruebas en
Materia Crimimal .

MEZA VELASQUEZ,
LUIS EDUARDO : Derecho Procesal Penal

DEVIS ECHANDIA, HERNANDO : Teoría General de la Prueba
Judicial .

MARTINEZ SILVA, CARLOS : Tratado de Pruebas Judiciales

NOREÑA ALZATE : Pruebas Judiciales

GORPHE : La Apreciación de las Pruebas

HUMBERTO RODRIGUEZ,
GUSTAWO : Pruebas Criminales en la
Legislación Colombiana .

INDICE POR MATERIAS

CAPITULO PRIMERO

	<u>Páginas</u>
El indicio, porción de historia en el crimen.	1
Denominaciones de la prueba indiciaria.	4
Aceptaciones y definiciones del indicio.	5
Clasificaciones del indicio.	9
Causalidad y Necesidad en el indicio.	12
Clases de indicios contingentes.	14
Los contraindicios son indicios.	20
Universalidad del contraindicio.	21
Funciones del contraindicio.	23
Fundamento dialéctico del contraindicio.	25
Contraindicio y carga de la prueba.	27
Exigencias al contraindicio.	29

CAPITULO SEGUNDO

Búsqueda de hechos indicadores.	31
Cada indicio tiene su historia.	34
Utilidad e Importancia del indicio	36
Elemento del indicio.	38
Estructura lógica del indicio.	39

120

Páginas

Condiciones del hecho indicador.	40
Prueba del hecho indicador.	43
Qué debe probarse del hecho indicador.	44
Cómo deben probarse los hechos indicadores.	46
Grado de prueba del hecho indicador.	50

CAPITULO TERCERO

La Sospecha.	55
El indicio es un proceso lógico-dialéctico.	59
El razonamiento indiciario.	62
La inferencia indiciaria es inductivo-deductiva.	65
La Tesis de DELLEPIANE.	67
Inferencia lógica del indicio.	70
Trámite del indicio.	72

CAPITULO CUARTO

Métodos de investigación.	74
Método e investigación criminal.	75
Las hipótesis en la investigación criminal.	77
Prueba por concurso de indicios.	79
El concurso de indicios en la Legislación Penal Colombiana.	80

Páginas

Teorías sobre el fundamento del concurso.

80

Concurso indiciario y leyes del cambio.

84

Requisitos del concurso de indicios.

89

CAPITULO QUINTO

Eficacia probatoria del indicio.

91

La probabilidad en el indicio.

93

Probabilidad e indicio grave.

94

La certeza en el indicio.

97

Método de evaluación de los indicios.

100

Calificación legal del indicio.

103

Conclusiones.

106

