

LA PRUEBA INDICIARIA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE DERECHOS

//
Julio César Cabrera R.

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias del autor".

Artículo 40 del Reglamento interno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Tesis presentada en cumplimiento de los requisitos exigidos para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE DERECHOS
PASTO - COLOMBIA
No. 11355
11-8-72
Universidad de Nariño
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Pasto - Colombia
1972.

AN
T
0345.32
E117

CONTENIDO

INTRODUCCION	1.
Capitulo I DE LA CERTeza	
A. Concepto de certeza y verdad.- Evidencia	6.
B. Grados de certeza.- Posibilidades de equivocacion	8.
C. Probabilidad y Certeza	8.
D. Certeza judicial: certeza legal, moral-legal, certeza moral y conviccion	9.
E. Medios de certeza e instrumentos de Verificacion	10.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

Capitulo II DE LA PRUEBA DE LA VERDAD	
A. Concepto de prueba.- En sentido lato.- En sentido juridico.- La prueba y los intereses subjetivos.- El objetivo	12.
B. Objetos de la prueba	14.
C. Fuentes de la prueba	15.
D. Medios de prueba	16.
E. Clasificacion	17.

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias del autor".

Artículo 70 del Reglamento interno de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
PAESE - COLOMBIA

No. 19555 Ej. _____
 Valor \$ 1000= Vol. _____
 Fecha VI-8-76 Don. X
 Fact. Derecho Cauje _____
 Libreria Antar Cmp. _____

Capítulo III : C O N T E N I D O

A. Etimología.- Índice.- Signo	28.
INTRODUCCION	1.
Capítulo I : <u>LA CERTEZA</u>	29.
A. Concepto de certeza y verdad.- Evidencia	6.
B. Clases de certeza.- Posibilidades de equivocación	8.
C. Probabilidad y certeza	9.
D. Certeza Judicial: certeza legal, moral-legal, certeza moral y convicción íntima	9.
E. Medios de certeza.- Pruebas o instrumentos de verificación	10.
A. Diversas concepciones del índice.- La prueba	34.
Capítulo II : <u>DE LA PRUEBA EN GENERAL</u>	34.
A. Concepto de prueba.- En sentido lato.- En sentido jurídico.- La prueba y los derechos subjetivos.- Prueba en el aspecto subjetivo y en el objetivo	12.
B. Objeto de la prueba	14.
C. Fuentes de la prueba.- La fuente y el objeto de la prueba.- La fuente y el medio probatorio	15.
D. Medios Probatorios: percepción sensorial, atestación de terceros, la referencia literal y la inferencia	16.
Medios probatorios autónomos y no autónomos ..	16.
E. Clasificación:	17.
1. De Mittermaier	17.
2. De Belleplane	17.
3. De Gorphe	17.
4. El conocimiento indirecto	17.
4. De Pietro Ellero	18.
F. Valoración de la prueba.	
1. Breve historia de los sistemas de apreciación:	
a. Fase étnica	19.
b. Fase religiosa	20.
c. Fase legal	21.
d. Fase sentimental	21.
e. Fase científica	22.
Grecia y Roma	23.
2. El sistema actual	24.
a. Fijación y descubrimiento de los elementos de prueba	25.
b. Control de los mismos	25.
c. Reunión	25.

10. Indicios causales y efectuales	55.6
11. Clasificación de Pietro Ellero: <u>grado de procedi-</u>	
a. Indicios del delito virtual	56.6
1) La capacidad	57.
2) El móvil	58.6
b. Las huellas materiales del delito	58.
c. Las manifestaciones del autor y de terceros	59.1
12. Clasificación de Francois Gorphe: <u>grado de procedi-</u>	
a. Los indicios de presencia	63.4
b. Los indicios de participación	63.1
c. Los indicios de capacidad	63.
d. El motivo o móvil delictuoso	63.
e. La actitud sospechosa	64.1
f. La mala justificación	64.

Capítulo VI : HUELLAS MATERIALES Y MORALES

A. Indicios que surgen de las huellas y elementos materiales	66.
1. El de presencia	67.
2. El de ejecución o participación	69.
3. El del modus operandi	70.
B. Necesidad de experticias	71.
C. Huellas o rastros mentales	72.
D. El testimonio como huella mental	74.

Capítulo VII : CRITICA DE LA PRUEBA INDICIARIA

A. Percepción	78.
1. Recolección directa	79.
2. Recolección indirecta	81.
B. Reconstrucción y razonamiento	84.
1. Fuerza probatoria del indicio en general ...	84.
Características de la relación causal	85.
Cómo se determina la relación causal	86.
2. Análisis del indicio en particular	94.
a. Análisis subjetivo	94.
1) El azar	95.
2) La falsificación	96.
b. Análisis objetivo	97.
1) Número y variedad de indicios	98.
2) Convergencia y concordancia	100.

**Capítulo VIII : EL INDICIO EN LA LEGISLACION PRO-
CESAL COLOMBIANA**

A. Los nuevos códigos de procedimiento penal y civil.	
---	--

1. Breves comentarios a las reformas	106.
2. Régimen probatorio del código de procedi- miento penal	108.
3. Régimen probatorio del código de procedi- miento civil	110.
B. La prueba indiciaria en el código de procedi- miento penal	111.
La Policía Judicial y el indicio	116.
C. La prueba indiciaria en el código de procedi- miento civil	118.
D. La prueba indiciaria en otros códigos	121.

CONCLUSIONES	123.
SUGERENCIAS	126.

BIBLIOGRAFIA	129.
---------------------------	------

En el presente trabajo, se ha tratado de exponer
con claridad y sencillez los principios básicos de la
prueba indiciaria, en sus aspectos generales y en sus
aplicaciones prácticas, tanto en el ámbito penal como
en el civil, y de los fundamentos que la sustentan.
Es de esperar que este estudio sea útil para los
estudiosos de la materia y para los jueces que
deben aplicar la ley en sus resoluciones.

ciados; hay un INTRODUCCION al libro, pero si se quiere una parte, sino intereses económicos materiales, sino

La dignidad de la carrera del Derecho estriba en la ponderosa misión de administrar justicia: el abogado la imparte directamente en desarrollo de la Función Jurisdiccional, o a ella colabora como Agente del Ministerio Público, o contribuye a su éxito con el ejercicio honrado de la profesión. En cualesquiera de estas situaciones, la dignidad se ve lesionada con providencias injustas, por error o por abuso. En procura de una administración de justicia irreprochable, el segundo aspecto ha dado base a la tipificación de varias conductas delictivas. El primero, por su parte, ha propiciado el planteamiento de teorías, que en nuestro medio no están legal ni jurisprudencialmente reconocidas, sobre la responsabilidad de la Administración Pública, o de los funcionarios judiciales, en el resarcimiento de los perjuicios de un fallo equivocado.

En Derecho Penal, los errores conducen a irreparables conculcaciones de la dignidad humana, con perjuicio de la vida, la honra o los bienes del individuo. Es cierto que, según la Escuela Positiva, la defensa de la sociedad es la razón del juicio y de la pena. Pero no debe entenderse que lo es con sacrificio del ser humano o de sus atributos. La antinomia sociedad-individuo se concilia con una serie de mecanismos encaminados a reducir al máximo los desequilibrios jurídicos.

El error quizá ostente caracteres de mayor dramatismo en otras esferas; mas, al contrario de lo que ocurre en la del Derecho, en ellas existe la posibilidad de corrección: nadie discute, por ejemplo, el craso error del capitalismo que con la imposición de la sociedad de consumo ha venido cometiendo verdaderos crímenes biológico-so-

ciales; hay entidades en que no cuenta el hombre, pero ni siquiera una nación, sino intereses económicos mundiales, autosuficientes, impersonales y agresivos, que están a punto de destruir la especie, por polución de detritus y por consunción de los recursos naturales. Afortunadamente, como anotan los entendidos en estas materias, está surgiendo un movimiento que ha tomado conciencia del peligro y exige que se detenga el proceso desenfrenado del saqueo de la tierra, de la destrucción del medio ambiente, y que se humanice la riqueza.

No hay, en cambio, reversión posible en materia penal, porque un fallo equivocado puede llevar al patíbulo a un inocente: el reconocimiento posterior de la inocencia no le devuelve la vida. En las demás penas, tampoco basta esa medida para volver las cosas al primitivo estado, pues el solo sometimiento a un proceso es baldón tanto o más infamante que la misma condena, para quien ningún delito ha cometido. En efecto, como dice Carnelutti, "no se puede castigar sin juzgar, ni viceversa, juzgar sin castigar...". "El castigo, desgraciadamente, no comienza con la condena, sino mucho antes de ésta, con el debate, con la instrucción, con los actos preliminares; tanto el juicio penal es castigo que a menudo el imputado queda sujeto a él in vinculis como si ya hubiese sido condenado: el drama (consiste en que) él es castigado para saber si debe ser castigado...".

Las leyes, por eso, exigen que, para fallar, el juzgador debe estar plenamente seguro de la culpabilidad del acusado, en el proceso penal, o de que el derecho asiste a quien lo demanda o alega, en los demás procesos. Tal seguridad equivale a la certeza, y a ellas se llega por medio de la prueba. Por lo tanto, ésta es de inocultable trascendencia en la vida jurídica, pues permite el reconocimiento y ejercicio de los derechos subjetivos y la defensa

de la sociedad. Ahora bien, como la certeza es un estado mental, por lo mismo relativo, la sombra del error no desaparece, por el contrario amenaza en todo momento los esfuerzos del juzgador que busca la verdad.

En un afán por controlar la ingerencia subjetiva en la apreciación de la prueba, las legislaciones procesales idearon un sistema estricto que imponía convencionalismo, ante el lleno de ciertos requisitos formales. Como resultado lamentable de la mordaza, se produjeron decisiones que respondían a una especie de verdad formal, no cedida, en la mayoría de los casos, a la realidad; se acudió, entonces, al sistema de la libre apreciación, que es el que hoy rige, con muy contadas excepciones.

Cada uno de los anteriores aspectos ha brindado material suficiente para completos y profundos tratados sobre la teoría de la prueba, en general, o sobre los medios de convicción, en particular, como la "Nueva Teoría General de la Prueba" de Antonio Dellepiane, "La apreciación judicial de las pruebas" de Francois Corphe, o el "De la Prueba en Derecho" de Antonio Rocha, entre otros. La vastedad y lo abstracto de estos temas nos han determinado a escoger, para el presente trabajo, el de la Prueba por Indicios, sin que lo dicho signifique, ni mucho menos, que se trate de un tema fácil, susceptible de ser agotado en pocas palabras. Por el contrario, es de tan abrumadora complejidad que la pobreza del medio que poca o ninguna facilidad de investigación ofrece, y, más que todo, la conciencia de las propias limitaciones hacen que acudamos a la magnanimidad del jurado examinador, para que, disimulando la falta de rigor y profundidad en la disertación, se digna apreciar y calificar el esfuerzo como tesis de grado.

Muy controvertida ha sido la Prueba Indiciaria, a través de todos los tiempos, al punto de que aun hoy ca-

En materia indiciaria, ese progreso se ayude a sistematizar procedimientos de identificación per-

rece la denominación propia, pues mientras unos la llaman prueba circunstancial, otros la conocen como presunción de hombre; no es de extrañar, entonces, que su naturaleza continúe siendo objeto de controversia. En efecto, si bien autores connotados como Framarino de Malatesta han puntualizado que el indicio es una prueba por razonamiento, que lógicamente consiste en un silogismo, y ontológicamente funciona en relación de causalidad, se discute aún si se trata de un razonamiento inductivo o deductivo. Las enseñanzas del tratadista mencionado y de otros que aparecen en la bibliografía nos permitirán, obviamente sin pretensión alguna en cuanto al fondo, pero sí acerca del planteamiento, precisar que EL INDICIO ES UNA PRUEBA CRÍTICA, QUE SE APOYA EN UNA REGLA GENERAL, EXPERIMENTALMENTE INDUCIDA, DE LA CUE, POR VIA DE CAUSALIDAD, SE DEDUCE LA EXISTENCIA PROBABLE O CIERTA DE UN HECHO.

Comprobada la tesis anterior a juicio del postulante, se impone un estudio de la fuerza probatoria del indicio, previo un somero análisis de las diversas clasificaciones que de él se han hecho, algunas de las cuales no tienen más mérito que el de facilitar su estudio, agrupando la heterogeneidad de indicios en un sistema comprensible y claro; muy pocas responden a la naturaleza de esta prueba, con la consiguiente importancia de destacar su poder de convicción.

La eficacia del indicio para fijar una sentencia ha sufrido no pocas vicisitudes; la ligereza en el análisis, unida al carácter conjetural de varios indicios en tiempos no muy remotos, y la falta de métodos y técnicas que garanticen una recolección fiel de los diversos elementos, repercutieron en su descrédito, por los frecuentes desaciertos que quebrantaron el prestigio de la justicia. En la actualidad, el avance vertiginoso de las ciencias se ha constituido en un auxiliar poderoso del Derecho, sobre todo en el terreno de la prueba. En materia indiciaria, ese progreso ha ayudado a sistematizar procedimientos de identificación perso-

nal casi infalibles, sobre todo a partir de huellas papilares, y ha dado origen a la formación de verdaderas ramas del saber, como la dactiloscopia, la pericia en balística, etc.

Pero la rigurosidad de las ciencias y técnicas - auxiliares no es suficiente garantía de seguridad en las conclusiones, porque el manejo del indicio sigue siendo complicado: exige un conocimiento serio de la naturaleza y características de esta prueba, para no incurrir en distates como el de contar como varios indicios los diferentes elementos que constituyen uno solo. Y no termina ahí la tarea del juzgador, pues viene la etapa más difícil y delicada de la interpretación, para la que es conveniente agrupar los diversos indicios en un todo coherente y unívoco. Esta labor es eminentemente subjetiva; por que depende casi por entero de la capacidad, experiencia y conocimientos del funcionario que la realiza. Ello no significa, sin embargo, que no puedan trazarse pautas y formularse normas que propendan por interpretaciones más o menos, uniformes en los distintos estrados judiciales.

Para finalizar, es indispensable dedicar un capítulo al tratamiento que la legislación procesal colombiana da al indicio, en el que se consignarán algunas reflexiones acerca de las principales reformas e innovaciones que contienen los recién estrenados códigos de procedimiento civil y de procedimiento penal; con respecto al último estudiaremos sucintamente la creación de un cuerpo especializado de Policía Judicial, a la que se confió la práctica de las primeras diligencias instructivas que, a menudo, son las que determinan la suerte de una investigación penal.

La solución depende naturalmente de lo que se considere por evidencia: claro está, el objetivo es el juicio correcto, esto es, aquel por medio del cual se alcance un

./.

haber cierto, in- **CAPITULO I** - susceptible a revisión, resulta que la evidencia es una especie de la certeza, o sea, que la evidencia es LA VERGERTESA en grado, en términos de Ellero. En efecto, la evidencia es una actitud mental que se basa **A. CONCEPTO DE CERTEZA Y VERDAD.**

El administrador de justicia debe estar completamente cierto de los hechos que declara como premisa de un fallo; a esa actitud mental llega indagando la verdad de los que han sido sometidos a su consideración y análisis.

No vamos a detenernos aquí en ferragosas disquisiciones filosóficas que no son del caso. Pero es indispensable puntualizar los conceptos de certeza y verdad porque, en el desarrollo de este trabajo, a menudo estaremos acudiendo a ellos.

De acuerdo con Pietro Ellero, certeza es la persuasión de la verdad. El autor destaca el aspecto subjetivo que muchos tratadistas atribuyen a la certeza, porque, en efecto, ésta no es sino la percepción subjetiva de la realidad, traducida en el "estado firme de la mente", de que nos hablan los escolásticos. En otros términos, certeza o certidumbre es un acto del espíritu por el cual se reconoce sin reservas la verdad o la falsedad de una situación objetiva.

Relacionado estrechamente con el concepto de la certeza, encontramos el de la evidencia. Para Ellero, y otros autores evidencia es una especie de la certidumbre. En cambio, para otros, como no hay certidumbre sin evidencia, ésta es el género y la certeza es la especie.

La solución depende naturalmente de lo que entendamos por evidencia. Ahora bien, si evidente es el juicio correcto, esto es, aquel por medio del cual expresamos un verdad. Pero como no se destaca la evidencia en lo que no

saber cierto, indudable, no sometible a revisión, resulta que la evidencia es una especie de la certeza, o sea, que la evidencia es la certeza en el máximo grado, en términos de Eklero. En efecto, la evidencia es una actitud mental que se caracteriza por la exclusión de la duda y del error en el razonamiento. Cuando estamos en su presencia, decimos que el juicio es correcto. Para Husserl -cita de José Ferrater Mora-, la evidencia se da cuando hay perfecta adecuación entre lo mentado y lo dado. Es un acto de síntesis en el que se da -según aquí- "... la absoluta plenitud de contenido, del objeto mismo". En el acto de evidencia se vive la plena concordancia entre lo mentado y lo dado, "entre la idea y la cosa", como dice Pietro Eklero.

A esa plena concordancia se la denomina verdad, en contraposición a lo que es aparente, irreal, ilusorio o inexistente. Verdad se contrapone a falsedad: la imagen mental de un objeto es falsa bien por distorsión de la aprehensión sensorial realizada en condiciones ambientales desfavorables, o con órganos sensoriales atrofiados o enfermos, o por ideación errónea como consecuencia de perturbaciones en el proceso psicológico de percepción, como enseña Altavilla.

En una palabra, verdad es la concordancia perfecta entre la idea y el objeto, que puede ser de la realidad exterior o un fenómeno de la vida síquica. Y certeza es la plena seguridad subjetiva de esa concordancia, seguridad que se apoya en el convencimiento de que el proceso de aprehensión fisiológica (mediante los sentidos) y el de ideación o percepción síquica se han realizado normalmente y sin error.

Ahora bien, si certeza es la persuasión de la verdad, la plena convicción de que la idea refleja realmente el objeto pensado, certeza entonces, debería equivaler a verdad. Pero como no se descarta la creencia en lo que no

es, como resultado de errores en el proceso psicofisiológico de la función cognoscitiva, jamás podemos estar ciertos de manera absoluta, esto es, completamente seguros, porque siempre flotará la duda sobre la correlación exacta del pensamiento con la realidad.

En el cotidiano desenvolvimiento de nuestra vida no necesitamos, en verdad, el máximo grado de evidencia de la certeza absoluta: nos basta la certeza relativa, esto es, el estado subjetivo de creencia, caracterizado, como dice Bellegiano, por la adhesión firme a aquello que se conoce, o a lo que es, ya como hecho o como idea. En efecto, todo se volvería un caos, si a cada paso estuviéramos dudando por dudar, para, en seguida, en un proceso ad infinitum, dudar hasta de que dudamos. El estado psicológico de la creencia se apoya, repetimos, en la convicción de que nuestros sentidos no nos han mentido, y en la de que el proceso síquico de percepción se ha realizado normalmente.

En virtud de estas creencias, porque cuando no cabe la certeza, debemos elegir lo que es más probable. Por eso los

B. CLASES DE CERTEZA.

Los objetos de nuestro pensamiento son las ideas, que las procuramos, bien por la mera inteligencia, bien en virtud de sensaciones, o merced a las demás relaciones. Estos tres modos de aprehensión ideática los denomina Pietro Ellero: certeza metafísica, certeza física y certeza histórica. En la primera el predicado es necesario, en la segunda es constante, y eventual en la tercera.

Según dicho autor estamos en posesión de certeza física, cuando la aprehensión del objeto del conocimiento la realizamos de manera directa e inmediata por nuestros propios sentidos. En ella no cabe, como posibilidad de equívocación, sino la ilusión sensorial. La certeza es histórica cuando la

aprehensión de lo ocurrido en un tiempo pasado se realiza en forma mediata, por la atestación de terceras personas, o de las cosas. En ella caben la ilusión de percepción y la mentira. En la certeza metafísica, o percepción por la mera inteligencia, no cabe, en cambio, ni el engaño ni la ilusión: tan sólo el error, por falso razonamiento. En la certeza metafísica, -advierte Ellero- "hay axiomas en que certeza y verdad son las mismas cosa, por ejemplo: todo efecto tiene una causa, la parte es menor que el todo, dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí. Por lo tanto, siempre que el raciocinio se atenga a ellas producirá en nosotros aquel grado sublime de certeza llamado evidencia", en el que no cabe el menor asomo de duda.

Los sentidos de quien juzga y las referencias ajenas o de las cosas son fuentes de la certeza. En cambio, fuente de la misma son las pruebas, consideradas como como vimos antes, a menudo nos determinamos a algo en virtud de meras creencias, porque cuando no cabe la certeza, debemos elegir lo que es más probable. Por eso las ciencias constan, no solamente de datos ciertos, sino también de datos probables.

Cuando las razones para creer brindan un conjunto firme e indubitable que hay probabilidad de un hecho, cuando el ánimo está inclinado a tenerlo más por cierto que a desconocerle ese carácter: a medida que las dudas disminuyen, aumenta la probabilidad; una vez desvanecidas, surge la certeza: "Hay probabilidad -Mittermaier- cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido". La certeza: "no cierra jamás -como dice Mittermaier- la puerta a la duda, antes bien, se detiene en ella".

D. Certeza Judicial
Cuando determinada legislación exige el cumplimiento

to de estrictos requisitos y el concurso de circunstancias determinadas, para que se produzca el convencimiento, la certeza se denomina legal. Si el legislador regula tales exigencias moderadamente, permitiendo cierta libertad al criterio del juzgador, la certeza se denomina moral-legal. Si no hay más trabas que la de dar razón del convencimiento, mediante la motivación del fallo, la certeza es eminentemente subjetiva y se llama certeza moral que, por último, toma el nombre de íntima convicción, cuando ni siquiera se exige dicha motivación, como en el caso de los jurados de conciencia.

B. MEDIOS DE CERTEZA

Los sentidos de quien juzga y las referencias ajenas o de las cosas se consideran como fuentes de la certeza. En cambio, medios de la misma son las pruebas, consideradas como instrumentos de verificación, es decir, como elementos que aportan motivos para creer o para no creer: afirmativos o positivos los primeros, e infirmantes o negativos los últimos.

Cuando los motivos para creer brindan un conjunto firme e imponente, que rechaza los motivos contrarios, el entendimiento se inclina a tener como cierto el hecho que prueba. En entonces cuando decimos que estamos convencidos de la realidad de ese hecho. A esta certeza se llega, a través de un esfuerzo mental, por el que agrupamos los motivos que las pruebas sugieren, apartamos los que señalan hipótesis contrarias, y los confrontamos para disipar la duda. Quien busca la verdad, quien desea adquirir la certeza "no cierra jamás -como dice Mittermaier- la puerta a la duda, antes bien, se detiene en todos los indicios que pudieran conducirlo a ella, y sólo cuando la ha hecho desaparecer completamente es cuan-

- CAPITULO II -

de su decisión se hace irrevocable y se asienta sobre la base indestructible de los motivos de la convicción afirmativa...". Y agrega: "Antes que la certeza predomine, el entendimiento quiere ver alejados hasta los motivos mismos que no apoyarían sino en una posibilidad en sentido contrario...".

nifica acreditar la existencia de algo, justificarlo, hacer lo presente. Jurídicamente es "hacerle conocer al juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser" (Llanusa, cita de Antonio Rocha).

La actividad probatoria consiste, según Rocha, "en hacer manifiesta la verdad de los hechos, en su modo preciso de ser y de haber sido, y en infundir, sobre su existencia y realidad, una convicción llevada a su máxima grado: la certeza".

Como dice Julio González Valdés, toda prueba se orienta a establecer la verdad de los hechos que se debaten. Se le vincula a los motivos "que persuaden de una verdad al espíritu". Es, en fin, el elemento propio para descubrir la verdad de un hecho controvertido.

La acción de prueba la encontramos en todas las manifestaciones humanas, porque el diario acontecer obliga al hombre, en procura de la satisfacción de sus necesidades, a establecer relaciones necesarias con los demás y con las cosas, lo cual supone una constante búsqueda de la verdad. Por eso afirma Julio González que el concepto de prueba trasciende el campo del derecho, "para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida profesional cotidiana".

La actividad en cuestión se resuelve, en todos los casos, en una operación reconstructiva del pasado, que el jurista dirige, como dice Ballester, para saber qué

tiene la randa - CAPITULO II - para regular con ciencia los conductos del futuro, en nuevas leyes; y el historiador, el arqueólogo, el lingüista, el filósofo, el economista y el sociólogo, para los hechos. CONCEPTO DE PRUEBA.

Probar en el sentido más amplio del término, significa acreditar la existencia de algo, justificarlo, hacer lo presente. Jurídicamente es "hacerle conocer al juez los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser" (Lessona, cita de Antonio Rocha).

La actividad probatoria consiste, según Rocha, "en hacer manifiesta la verdad de los hechos, en su modo preciso de ser o de haber sido, y en infundir, sobre su existencia y modalidades, una convicción llevada a su máximo grado: la certeza".

Como dice Julio González Velásquez, toda prueba se orienta a establecer la verdad de los hechos que se debaten. Es el vehículo de los motivos "que persuaden de una verdad al espíritu". Es, en fin, el elemento propio para descubrir la verdad de un hecho controvertido.

La noción de prueba la encontramos en todas las manifestaciones humanas, porque el diario acontecer obliga al hombre, en procura de la satisfacción de sus necesidades, a apoyarse en relaciones necesarias con los demás y con las cosas, lo cual supone una constante búsqueda de la verdad. Por eso afirma Devis Echandía que el concepto de prueba trasciende el campo del derecho, "para extenderse a todas las ciencias que integran el saber humano, e inclusive a la vida práctica cotidiana".

La actividad en cuestión se resuelve, en todos los campos, en una operación reconstructiva del pasado, que al jurista sirve, como anota Bellepiane, para saber quién

tiene la razón en el presente, y para regular con acierto las conductas del futuro, en nuevas leyes; y al historiador, al arqueólogo, al lingüista, etc., no sólo para conocer y valorar los hechos del pasado, sino para comprender mejor los actuales y calcular los futuros, con la diferencia señalada por el autor en cita, de que las consecuencias para el primero son imperativas, mientras que para los segundos son simplemente informativas o polémicas. Sin embargo, uno y otros "...recurren -dice este autor- a investigaciones similares y realizan análogas operaciones mentales para valorarlas y obtener conclusiones..."

Sin mayor esfuerzo se comprende que, en el ámbito jurídico, la prueba tiene una enorme trascendencia, porque sin ella nada significarían los derechos subjetivos, serían puras entelequias, como dice Dervis Echandía, frente a los demás, o frente al Estado. En este campo, la reconstrucción involucra dos aspectos bien diferenciados, de la noción de prueba, a saber:

1. El subjetivo, que, por una parte, comprende la actividad de las partes que pretenden acreditar uno o varios hechos y, por otra, el proceso mental del juez que admite o niega la existencia de aquellos, es decir, su convencimiento positivo o negativo; y
2. Los medios de que se valen uno y otras para alcanzar su cometido, o sea, los elementos de convicción en su materialidad, en su objetividad, como documentos, testimonios, inspección ocular, etc.

Recalcando sobre el primero de los aspectos indicados, Carnelutti dice que probar es una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio. Según él, "lo que en realidad se prueba es una afirmación y no los hechos, ya que cuando se habla de probar un hecho, lo que ocurre es

un cambio del objeto de la prueba, esto es, entre la afirmación y el hecho afirmado. En efecto, se afirma una razón, y como las razones no pueden estar en el aire sino apoyadas en un dato sensible que constituye el fundamento de la razón, se entiende que los hechos son el objeto inmediato del raciocinio, y la afirmación de la razón de ese hecho, el objeto inmediato de la prueba". De todas maneras, la actividad probatoria es un proceso encaminado a la verificación de algo, bien sea el hecho, o la afirmación del mismo.

Subjetivamente, como enseña Davis Echandía, prueba es la convicción que se produce en la mente del juzgador, acerca de la realidad de los hechos que configuran el delito, el litigio, o la cuestión no litigiosa, sometida a su fallo; "... es el conocimiento mismo suministrado por el tal objeto", dice Carnelatti.

En cambio objetivamente, prueba "es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho" (Carrara); "es todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición" (Lessona, cita de Rocha); es "lo que persuade de una verdad al espíritu" (Julio González Velásquez); son, en fin, "los atestados de las personas o de las cosas acerca de la existencia de un hecho" (Ellero).

Tanto el punto de vista subjetivo como el objetivo son imprescindibles, en el lenguaje jurídico procesal. No puede desligarse, advierte Davis Echandía, la noción de prueba "de los medios utilizados para suministrarla, ni tampoco de la finalidad o resultado perseguido con ella".

B. OBJETO DE PRUEBA

El procesalista colombiano resume este aspecto al afirmar que el objeto de la prueba judicial son los hechos presentes, pasados y futuros, susceptibles de demostración

histórica. El vocable hecho está tomado, según él, en su sentido jurídico amplio, es decir, como todo lo que puede ser percibido. Así, son hechos los actos humanos y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar; los de la naturaleza en que no interviene la voluntad humana; las cosas y los objetos producidos por el hombre; la persona física humana, su existencia y características, y sus estados síquicos; todo, en fin, lo que tenga relevancia para conseguir la efectividad de los derechos basados en ellos.

1. La percepción exterior, tanto de la realidad exterior como la de los hechos que se realizan por medio de nuestros sentidos (impressions, reconocimientos). El profesor Devia Schandía señala como fuentes o motivos, o argumentos de la prueba, los hechos que el juez percibe y que le sirven para deducir el hecho que se va a probar.

Prueba No debe confundirse la fuente con el objeto de la prueba, pues éste es el hecho que se prueba, y aquélla, el hecho que sirve para probarlo. En no pocas ocasiones el hecho por probar y su prueba vienen a ser la misma cosa, por lo que se confunden e identifican objeto y fuente, y en estos casos, el hecho es su propia representación, de acuerdo con el autor en cita.

Tampoco se debe confundir fuente de la prueba con medio de prueba. La segunda noción comprende los medios de certeza, definidos como vehículos de prueba. Ya lo dice Kitzmaier: "los medios de producir certeza constituyen necesariamente medios de prueba".

Distingamos los conceptos anteriores en un ejemplo, en el testimonio: a. Objeto de la prueba es el hecho que pretende acreditarse y cuyo conocimiento se supone en po-

der del testigo. b. Medio probatorio o vehículo de la prueba es el testigo, el declarante; y c. Fuente de la prueba son las aserciones del declarante.

D. MEDIOS PROBATORIOS

Para Dellesiane, según la manera como llegamos a conocer los hechos que existieron o existen, es evidente que no podemos tener idea de los mismos, sino por cuatro vías o medios, que son:

1. La percepción exterior, tanto de la realidad material como la de los fenómenos síquicos ajenos, que realizamos por medio de nuestros sentidos (inspecciones, reconocimientos);
2. El dicho de terceras personas (Confesión, peritaje, testimonio);
3. La referencia de documentos escritos de que disponemos (Prueba literal), y
4. Las inferencias que hacemos a partir de rastros materiales o morales.

Con fundamento en lo anterior—según el autor en cita—, los comentaristas de Derecho Procesal distinguen, ordinariamente, seis medios probatorios principales y autónomos, y dos no autónomos, a saber: Los primeros: el reconocimiento judicial, la prueba pericial, la confesión, el testimonio, la prueba literal y la prueba indiciaria. Los segundos: el juramento y la declaración de parte.

Estos son los únicos medios lógicos para llegar al conocimiento de un hecho; fuera de ellos no podrá encontrarse ningún otro, a pesar de que modernas legislaciones, en seguida de su enumeración admiten cualesquiera otros medios útiles, como la fotografía, las grabaciones magnetofónicas

nicas, etc., que, en realidad, son una clase especial de la prueba documental.

conocimiento indirecto la acción de prueba propiamente

clase. CLASIFICACION e grandes categorías a. la prueba

ha por razonamiento, denominada por los ingleses prueba

Nos limitaremos a transcribir y analizar las clasificaciones que han sido formuladas consultando la naturaleza de los elementos probatorios, para no forzar los límites de este trabajo.

1. Para Hitterwailer la prueba es natural o material y artificial. La evidencia es material si proviene de la personal observación del Juez, o también cuando resulta de la prueba pericial, de la confesión, del testimonio, y aún de los documentos; en el primer caso se trata de una evidencia di-

recta, e indirecta en los últimos. Y es artificial, cuando a partir del elemento probatorio se requiere una elaboración mental, como en el caso de las presunciones y de las circunstancias o indicios.

2. Dellepiane clasifica los medios probatorios en dos grandes grupos: 1º. Pruebas directas, como el reconocimiento o inspección judicial, la prueba pericial, la confesión, el testimonio, la prueba literal. 2º. Pruebas indirectas: la presunción y el indicio.

3. Más científica es la clasificación de Corphe quien, siguiendo a Planiol, advierte que el Juez puede llegar al convencimiento, de tres maneras:

a. Verificando por sí mismo un hecho material.

b. Llegando a la verdad por razonamiento, y

c. Remitiéndose al testimonio de otro, sea parte, testigo o experto.

La primera constituye un conocimiento directo, por percepción sensible que se basa en la evidencia, sin recurrir a ningún proceso lógico. Los Ingleses la llaman evidencia real inmediata o directa.

Dejando a un lado este conocimiento directo, como quiere el autor últimamente citado, y reservando para el conocimiento indirecto la noción de prueba propiamente dicha, la divide en dos grandes categorías: a. la prueba por razonamiento, denominada por los ingleses prueba circunstancial, y b. la prueba por aserción, que el autor llama testimonial. Todo conocimiento indirecto supone una operación mental de tal, una inferencia. En el primer caso, esto es, en la prueba circunstancial, la inferencia se basa en la relación entre el hecho verificado y el que debe ser probado; en el segundo, en el valor de la aserción, indirecta del que se infiere que los hechos relatados son verdaderos.

4. Para Pietro Ellero las pruebas son directas o indirectas según se refieran a circunstancias sobre las que recae el juicio, o a otras de las cuales aquellas se inducen. Dice: "Nos persuadimos de la verdad de un hecho, ya porque fuimos espectadores de él, nosotros mismos, ya porque nos lo atestiguan terceros que lo presenciaron..."

Es la misma clasificación de Belleplane, pero con una concepción y alcance diferentes, porque Ellero entiende como prueba directa la percepción inmediata y personal del Juez, y por prueba indirecta la aserción de terceras personas. Precisamente Ellero critica la clasificación de Belleplane, para quien, como ya vimos, son directas las declaraciones testimoniales, las inspecciones judiciales, etc., e indirectas los indicios y presunciones. Anota Ellero que, por una parte, las primeras no son siempre y sólo directas, porque si se refieren a una circunstancia que debe probarse son directas; pero si se refieren a una circunstancia de la cual se induce la que debe probarse, son indirectas.

Belleplane, en verdad, apoya su clasificación en

la labor mental del juez, argumentando que en las pruebas directas, éste percibe el objeto sin alteración alguna en esa labor, mientras que en las pruebas indirectas debe apelar a un razonamiento más o menos complejo para llegar del hecho atestante al hecho desconocido. Esto no es completamente cierto, porque también en la llamada prueba directa el juez está obligado a analizar el medio de certeza: no puede dar por cierto el hecho buscado sin antes cerciorarse de la sinceridad del sujeto atestante. No es el juez un sujeto que recibe impresiones, desprovisto de toda capacidad para sopesarlas, y esta es una labor mental tan compleja y delicada como la que se requiere en la prueba indirecta.

De ahí que las primeras deberían reunirse y distinguirse con un nombre que no sea el de pruebas directas, lo que ha hecho Gorphe, como ya lo vimos, al denominarlas pruebas por aserción.

Este último autor toma como base de su clasificación la actividad de aprehensión del objeto de la prueba, por parte del juzgador, que en las pruebas directas se realizan inmediatamente, mientras en las indirectas se hace por intermedio de las personas que lo percibieron y revelan al juez su imagen, o por medio de las cosas que, como testigos mudos, lo indican.

P. VALORACION DE LA PRUEBA.

1. BREVE HISTORIA DE LOS SISTEMAS DE APRECIACION.

Cinco fases se han distinguido en la evolución del sistema probatorio, que necesariamente comportan diversas formas de valoración.

a. En un comienzo, indica Gorphe, rigió la fase étnica propia de las sociedades primitivas, cuya caracterís-

tica debió ser la de un concepto más o menos rudimentario de la justicia, que se confundía con la venganza personal o familiar, subsiguiente a la percepción directa del agravio. Como evolución de ésta, se tiene la ley del talión, etapa más civilizada si así puede llamarse, que limitó la venganza a la magnitud de la ofensa.

- b. Vino luego la fase religiosa, que podría denominarse mística con el autor en cita, en la que se invocaba el juicio de Dios, y se recurría a las ordalías y a los duelos judiciales que, según Tarde -cita de Gorphe-, eran "de alguna manera los peritajes divino-legales del pasado".

En ella influyó poderosamente el fanatismo religioso. Se dió al proceso un carácter extremadamente formal y se señalaron de manera restrictiva escasos medios de prueba.

Con Devis Echandía podemos distinguir, en la fase religiosa, dos etapas, a saber:

- 1) La del antiguo derecho germánico. La prueba tiene una finalidad en sí misma y conduce a fijar la sentencia, que el juez apenas reconoce. Hay un concepto de prueba legal, caracterizado por una rigurosa formalidad. No se trata, sin embargo, de un sistema legal de pruebas como hoy lo entendemos, conformado por numerosas reglas contenidas en la ley, sino de un absurdo sistema de agrupación de medios artificiosos, basado especialmente en la creencia de una intervención de la Divinidad, en la justicia de Dios para los casos particulares: como es el de las pruebas del agua y del fuego. Este sistema perduró hasta muy avanzada la Edad Media, y correspondió al Derecho Canónico la misión de combatirlo y eliminarlo.

2) La del Derecho Canónico: Según Devis Sotomayor, "los glosadores, los prácticos y los postglosadores trabajaron sobre la base de los esquemas del derecho romano, los completaron y desarrollaron para acomodarlos a la época y a las costumbres del pueblo germano, por intermedio del derecho canónico", conservando, sin embargo, el formalismo de la etapa anterior.

Los Jueces eclesiásticos no se determinan por libre convicción, pero se rigen por una verdadera apreciación jurídica de la prueba, sujeta a reglas cada vez más numerosas.

c. Encontramos luego la fase legal, en que la ley positiva determina los medios probatorios y apriorísticamente les señala eficacia, es decir, niega al juez el poder de apreciar la prueba y lo somete a un sistema de tarifa legal estrecha y sofocante: la confesión del acusado es considerada de un valor insuperable, por lo que, en procura de la misma, se cometen verdaderos atropellos, sobre todo con el empleo del tormento, que alcanza extremos inconcebibles de sadismo y refinamiento. Esta fase perdura hasta finales del siglo XVIII. En las postrimerías aparece una corriente renovadora, iniciada por Beccaría, que sobre todo enfoca el problema por el aspecto penal, para reivindicar el sistema del libre convencimiento, basado en "el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida", con la institución del jurado, y rechaza la aberrante costumbre del tormento y del proceso secreto.

d. La fase que se inició con Beccaría es la denominada por Gorphe "Fase sentimental". Al juez se le reconoce la facultad de apreciar la prueba.

ció completa libertad para apreciar la prueba: debía guiarse únicamente por su íntima convicción; se pasó del un extremo al otro, del estrictamente tarifado, al de la libertad absoluta de apreciación.

y e. Finalmente, por último, la fase científica que, para el proceso civil, se caracteriza por el otorgamiento de amplias facultades para apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica y para aducirla de oficio, con el objeto de procurar decisiones verdaderamente justas, que no impliquen el mero reconocimiento de la victoria del más hábil. Para el proceso penal, la fase científica comienza con la restricción de los casos sujetos a jurado, y la aduición de las reglas lógicas y psicológicas para adquirir el convencimiento, o sea, la apreciación racional y no sentimental o intuitiva.

No se descarta en uno y otro proceso, sin embargo, cierta pauta de valoración que para determinados medios debe indispensablemente señalar la legislación positiva.

Dentro de esta fase va cobrando inusitada importancia el sistema de las pruebas técnicas que, según Gorphe, será el del porvenir. La prueba se suministra por expertos, cuya función no se circunscribirá a la aportación de los hechos, sino que abarcará su explicación metódica, por medio de datos obtenidos experimentalmente.

Las fases mencionadas han aparecido en la historia, en el orden progresivo en que las acabamos de reseñar. Sin embargo, ello no quiere decir que las más científicas sean una conquista moderna. En efecto, ya en Grecia y Roma de la antigüedad se empleaba el sistema de la apreciación racional de la prueba. Al desaparecer esas vigorosas

culturas, hoy llamadas clásicas, para dar paso al fanatismo de la religión cristiana, el freno absurdo y férreo del Santo Oficio con los vergonzosos procedimientos de la Inquisición cortó el avance de las ciencias, en todos los órdenes, y sumió al mundo en un desconcertante marasmo, del que apenas comenzó a despertar a finales de la Edad Media, en las épocas bien denominadas del Renacimiento y de las Luces.

prueba y se le concedió mayor importancia a la literal.

En Grecia, Aristóteles formuló una concepción lógica de la prueba, ajena a prejuicios, clasificándola en propia e impropia, artificial y no artificial. Para él, la prueba principal estaba constituida por el silogismo y la inducción. Con fundamento en las enseñanzas de este filósofo, se consideró que el testimonio, por ejemplo, otorga mayores posibilidades de error en la percepción del mundo real, a medida que se aleja de los propios sentidos del sujeto. Se limitó, así, la eficacia del testimonio a lo percibido directamente por el testigo, con exclusión de las conjeturas o deducciones de éste, y se otorgó escaso valor al testimonio de oídas o por referencias. De todas maneras, en Grecia no rigió una tarifa legal que determinara de antemano el valor probatorio, sino la crítica razonada de la prueba.

En la Roma preimperial no existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. Según Devia Schandía, el testimonio era entonces la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento personal por el juez e inclusive los indicios. En tiempos de la República, el pueblo mismo juzgaba reunido en centurias o por tribus, lo que excluía la posibilidad de reglas especiales y una apreciación jurídica de la prueba. Las questiones perpetuae eran decididas por jueces populares también, de acuerdo con su personal convicción. En la Roma imperial los jueces, de árbitros se convirtieron en representantes del Esta-

de en la función de administrar justicia; continuaron obediendo su personal convicción, mientras los esaperadores no les impusieron reglas especiales de apreciación. Se entronizó luego el sistema de la tarifa legal, pero no de una manera rigurosa: no se encuentra, por ejemplo, una norma que obligue a tener por demostrado un hecho, por la declaración de dos testigos. Se le restó, sin embargo, valor a esta prueba y se le concedió mayor importancia a la literal.

Ni en el más antiguo derecho romano, en fin, "se encuentran -dice Deyis Echandía- las nefandas consecuencias que el exagerado misticismo tuvo en la Europa cristiana, como la absurda costumbre de definir por la habilidad y la fuerza los litigios, al creerse que Dios intervendría en los casos concretos para darle el triunfo al débil que tuviera la razón, sobre el fuerte que la desconociera, en los llamados duelos judiciales y los juicios de Dios, las ordalías y los juramentos expurgatorios. Si bien existió el tormento en ciertas épocas, su uso fue restringido como medio probatorio, principalmente para las declaraciones de esclavos, y en todo caso hubo mayor moderación que en la Edad Media y parte de la llamada Edad Moderna".

2. EL SISTEMA ACTUAL.

La crítica es la operación mental que debe realizar el Juez, a fin de conocer el mérito de convicción que se deriva del contenido de la prueba. De las modernas concepciones procesales, de acuerdo con el autor antes citado, se ha prescrito el sistema de la tarifa legal que, consistía en fijar un determinado número de medios probatorios, o de señalar ciertos requisitos, para dar por probado un hecho. De manera general, rige el sistema de la persuasión o apreciación racional que supone una gran libertad de aceptación de los diversos elementos de convic-

ción y de su análisis, controlada únicamente por los principios de la lógica, de la psicología y de la experiencia.

El sistema de la persuasión racional consiste en el análisis lógico de cada medio probatorio en particular, y del conjunto o acervo probatorio en general, encaminado, en primer término, al estudio de la sinceridad del sujeto atestante de la prueba, y en segundo lugar, a la verosimilitud del objeto atestado.

Tal examen se verifica a través de una operación mental que abarca tres actividades, de acuerdo con Gorphe, a saber:

- a. Fijación de los elementos de prueba.- El Juez los descubre, con la ayuda de los investigadores auxiliares, si es el caso, y los aduce al proceso, determinando de una vez los elementos psicológicos y morales que pertenecen a su dominio propio.
- b. Control de la prueba.- El funcionario confronta los diversos elementos de prueba, entre sí, para verificarlos, o, por lo menos, para apreciar su verosimilitud; y
- c. Reunión de la prueba.- El Juez procura agrupar y relacionar los elementos pertinentes, en un conjunto sintético y coherente, en forma tal, que de ellos pueda extraerse una conclusión.

La triple tarea de Gorphe se concreta, según Devia Rohandía, en tres funciones del Juez, que son:

- a. Percepción.- El Juez entra en contacto con los hechos, mediante la percepción u observación directa, o sea, por medio de sus propios sentidos, o indirecta, esto es, a través de la relación que de ellos hacen otras personas o ciertas cosas.
- b. Reconstrucción.- Percibidos aisladamente los hechos por

medio de los elementos de prueba, el Juez procede a la reconstrucción histórica, no ya separadamente sino en conjunto, labor en la que no debe omitir ningún hecho, por accesorio que parezca. Deben coordinarse y colocarse todos los hechos en el sitio adecuado, para luego clasificarlos de acuerdo a la naturaleza de cada cual, y de acuerdo al tiempo y a las demás circunstancias de la realidad histórica que se trata de reconstruir.

c. Razonamiento.- La representación mental de los hechos puede hacerse de manera directa, pero a varios de ellos solamente se llega de un modo indirecto, esto es, infiriéndolos de otros. En ambos casos opera una actividad razonadora, bien sea elemental y rápida en la observación directa, o elaborada y muy compleja en la indirecta, actividad que consiste, de todos modos, en sacar una conclusión de los datos brindados por las pruebas.

Esto no quiere decir que las actividades mencionadas se presenten separadamente, ni menos de modo sucesivo. Sin embargo, la última no puede darse sin la primera que necesariamente está al comienzo del trabajo.

La fase de razonamiento conlleva la utilización de la lógica. No puede haber correcta valoración de la prueba sin lógica, porque cuando se hacen inferencias de los hechos, cosas o personas observadas, o cuando se califican los casos particulares de acuerdo con deducciones de reglas de experiencia, inexorablemente se apela a los principios de la lógica.

No se trata, espero, como advierte Devie Echan-día, de una lógica distinta de la común o general, por que sus leyes son las mismas cualquiera que sea la materia a que se apliquen. Sin embargo, la actividad

lógica dentro de la apreciación de las pruebas -dice- tiene una peculiaridad: siempre debe apoyarse en la experiencia". Precisamente la guía indispensable del Juez en esa tarea la constituyen las reglas de la experiencia física, moral, social, psicológica, científica, etc.

Al lado de la lógica, observa el mismo autor, en la tarea valorativa actúan la imaginación, la psicología y la sociología, además de un sin número de otros conocimientos científicos y técnicos. En efecto, al reconstruir los hechos, la imaginación obra como una auxiliar utilísimo para buscar datos, huellas, analogías o discrepancias, inferencias o deducciones, necesarias para la adecuada representación. Y como se trata de hechos humanos, o que se relacionen con la vida de seres humanos, para la calificación definitiva el juez debe recurrir a conocimientos de psicología y de sociología, entre otros. No debe perderse de vista en el proceso crítico, además, que, como repara Goryphs, si bien los medios de prueba son categorías jurídicas abstractas que los tratados de derecho estudian siempre por separado con sus respectivas reglas de admisibilidad, en el proceso generalmente se presentan mezclados. Por lo mismo, la labor de crítica será más compleja, en busca de la síntesis final que determina la certeza, ora sobre la existencia del delito, ora sobre la responsabilidad del acusado, o bien sobre la existencia del derecho debatido, o cuyo reconocimiento se demanda.

2. DEFINICIONES.

./.

... a transcribir algunas definiciones de indi-

de los más **CAPITULO III** que han escrito sobre pruebas judiciales:

1. Para Dellepiane **LA PRUEBA INDICIARIA** rastros, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, de **ETIMOLOGIA**, probado, susceptible de llevarnos,

por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. El vocablo Indicio, etimológicamente, viene del término latino INDEX, INDICIS: que muestra, que señala.

Del mismo término se deriva el nombre del dedo índice que empleamos para mostrar, para INDICAR.

El indicio es un signo, tomado este último término en el significado natural de algo que sugiere otro algo, es decir, de un hecho que sugiere otro hecho. Por eso, no hay similitud entre el signo y lo significado, entre el indicio y el hecho indicado, sino simplemente sugerencia. En este sentido, los signos se los encuentra establecidos por las mismas leyes naturales, y han sido descubiertos por la experiencia humana, como se verá luego.

Dentro del ámbito probatorio, rigiéndonos por el origen del vocablo, diremos que el indicio es un hecho que señala otro, cuya demostración se busca.

Ningún medio de prueba ha soportado -en sentir de Rocha- tantos vituperios y alabanzas al mismo tiempo, como el Indicio: exaltado como si fuera la reina de las pruebas (Dellepiane), se le ha negado existencia autónoma (para Carnelutti el Indicio es una clase de presunción no establecida legalmente); para otros autores, en fin, cualquier medio probatorio se reduce a éste (Ellero).

B. DEFINICIONES.

Vamos a transcribir algunas definiciones de indicio

cio, de los más connotados autores que han escrito sobre pruebas judiciales: ante, todas las cosas, comprendiendo todo es-

1. Para Bellepiane, indicio "es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido". Para el hecho indicador, el hecho indicado y una
2. Mittermaier dice: "Un indicio es un hecho que está en íntima relación con otro hecho, que un juez llega del uno al otro, por medio de una conclusión muy natural".
3. Según Bentham, "prueba circunstancial (los autores ingleses dan esa denominación a la prueba por indicios) es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido".
4. Para Franarino, el indicio es el argumento probatorio indirecto que va a lo desconocido de lo conocido, "mediante relación de causalidad".
5. Pietro Ellero lo define como "aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga".
6. De acuerdo con Rocha, el indicio es un medio probatorio por el cual se llega "a lo desconocido, partiendo de lo conocido".
7. Julio González Valásquez dice: "Cuando un hecho conocido (probatum) no demuestra de por sí un hecho ignorado (probandum), puede, sin embargo, demostrarlo indirectamente mediante las relaciones de causalidad, de ligamen, entre los dos hechos, relaciones puestas en claro por el razonamiento".
8. Gorphe dice que la prueba indiciaria "comprende todo hecho o circunstancia que tiene relación con el hecho in-

investigado, y permite inferir su existencia o realidad".
Por consiguiente, todas las cosas, comprendiendo todo es-
crito o dicho, pueden servir de base a una inferencia.

De los conceptos transcritos podemos deducir con
facilidad que en la prueba por indicios intervienen tres ele-
mentos, a saber: el hecho indicador, el hecho indicado y una
relación entre éste y aquél.

Bellepiane, Mittermaier y Rocha toman como base
de sus definiciones el hecho indicador. Betham carga el a-
cento en el aspecto psicológico del concepto de prueba, este
es, en la actividad mental del juzgador que pretende persua-
dirse de la verdad, mediante el indicio. En esta misma for-
ma lo hace Franzarino.

Julio González Velásquez (citando a Sennier), lo
describe recalcando sobre la relación que debe vincular el
hecho indicador con el indicado, para afirmar la existencia
de éste, en presencia de aquél.

Respecto de algunos delitos
trabaja lo consideramos como bastante, por ejemplo, en un
caso de C. RESEÑA HISTÓRICA. probado el delito cuando el

1. Roma. Los indicios tuvieron una gran importancia en la
antigua Roma. A los Clásicos, en especial a Ci-
cerón y Quintiliano se les ve aplicar, según Mittermaier,
a la investigación y a las conclusiones que de esta prue-
ba se pueden deducir, los modos de proceder más conformes
con los hábitos cotidianos de la vida. "Multitud de tex-
tos -dice el autor- demuestran, evidentemente, qué impor-
tancia daban los juriconsultos a los llamados argumenta,
indicia y signa".

En tiempos de los Tribunales por concejos y de
las questiones perpetuas, -relata el autor en cita-, los

juces condenaban en virtud de pruebas artificiales, y eran éstas las que más frecuentemente se producían en los juicios populares. Pero las conclusiones engañosas a que llevan simples sospechas, hicieron nacer la desconfianza en el juicio que dejó de ser admitido como plena prueba. "Hay comentaristas, sin embargo, -observa Mittermaier- que no ven en los textos posteriores a Cicerón, Teodocio y Triboniano, desautorización para el juicio, sino una severa censura contra su ligero y temerario empleo en la acusación. Discuten, además, si en Roma se prescribió toda condena no fundada en la confesión o en el testimonio perfectos, o si únicamente se prohibía la aplicación de la pena capital, por simples indicios". En fin, puede tenerse como cierto, que en Roma la prueba artificial fue considerada como suficiente para fundamentar una condena. y estruendo, en la manuscrita ley, y a toda costa se

2. En el Derecho Canónico.- Los canonistas no concedieron mucha importancia a este medio de convicción. Sin embargo, respecto de algunos delitos también lo consideraron como bastante, por ejemplo, en caso de adulterio, se tenía por probado el delito cuando al acusado se lo hallaba SOLUS CUM SOLA, NUDUS CUM NUDA, IN EODERU LECTO: solo con la adúltera, desnudos y en el mismo lecho.

3. Edad Media.- Los prácticos, en cambio, dieron mucha importancia al juicio. Sobre todo, estudiaron su fuerza probatoria aunque la opinión más admitida es la de que los indicios no pueden producir plena prueba, no faltaron juristas que consideraron que los indicia indubitata podían servir de base a una condena. Intendían por indicia indubitata los hechos que no dejaban duda alguna sobre la culpabilidad del acusado, "idea falaz -como advierte Carmignani, citado por Carrara-, porque

un indicio no basta para tanto". Sin embargo, como en aquel entonces el tormento se convirtió en el eje del proceso penal, en la práctica ocurría que tan pronto como se daban varios indicios concurrentes, el acusado era entregado al atormentador, a fin de arrancarle la confesión.

En Alemania, que en cierta forma refleja la situación continental de esa época, según Mittermaier, la ley de la Carolina, imbuida del espíritu metódico y lógico de los tiempos, sienta instrucciones sobre la averiguación de los indicios y el partido que debe sacarse de ellos, recalcando en que, por numerosos que sean, por sí solos jamás podrán ser suficientes para dictar una sentencia condenatoria, pero sí bastarán para autorizar la aplicación del tormento. A medida que éste fue desapareciendo, se advirtió que la prueba indiciaria estaba sujeta a trabas muy estrechas, en la mencionada ley, y a toda costa se procuró romperlas, para evitar la impunidad.

4. Edad Moderna.— Domina la idea de que la prueba natural es la única que puede autorizar una condena. Desaparecido por completo el tormento y ante la frecuente ausencia de prueba directa que hacía imposible condenar, con grave peligro para el orden público, se instauró una pena extraordinaria, aplicable únicamente en los casos en que obrara sólo prueba por indicios.

166
En Francia impera el sistema de los juicios populares. Por eso se comprende muy bien que el Código de instrucción criminal no contuviera nada especial, sobre indicios. Los Ingleses, en cambio, quienes son los que quizá mejor han comprendido la naturaleza del Jury, intentan conciliar la omnipotencia de éste, con útiles principios sobre el indicio, que en verdad no se traducen como los continentales, en exigencias estrictas y absolutas, pues en todo momento reconocen que la prueba circunstancial

exige la mayor circunspección y prudencia, y admiten que puede perfectamente motivar la condena.

En una palabra, en la época moderna, la experiencia no se declara abiertamente en favor de la prueba indiciaria, porque el legislador tiene demasiado presentes los errores en que fácilmente incurra el Juez que se guía por tales indicios, y por eso sujeta su libre arbitrio con multitud de condiciones, de suerte que el Tribunal, al no encontrarlas todas cumplidas, se ve frecuentemente precisado a absolver.

5. Época Contemporánea. - En los momentos actuales, aunque se advierte aún cierta reserva en

algunas legislaciones y en no pocos jurisconsultos, es un hecho que la prueba por indicios cobra mayor trascendencia cada día, en la proporción en que la pierden la confesión y las demás pruebas llamadas directas o naturales.

El debate de los últimos tiempos sobre la admisibilidad y suficiencia, ha despuntado en la sistematización de adecuados métodos de recolección, control e interpretación de la misma, y en la definida delimitación que de los conceptos de Indicio y Presunción.

El Indicio generalmente ha sido entendido de dos maneras diferentes: en la una se ha querido comprender todos los medios imperfectos de prueba que constituirían prueba directa si cumplieran todas las exigencias de la ley positiva. En la otra se encuentra la prueba por vía de conclusión de un hecho conocido a otro no conocido.

La primera es una concepción extrema e la verdadera prueba indiciaria, y la segunda es en los sistemas procesales orientados por el principio de la convicción legal. Por ejemplo en los sistemas que exigen la presencia de dos testi-

NATURALEZA DE LA PRUEBA INDICIARIA

A. DIVERSAS CONCEPCIONES DEL INDICIO

Dijimos en el capítulo III que la prueba indiciaria comprende el elemento indicador (o hecho perfectamente acreditado), el hecho indicado (desconocido) y la relación entre uno y otro que hace posible inferir el segundo del primero. Por ejemplo el llanto (Pietro Ellero): una persona puede llorar de ternura, de gozo, o llorar fingidamente; pero lo ordinario es que lllore de dolor. Entonces, si vemos que alguien llora, suponemos inmediatamente que lo hace de dolor, hecho que desconocemos, pero que inferimos del llanto, como indicio del dolor, por ser éste la causa ordinaria de aquél.

El término indicio ha dejado de significar únicamente el hecho indicador, para comprender los tres elementos referidos. Quienes no han querido entenderlo así, por un afán de dividir, subdividir y dar un nombre diverso a cada parte, prefieren llamar indicio al hecho indicador, y presunción de hombre o de hecho a la operación mental que descubre la circunstancia indicada, creando una lamentable confusión de la que van librándose al estudiar la naturaleza de uno y otra.

El indicio generalmente ha sido entendido de dos maneras diferentes: en la una se ha querido comprender todos los medios imperfectos de prueba que constituirían prueba directa si cumplieran todas las exigencias de la ley positiva. En la otra se encuentra la prueba por vía de conclusión de un hecho conocido a otro no acreditado.

La primera es una concepción extraña a la verdadera Prueba Indiciaria, y la encontramos en los sistemas procesales orientados por el principio de la convicción legal. Por ejemplo: en los sistemas que exigen la presencia de dos testi-

monios contestes, el testimonio único es considerado como indicio. Sin embargo, es ilógica la equiparación anterior, porque testimonio e indicio son dos pruebas completamente distintas. Si el testigo único se une a otra declaración, ya no hay indicio, sino prueba directa perfecta, y el medio probatorio, como se ve, no ha cambiado de naturaleza.

Descartada, entonces, la primera concepción por ilógica, es preciso avocar el estudio de la segunda, en busca de la naturaleza del indicio.

Decimos que hay prueba indiciaria cuando en presencia de un hecho conocido, por un proceso mental de raciocinio, afirmamos la existencia de otro desconocido.

El hecho conocido es el sujeto atestante de la prueba. Puede ser real o personal, según se trate de una cosa, rastro, huella, o de un hecho síquico, gestos, movimientos, temblores, palidez, etc. Pero no debe confundirse el indicio personal con la prueba personal del indicio, porque mientras aquél es una huella mental, éste es una declaración de alguien que lleva al juez el conocimiento del hecho indicador. Ejemplo del primero: el nerviosismo del acusado. Del segundo: la afirmación de un testigo de haber visto a éste en el lugar del delito (indicio de presencia). Entonces, como sujeto atestante de la prueba indiciaria puede servir toda circunstancia, vestigio, rastro o huella, materiales o morales, "en cuanto huellas o recuerdos de un hecho desconocido", como dice E-llero.

El hecho desconocido, u objeto atestado por el hecho indicador, consiste también en personas, cosas y hechos.

A partir del primero llegamos al segundo mediante un proceso de razonamiento, que encuentra el nexo que los une; por ello se denomina también prueba crítica al indicio. Este razonamiento para algunos consiste en una inducción y pa-

ra otros, en una deducción. Para Delleplane se trata de una inferencia; término genérico que comprende los dos anteriores más el razonamiento analógico.

Veamos en qué consisten los procesos enunciados.

1. DEDUCCION.- Muchas definiciones se han dado de la deducción. Citemos algunas con José Ferrater Mora:

- a. Es un razonamiento de tipo mediano;
- b. Es un proceso discursivo descendente que pasa de lo general a lo particular;
- c. Es un proceso discursivo descendente que pasa de una proposición a otra, hasta llegar a una proposición que se considera la conclusión del proceso;
- d. Es la derivación de lo concreto a partir de lo abstracto.

"Cada una de estas definiciones -dice Ferrater Mora-, adolece de inconvenientes, pero a la vez apunta a una o varias características de la deducción. Así: a. es insuficiente, porque el vocablo razonamiento es demasiado vago, pero subraya el carácter mediano y, por lo tanto, no intuitivo de la operación deductiva; b. tiene supuestos ontológicos que no son estrictamente necesarios y que resultan patentes en la noción de descendentes, pero alude al paso de lo general a lo particular; c. es correcta, pero olvida la necesidad de "mediación" (término medio, regla de inferencia); y d. muestra el carácter abstracto cuando menos en el punto de partida del proceso deductivo, descuidando otros aspectos importantes del mismo".

Las actuales investigaciones sobre la naturaleza de la deducción -según el autor en cita- tienen en cuenta algunos de los elementos mencionados en los conceptos anteriores, pero los reducen a sus justas proporciones, o procuran completarlos con otras características, sin las

que no es posible dar una noción rigurosa de la operación deductiva. "Una definición hoy común -dice- y que se aplica a todas las formas de deducción es la que sostiene que en el proceso deductivo se derivan ciertos enunciados de otros de un modo puramente formal, esto es, en virtud sólo de la forma lógica de los mismos. El enunciado del que se parte para efectuar la derivación es la premisa. El enunciado último es la conclusión".

2. INDUCCIÓN.- Hay un concepto muy amplio, según el cual la inducción es una operación que se ejecuta cuando se alcanza una conclusión determinada sobre un hecho, partiendo de otro hecho.

Más estrictamente, la inducción es el proceso de razonamiento que va de lo particular a lo universal, que no es sino el paso de lo más especial a lo más general. Es, entonces, un proceso ascendente, contrario al deductivo: del caso concreto o particular se parte para formular un principio o regla general.

3. INFERENCIA.- Se ha considerado la inferencia como el conjunto de los procesos discursivos, entre los cuales es menester distinguir los inmediatos y los mediatos.

El proceso discursivo inmediato da origen a la llamada inferencia inmediata, en la que se concluye una proposición de otra, sin intervención de una tercera.

El proceso discursivo mediate da origen a la inferencia mediata, en que se concluye una proposición de otra, por medio de otra u otras proposiciones.

Se denomina a las primeras procesos discursivos simples, y complejos a las segundas.

Entre las últimas se incluye la deducción, la inducción y el razonamiento por analogía.

En cuanto a las inferencias mediatas, según Ferrater Mora, la lógica tradicional se refiere, sobre todo, a las que tienen lugar en el silogismo, si bien hay que tener en cuenta que en tal lógica se presentan también numerosas inferencias no silogísticas.

En presencia de los conceptos anteriores, Dellepiane insiste en que en la prueba inductiva no se induce ni se deduce simplemente. Para él, la proposición inferida unas veces resulta menos general que la analizada, porque se ha discutido de lo general a lo particular. Otras veces la operación es ascensional, es decir, la inferencia es una inducción y en otras, en fin, el razonamiento es horizontal, esto es, por analogía. Según este autor, en algunos indicios puede decirse que no se presenta nítida y sola cualesquiera de tales operaciones, sino varias al mismo tiempo, "porque las relaciones que vinculan los seres, las cosas, los hechos son de muy diversa índole, de semejanza o diferencia, de causalidad o simple sucesión, de coexistencia, de finalidad".

De ahí que Dellepiane, para acabar la discusión de tratadistas anteriores, afirme que se trata de una inferencia silogística que se basa, por lo regular, en leyes empíricas, en generalizaciones suministradas por la experiencia, en principios de sentido común y de carácter contingente, y de manera excepcional en una ley rigurosamente comprobada de carácter necesario.

El planteamiento de Dellepiane es correcto, pero no del todo preciso y claro, como tendremos ocasión de verlo más adelante.

B. NATURALEZA ONTOLÓGICA

Hemos planteado que el indicio es una prueba crítica que se apoya en una regla general, experimentalmente inducida.

cida, de la cual, en relación de causalidad, se deduce la cierta o probable existencia de un hecho.

Decimos crítica para significar que se trata de una prueba por raciocinio; por éste nos representamos el hecho desconocido, ante la presencia del conocido. "La razón -dice Malatesta- es siempre quien guía el espíritu en su marcha de lo conocido a lo desconocido por aquellos hilos ideológicos que unen lo primero con lo segundo".

5
Qué es el raciocinio? Es un juicio deducido de otros dos juicios, cada uno de los cuales se expresa con una proposición: mayor, menor y conclusión. Ahora bien, el juicio es un acto mental "por medio del cual pensamos un enunciado" (Ferrater Mora). Por lo tanto, todo juicio supone un contenido que consiste siempre en una serie de conceptos encadenados en forma sucesiva, como resultado de la estricta lógica del mismo juicio.

El encadenamiento de los conceptos se verifica por medio de una cópula que afirma o niega algo del sujeto. Un juicio comprende, pues, tres elementos, a saber: a. Sujeto o concepto-sujeto; b. Predicado o concepto-predicado, que es lo que se afirma o niega del sujeto, y c. Cópula que los relaciona.

Según se incluya o no el predicado en el sujeto, el juicio es analítico o sintético.

Para Kant -cita de Ferrater Mora- en los juicios analíticos "el enlace del sujeto con el predicado se concibe por identidad". En los juicios sintéticos, en cambio, el enlace se concibe por diversidad.

Según Premarino de Malatesta, los filósofos citan ocho juicios primitivos supremos, a los que denominan principios, a saber:

1. Principio de identidad: El ser es el ser.
2. Principio de diversidad: Todo efecto supone una causa.
3. Principio de contradicción: Es imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Precisamente porque el ser es el ser; el principio de contradicción se reduce, por lo tanto, al de identidad.
4. Principio del conocimiento: El objeto del pensar es el ser. Si fuese la nada y no el ser, se pensaría nada, esto es, se pensaría y no se pensaría a la vez; en su contra se resuelve el principio anterior, que como hemos dicho se resuelve en el de identidad.
5. Principio de sustancia: Toda cualidad supone una sustancia. Sabemos que ello es así, en cuanto la cualidad no es más que un modo de ser de la sustancia; es decir, que las cualidades son la sustancia en sus modos. Ahora bien, todo modo de ser de la sustancia debe, pues, suponer la sustancia misma, de lo contrario supondría la nada y sería modo del ser y de la nada, a la vez, lo que es imposible por el principio de contradicción, que se resuelve en el de identidad.
6. Principio según el cual una cosa es o no es.- Se resuelve también en el de identidad; en efecto, porque el ser es el ser es por lo que se afirma que una cosa es o no es.
7. Principio de la razón suficiente: No hay cosa alguna sin razón suficiente. Este principio se reduce al de diversidad o de causalidad, porque lo que es causa en cuanto produce es razón que explica.
8. Principio de finalidad: Todo medio supone un fin.- También se resuelve en el de causalidad, porque el fin es el que determina la naturaleza del medio, siendo éste una consecuencia o efecto de la naturaleza del fin.

De lo dicho se concluye que el de identidad y el de causalidad son los verdaderos y primitivos juicios supremos, a los que se reducen todos los demás.

Los filósofos rusos no hablan de Juicios Supremos, sino de Leyes de la Lógica Formal, de las que destacan cuatro como fundamentales: ley de identidad, ley de contradicción, ley del tercero excluido y ley de razón suficiente.

La diferencia es fundamental, porque la expresión "Juicios Primitivos Supremos" da a entender que los juicios están en la naturaleza del hombre como creación de su mente, o como infusión o soplo extranatural que, sin concordancia con el mundo material, organizan y determinan el pensamiento humano. Y ello no es así. En realidad, el hombre no crea arbitrariamente los juicios, como enseña Gorski, ni menos le son insuflados por un "espíritu superior", sino que surgen en su pensamiento como reflejo del mundo material. Dice el citado autor: "... el pensamiento surge únicamente en determinada fase del desarrollo del mundo material, y tanto por su contenido como por su forma depende del mundo material, del que es un reflejo".

1. Ley de identidad.- Gorski la enuncia así: "Los pensamientos son idénticos entre sí, si poseen la misma extensión; todo pensamiento enunciado es idéntico a sí mismo si su extensión permanece invariable". "A es A".

Todo juicio se compone de constantes y variables lógicas. Según el autor en cita, variables lógicas son el Sujeto (S) y el Predicado (P), y son constantes lógicas los demás términos o vocablos que enlazan el pensamiento, como la cópula.

En esta ley -seguimos con el filósofo antes nombrado-, "... la variable lógica A denota un pensamiento cualquiera. En lugar de A puede colocarse un pensamiento

de cualquier contenido concreto sin que dejemos de tener nunca un juicio verdadero. Así, si sustituimos A por el concepto "vegetal", obtendremos el juicio verdadero "un vegetal es un vegetal".

2. Ley de contradicción.- "Dos juicios, en uno de los cuales se afirma algo acerca del objeto del pensamiento ("A es B") mientras que en el otro se niega lo mismo acerca del mismo objeto del pensamiento ("A no es B"), no pueden a la vez ser verdaderos (siempre y cuando el carácter B se afirme o niegue acerca del objeto del pensamiento A, considerado en un mismo tiempo y en una misma relación".

"A y \bar{A} ", en que A es un juicio cualquiera, \bar{A} un juicio que niega el primero y el trazo largo, la negación del juicio compuesto "A y \bar{A} ". Por ejemplo: "El geranio es un vegetal" y "El geranio no es un vegetal".

3. Ley del tercero excluido.- "De dos juicios que se niegan, uno es necesariamente verdadero": A o \bar{A} , "significando A -dice el filósofo Gorski- un juicio cualquiera y \bar{A} su negación". Por ejemplo: "El geranio es un vegetal" o "El geranio no es un vegetal". De estos dos juicios uno es verdadero. Si está comprobado el primero, el segundo es falso, porque una cosa existe o no existe, es o no es, haciendo abstracción, claro está, de su desarrollo o transformación, como observa Gorski.

4. Ley de razón suficiente.- "Para considerar que una proposición es completamente cierta, ha de ser demostrada, es decir, han de conocerse suficientes fundamentos en virtud de los cuales dicha proposición se tiene por verdadera".

El autor en cita explica esta ley: "Supongamos que un niño -dice-, al oír un relato de su maestro, encuentra

que le son desconocidas varias proposiciones. Se entera, por ejemplo, de que los antiguos egipcios sabían construir instrumentos de música excelentes; de que ciertas ondas ultrasónicas matan a los organismos vivos más simples; de que si se produce un terremoto en el Asia Central las ondas que da origen llegan a Moscú a los pocos minutos.

"El niño tiene derecho a dudar de la veracidad de estas proposiciones mientras no sean demostradas, explicadas y fundamentadas.

"Tan pronto como se hayan demostrado, no bien hayan sido aducidas suficientes razones que confirmen su veracidad, no es posible dudar por más tiempo. Toda proposición demostrada es infaliblemente verdadera.

"En la ciencia y en la actividad cotidiana no es posible aceptar nada como artículo de fe (como exige, por ejemplo, la religión), sino que es necesario demostrarlo y fundamentarlo todo..."

El raciocinio expresado en juicios que obedezcan las tres primeras leyes es analítico, porque afirma o niega una cualidad o carácter propio del sujeto, hallado empíricamente. En cambio, los juicios de la cuarta ley son sintéticos, porque la razón que explica algo del sujeto A, es diversa de A, no está contenida en el sujeto: lo precede o lo sigue. Y si la causa con respecto al efecto, o viceversa, es la razón que explica todo fenómeno natural o social, se sigue que los juicios sintéticos funcionan en relación de causalidad.

Ahora bien, si la naturaleza de todo raciocinio se determina por la del juicio contenido en la mayor, que, como hemos visto, es de dos especies, se infiere que el raciocinio en general no puede ser más que de dos especies: Raciocinio analítico y raciocinio sintético, con relación a la identidad y a la causalidad, respectivamente.

Desde el punto de vista ontológico, entonces, el raciocinio puede ser argumento probatorio en relación de identidad, o en relación de causalidad. En el primer caso funciona como argumento presuntivo, en el segundo, como indicio.

En efecto, en la presunción de inocencia, por ejemplo (enseña Framarino), por observación de los varios individuos que componen una especie, inductivamente llegamos a la afirmación de un predicado de esa especie; y así, en la mayor del raciocinio se dice Los hombres son de ordinario inocentes. En la menor se afirma que el individuo se contiene en la especie, y se dice: el acusado es un hombre. En la conclusión se atribuye al individuo lo que en la mayor se atribuye a la especie, en el ejemplo, la ordinaria inocencia, y se concluye: luego el acusado es, de ordinario, inocente; en otros términos: luego el acusado es probablemente inocente, o, mejor aún, luego al acusado se lo presume inocente.

Para Framarino, cuando en la mayor del raciocinio se atribuye una cualidad a un sujeto, hay relación de identidad, y como todo ser comprende en su totalidad sus atributos, entre éstos y aquél hay siempre relación de identidad parcial. Por lo tanto, estando el individuo comprendido en la especie, se llega a atribuir a aquél, lo que se ha atribuido a ésta.

Vemos ahora cómo funciona el raciocinio en relación de causalidad, es decir, como indicio:

1. En la fuga (ejemplo del autor en cita): Tan pronto sabe que se sospecha de él, Pedro huye. Esta fuga se hace valer como indicio de culpabilidad, así: de la observación de los diversos casos particulares se llega a la afirmación de la relación específica de causa y efecto entre fuga y conciencia delincuente. Se afirma entonces en la mayor del raciocinio: la fuga del que se ve sospechoso de un delito es ordinariamente causada por la conciencia delincuente. En

la menor se afirma el hecho particular de la fuga de Pedro, el hecho indiciario, y se dice: Pedro ha huído. En la conclusión se atribuye a la fuga de Pedro la causa que de ordinario se atribuye a la fuga de cualquiera que en las mismas circunstancias hubiera obrado así mismo, y se dice: luego Pedro tiene, probablemente, la conciencia de su delincuencia. En los casos, no se llega sino a inferencias pre-

2. En el indicio de presencia. Este indicio constata en la oportunidad física o material de la realización de un acto. Aquí también la observación de numerosos casos particulares permite afirmar la relación de causa a efecto entre la presencia de un sujeto en un determinado lugar, en el momento de la ejecución de un acto, y el acto mismo. Y se afirma en la mayor del raciocinio: quien está presente en un lugar, en el momento de la realización de un hecho, ordinariamente toma parte en él como autor o partícipe. En la menor se afirma la presencia de Pedro en la mañana del día X, en la casa en que se perpetró un robo, por ejemplo. En la conclusión se atribuye ese robo a Pedro, como posible efecto de su presencia, porque la experiencia autoriza la aplicación del principio general de la proposición mayor a la menor, y se dice: luego Pedro, probablemente, es el autor del robo.

3. En el indicio del móvil delictuoso: El hombre no se determina a realizar acción alguna sin motivo. Este principio general surge, así mismo, de la observación de la forma ordinaria, normal, en que actúa el ser humano, en la que el motivo o móvil obra como causa. Pedro se halla herido en su amor propio por una grave ofensa de Juan y quiere vengarse. Juan aparece muerto. El móvil de la venganza podría explicar esa muerte, a manos de Pedro. Así, entonces, en la mayor del raciocinio afirmamos el principio general citado. En la menor decimos: Pedro quería vengarse de Juan.

En la conclusión atribuimos la muerte de Juan a Pedro, como probable efecto de su venganza, para afirmar: luego Pedro, probablemente, es el autor de la muerte de Juan.

En las conclusiones de los razonamientos anteriores, como lo advierte el autor en cita, se habla de probabilidad, pues, como se verá, al partir de la premisa del ordinario modo de ser de las cosas, no se llega sino a inferencias probables. La experiencia interna, según el mismo autor, observa-

En resumen (con Framarino), el raciocinio presuntivo alcanza lo desconocido por la vía del principio de identidad, que ordinariamente se reduce a la simple conclusión, sustruyendo la mayor y la menor, y se dice: al acusado se lo presume inocente. Y el raciocinio indiciario lo alcanza por la vía del principio de causalidad. De ordinario se presenta como un silogismo incompleto, o entimema, en que se calla la mayor, por ejemplo, Pedro ha huído, luego es culpable.

C. NATURALEZA LÓGICA

Cualquier indicio que tomemos responderá al esquema del raciocinio analizado, en relación de causalidad. De suerte que, ontológicamente, es decir, por la naturaleza del contenido el raciocinio indiciario es causal. Pero cómo llegamos a esta afirmación? La pregunta se responde indagando la naturaleza lógica del raciocinio. Para Framarino, el raciocinio y lo que se le conecta se deducen correlativamente con el mundo externa e interna del mundo físico y moral en la siguiente forma:

1. Con la experiencia externa advertimos que varios fenómenos físicos están de acuerdo en el mayor número de casos, para extraer la regla del ORDINARIO FÍSICO, esto es, del ordinario modo de ser y obrar de la naturaleza. De estos conceptos, según dicho tratadista, partimos para concluir

un determinado particular. Así: de la observación de diversas armas de fuego recién disparadas inducimos la afirmación general (premisa mayor del silogismo) de que determinadas huellas en el cañón revelan, de ordinario, la explosión reciente. Dadas estas huellas en el cañón de una escopeta cualquiera se deduce que con ella se ha hecho un disparo reciente.

2. Con la experiencia interna, según el mismo autor, observamos los fenómenos particulares de la conciencia e inducimos el concepto del ORDINARIO MORAL, o sea la regla del ordinario modo de pensar y de obrar de los hombres, que sirve de premisa para otra clase de raciocinio. Por ejemplo, de la observación acumulada de los diferentes hombres se induce el principio de que el hombre, de ordinario, obra con un fin; y así, ante una acción dada, afirmamos que el agente ha debido realizarla con un fin determinado.

D. FUNDAMENTO RACIONAL DE LA PRUEBA INDICIARIA.

A los conceptos del ordinario físico y moral se contraponen el concepto de lo constante que, según Framarino, "es lo que se presenta como verdadero en todos los casos particulares..." mientras que ordinario "es lo que se presenta como verdadero en el mayor número de los casos". Partiendo del concepto de lo constante se deducen consecuencias ciertas; y partiendo del ordinario modo de ser y de obrar se deducen consecuencias probables. En consecuencia: lo que es constante en la especie es ley de certeza para el individuo, y lo ordinario de la especie es ley de probabilidad para el mismo.

"pues bien -dice este autor-, en cuanto a la relación de causalidad, lo mismo si se parte del constante, como del ordinario modo de ser y de obrar, se tiene siempre un in-

diccio, porque la causa es algo diverso del efecto, y la percepción de lo constante o de lo ordinario no destruye tal diversidad". Recordemos que el indicio es un signo, y entre éste y el significado no existe similitud, sino simple sugerencia, con fundamento en la relación de causalidad. "Entonces, conocer por vía de causalidad es siempre conocer por vía indiciaria -afirma Malatesta-". Y agrega: "sin embargo, el argumento probatorio indiciario casi siempre parte del ordinario, y muy rara vez del constante modo de ser o de obrar de la naturaleza". y del contingente, y el establecimiento de esta

No interesa analizar aquí la regla lógica de la presunción, es decir, el raciocinio bajo el principio de la identidad, como camino para el conocimiento, porque el objeto de la disertación se reduce al indicio, y si hemos hecho las anotaciones anteriores abarcando la presunción, ha sido con el propósito de delimitar de alguna forma la naturaleza de uno y otra. Es necesario, sin embargo, advertir con el autor en cita, que en la presunción siempre se parte de la idea general de lo ORDINARIO, porque si se partiera de lo constante, "lo que como constante se percibe en la especie, se percibe como infalible y necesario en el individuo; y lo que se percibe como necesario en éste, se le atribuye directamente, y no por argumento indirecto".

La prueba por indicios reside, pues, esencialmente en la inferencia que concluye del hecho conocido el hecho buscado, resultado que se obtiene, según lo dicho, por razonamiento, en lugar de ser declarado verbalmente o por escrito, como en los demás medios probatorios. Además, y esta es una característica que no debe perderse de vista, la prueba indiciaria es una prueba de segundo grado, en el sentido de que se apoya sobre los datos de otras pruebas, por las que se conoce el hecho indicador, es decir, que la aportación de éste se realiza mediante las pruebas denominadas directas, y no por medio de otro indicio.

E. INDUCCION Y DEDUCCION EN EL INDICIO.

Creemos haber comprobado con los argumentos transcritos que el indicio es una prueba crítica, en la que el raciocinio funciona por vía de causalidad, para la formulación del principio general, a partir del cual se concluye la probable o cierta existencia de un hecho.

Sobre la probabilidad o certeza de la conclusión insistiremos en los capítulos V y VII, al tratar del indicio necesario y del contingente, y al estudiar la crítica de esta prueba.

En la tesis hemos planteado, además, que el principio o regla general es una inducción, mientras que la conclusión probatoria es una deducción. Para comprobar este aserto, basta recordar los conceptos de una y otra operación mental y referirlas al proceso del raciocinio indiciario.

Encontramos, efectivamente que, en primer lugar, el principio general que constituye la premisa mayor es una inducción formulada con fundamento en la experiencia: de la observación comparativa de numerosos casos particulares, en los que se cumple ordinaria o necesariamente el predicado, lleva a pensar que en el futuro se cumplirá también, y la mente se cree autorizada, entonces, para atribuir a la especie lo que se predica regular o constantemente de los individuos, como resultado de un proceso de raciocinio ascensional; se parte de lo individual para llegar a un juicio general.

No requiere aclaración especial la locución "experimentalmente inducida" de la tesis. Pero como pudiera pensarse que el adverbio sobra, nos adelantamos a negarlo, porque con él queremos puntualizar que la inducción indiciaria no es una mera lucubración mental, sino el resultado práctico de la observación del mundo físico y del moral, como ya hemos visto.

Ahora, en cuanto a la conclusión, sin esfuerzo se advierte que en cualquier indicio se trata de una deducción, porque al atribuir al individuo, que en la premisa menor se dice contenido en la especie, lo que de ésta se practica en la mayor, lo hacemos por medio de un proceso racional descendente, al pasar de lo general a lo particular.

510 Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que la anterior es la forma en que siempre opera el raciocinio en la prueba indiciaria. La falta de delimitación clara de este aspecto por parte de los tratadistas los lleva a la estéril discusión a que hicimos referencia, sobre la naturaleza de la operación mental: mientras unos sostienen que se trata de un proceso inductivo, otros afirman que es una operación típicamente deductiva. Belleplane, para comprender una y otra operación, utiliza, como ya vimos, el término inferencia, que abarca también el proceso analógico. Sin embargo, dijimos, este autor no precisa suficientemente la función de una y otra operación mentales, pues se limita a decir que unas veces el razonamiento es ascendente o inductivo, otras descendente o deductivo y en no pocas, en fin, es horizontal o analógico. Al parecer, para este tratadista existen indicios por inducción, indicios por deducción e indicios analógicos más otros en los que se dan las tres operaciones, al mismo tiempo. Pero ello no es así. Como hemos visto, en todo indicio encontramos el proceso inductivo al comienzo del raciocinio, y el deductivo en la conclusión.

Por otra parte, y creemos que esta consideración es la que cautiva al autor en cita para hablar de procedimiento analógico, al referirnos a la inducción sugerimos que ésta se formula con fundamento en una presunción: en la de que en el futuro se cumplirá también lo observado en el pasado y en el presente, si se parte naturalmente del ordinario modo de ser, porque si se lo hace de lo constante, la inducción deriva en un principio general de indefectible cumplimiento. Y ya se ha

- CAPITULO V -

dicho, con Framarino, que el argumento presuntivo se apoya en el raciocinio de identidad o de analogía.

En resumen, la prueba indiciaria es una prueba indirecta, porque señala su objeto, no inmediatamente, sino a través del raciocinio cuya naturaleza acabamos de reseñar siguiendo las enseñanzas de Nicolás Framarino de Malatesta, Como prueba indirecta presenta la ventaja de ser menos susceptible de falsedad, pero conlleva el peligro de error, bien sea en la percepción o prueba del hecho indicador, o en la apreciación mental, porque si bien los hechos y las cosas no menten por sí mismas, pueden sin embargo ser engañosas y provocar ilusiones sobre falsas apariencias, como advierte Francois Gorphe.

... las otras semejanzas por...
... a determinaciones ilícitas. No tiene utilidad...
... clasificación, porque no por estar en presencia de un...
... general, o de uno especial se va a decir que...
... prueba indiciaria tiene el uso o el otro. En cada caso...
... debe decidir, según la fuerza de las relaciones...
... entre los hechos, el grado de semejanza los...
... indicios.

1. Se indican anteriores, posteriores y laterales, con respecto a la situación...
... de los hechos...
... anteriores.
2. Se indican de la coincidencia y de indicios de la...
... significación referible a todas las pruebas y, por lo mismo, sin mayor importancia.
3. Se indican próximos y remotos, según presenten (Carrera) con el delito una relación probable o suficiente...
... Para determinar las próximas...
... y los más graves...

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

- CAPITULO V -

varias, mientras que los remotos dan lugar a conclusiones fáciles. La clasificación se está comparando el concepto de sospecha con el de Indicio.

CLASES DE INDICIOS.

Numerosas son las clasificaciones que se han hecho de los Indicios. Se basan unas en su naturaleza, otras en su fuerza probatoria, y las más no son sino divisiones metodológicas que interesan para su estudio.

Así se habla:

1. En materia criminal, de Indicios que versan sobre el hecho delictuoso, Indicios sobre el agente criminal, e Indicios sobre las modalidades en que se realizó el delito.
2. De indicios generales y particulares, según que los unos pueden darse en todo delito, y los otros solamente respecto a determinados ilícitos. No tiene utilidad mayor esta clasificación, porque no por estar en presencia de un indicio general, o de uno especial se va a decir que más fuerza probatoria tiene el uno o el otro. En cada caso el Juez debe decidir, según la fuerza de las relaciones entre los hechos, el grado de convicción de los diversos indicios.
3. De Indicios anteriores, concomitantes y posteriores, con respecto a la ejecución del hecho cuya prueba se busca. A éstos se les puede hacer la misma observación de los anteriores.
4. De Indicios de la delincuencia y de Indicios de la inocencia, clasificación referible a todas las pruebas y, por lo mismo, sin mayor importancia.
5. De Indicios próximos y remotos, según presentan (Carrara) con el delito una relación probable o solamente verosímil. Para Rittermaier, los próximos acriminan a un individuo determinado, haciendo pesar sobre él los más graves sin necesidad; y como lo constante respecto a general-

cargos, mientras que los remotes dan lugar a conclusiones fácilmente engañosas. En esta clasificación se está equiparando el concepto de sospecha con el de indicio.

6. De Indicios mediatos e inmediatos. Advierte Mittermaier que los segundos llevan a una conclusión directa en cuanto al objeto que ha de probarse, sin pasar por una serie de deducciones intermedias; los primeros sirven para concluir que existen otros hechos por los cuales se llega finalmente al hecho principal. Agrega que "no estriban éstos últimos sino en un encadenamiento de hipótesis sucesivas, con muy débiles y remotes..." Esta clasificación no tiene sentido en la actual concepción del indicio, en que para ser tal debe aparecer acreditado el hecho indicador por prueba directa, y no por otro y otros indicios.

7. De Indicios personales y reales. Para esta clasificación, Bentham toma en cuenta el sujeto de la prueba, según que el atestante sea una persona o una cosa, o como dice el autor: "según que las circunstancias encierran el estado de las cosas o la conducta de las personas..."

8. De Indicios necesarios y contingentes. Esta clasificación merece una atención especial porque se apoya en la naturaleza de la prueba. En el capítulo anterior vimos, con Frassinetti, que el indicio funciona de manera lógica, con base en la experiencia. Ahora bien la experiencia enseña que hay situaciones o hechos que se repiten de una manera constante y otros en que la repetición es solamente regular u ordinaria, es decir, hay casos en que no ocurre. Por eso dijimos que es constante lo que se presenta como verdadero en todos los casos, y es ordinario lo que se presenta como verdadero en la mayoría de los casos.

El concepto de lo constante nos brinda el indicio necesario; y como lo constante responde a generalización

zaciones rigurosamente científicas en que la relación de causalidad se cumple siempre, el nexo entre el hecho indicador y el indicado es tal que existiendo el uno no puede menos que haber existido el otro, o sea, que el hecho indicador lleva fatalmente a inferir el hecho indicado.

El concepto de lo ordinario nos proporciona, en cambio, el indicio contingente. Ahora, si ordinario es "lo que se presenta como verdadero en la mayoría de los casos..." (Framarino), mas no en todos, la inferencia es eventual, vale decir que el indicio contingente permite distintas hipótesis, diversas posibilidades de conclusión, todas ellas atendibles. Así, por ejemplo, en el indicio de fuga pueden formularse estas hipótesis: El que fuga lo hace porque tiene conciencia de su culpabilidad con relación a un hecho delictuoso, o lo hace porque quiere evadir problemas de su hogar, problemas de su trabajo, o porque quiere librarse de sus acreedores, o sencillamente no está muyendo de nada o de nadie, sino en viaje de placer o de negocios.

El indicio contingente, como veremos en el capítulo de la valoración de este medio probatorio es tanto más relevante en cuanto más estrecho sea el nexo entre el hecho sugerido o inducido y el hecho indicador, es decir entre más generalizado sea el cumplimiento de la relación causal que los une. De lo dicho se desprende que todo indicio contingente se apoya en un argumento presuntivo, como vimos en el capítulo anterior, en la presunción de que si la relación causal se cumplió antes en varios casos, también se cumplirá en el presente para así poder representarnos el hecho desconocido como existente, por la presencia del hecho indicador. Por ejemplo en la fuga, si la experiencia indica que, en el pasado, en la mayoría de los casos analizados la fuga es efecto de la con-

ciencia culpable, esa relación de causa a efecto presuntamente también se cumple en el caso de la fuga de Pedro, para concluir que Pedro es culpable.

Esta clasificación nos sitúa en el tema de la valoración probatoria del Indicio, que será objeto de análisis en el capítulo VII. Conviene adelantar que dicho estudio se limitará a los indicios contingentes, por dos razones: a. porque dado el libre arbitrio de la voluntad que rige los actos humanos, no puede haber jamás relación necesaria entre aquellos y el hecho que los induce; b. porque, si bien muy rara vez se encuentra un indicio necesario del hecho delictuoso en sí, o de sus modalidades, (no de la causa humana), su presencia es sinónimo de certeza, porque, como se ha visto, el indicio necesario se apoya en el constante modo de ser o de obrar de la naturaleza y de las cosas y, como dice Frassinetti, repetimos, constante es "lo que se presenta como verdadero en todos los casos particulares comprendidos en la especie". El indicio necesario, por lo mismo, no admite discusión en cuanto a su eficacia probatoria: acredita de manera perfecta el hecho indicado, el cual se impone como inferencia inobjetable.

9. Los indicios contingentes han sido clasificados en graves, leves y levísimos, según sea más o menos fuerte la vehemencia con que lleven al hecho indicado. Son graves cuando su análisis racional conduce con alguna seguridad a la formación de la certeza en el juzgador, sobre la existencia de un hecho. Son leves cuando ofrecen una relación íntima con el hecho investigado, y levísimas cuando apenas tiene una relación mediata con él, pero no lo excluyen.
- 10 Ninguna de las anteriores clasificaciones descubre la naturaleza de la prueba indiciaria, con excepción de la

octava que, por basarse en la fuerza del nexo, revela una distinción sustancial y pone de manifiesto la necesidad del análisis del indicio contingente. Una clasificación que acertadamente cumple este cometido es la que trae Nicolás Framarino de Malatesta, con fundamento en la naturaleza lógica del medio probatorio. Distingue él entre Indicio causal e indicio efectual. En los primeros, el hecho indicador se toma como causa del hecho indicado, y en los segundos, como efecto.

Los indicios efectuales ostentan una mayor eficacia probatoria sobre los causales, como se verá, porque el efecto sirve mejor para indicar su causa (por ejemplo, la fuga), que no la causa para señalar un efecto (por ej., el indicio de capacidad para delinquir).

11. Pietro Ellero clasifica los indicios acriminadores en tres especies: a. Los indicios del delito virtual, o sea, los extremos que hacen posible el delito. b. Las huellas materiales que deja la ejecución del delito, y c. Las manifestaciones del autor y de terceros.

Analizando con un poco de cuidado la clasificación de este autor, encontramos que se la puede reducir a la de Framarino. En efecto, la primera especie de aquél comprende los indicios causales de éste, y las dos restantes del primero son los indicios efectuales del segundo. Veamos, sino, qué indicios abarca Ellero en los del delito virtual y cuáles en las huellas materiales y manifestaciones del autor o de terceros.

a. Indicios del delito virtual. Como indicios del delito virtual comprende los extremos morales que hacen posible el delito, esto es, que hacen racionalmente explicable su comisión. Enumera tres: la capacidad, el móvil y la oportunidad para delinquir.

1) La capacidad según él, es un indicio muy complejo. Por ella se entiende una cualidad de ánimo propia de algunos, en virtud de la cual no sólo se inclinan a obrar mal, sino que aparecen dispuestos a ello. No se trata aquí de la capacidad psicofísica para el delito, o aptitud que se analizará en el indicio de oportunidad, sino de la capacidad moral, la depravación de vida anterior que lleva a inferir que un individuo seguirá obrando mal, "porque ordinariamente los hombres no cambian".

La vida pasada puede conocerse por testimonios o por sentencias de anteriores procesos. Este indicio no se acredita por la fama, como podría creerse, porque la fama, la opinión pública sobre un determinado sujeto para el juzgador nada vale si no está reducida a testimonios. El indicio de capacidad será más vehemente si la persona de que se trata ha cometido antes delitos de la misma especie del que se le acusa, en similares circunstancias: varios atracos, por ejemplo, golpeando a la víctima con un arma contundente; y lo será menos cuando los testimonios sólo demuestren acciones torpes, no criminosas, según Ellero.

Son también circunstancias que descubren el indicio de capacidad, para este autor, la fisonomía del acusado, su aspecto exterior, el sexo, la edad, la sangre, el estado de salud, la constitución, la misma conformación del cráneo, que se traducen en la formación de inclinaciones particulares. Sin embargo, la fisonomía no proporciona sino indicios leves, síntomas muy exteriores de los vicios morales, "análogos" como él mismo observa, a los de los vicios mentales que el alienista señala en el semblante o en el aspecto físico de un loco, indicios y

síntomas cuyo valor de convicción depende de la concurrencia con otros indicios y síntomas más vehementes.

2) El móvil para delinquir. De acuerdo con el autor en cita, el principio general que sirve de premisa mayor es el que dice: El hombre no se determina a realizar acción alguna sin motivo. Nadie delinque sin una causa que lo determine. La existencia de un crimen gratuito es completamente absurda. Por lo tanto, si es una investigación no se ha podido señalar el impulso criminoso, el delito no puede considerarse averiguado. No hay acciones inmotivadas, por leves e intrascendentes que parezcan. Con mayor razón esto se afirma de la acción delictuosa que implica la escogencia entre una acción lícita y otra ilícita, con castigo moral, religioso y penal al fondo. Por regla general, el hombre delinque cuando tiene interés, móvil de toda acción humana, entendido en un sentido amplio que abarque lo bueno o lo malo, lo moral o lo material.

Todo delito, además, tiene un móvil particular, a veces varios: necesidad, codicia, odio, miedo. "Podría objetarse -dice Ellero- que hay delitos que no tienen un móvil, o que lo tienen desmedido. Por ejemplo, si alguien mata a otro porque no lo saludó". En tales casos se trata de actos de locos, no imputables propiamente como delitos.

3) La oportunidad para el delito. Se entiende por oportunidad la condición especial en que se halla el acusado, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones especiales con las cosas, seriedad a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito. Como los anteriores, éste indicio puede ser más o menos especial. La o-

oportunidad se resuelve ante todo en una posibilidad
sola en una especial facilidad. A veces implica una
enfuerza probatoria muy fuerte, que por sí sola llega
a ser un indicio grave de culpabilidad, como cuan-
do consta que sólo la persona indicada PUDO cometer
el delito.

La oportunidad como bien lo advierte Ellero, hace
relación a las cualidades especiales del acusado, o
al nexo de éste con las cosas, toda vez que las ac-
ciones criminales, como todas las demás, se verifi-
can con ciertos medios: inteligencia, fuerza, peri-
cia, conocimientos especiales sobre el uso de las
cosas, sobre la ubicación de éstas, o sobre la pre-
sencia o ausencia de la víctima, o de celadores en
determinado momento, etc. etc.

En primer término, figura la oportunidad perso-
nal que proviene de los conocimientos y de las po-
sibilidades de la persona. Hurtar es un acto fá-
cil, que no exige peculiar destreza ni fuerza, por
eso es posible a cualquiera; pero si va acompañado
de violencias, el delito ya no es posible sino a
algunos; y si el robo incluye escalamientos inge-
niosos, sólo es posible a pocos. A medida que la
posibilidad se restringe, el indicio de la opor-
tunidad personal se determina.

En segundo término tenemos la oportunidad real
y material para delinquir, que obviamente no se
deriva de la capacidad intelectual o física de la
persona, sino de su especial relación con las co-
sas, o del conocimiento de las circunstancias rea-
les.

b. Indicios de las huellas materiales del delito. Los In-
dicios

Es muy difícil que una cosa permanezca oculta, sobre todo cuando es grave; todo acto tiene sus precedentes y sus consiguientes por los que se presiente o se infiere. El instinto de la gente suele descubrir un criminal, y no pocas veces es éste mismo el que se vende, como observa Ellero.

Las manifestaciones del reo pueden ser judiciales o extrajudiciales. En el primer caso se trata naturalmente de una verdadera confesión y es una prueba directa. En el segundo, se trata de indicios del delito. Las manifestaciones pueden ser anteriores o posteriores, directas o indirectas, verbales o reales. Si una persona le jura venganza sangrienta a quien la injurió, y luego ésta aparece muerta, tendremos una manifestación anterior verbal del crimen. Las manifestaciones en cuestión generalmente resultan de los dichos y hechos del acusado, que denuncian más o menos claramente el delito: amenazas verbales o por gestos no determinados en calidad, en el tiempo, o hechos de manera vaga: consejos, instrucciones, diálogos, encuentros, relaciones con los reos, preparativos, planes, etc.

De todos modos, advierte Ellero, las manifestaciones anteriores no pueden ser indicio grave del delito, sino tan sólo de sus circunstancias, y especialmente del elemento moral. Valen menos probatoriamente que las manifestaciones posteriores, porque éstas sólo pueden ser o estar viciadas por la voluntaria o involuntaria equivocación en quien las hace, mientras que en las primeras cabe también el desistimiento: muchos delitos se quedan en el estado de simples amenazas.

La confesión puede contemplarse bajo el aspecto

12) De la prosecución de estos referentes al mismo.

12. externo e interno: en el primero es prueba directa, en el último vale como indicio. No se trata de una simple relación de hechos imputables, sino de una declaración de criminalidad: es raro que un inocente quiera declararse reo, a menos que lo haga por jactancia, por temor, o por una torcida manera de interpretar el propio interés. La conclusión se infiere razonando así: Debe darse crédito al aserto del acusado, siempre que no tenga un interés contrario en mentir: ordinariamente, un reo no está interesado en descubrirse. En este caso el indicio actúa como elemento de credibilidad.

Ahora bien, las manifestaciones posteriores, así como las anteriores pueden ser expresas y explícitas, o implícitas y tácitas. En el segundo caso necesitan inferirse de actos o dichos, por ejemplo:

- 1) De la declaración de haber cometido una acción criminal probada, en general, o ciertos actos que constituyen circunstancias del delito. (Declaración no judicial se comprende).
- 2) De la declaración judicial falsa (indagatoria).
- 3) Del silencio o impotencia para justificar y negar la inculpación.
- 4) De la fuga.
- 5) De la ocultación y rebeldía.
- 6) De la supresión de las huellas materiales del delito.
- 7) De la transacción con la víctima.
- 8) Del soborno de testigos.
- 9) Del recordamiento.
- 10) Del cambio súbito de situación económica.
- 11) De la presencia en el lugar, después de cometido el delito.
- 12) De la prosecución de actos referentes al mismo.

12. Gorphe no clasifica propiamente los Indicios, sino que los agrupa de una manera lógica y práctica, en un importante esquema que facilita su percepción global, así:

- a. Los Indicios de presencia, (o de oportunidad física o material), tomados del importante hecho de que el individuo se encuentra sin una razón plausible en el lugar y en el momento en que se comete el delito. Pueden resultar de testimonios, si fue visto, de las huellas o impresiones que señalan su paso, o de un objeto abandonado por él, en el lugar.
- b. Los Indicios de participación en el delito, que pueden comprender y sobrepasar los anteriores de oportunidad material, indicios muy diversos tomados de una huella, objeto o circunstancia que implique un acto relacionado con la perpetración del delito: impresiones de fractura o sustracción, huellas de golpes o pelvillo, manchas de sangre o barro, la posesión de instrumentos del delito, descubrimiento sobre el terreno o en la casa del inculpado de un objeto comprometedor... Estos indicios son indicadores más o menos precisos de un acto determinado.
- c. Los Indicios de capacidad para delinquir, a los que el autor citado denomina de oportunidad personal, o más simplemente de personalidad, extraídos de la compatibilidad física y moral de la persona, con el acto cometido. Del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, sus hábitos y disposiciones, se deduce que el inculpado era inclinado a cometerlo (condición necesaria, pero no suficiente de culpabilidad, que en unos casos brinda una simple posibilidad, en otros, una probabilidad o verosimilitud, pero nunca certidumbre).
- d. El motivo o móvil delictuoso que completa y precisa, como advierte Gorphe, el cuadro de los indicios pre-

cedentes, dando la razón del acto: elemento psicológico indispensable para comprender el delito y deducir la responsabilidad; se lo extrae de las declaraciones del inculcado sobre el fin perseguido, de la naturaleza del acto cometido y del interés que podía tener en cometerlo, o de los sentimientos que lo inducían a ello.

e. Los indicios de actitud sospechosa, extraídos de lo que se llama huellas mentales o, en otros términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo (Elle- ro) anteriores o posteriores al delito; en una palabra, de su comportamiento en cuanto revela el estado del espíritu y del inculcado en relación con el delito, es decir, su mala intención antes de cometerlo, o su conciencia culpable posterior. Se manifiesta por actos (fuga, ocultación, destrucción del objeto comprometedo, etc.), por palabras (amenazas o animosidad contra la víctima), o simplemente por emociones o reacciones afectivas espontáneas o provocadas. Este tipo de indicio es muy débil: sólo indica culpabilidad por la indeterminación variable de los estados subjetivos, que son conocidos únicamente por su expresión externa y aparente, relación que siempre es incierta.

f. Los llamados indicios de mala justificación, que sirven para completar y precisar los enumerados anteriormente, de manera especial el a. y el e., por medio de las declaraciones del acusado. Ciertos hechos o actos simplemente equívocos adquieren sentido sospechoso o delictivo si el interesado dá de ellos una explicación falsa e inverosímil, mientras que pierden todo efecto incriminatorio, si se justifican de modo plausible.

Corphe realizó la agrupación mencionada basándose, como el mismo advierte, en la función de los diversos

indicios en la prueba de la imputabilidad y de la responsabilidad. No tiene más mérito esta clasificación que, como se ha dicho, la de presentarlos en un esquema claro y práctico, porque la mayor o menor fuerza probatoria de un grupo con respecto a los otros, se desprende de su naturaleza de indicio causal o efectual: los grupos c. y d. son indicios causales, y los otros, efectuales.

Se ha dicho ya más adelante, porque el uso de estas palabras y cosas es generalmente tan estrecho que sólo se usan.

Se nos proponen agotar el tema, porque el solo estudio de las huellas de identificación personal, por ejemplo, requeriría una amplia investigación de la ciencia y técnicas respectivas, que rebasaría el marco de esta disertación; en efecto, el campo de las huellas materiales es tan vasto y heterogéneo, que no permite intentar siquiera una enumeración, más un análisis discriminado de los diversos elementos. Por lo mismo, nos limitaremos a unas breves consideraciones sobre los más comunes, esto es, de ordinaria ocurrencia, aquellas en que la forma de tratarlos sirve para los hechos.

En el terreno, en cuestión, ha brindado un aporte valiosísimo el avance de las ciencias y técnicas investigativas, que se ha concretado en generalizaciones caracterizadas por una severa observación empírica. Tenemos por ejemplo el caso de la identificación personal mediante impresiones palmilares, que constituyen una verdadera disciplina del saber, apoyada en el principio de que no hay dos seres humanos con huellas digitales, palmares o plantares idénticas. La aplicación de otras disciplinas muy desarrolladas, que permite, a partir de ciertas circunstancias reales, determinar el arma disparada, la distancia y aún la persona que realizó el disparo.

de huellas, rastros, vestigios e circunstancias

- CAPITULO VI -

LAS HUELLAS MATERIALES Y MENTALES.

4. INDICIOS QUE SURGEN DE LAS HUELLAS MATERIALES.

Las huellas materiales revisten singular importancia y merecen un examen un tanto más detenido, porque el nexo entre ellas y causa es generalmente tan estrecho que ésta se impone. Sobre el particular Francisco Gorriza,

No nos proponemos agotar el tema, porque el solo estudio de las huellas de identificación personal, por ejemplo, demandaría una amplia investigación de la ciencia y técnicas respectivas, que rebasaría el marco de esta disertación; en efecto, el campo de las huellas materiales es tan vasto y heterogéneo, que no permite intentar siquiera una enumeración, menos un análisis discriminado de los diversos elementos. Por lo mismo, nos limitaremos a unas breves consideraciones sobre los más comunes, esto es, de ordinaria ocurrencia, confiados en que la forma de tratarlos sirva para los demás.

En el terreno, en cuestión, ha brindado un aporte valiosísimo el avance de las ciencias y técnicas investigativas, que se ha concretado en generalizaciones caracterizadas por una severa observación empírica. Tenemos por ejemplo el caso de la identificación personal mediante impresiones papilares, que constituyen una verdadera disciplina del saber, apoyada en el principio de que no hay dos seres humanos con huellas digitales, palmares o plantares idénticas. La balística es otra disciplina muy desarrollada, que permite, a partir de ciertas circunstancias reales, determinar el arma disparada, la distancia y aún la persona que realizó el disparo.

Las huellas, rastros, vestigios o circunstancias

reales no constituyen, sin embargo, un indicio, en sentido jurídico probatorio estricto. Son, apenas, elementos materiales del mismo. Así, las huellas digitales son elementos objetivos del indicio de presencia, o, en conjunción con otras circunstancias lo son del indicio de ejecución o participación. Una huella papilar por ejemplo, no es de por sí relevante, sino en el sentido en que denota que su dueño estuvo próximo al objeto en que quedó impresa. Ahora, unida a la circunstancia de tiempo, permite la formulación del indicio de presencia. Sobre el particular Francois Gorphe, realiza un detenido estudio destacando de manera especial, la circunstancia aludida.

De ahí que no sean del todo exactas las definiciones de algunos tratadistas, como Ellero y Bellepiane, que afirman que indicio son las huellas, los rastros y vestigios, materiales o morales, que deja la ejecución de un acto. El indicio es una prueba compleja, de la que aquellos son elementos que sirven de punto de partida para proceso especulativo. Los Ingleses son precisos en el empleo terminológico, y así a los elementos en cuestión, considerados en sí mismos, los denominan PRUEBA CIRCUNSTANCIAL O REAL.

1. INDICIO DE PRESENCIA.- Gorphe la denomina De Oportunidad Física.- La presencia de un sujeto en un determinado lugar, como punto de partida de este indicio, puede ser afirmada por quienes lo vieron, o por elementos muy variados que la descubren, como huellas digitales, palmares o plantares, restos de ropa, cabellos, sangre, cera, tabaco, papel, etc. dejados por el delincuente, en el lugar del crimen, o que se hallan en la persona o prendas de vestir del acusado, en sus uñas, en las suelas de sus zapatos, etc. etc.

Vestigios. Si bien el investigador o el juez del conocimiento desconoce en la seguridad de la relación entre una huella papilar y su dueño, por la generalidad del principio ya mencionado, no encuentra la misma garantía en la interpretación de una huella en concreto, porque se presentan dos posibilidades de error: propiciada la primera por la deficiente impresión que la torna equívoca, y la segunda, por la incorrecta recolección que hace perder detalles valiosos que dificultan cuando no imposibilitan la identificación de su dueño.

Indicó. Por eso es natural que el investigador no se contente con la primera huella digital más o menos nítida que encuentre, y procure diligentemente recoger las que más pueda, porque, como dice Gorge: "la identificación de huellas dactiloscópicas con sólo dos puntos da una posibilidad de error sobre 16; con tres, una sobre 64; con cuatro, una sobre 246; con 12, que es el número exigido generalmente, una sobre $16^{777.216}$ ". Para localizar tales puntos es obvio que se requieren dos impresiones dactilares por lo menos.

En el caso de impresiones o participaciones, las propias observaciones mismas observaciones caben para las impresiones palmares o plantares.

En realidad es difícil, y a menudo imposible, recolectar numerosas huellas de tal naturaleza, pero en auxilio vienen otros elementos materiales, como los ya enunciados, cuya interpretación, como la de aquellas, remite a los conocimientos suficientes del perito. Un experto en suelos, un geólogo sabrá reconocer, en el análisis de las capas superpuestas de barro en la suela de unos zapatos, los lugares recorridos por quién los tuvo puestos.

En no pocos casos es la aguda observación del in-

investigador la que encuentra el elemento preciso que denota la presencia de un individuo, como en el que trae Gorphe sobre la identificación por impresiones de zapatos: el característico desgaste de las suelas, que denotaban el empleo constante de una bicicleta, descubrió la presencia de un cartero en el lugar de comisión de un robo.

2. INDICIO DE EJECUCION O DE PARTICIPACION. - Los mismos e-

mentos materiales que comprueban la presencia denotan la participación en un hecho concreto. Podemos afirmar que en el Indicio de Presencia, tales elementos son analizados sin más referencia que la de su hallazgo, mientras que en el indicio que nos ocupa, otras circunstancias concurren con las huellas papilares, con los rastros, restos o vestigios de cualquier naturaleza, para representar al dueño en movimiento, realizando los hechos que han dado origen a la investigación.

En el Indicio de presencia, el juez lleva a cabo un esfuerzo mental para la representación, mientras que en el de ejecución o participación, los propios elementos materiales se la sugieren generalmente por la distribución, o superposición de las huellas, o por la anterior y posterior ubicación de los objetos, con respecto al hecho. De así que este indicio, en una palabra, no sea sino el mismo de presencia con mayor poder de convicción, porque transforma la sospecha en probabilidad.

Una huella digital en un arma de fuego recién disparada, encontrada en el lugar de un homicidio, descubra no sólo la presencia del dueño de la impresión en tal lugar, sino la ejecución del disparo. Pero a la huella se ha unido la circunstancia de la explosión reciente, descubierta por el experto en balística. La trayectoria de

la bala puede patentizar el elemento intencional del disparo; si éste se hizo con el propósito de matar, o simplemente de herir, lo dirá con alguna seguridad la localización del impacto en zonas vitales del cuerpo humano. En otros casos el lado de ubicación de la herida acrecerá la vehemencia del indicio, como en el de una puñalada en el lado derecho del cadáver si el acusado es zurdo. En fin, son innumerables las circunstancias que precisan un indicio, en la medida de la incommensurable gama de posibilidades de realización de un acto.

3. INDICIO DEL MODUS OPERANDI.— Este es otro indicio en que las huellas materiales juegan un gran papel, pues son regularmente las que lo descubren.

El modus operandi es de incontestable utilidad, sobre todo, en los delitos contra la propiedad: hurtos, robos, atracos, chantajes, estafas, etc.; y de ordinario, comprende la actividad de bandas organizadas para el crimen. Pero se lo encuentra también en otra clase de delitos, como los sexuales, los de sangre, etc. En los primeros, por lo regular, no son las huellas o vestigios materiales los que descubren el modo frecuente de comisión del atropello sexual, al contrario de lo que ocurre en los segundos, en que ellos conforman el indicio. En los atentados habituales contra la vida o la integridad personal, la reiteración descubre, de ordinario, a un delincuente, psicópata o anormal.

El empleo de sistemas determinados; de formas típicas de violación de cerraduras; la predilección por ciertas horas del día o de la noche; el azordazamiento de las víctimas, celadores o dueños en una forma característica, inconfundible; el uso de determinadas herramientas, o ar-

mas, etc. etc. son elementos materiales que descubren al criminal, por el sello específico de su modo de actuar.

Naturalmente que este indicio tiene sentido en la medida en que se encuentren suficientemente registrados unos o varios golpes anteriores, como punto de referencia del que es materia de investigación. Probatoriamente se apoya en el regla de experiencia de que en iguales circunstancias el hombre ordinariamente actúa de la misma manera.

Los indicios que acabamos de analizar y cualquier otro en que intervengan circunstancias reales adquieren, precisión probatoria con las exposiciones del acusado. Al comienzo de una investigación el más nimio detalle puede despertar sospechas suficientes para encausar la acción penal en determinado sentido. Pero serán las explicaciones del sospechoso las que resten fuerza incriminatoria a toda una cadena de circunstancias, o, por el contrario las refuercen con malas justificaciones que a la vez son interpretadas como nuevo indicio en su contra.

B. NECESIDAD DE EXPERTICIOS.

A lo largo del capítulo se puede notar un rasgo peculiar en lo atinente a la recolección y manejo de los elementos materiales.

En efecto, la constatación de las huellas o vestigios requiere conocimientos especiales que los sistemas de procedimiento modernos confían, generalmente, a un cuerpo especializado de las llamadas fuerzas del orden. En nuestro medio se lo conoce con el nombre de policía judicial. Sobre

el particular remitimos al capítulo VIII.

Verificada la recolección en condiciones que garanticen exactitud y fidelidad, viene el trabajo interpretativo, que exige también suficientes conocimientos de las más insospechadas ramas del saber. Por los mismo, el juez se verá en la necesidad de acudir a quienes los poseen, como expertos en balística, en análisis de sangre, en balística, peritos en dactiloscopia, en análisis de sangre, en balística, médicos, agrónomos, geólogos y botánicos. Este es el campo propio de la denominada prueba pericial.

Mucho se ha discutido acerca del carácter vinculatorio de un experticio. Tratadistas celosos de la misión del juez rechazan la posibilidad de que un concepto pericial determine un fallo en tal o cual sentido. Empero, si en verdad la pericia tiene un valor quizá absoluto con respecto a las conclusiones, el funcionario judicial no está obligado a aceptarlas sin discusión. Por el contrario, debe analizar, por una parte, la personalidad del perito, y por otra el concepto mismo antes de acogerlo sin reservas; son la reconocida competencia técnica, el grado de inteligencia y una alta conciencia profesional, los requisitos que reunidos, ganan confianza para el experto; y la observación exhaustiva, el empleo de la técnica adecuada, la seguridad en las conclusiones, y en fin, la claridad y concordancia del trabajo, las condiciones que merecen adhesión al concepto. Además, como enseña Framarino, los principios que determinan la confianza que se debe a un testigo, determinan también la que merece el perito: demostrada la inadmisibilidad de éste como testigo, su autoridad como experto pierde fuerza.

C. QUELLAS MENTALES.

Todo estado afectivo y toda emoción tiene su aféctica, según Altavilla, de ahí la importancia del estudio fi-

No 75/6

sonóico, para descubrir un estado de conciencia. En la misma forma en que en el mundo exterior quedan rastros, huellas y vestigios materiales que señalan la ejecución de un hecho, en el organismo humano se producen, como efectos o secuelas de éste, perturbaciones o trastornos que se revelan en actitudes, gestos, ademanes, temblores, etc. Estas manifestaciones exteriores dan base a un indicio de culpabilidad, o sirven de síntomas eficaces de veracidad o falsedad, sobre todo a partir de los movimientos reflejos y del estado emocional: el reevocar un hecho triste o uno agradable implica volverse a sentir en el mismo estado en que se lo percibió, como enseña los psicólogos, y "ello implica -dice Altavilla- la reproducción, así sea en forma atenuada, de tal estado, con las manifestaciones fisiológicas concomitantes".

En uno u otro caso, el papel del juzgador es sumamente delicado, por una parte, por la equivocidad de tales elementos, y por otra, por las diferencias individuales que los tornan en extremo relativos. En efecto, la esfera de los movimientos reflejos varía mucho según la edad, el sexo, la salud, el temperamento, la personalidad ética, etc. "Una mujer, por ejemplo -dice Altavilla- puede llegar a manejar su llanto; en cambio un hombre no logra, ni aún con el más poderoso esfuerzo de voluntad, derramar una sola lágrima". "... Hay hombres -agrega-, que consiguen ser tan dueños de sus sistema nervioso, que pueden ocultar sus emociones más violentas; y hay hombres sensibles, emocionales o tímidos, que se turban por una fruslería, y que son incapaces de cualquier disimulación".

En el acusado son la conciencia de su culpabilidad y el arrepentimiento las huellas mentales comunes del delito, que pueden manifestarse en muy diversas formas, pero generalmente, en el momento de un interrogatorio se descubren la primera en los gestos, ademanes y fisonomía del sospechoso, en la negativa pertinaz de su responsabilidad

y la contradictoria justificación de la serie de circunstancias que lo condenan; el segundo lo ponen de manifiesto, de ordinario los que trataron con el delincuente después de la comisión del delito.

La parte agraviada puede suministrar también indicios de culpabilidad por las reacciones más o menos violentas que experimente en presencia del ofensor: son típicas las expresiones de desagrado, repulsión o fastidio, y el llanto de la mujer ante su violador; no garantiza, sin embargo, seguridad o certidumbre porque bien pueden responder a teatro de la mujer que no desprecia cualquier clase de argucias para ganar la piedad del juzgador y obtener la condena de un supuesto agresor.

El Testimonio como Huella Mental. - Los modernos estudios de Psicología Judicial sugieren un tratamiento novedoso del testimonio al considerar la apercusión como una huella mental. Aquí tomamos el testimonio en su sentido más amplio, esto es, comprensivo también de las exposiciones del acusado y de la parte agraviada.

La exposición de un hecho percibido por el testigo no es otra cosa que el trasunto de la impresión más o menos fuerte, que le causó su ocurrencia. Ahora bien, enseña Enrico Altavilla, que el proceso de la actividad síquica que se desencadena ante una mutación objetiva, lejos de ser una "pasiva reservación de lo exterior, es de naturaleza esencialmente dinámica, tiene un inagotable poder creador...". Vale decir que toda sensación que llega a nuestra conciencia no permanece inalterable, sino que puede sufrir transformaciones tan drásticas que al ser recordada la fuente puede no ser ya la representación mental de lo observado, sino una deformación en que han tomado parte tanto el bagaje de anteriores experiencias, recuerdos y emociones, como los sueños, fan-

tasías y, en especial, la capacidad mnemónica del observador.

Resulta, entonces, que si en la crítica del testimonio, la actitud y gestos del testigo sirven, como expresión de huellas morales, de guía para el análisis subjetivo de la prueba, en el aspecto objetivo, la aserción misma se considera e interpreta como huella mental. La complejidad de la doble tarea ha hecho que se mire con mucha reserva este medio de convicción, pues la experiencia ha demostrado que no basta la voluntad de declarar la verdad, de que habla Frarino, para admitir que lo expuesto concuerda con la realidad: la aserción puede ser falsa porque el testigo miente, o puede serlo también por distorsión inconsciente de los hechos, en el síquismo de aquél. De suerte que la presunción de veracidad, que en no lejanos tiempos nacía de ésta una prueba segura ha venido a menos ante el descubrimiento de que el testigo no es la tabla rasa de Locke, que recibe la impresión de los hechos y la conserva inmutable, para trasladarla al Juez sin variación alguna.

De suerte que el juzgador debe hacer menos caso de la inocua presunción de veracidad y concentrar sus esfuerzos en averiguar la fuerza de impresión de la huella mental, como requisito de fidelidad de la reevocación. En efecto, la claridad y robustez de la huella depende de las condiciones normales o anormales en que se observan los hechos, de la capacidad sensorial que garantice una percepción correcta, de la atención e interés del observador, de la cantidad y variedad de sensaciones que simultáneas o consecutivamente solicitan la atención y de la intensidad y vivacidad de las mismas. En las condiciones personales del testigo deben comprenderse el cansancio, la embriaguez, el hambre, la edad y el sexo.

La crítica del testimonio debe abarcar también,

el estudio de la personalidad del testigo para averiguar la capacidad asociativa de ideas, la capacidad de memorización, su estado emocional y pasional en el momento de la percepción y en el de la exposición: la timidez puede dar lugar a testimonios incompletos y, por lo tanto, erróneos o equívocos, mientras que la mitomanía puede originar aserciones totales o parcialmente falsas por la dificultad que el mitómano tiene para separar los productos de su fantasía de los recuerdos verdaderamente vividos. que le causó el proceso, sin ser capaz de su falta. Está obligado a motivarlo, exponiendo el análisis subjetivo del testimonio debe presentarse, además, especial atención a las relaciones de parentesco o amistad del testigo con las partes implicadas en el proceso, y en el objetivo, la verosimilitud de lo que se afirma: si lo relatado es verosímil y concuerda con lo que afirman otras pruebas el testimonio merece credibilidad.

Los elementos probatorios, advierte Cayula, tienen a producir certezas e dudas. Por lo tanto, el juez no debe formular conclusiones antes de analizar cada medio intrínsecamente y en relación con los demás: es necesario no emitir fragmentos, ni subestimarlos o subestimarlos, para que la prueba sea digna de fe y la convicción conforme a los hechos.

Las recomendaciones anteriores son válidas de modo especial para la prueba indiciaria, cuyo manejo es de muy difícil y peligroso. Ya lo observaba, en su peculiar estilo, el sabiduro colombiano Jorge Eliécer Gaitán, al decir: "que la prueba directa permite una relación relativamente fácil en la mayoría de los casos, entre el hecho externo observado y las deducciones subjetivas del observador. Es así la prueba indirecta o de indicios, porque entonces el hecho antológico no pertenece a la sustancia misma averiguada, se tiene que determinar con lo que se trata de averiguar. El hecho antológico existe una forma circunstancial o indirecta con el hecho central de la indagación y, por tanto, se trata de inducir de un

CAPITULO VII
CRITICA DE LA PRUEBA INDICIARIA

Las legislaciones modernas se orientan por el principio científico de la apreciación racional, sin llegar claro está al de la convicción íntima, permitido únicamente a los jurados de conciencia. En efecto, el Juez de Derecho no puede decidir por la primera impresión que le cause el proceso, sin dar razón alguna de su fallo. Está obligado a motivarlo, explicando el porqué de la convicción que lo lleva a condenar o absolver.

En materia probatoria, dicha labor se concreta en el análisis crítico de cada medio de certeza en particular, y de la prueba en conjunto.

Los elementos probatorios, advierte Gorphe, tienden a producir certeza o duda. Por lo tanto, el Juez no debe formular conclusiones antes de considerar cada medio intrínsecamente y en relación con los demás: es necesario no omitir fragmentos, ni sobrevalorarlos o subestimarlos, para que la prueba sea digna de fe y la convicción conforme a los hechos.

Las recomendaciones anteriores son válidas de modo especial para la prueba indiciaria, cuyo manejo es de suyo difícil y peligroso. Ya lo observaba, en su peculiar estilo, el penalista colombiano Jorge Eliécer Gaitán, al decir: "que la prueba directa permite una relación relativamente fácil en la mayoría de los casos, entre el hecho externo observado y las deducciones subjetivas del observador. No así la prueba indirecta o de indicios, porque entonces el hecho ontológico no pertenece a la sustancia misma averiguada, no tiene carácter final con lo que se trata de averiguar. El hecho ontológico reviste una forma circunstancial e indirecta con el núcleo central de la indagación y, por tanto, se trata de inducir de un

hecho conocido la existencia de otro hecho desconocido. Quiere decir, que el valor lógico o subjetivo está obligado a una actividad mayor, a entrar en una más alta proporción que el proceso dialéctico, y por tanto, queda en contra de esta prueba el porcentaje de relativismo que corresponde siempre y en todo caso al proceso subjetivo. Si en la prueba directa la capacidad observadora trabaja inmediatamente sobre el hecho buscado, y aunque en esta relación, por directa que sea, no faltan las circunstancias de propensión al error, en la prueba indirecta ese margen aumenta, por cuanto existen no sólo los generales defectos de observación entre el hombre y la cosa, sino que se agrega el elemento presunción y deducción, proceso netamente subjetivo?

Pero el que la prueba por indicios dependa exclusivamente de la actividad subjetiva del juzgador, no implica un relativismo exagerado o extremo que haga nugatoria la formulación de principios y reglas que garanticen cuando menos un examen riguroso de las conclusiones. La afirmación no pugna con el principio de la apreciación racional, porque la libertad que el sistema supone no se entiende como un poder absoluto y despótico del juez, con obvio peligro para la equidad de los fallos. Su opinión debe ligarse con las normas que traen la crítica, con fundamento en la experiencia, y que hallará en normas legales y, sobre todo, en las indicaciones de la doctrina y de la jurisprudencia.

A. PERCEPCION

En el capítulo II vimos que la operación mental de análisis de toda prueba se desenvuelve en tres actividades: percepción, reconstrucción y razonamiento.

En materia de indicios, la percepción se cumple en la aducción de los elementos indicadores al proceso. Tales elementos constituyen "la base de la información", como dice

Gorphe, y su recolección se lleva a cabo por cualesquiera de las llamadas pruebas directas: observación del juez, declaraciones de terceros o del acusado, prueba literal o pericial, según la naturaleza del hecho.

1. RECOLECCION DIRECTA.

a. Observación del investigador.

Son escasos los indicios que pueden ser recogidos por los jueces en el lugar de los hechos, mediante inspecciones oculares, o en la persona de los acusados, a través de los interrogatorios o indagatorias. En uno y otro evento, la experiencia será la mejor guía para no desdeñar rastro, huella, gesto o actitud, por insignificante que parezca. El investigador debe extremar la atención para recoger hasta la más leve circunstancia que de alguna manera se relacione con los hechos que se investigan. Tratándose de circunstancias reales resulta muy útil la fotografía, porque es un hecho que las huellas se borran con el tiempo, o varía, cuando menos, el estado de las cosas, según las exigencias que de ellas se hagan.

Los elementos recogidos directamente presentan la ventaja de la seguridad del juez sobre su presencia; tan solo cabe, como posibilidad de error, la ilusión de sus sentidos.

Podría creerse que ésta es una etapa enteramente mecánica. Mas no es así, porque el juez está en la obligación de someter, desde ya, cada hecho a la prueba de la duda, en cuanto a la credibilidad como sujeto atestante del indicio.

Puede ocurrir, en efecto, que el supuesto indicador no sea tal, bien por falta de identidad intrínseca, o por falta de identidad extrínseca, como enseña Frama-

marino. Ejemplo de la primera: la víctima tenía un reloj de cierta marca y características, antes del atropello; al acusado se le desconisa un reloj de igual marca y características; sin embargo, éste comprueba que no se trata del mismo reloj que aquella perdió.

La falta de identidad extrínseca puede presentarse en dos casos, según el mismo autor:

1) La cosa presenta una relación de pertenencia con respecto a un tiempo o a un lugar, y en realidad no tiene esa relación; por ejemplo: junto a la víctima se halla un reloj que se dice es del acusado, pero éste acredita que días antes lo enajenó.

2) La cosa tomada como indicador está falsificada, o por obra maliciosa del hombre, encaminada a engañar, o por obra del acaso; cuando ocurre lo primero, la falsificación es subjetiva, o sea, del indicio como sujeto atestante, y cuando lo segundo, la falsificación es del objeto atestado, porque el acaso imprime variaciones al contenido de la prueba.

b. Reconstrucción de los hechos. - Dentro de la diligencia de inspección ocular es

conveniente practicar una reconstrucción de los hechos, que llamaremos objetiva con el fin de diferenciarla de la que el juzgador realiza ante el acervo definitivo de pruebas, en el momento de fallar.

Verdad es que, como observa Eugenio Florián, los hechos como las palabras son fugaces, no pueden ser detenidos en el tiempo; "...ni el hecho mientras ocurre, ni la palabra mientras resuena pueden aprehenderse y fijarse. Lo único que queda de uno y otra es un resto, un recuerdo, pues el tiempo transforma continuamente el presente en pasado". Sin embargo, ello no obsta para que se

Intente una reconstrucción artificial e imitativa de lo ocurrido, reconstrucción que servirá de mucho para controlar y verificar los indicios.

La técnica investigativa enseña cómo se realiza esta experiencia, en la que es indispensable el auxilio de los peritos que el caso requiera. Se comprende que la reconstrucción de los hechos no solamente ayuda a explicar los indicios recogidos, sino también a analizar y valorar la credibilidad de los otros medios probatorios, como el testimonio. Conviene, por lo mismo, realizarla en las condiciones originarias, para poder extraer conclusiones lógicas. Desgraciadamente no es posible repetir los hechos en la misma forma en que ocurrieron, por lo que, como dice el autor citado, "por más fino que sea el arte que se aplique, no podrá plasmarse completamente lo que ha desaparecido en el tiempo". Deben, pues, tenerse muy en cuenta las diferencias para corregir los resultados comparativamente.

No sobra advertir con Loccard (citado por Gorphe) que "nunca será excesiva la atención que se preste a las primeras verificaciones realizadas en el lugar del hecho: a menudo son decisivas y nada podrá luego suplirlas ya que las huellas desaparecen muy pronto, los objetos son desplazados con facilidad y los mismos lugares cambian de aspecto, mientras que los recuerdos de los testigos se confunden, en poco tiempo los indicios más próximos y específicos desaparecen..." "Las primeras horas de las investigaciones -añade- son inspreciables, y en estas cosas, el tiempo que pasa representa la verdad que huye".

2. RECOLECCION INDIRECTA.- La mayoría de los indicios no puede, sin embargo, ser constatada directamente por el investigador, que se ve en la necesidad

de confiar en el trabajo de terceros, y en el dicho de testigos y del acusado.

Producido el hecho delictuoso, los primeros en arribar son los agentes de la policía o de los cuerpos secretos del Estado, a cuya capacidad y técnica se confía la recolección primera. En este caso, como es obvio, la relación entre el juez y la prueba se mediatiza, y éste tiene que apoyarse en los conocimientos y honradez profesional de aquéllos, para apreciar sus informes.

La interpretación se torna más difícil, porque la crítica debe dirigirse a un doble aspecto: al hecho indiciario como objeto de la prueba que lo aporta, y a ese mismo hecho como sujeto atestante de la prueba indiciaria. Como sujeto, el indicio es susceptible de falsificación, y como objeto de prueba lo es de falsedad.

a. Pruebas directas.- Acerca del testimonio, de las exposiciones del acusado o de la parte agraviada, y de la prueba pericial, como vehículos de la prueba indiciaria, basten las observaciones consignadas en el capítulo VI de este trabajo.

b. Prueba literal.- También de los escritos se recogen indicios, sobre todo de falsificación de los que se pretende hacer valer como prueba en un proceso penal o civil.

Los escritos son, generalmente, una forma de las demás pruebas; la literal "...es una prueba de las otras pruebas", como dice Gorphe, para quien el valor probatorio será apreciado "...ya sea a título de confesión, si el escrito emana del inculcado o de una de las partes en el proceso; o a título de testimonio, si emana de un tercero extraño al proceso; o bien a TITULO DE INDICIO (destacamos), si el escrito contiene, a falta

cribi de confesión o testimonio, indicaciones de donde pueden extraerse presunciones..."

Los indicios que se desprenden de un escrito son técnicos, en el sentido de que su control debe someterse a expertos, generalmente grafólogos.

Para finalizar el aspecto de la percepción, o actividad de recolección indiciaria, anotamos que el investigador debe determinar personalmente, cuando sea posible, o por medio de las pruebas indicadas, los objetos hallados en el lugar del delito, y que no se encontraban antes de su comisión. Debe examinar -enseña Mittermaier- los rastros que se dirijan a ese lugar, o se aparten de él, para concretar las sospechas en determinado sujeto. Debe investigar las relaciones anteriores entre éste y la víctima, verificar si los rastros y huellas que demuestran que un hombre estuvo en determinado lugar son del acusado o ajenas; analizar si en los actos de esa persona pueden verse los preparativos del delito, etc.

La iniciativa lo llevará a las personas cuya vida desarreglada puede hacer creer que fueron capaces de cometer el delito (indicio de capacidad moral), a las que pudieron ser las únicas que tomaron parte en él, por su conocimiento de circunstancias especiales que era preciso conocer (indicio de oportunidad), sin descuidar, además, el esfuerzo por concretar los motivos determinantes de la infracción, como indicios personales anteriores.

Los hechos que atraen la atención del juez sobre una persona servirán de base, de punto de partida al indicio. Pero, como advierte Mittermaier, para que se concreten las sospechas, "...es preciso descubrir toda una serie de circunstancias accesorias, cuyas coincidencias vienen a fijar las convicciones del magistrado..."

Por último, la tarea de recolección no debe circuns-

cribirse a la caza de los indicios incriminatorios, porque está obligado el investigador a recoger también toda circunstancia que disminuya las sospechas, o las desvirtúe por completo.

El predicado del sujeto de la mayor, o sea, la idea
B. RECONSTRUCCION Y RAZONAMIENTO

1. FUERZA PROBATORIA DEL INDICIO EN GENERAL. - Hemos dicho que la opera-

ción mental de análisis de toda prueba comprende tres actividades; percepción, reconstrucción y razonamiento. Con respecto al indicio quedan por examinar las dos últimas, de las que resulta la admisión o rechazo del hecho indicado como sujeto de prueba, y del hecho indicado, como objeto de la misma.

Pero antes, detengámonos un poco, con Framarino de Malatesta, en el análisis de la fuerza de convicción del indicio no en acto, no en su dinámica probatoria dentro de un proceso, que comprende las relaciones con los elementos indicadores entre sí y con los demás medios de certeza, sino tomado aisladamente, por fuera, solo, para inquirir en su naturaleza la razón de la mayor o menor credibilidad que merece. Porque, en efecto, en la naturaleza íntima del indicio radica su fuerza de convicción, determinada, como ya se dijo, por una específica relación de causalidad. Acerca de esta relación consignaremos algunas enseñanzas de Glagóliev.

En el capítulo III, al estudiar la ontología del indicio, esto es, la naturaleza de las verdades que son su posible contenido, vimos que el indicio se resuelve en un silogismo en que la premisa mayor contiene un juicio de causalidad; la menor afirma un sujeto particular comprendido en el sujeto de la mayor, y la conclusión atribuye al suje-

to de aquella lo que se predica del sujeto de la mayor. También advertimos que se trata de un silogismo entimemático, porque se enuncia siempre pasando en silencio la premisa mayor del raciocinio.

El predicado del sujeto de la mayor, o sea, la idea general, se nos da por experiencia, al observar numerosos casos particulares. Tal idea se basa en el modo ordinario o constante de ser y de obrar la naturaleza. El hecho indicador (conocido) es siempre distinto del indicado (desconocido). Ahora bien, una cosa conocida no prueba una distinta desconocida, sino en cuanto la primera se presenta como causa o como efecto de la segunda. Efectivamente, entre cosas diversas sólo la relación de causalidad puede conducirnos de una a otra.

En qué consiste la relación causal? - Según Olgóliev, causa es el fenómeno o conjunto de fenómenos que preceden a otro y le dan origen, y efecto, el fenómeno que sigue a otro y es originado por él.

Características de la relación causal:

a. Es universal: "Ni en la naturaleza ni en la sociedad existen fenómenos que no se deban a una causa determinada. Nada ocurre sin causa..." - dice el autor citado.

b. Es necesaria: "Cuando se dan la causa y las condiciones necesarias para su manifestación, se produce necesariamente el efecto; allí donde hay un efecto, necesariamente se da su causa. Causa y efecto son inseparables, existen sólo en unidad.

"Si al estudiar uno u otro fenómeno que desempeñe el papel de causa, no descubrimos el correspondiente efecto, ello no significa que éste no se dé. El efecto existe; pero aún no se ha diferenciado entre otros fenómenos o ha sido destruido por el efecto regresivo de o-

tra causa. Exactamente lo mismo ocurre si observamos un fenómeno y no nos damos cuenta de su causa. Ello significa únicamente que aún no hemos sabido descubrirla!

c. Es determinada y unívoca. - "Una determinada causa produce un determinado efecto."

"Segundo lugar, la causa es un efecto completamente determinado; causas iguales, en idénticas condiciones, producen los mismos efectos".

d. "La causa y el efecto se suceden en el tiempo, es decir, la causa precede siempre al efecto y éste sigue siempre a aquélla."

"De la secuencia en el tiempo entre causa y efecto se desprende que es necesario buscar la causa de todo fenómeno entre los fenómenos que la preceden. Un fenómeno que se produzca después de otro fenómeno no puede ser su causa."

"La sucesión en el tiempo de la causa y el efecto constituye uno de los caracteres más importantes de la relación causal, pero no es el único. Este carácter por sí solo no basta para el reconocimiento de la relación causal. De ahí que si observamos el cambio sucesivo de los fenómenos no podemos llegar a la conclusión de que existe entre ellos una relación de causalidad debida a ese único carácter. Un fenómeno puede preceder siempre a otro sin que exista entre ellos relación de causalidad. La primavera, por ejemplo, precede siempre al verano; pero no es su causa" (Glagóliev).

Cómo se determina la relación causal. Enseña el autor ruso:

No es "...fácil establecer la dependencia causal de los fenómenos, es decir, determinar las causas y sus efectos. Varias son las circunstancias que originan dicha dificultad.

proceden siempre de una misma causa, que es específica de cada uno de dichos fenómenos."

"En primer lugar, tenemos que todo fenómeno va precedido de un número infinito de otros fenómenos. Delimitar una causa entre esta multiplicidad de fenómenos resulta un problema muy arduo...."

"En segundo lugar, la causa y el efecto, lo mismo que todos los fenómenos, no están aislados, no se hallan separados unos de otros, sino que se encuentran en relación de dependencia mutuas; además no es activa sólo la causa, sino que también lo es el efecto. Si bien la causa provoca, engendra el efecto, éste, a su vez, influye sobre aquélla. Por ejemplo, el desarrollo de las fuerzas productivas en la U.R.S.S. condiciona el crecimiento del bienestar de los trabajadores del país soviético, lo cual, a su vez, se refleja favorablemente en el desarrollo de las fuerzas productivas...."

"En tercer lugar, son muchos los fenómenos que se deben, no a una causa determinada, sino a varias causas. Por ejemplo, la evaporación de un líquido depende de la elevación de la temperatura del líquido, del descenso de presión sobre el líquido o de lo uno y lo otro a la vez. La corriente eléctrica de un conductor puede ser el resultado de un cambio del campo magnético alrededor del conductor, de una reacción química (elemento galvánico) o de una diferencia de temperatura (elemento término). En ambos casos, cada uno de los fenómenos es provocado por causas diversas. Cuando un mismo fenómeno es originado por varias causas distintas que actúan independientemente, tenemos una multiplicidad de causas de un fenómeno.

"Junto a la multiplicidad de causas, existen, naturalmente, casos en que un fenómeno es provocado exclusivamente por una sola causa. Por ejemplo, los eclipses de sol o de luna, la sucesión del día y la noche y las estaciones del año, el flujo y reflujo del mar, el paludismo, etc. proceden siempre de una misma causa, que es específica de cada uno de dichos fenómenos."

Enseña luego que "el conocimiento de la relación causal constituye un proceso complicado y multifacético, el cual requiere muchas veces largo tiempo y una investigación científica sumamente compleja. Existen, no obstante, procedimientos sencillísimos para determinar la dependencia causal de los fenómenos, basados en las propiedades y en las leyes de las relaciones causales. Tales procedimientos o métodos que sirven para determinar la relación causal, resultan más o menos eficaces según sea la complejidad de los fenómenos investigados.

"Los métodos para determinar la relación causal se forman en el proceso de la actividad práctica del hombre. Por ello son métodos naturales, universales. Se emplean mucho tanto en la ciencia como en la vida cotidiana.

"Cinco son los métodos simples para determinar la relación causal, conocidos por la Lógica: método de concordancias, método de diferencias, método combinado de concordancias y diferencias, método de variaciones concomitantes y método de residuos. Todos ellos constituyen procedimientos de la cognición empírica y por esto se basan por completo en la observación y en la experimentación. Se aplican tanto para determinar la causa como para determinar el efecto.

"Para investigar la relación causal de los fenómenos es necesario conocer la causa o el efecto. Al determinar la causa, ha de ser conocido el efecto. La labor de la investigación se reduce, en última instancia, a hallar la causa de un efecto entre los fenómenos que lo preceden. Al buscar el efecto, por el contrario, ha de ser conocida la causa gracias a la cual queda aquél determinado entre los fenómenos que siguen en el tiempo a la causa. Tanto la determinación de la causa como la determinación del efecto, haciendo uso de los métodos que sirven para investigar la

relación causal, se basan por completo en las propiedades de la relación de causa a efecto".

a. Método de concordancias.- Elagóliev lo enuncia así: "Si dos o más casos en que se

produce el fenómeno que se investiga sólo poseen de común una circunstancia o cierto conjunto de circunstancias, dicha circunstancia o conjunto de circunstancias que se reduce la concordancia de los casos dados constituye la causa o por lo menos contiene la causa del fenómeno examinado".

b. Método de diferencias.- "Si dos casos, en uno de los cuales el fenómeno que se estudia aparece y en el otro no, concuerdan entre sí en todas las circunstancias excepto una o excepto cierto conjunto de circunstancias que se dan sólo en el primer caso, tal circunstancia o conjunto de circunstancias a que se limita la diferencia de los dos casos, constituye la causa (o parte de la causa) del fenómeno o una de las condiciones necesarias del mismo.

c. Método combinado de concordancias y diferencias.- "Si el fenómeno que se investiga aparece en dos o más casos, los cuales concuerdan por poseer una circunstancia común, y si dicho fenómeno no aparece en dos o más casos que concuerdan por carecer de la misma circunstancia indicada, se puede concluir con cierto grado de probabilidad que esa circunstancia en que las dos series de casos se diferencian, constituye la causa o parte de la causa del fenómeno en cuestión".

d. Método de variaciones concomitantes.- "Si determinados cambios de un fenómeno van seguidos siempre de determinados cambios de

otro fenómeno, el primero es la causa, o parte de la causa, o condición necesaria del segundo".

e. Método de los residuos. - "si de un fenómeno complejo se sustrae lo que es efecto de una parte de las circunstancias, el resto de dicho fenómeno ha de ser efecto de las circunstancias restantes".

"Los cinco procedimientos empleados para averiguar la dependencia causal de los fenómenos, no se aplican aislados, separados unos de otros, sino combinados entre sí, con distintas formas de razonamiento y con distintos procedimientos de cognición. Utilizando de esta manera dichos procedimientos en la observación directa y en la experimentación, podemos obtener conclusiones más probables acerca de las relaciones causales de los objetos y de los fenómenos de la realidad objetiva" (Glagóliev).

Hechas las transcripciones anteriores, que consideramos de utilidad para el manejo de la prueba indiciaria, estudiemos la fuerza probatoria del indicio causal y del efectual.

a. En el indicio causal, esto es, aquél en que el hecho indicador se presenta como causa de lo desconocido, nunca podemos inferir la existencia del segundo de un modo cierto, porque "en la esfera de lo contingente -dice Framarino-, no hay causas que deban producir necesariamente un efecto dado, es decir, una potencia causal contingente produce un efecto dado, en el mayor número de los casos, pero no en todos..." (La subraya es nuestra). En efecto, una potencia causal no produce efecto alguno si no se dan las condiciones necesarias de que habla Glagóliev, para darle origen.

De la comprobada capacidad para delinquir de un sujeto determinado, por ejemplo, no puede deducirse, como

efecto, la ejecución de cierto delito, para atribuirle de manera infalible a ese sujeto, pues la capacidad bien puede permanecer indefinidamente en potencia, entorpecida por consideraciones morales que impidan la resolución, o por la falta de oportunidad, etc.

A la supervaloración equivocada del indicio causal por parte de las llamadas fuerzas del orden que, como dijimos, son regularmente las que practican las primeras diligencias investigativas, se debe si no el fracaso de la mayoría de los procesos penales, si el despilfarro de energías, con evidente desprestigio de la administración de justicia. En efecto, basta que un ciudadano ostente una "entrada" a las dependencias del D.A.S. o de la Policía, por meras sospechas de haber cometido una infracción contra la propiedad, por ejemplo, para que el "fichado" se lo retenga, en adelante, por todo delito que de esa naturaleza se perpetre, con el subsiguiente escándalo de los medios informativos, cuando el juez, sin bastante prueba para ordenar la detención preventiva, lo deja en libertad.

En una palabra, en los indicios causales nunca encontramos indicios necesarios, sino sólo contingentes, con mayor o menor vehemencia, según la fuerza de relación entre el indicio (hecho considerado como causa) y el hecho indicado. Los indicios causales, más que todo, sirven para explicar y dar consistencia a los indicios efectuales.

b. E. En el indicio efectual, el hecho indicador es efecto del hecho desconocido, y como no puede haber efecto sin causa, la existencia del segundo es necesaria, y no simplemente probable como en el causal. En éste último el hecho tomado como indicador bien puede no haber producido ningún resultado por ausencia de ciertas condi-

ciones internas o externas que escapan a nuestro conocimiento. Cabe por lo mismo abonar al indicio efectual una mayor eficacia probatoria sobre el causal. Ya lo dijo Framarino que el efecto sirve de mejor manera para señalar la causa, que no la causa el efecto, "porque lo que se considera como efecto no puede, menos que ser efecto de una u otra causa..."

Problema diferente constituye la determinación de la causa, porque un hecho puede hacer pensar en otro, o una cosa en otra, bien por las modificaciones formales que ha recibido, o bien por sus modalidades sustanciales.

En el primer evento, según enseña Framarino, como las modificaciones formales se traducan en alteraciones de las cosas, o en cambios de lugar, que pueden derivarse de mil accidentes, o admitir mil explicaciones, una cosa no indicará jamás su causa de una manera constante y determinada. Efectivamente, ante una alteración o cambio, no podrá afirmarse que en el mayor número de casos, el hecho considerado como efecto se deriva de otro considerado como causa: el indicio resultante, por lo tanto, será siempre contingente.

En el segundo, una cosa puede llevarnos a su causa, no ya en cuanto modificada, sino en cuanto producida por ésta. Entonces la causa es inferida del modo natural y sustancia de ser las cosas. Ahora bien, entre los efectos de esta especie y sus causas la mente humana, según Framarino, percibe relaciones no solo ordinarias, como en los anteriores, sino también constantes, caso en que el indicio que resulta es necesario. Por ejemplo, el embarazo de la mujer es indicio necesario de su cópula con un hombre, hasta ahora, porque la fecundación in vitro y el posterior implante intrauterino se hallan

ter. En el plano experimental. Entonces, como el indicio necesario se apoya en una relación de causalidad constante, etc., que se presenta en todos los casos, basta acreditar perfectamente el hecho indicador para deducir de modo seguro la existencia del hecho indicado. La labor del juez se limita a la verificación del primero, porque el segundo surge de modo necesario. Como dijimos en el capítulo IV, el indicio necesario no admite discusión en cuanto a su valor probatorio, porque el hecho indicado se impone como inferencia inobjetable.

Se colige, entonces, que la crítica de esta prueba se circunscribe al indicio contingente, a aquél que fundándose en una relación ordinaria de causalidad, ofrece inferencias meramente probables. Por lo mismo, en presencia del indicio contingente el jugador debe adoptar una actitud de extrema prudencia y con ánimo totalmente desprevenido formular todas las hipótesis posibles, para escoger la que, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, le brinde menos posibilidades de equivocación. La conclusión tiene que surgir de una manera lógica de la confrontación de la premisa menor, que es el hecho indicador, con la mayor o hipótesis seleccionada, como resultado natural del raciocinio silogístico.

Los autores se detienen en el examen de los grados de la probabilidad (lo verosímil, lo probable, lo probabilísimo), para clasificar el indicio contingente en otros tantos grupos. Sin discutir la consistencia lógica de la distinción, cabe anotar que en la práctica no es muy útil, por esto: el juez busca convencerse de la existencia de un hecho, procura la certeza del mismo. El indicio contingente, como hemos visto, brinda inferencias tan sólo probables. La probabilidad consiste, como también ya vimos, en la inclinación del ánimo a tener más como cierto un hecho que a desconocerle ese carácter.

ter. Inútil resulta, pues, el esfuerzo por medir la inclinación del ánimo, con objeto de dividirla en compartimentos fijos, incommunicables y artificiosos, para decir: "hasta aquí me convenzo en tal grado, porque el indicio es verosímil; desde aquí me convenzo un grado más, porque el indicio es probable, y de aquí en adelante mi convencimiento casi llega a la certeza, porque el indicio es probabilísimo".

Debe tenerse en cuenta, por una parte, que el conocimiento oscila entre dos extremos: entre la duda y la certeza; y por otra, que la convicción es un proceso reversible: cuántas veces cree uno probado un hecho, es decir, esté seguro de su existencia, pero al reexaminar la prueba asalta de nuevo la duda y el proceso reconienza.

Los esfuerzos del juez deben encaminarse, entonces, no tanto a la determinación del indicio verosímil, probable o probabilísimo, que le impongan un conocimiento en tal o cual grado, cuanto a la eliminación sistemática de la duda, en orden a dar cada vez mayor solidez a la hipótesis seleccionada, porque de la relación de ésta con la menor, o hecho indicioario, resulta la eficacia de la prueba. Efectivamente, entre más estrecho sea el vínculo entre la hipótesis y la premisa menor "...mayor será el valor probatorio del indicio, más relevante su vehemencia, mayor su fuerza de convicción....", fuerza que acrecerá entre más general y constante sea la hipótesis o premisa mayor, como advierte el Tribunal Superior de Pasto, en acertada jurisprudencia. Más adelante transcribiremos apartes del fallo que la contiene.

2. ANÁLISIS DEL INDICIO EN PARTICULAR.

a. Análisis subjetivo. - El razonamiento en procura de la inferencia indiciaria resultará vano, con la inevitable consecuencia de falsas conclusiones, si no se parte de hechos indiciarios plenamente

verificados. La verificación indiciaria comporta dos labores, positiva la primera y negativa la otra, netamente diferenciadas, a saber: a. la acreditación del hecho indiciario al proceso de modo inequívoco, que se resuelve en su aportación directa por medio de la observación del instructor, o indirecta, a través de otros medios probatorios, como vimos anteriormente; y b. la impugnación del indicio por otras pruebas que lo desvirtúan, llamadas contraindicios, o por los indicios de inocencia. A este respecto ha dicho el Tribunal Superior, en el fallo aludido: "El Juzgador deberá evitar la utilización de hechos que se encuentren contradichos dentro del proceso, para la formación de la premisa menor, mientras la contradicción no fuere eliminada...."

La verificación del indicio o análisis subjetivo lleva a descartar los falsos indicios, por carencia de identidad intrínseca o extrínseca (fls. 45), los indicios falsificados tendenciosa o inocentemente y los hechos que el azar reúne con el carácter de indicios.

- 1) El azar. - Con Bellepiane diremos que el azar consiste en el encuentro de procesos fenoménicos independientes, esto es, "...que no se hallan unidos entre sí, o con otro fenómeno o proceso, por vínculos regulares de causalidad". Son procesos que no obedecen a ninguna ley. "El azar -dice- es caprichoso, imprevisible e inevitable, por regla general. Se caracteriza por su rareza". El autor citado trae el ejemplo de la ruleta, en que un color puede repetirse varias veces seguidas, mientras que los números muy rara vez se repiten más de tres o cuatro veces. Aclara el pensamiento diciendo: "Que yo encuentre en mi camino a una persona que habita en la misma ciudad es un hecho que no despertará mi atención; menos

aún si se trata de un vecino cuyo encuentro es siempre probable y, menos todavía, si nuestras salidas respectivas se producen a las mismas horas por responder a idénticas causas: ir a ocupaciones análogas, etc.....; pero que yo encuentre a alguien en el preciso instante en que pienso en él, me causará una ligera sorpresa, por tratarse del encuentro de series fenoménicas independientes: el proceso de mis ideas, regido por las leyes síquicas de la asociación, y la intersección de nuestros itinerarios, que responden a nuestras ocupaciones o diversiones respectivas".

Por lo dicho, se puede afirmar que, si muy rara vez el azar reúne varios indicios combinándolos de un modo perfecto, su confrontación con otros medios de prueba anulará el convencimiento. Esta es precisamente una de las más graves dificultades que anotan los comentaristas con respecto al manejo del indicio, pues las coincidencias se presentan con más frecuencia de la que se quisiera. Una experiencia bien cimentada y un espíritu crítico, casi por fuera de lo común, se requieren para desalojar las coincidencias del azar.

2) La falsificación.- Otro peligro de la prueba indiciaria consiste en la posibilidad de su falsificación. Fácilmente se comprende que quien delinque procura adulterar las huellas de sus actos. La falsificación puede también provenir de terceras personas interesadas en favorecer al delincuente, a sí mismas, o a terceros para desvirtuar infundadas sospechas.

Las advertencias hechas en relación con el control de la prueba indiciaria con otros medios de convicción, y sobre las cualidades del instructor valen e-

quí para un raciocinio infirmante de los hechos falsificados, sin descartar que en el anterior como en este caso el justiprecio de los indicios de inocencia puede hacer resaltar los hechos que equivocadamente se están tomando como indiciarios.

b. Análisis objetivo.- Descartados el azar y la falsificación, surge el indicio como sujeto atestante, y con la seguridad de su verificación empieza la segunda tarea crítica, esto es, la del análisis del objeto, o interpretación del contenido, "trabajo constructivo que consiste -en decir de Gorphe-, en el examen analítico de los hechos, tendiente a extraer su significado de acuerdo con sus relaciones con el delito, o con el hecho a probar..."

La tarea **interpretativa**, tanto o más compleja que la primera, tiende precisamente a concretar el indicio como prueba. En efecto, en los medios probatorios llamados directos, como el testimonio, la confesión -enseñada Gorphe-, el hecho relatado se reputa cierto desde el momento en que son considerados serios. No ocurre, en cambio, lo mismo con la prueba indiciaria, en la que una vez acreditados los hechos indicadores, empieza la labor del juez, para averiguar qué es lo que demuestran, qué es lo que prueban. La dificultad de esta tarea estriba en la posibilidad de numerosas causas o efectos que expliquen la presencia del indicio. Pietro Ellero observa que una circunstancia indica tanto más un hecho en cuanto menos pueda indicar otros, o sea, que la fuerza probatoria del indicio está en razón inversa de la posibilidad de causas o de efectos que lo expliquen. Así (con ejemplo del mismo autor), la desfloración de una mujer constituye indicio muy leve de relaciones sexuales con un sujeto determinado, pues hay la posibilidad de

accesos carnales con otro. En cambio, el embarazo es un indicio seguro de desfloración, porque implica relaciones sexuales necesarias.

Para proceder con orden y facilitar la interpretación, el juez debe clasificar los indicios en psicológicos y materiales, y aproximar dentro de ellos, como dice Gorphe, los que tienen un mismo sentido. Según él, la aproximación es un esfuerzo de síntesis que busca relacionar los diversos hechos indicadores, en orden a extraer de su concordancia o discordancia, una conclusión probatoria.

Se ha dicho que la fuerza de convicción del indicio en general, depende de la estrechez del nexo entre la premisa mayor y el hecho indicador. Tomada la prueba en concreto, la eficacia depende del número y variedad de indicios, de su correlación o convergencia y de su concordancia.

1) Número y variedad de elementos indiciarios. - No vamos a

entrar en la bizantina discusión del número y calidad de los indicios que se requieren para producir el convencimiento o certeza de un hecho. Bástenos decir con Gorphe, que la prueba indiciaria es completa cuando aparecen por lo menos un indicio material y un indicio psicológico. En efecto, supuesto el caso de que en un proceso no haya más que un indicio material, la dificultad o la imposibilidad de acreditar siquiera un motivo de la conducta del delincuente, hará suponer, con fundamento, que el autor es un loco, cuyos actos obviamente no pueden sujetarse a la investigación ordinaria, y de los que la sociedad se protege por medios distintos a la pena, o que la investigación no está completa, por incuria, o imperi-

cia de los funcionarios encargados de hacerla. Por eso los autores reclaman, como medio de seguridad en la inferencia, al mismo tiempo que la pluralidad, la variedad de los hechos indiciarios.

Los indicios prueban más entre más variados y precisos sean. La precisión no cuenta mucho para los psicológicos, porque si los materiales pueden ser equívocos, aquéllos lo son por naturaleza como hemos visto. Los indicios psicológicos nunca brindan inferencias seguras. Por ejemplo, qué prueban los antecedentes depravados de un acusado? A lo sumo la disposición delictiva, que para concretarse en un acto criminal requiere otras condiciones, como la facilidad de la ejecución, la seguridad personal. Sin embargo, en expresión de Corpho, "unos y otros suministran las dos caras, externa e interna del caso: sin la primera, ésta está mal determinado, y sin la segunda queda inexplicable".

La precisión, el número y variedad de los elementos indiciarios son, pues, factores importantes de apreciación. Como dice el autor citado: "de un solo indicio se puede inferir un hecho determinado; por ejemplo del embarazo se deduce que hubo relaciones íntimas. Pero una culpabilidad criminal comprende generalmente actos más complejos que sólo pueden deducirse de una serie de indicios... Toda determinación del número es arbitraria, pero es esencial una pluralidad, aunque más no sea (que) para completar un indicio material con uno psicológico, siempre indispensable, aunque a menudo sea implícito. La prueba indiciaria... resulta tanto más completa cuanto más numerosos y variados son los indicios: cada uno aporta su rayo de luz y uno los eslabones de la cadena".

2) Convergencia y concordancia.- En esta prueba, a me-

diendo los indicios para que el acusado que van presen-
tándose las circunstancias indiciarias van surgiendo
también las hipótesis; pero sin un esfuerzo de sín-
tesis, el juzgador se perderá en una maraña de supo-
siciones contradictorias. Para deducir una conclusión
probatoria sobre la existencia de un hecho, o sobre
la culpabilidad de un acusado, es preciso, por lo
tanto, aproximar los indicios que concuerdan entre sí,
que ensamblen, como dice Belleplane, para brindar,
en un cuadro coherente y armónico, la reconstrucción
de lo que se quiere probar.

La tarea se realiza teniendo en cuenta los indi-
cios que convergen en un determinado sentido, esto
es, los que brindan hipótesis confluyentes. Podría-
mos decir que se trata de una labor de encuadramien-
to de las piezas de un rompecabezas, para lograr un
todo firme del que se descartan las hipótesis alimen-
tadoras de la duda. Eliminada ésta, surge la convic-
ción.

La concordancia hace entonces relación a los indi-
cios como sujetos probatorios, y la convergencia, al
objeto de la prueba, es decir, a las deducciones que
proviniendo de distintos grupos indiciarios conflu-
yen en lo que se quiere establecer.

La reconstrucción, pues, consiste en el encuadra-
miento objetivo de todos los indicios en un conjun-
to integrado que llave a la mente del juzgador la re-
presentación de lo ocurrido; y el razonamiento, en
la labor de crítica que rechaza las inferencias dis-
persas y sopesa las convergentes, para admitir o re-
chazar la representación, según concuerde o no con la
realidad de lo que se quiere acreditar.

En resumen, diremos en primer término que no basta el número de indicios para que el convencimiento nazca; son necesarias, a la vez, su concordancia y convergencia. Los indicios no deben contarse mecánicamente, sino relacionarse en la forma indicada, la cual sirve, además, como auxiliar poderoso de verificación de los elementos indicadores y permite descartar las hipótesis de azar y de falsificación.

En segundo lugar, que no deben contarse como indicios diferentes, los hechos constitutivos de uno solo, es decir, los hechos similares, de los que se deducen unas mismas suposiciones. Varias huellas de identificación (digitales, palmares, etc.) recogidas de diversos objetos se refuerzan entre sí para probar el indicio de presencia, pero no constituyen cada cual indicio diferente. Un testigo afirma haber visto al procesado salir del lugar del crimen, en seguida de su perpetración; otro afirma haberlo visto cuerdas más adelante, a boradear un vehículo, y otro dice que lo encontró al día siguiente en ciudad distinta: no puede computarse cada hecho a testiguado como indicio, porque los tres son apenas momentos diferentes del indicio de fuga. Gorphe ilustra este principio con el siguiente caso: un joven fue acusado de haber dado muerte, a instigación de su amante, al marido de ésta, y ambos negaban las relaciones adúlteras; la acusación demostró que a menudo pasaban juntos, que ella le enviaba cartas a hurtadillas, que le hacía regalos, que refunfuñaba con él contra su marido, que había declarado a una amiga que de buena gana se casaría con él, etc. Estos diversos hechos fueron enumerados como otros tantos cargos; pero observándolos de cerca "vemos que todos estos indicios -dice el autor- reunidos tendrían a un mismo y único motivo de sospecha, extraído de las relaciones adúlteras y del deseo común de librarse del marido. En los casos como éste, hay muchos indicios mediatos que, en definitiva, sólo dan un indicio inmediato: refuerzan el mismo

motivo de sospecha, pero no hacen adelantar la prueba de culpabilidad".

No me resisto a transcribir, en seguida, apartes de una providencia del H. Tribunal Superior de Pasto, de la que fue ponente el ilustre penalista Doctor Eduardo Alvarado Hurtado, porque contiene recomendaciones invaluablees para la calificación de un hecho como indicio, y para el justiprecio de su fuerza de convicción. (Fero Narisís # 218-219, mayo de 1972).

El Tribunal revocó el auto en que el señor juez del conocimiento negó la libertad provisional de N. N., sindicado y detenido por los delitos de abuso de confianza y falsedad en documentos, por no encontrar la prueba que la ley exige para detener preventivamente.

Luego de un recuento de los hechos y las pruebas aducidas, que dieron base a un estudio importante de la confesión y la prueba documental, procedió al análisis del indicio en la siguiente forma:

"Según el Juez a quo, en el caso de autos existen indicios suficientes para mantener la detención preventiva del sindicado. Para fundamentar una medida de esta naturaleza en una prueba de carácter indirecto, como lo es la indiciaria, es necesario establecer lo siguiente: 1) El hecho que se considera indicio; 2) La prueba del mismo hecho; 3) La razón para atribuirle el carácter de indicio; 4) La calidad o valor de indicio. En la providencia objeto del recurso de apelación y que se encuentra en consideración de la Sala, no se han establecido estas circunstancias. Por consiguiente, la Sala, teniendo en cuenta la delicadeza, la complejidad y la importancia del caso sometido a su estudio, se ve en la necesidad de llevar a cabo un análisis detenido de la cuestión, a la luz de la doctrina y de la legislación colombiana..."

Consignadas las enseñanzas de Corphe y Bellepiane,

y transcrita la definición que de indicio trae el C. de P. P., concluye el Tribunal en estos términos:

"A la luz de los conceptos de los tratadistas citados y de la disposición legal transcrita, se puede establecer el proceso lógico que debe servir de base al juzgador para determinar la existencia de los indicios y apreciar, en forma adecuada, su valor probatorio. Así, pues, teniendo en cuenta lo expuesto, el proceso en cuestión sería el siguiente:

A) El juzgador deberá observar los hechos que aparezcan en el proceso; B) Analizará tales hechos con el objeto de averiguar las relaciones de los mismos con el objeto de la investigación; C) Una vez establecidas tales relaciones y la naturaleza de las mismas, el juzgador formulará las hipótesis que las operaciones anteriores le induzcan a formular; D) Luego, seleccionará la hipótesis que ofrezca mayores probabilidades de conducir a conclusiones ciertas y que elimine, en lo posible, las contingencias del error; E) La hipótesis seleccionada deberá ser aprovechada por el juzgador como premisa mayor del razonamiento que ha de conducirle a una conclusión relacionada con el objeto de la investigación; F) El hecho indiciario o indicador debe servirle de base para la construcción de la premisa menor; G) Del nexo existente entre las dos premisas, el juzgador mediante la inferencia lógica sacará la conclusión correspondiente; H) El juzgador deberá evitar la utilización de hechos que se encuentren contradichos dentro del proceso para la formación de la premisa menor mientras la contradicción no fuere eliminada.

"Con el proceso arriba indicado puede ser aprovechada la prueba indiciaria en una forma eficaz y útil para el éxito de la investigación y los intereses de la justicia.

"El valor probatorio de esta clase de prueba deberá ser apreciado teniendo en cuenta la comprensión o amplitud de la premisa mayor y la estrechez de su nexo con la premisa

razonamiento, es decir, el hecho indicador o indicio, no se encuentra plenamente probado dentro del proceso. Efectivamente, no se ha demostrado la autenticidad de las guías que se acompañaron al memorial denuncia.

"por el contrario, según conceptos de peritos, carecen de firma. Aun cuando el juez a quo, no habla de iniciales que aparezcan en las guías, sí lo hace el señor apoderado del sindicato; sin embargo, no se le acreditado en el proceso a quién corresponde tales iniciales. En consecuencia, no se puede asegurar que las guías en cuestión hayan sido elaboradas por el sindicato. En estas circunstancias, el hecho de la adulteración de las guías no puede ser apreciado como indicio, y menos como indicio grave para fundamentar la detención preventiva del procesado. En la situación actual del proceso pueden surgir otras hipótesis referentes a la persona o personas que pudieron adulterar las guías que obran en autos, ante la ausencia de la plena prueba del hecho que sirva de base a la premisa menor del razonamiento....."

"No pudiéndose apreciar como indicio el hecho de la adulteración de las guías por no estar plenamente probado, como lo exige el artículo 223 del C. de P. P., no puede servir de base al auto de detención del sindicato como presunto responsable de un delito de falsedad en documentos.

"El delito de abuso de confianza podría probarse por cualquier medio de prueba sin vincularlo al delito de falsedad. Sin embargo, en el caso de autos, tal como consta en el proceso, el delito de abuso de confianza era una consecuencia del delito de falsedad. Por consiguiente, si no existe la prueba indiciaria suficiente para dictar auto de detención por el delito de falsedad, tampoco puede existir para hacerlo por el delito de abuso de confianza".

- CAPITULO VIII -

indiscriminada de bienes, la indiscriminación es aparente, porque el intérprete de EL INDICIO Y LA LEGISLACION PROCESAL a referencia al art. 372, y sin perjuicio de COLOMBIANA, el antiguo sistema de garantías que el Decreto 409 de 1971 brinda para la defensa, se omite. LOS NUEVOS CODIGOS DE PROCEDIMIENTO PENAL Y CIVIL.

1. Breves comentarios a las Reformas. - El primero de julio de 1971 entraron a regir dos estatutos procesales: el Código de Procedimiento Penal y el Código de Procedimiento Civil, como respuesta a un generalizado clamor por la actualización de las normas hasta entonces vigentes.

Como primera ventaja del ESTATUTO PROCESAL PENAL señalemos la organización y ordenamiento de las disposiciones vigentes, que andaban dispersas en numerosas leyes y decretos. Conserva, en general, las instituciones procesales del anterior, sin embargo, constituye un avance en la orientación definitivamente humanitaria que se le dió, y un valioso instrumento para la agilización y buena marcha de la justicia penal. Sin desproteger a la sociedad, el Código garantiza eficazmente los derechos del individuo y la dignidad de la persona humana, dentro del proceso.

Prohíbe, por ejemplo, interceptar la correspondencia postal y telegráfica que se cruce entre el sindicado y su apoderado o defensor (Art. 372), restringiendo, así, la ilimitada norma del código anterior. Podría argüirse, de inmediato, que lo que se gana por este aspecto se pierde en el de las comunicaciones telefónicas, porque el Código actual permite la interceptación de manera

indiscriminada si bien, limitada a la búsqueda de pruebas judiciales. Empero, la indiscriminación es aparente, porque al interpretar de manera correcta el artículo 376, con referencia al Art. 372, y sin perder de vista el amplio sistema de garantías que el Decreto 409 de 1971 brinda para la defensa, se comprende que una conversación telefónica entre el procesado y su apoderado o defensor no puede ser esgrimida como prueba en contra del primero.

No es del caso enumerar aquí todas las medidas favorables al sindicato. Baste anotar con Federico Estrada Vélez que, al revisar los capítulos relativos a su captura y libertad, se llega a la conclusión de que el ordenamiento procesal derogado merecía el calificativo de Código de Garantías, con mayor razón lo merece el actual, en el que "... se suavizan las consecuencias que conllevan las medidas cautelares personales, y se proscriben definitivamente el terrorismo penal", además de que se tutelan con severidad los derechos del acusado con un "sistema de sanciones para los funcionarios arbitrarios o simplemente morosos", según el comentarista citado.

El nuevo CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL es una concreción legal de las orientaciones de los connotados procesalistas Hernando Davis Echandía y Hernando Morales, sin descuidar los valiosos aportes de quienes, con los anteriores conformaron la comisión redactora del proyecto.

Recuerdo aún las observaciones del catedrático de Derecho Procesal Civil, Dr. Rodrigo Nelson Estupidán, acerca de la vetustez del código derogado, que desde 1931 venía rigiendo con instituciones procesales anacrónicas, completamente revaluadas en otras latitudes. Por ejemplo, en varios países de Europa Occidental, en México, en Argentina y Bra-

sil, hacia rato que se había archivado el concepto privatista clásico del Proceso Civil, orientándose, en primer lugar, por un concepto de relatividad de los derechos subjetivos que por su medio se debaten, en contraposición al derecho subjetivo absoluto de la Revolución Francesa, y en segundo lugar, por la evidente razón de que en un proceso civil no solamente entran en juego intereses particulares, sino también el interés general encaminado al desarrollo armónico y tranquilo de los asociados. Es así, porque mientras en la proce-

El nuevo Código se ha puesto a todo con el derecho contemporáneo en que se rechaza el criterio dispositivo que hacía del Juez un funcionario convidado a reconocer el resultado de la lucha procesal de las partes, en la que no siempre se imponía la razón sino la parte económica o socialmente más poderosa, o más hábil, como dice Devis Echarri. El nuevo código impone al Juez la obligación de dirigir el proceso, con amplias facultades para organizar el debate y orientar el trámite en debida forma, para evitar nulidades y actuaciones inútiles, controlar la actuación de los litigantes, etc. (Art. 37), con el objeto de hacer realmente efectiva la igualdad de oportunidades y de personas ante el proceso, nivelando, mediante la intervención estatal, las desigualdades prácticas. En una palabra, podemos decir que el nuevo ordenamiento escogió como norma general de todas sus instituciones, los principios inquisitivo y de impulsión del proceso (Arts. 2, 4, 37, 38, 93, 95, 134, etc.).

2. El Régimen probatorio del Código de Procedimiento Penal.

El estatuto en vigencia conserva, en general, los lineamientos del anterior, con la salvedad de que atribuye valor probatorio a las grabaciones magnetofónicas de las comunicaciones a que ya aludimos alusión. Esto constituye un verdadero acierto, porque no es justo que mientras el

delito se tecnifica cada día más, la instrucción siga en-
quileada en los viejos sistemas. los diversos medios de
... El segundo se refiere a la forma de apreciación
de la ... Persiste, sin embargo el régimen legal-moral de la
apreciación. En el Art. 216 del citado Decreto se sienta
el principio de que, en materia penal, la prueba debe a-
preciarse por su estimación legal, que haría pensar que el
estatuto señala el alcance probatorio de todos los medios
de convicción. Mas no es así, porque mientras en la prue-
ba documental, por ejemplo (Art. 261), dice que son plena
prueba de los hechos de que el funcionario dé fe, los do-
cumentos públicos o auténticos, en el testimonio advier-
te (Art. 236) que al Juez le corresponde apreciar razona-
blemente su credibilidad.

La teoría adoptada por el ordenamiento procesal
penal colombiano está en el justo medio entre el arcaico
y definitivamente proscrito sistema tarifario legal, que
mediante reglas fijas cortaba el vuelo de la facultad in-
nata en el nombre de investigar y descubrir la verdad, por
una parte y el sistema de la apreciación racional, o li-
bre valoración, por la otra, en que la estimativa del
juzgador tiene una gran libertad de análisis, bajo el ú-
nico control de los principios de la lógica, de la sico-
logía, y de la experiencia.

El sistema legal-moral de nuestro código se con-
creta en varios preceptos que, en rigor, no son sino
principios generales, consagrados por la razón y la ex-
periencia. Debe entenderse en el sentido de que no
obliga al Juez a condenar sobre la prueba aducida, si no
está plena e íntimamente convencido. No otra cosa se
desprende de la interpretación sistemática de los Arts.
215 y 216 del Código de la materia. El primero prescri-
be la materialidad de la prueba, es decir, su producción

legal en el proceso, mediante el cumplimiento de las ri-
tualidades que la ley exige para los diversos medios de
certeza. El segundo se refiere a la forma de apreciación
de la prueba legalmente producida, consagrando el princi-
pio de la estimación legal que, como ya se vió no es una
norma absoluta, pues en otras disposiciones defiere el
análisis de la calidad de la prueba a la libre y racio-
nal apreciación del juzgador.

3. El Régimen probatorio del Código de Procedimiento Civil.-

En esta materia el nuevo Código dió un viraje total con
respecto al anterior, pues abolió el desuetdo e ilógico sis-
tema de la tarifa legal, para acoger el de la racional
apreciación (Art. 187), en el que la sana crítica aplica-
da a la evaluación de los hechos aportados al proceso,
permite al Juez decidir sobre la existencia y modalidad
de las obligaciones y, en general de los actos debatidos
en el juicio. La libertad de análisis está complementa-
da lógicamente con el principio inquisitivo que autoriza
decretar y practicar pruebas de manera oficiosa (Arts.
179 y 180), y rechazar las impertinentes o irrelevantes
que propongan las partes (Art. 178).

La parte final del Art. 187 contiene una salve-
dad al sistema indicado, pero su interpretación correcta
hace concluir que no existe incongruencia alguna, porque
los requisitos de solemnidad que la ley sustantiva recla-
ma para determinados actos, no son exigencias ad probatio-
nem, sino ad substantiam actus: sin ellos no sólo no pue-
de probarse un acto, sino que no existe o es nulo. La
modificación de este aspecto conlleva la derogación de
la ley sustantiva que los prescribe, facultad que no es-
taba comprendida dentro de las otorgadas por el Congreso
al Ejecutivo, para reformar la ley 105 de 1931.

B. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL CODIGO DE PROCESO PENAL.

La primera es de redacción, al decir: "constituye indicio". La primera que al respecto hallamos es la persistencia de la confusión que había en el Código anterior entre indicio y presunción. En efecto, dice el nuevo ordenamiento (art. 230) que el indicio único jamás hará plena prueba, a menos que se trate de indicio necesario o presunción legal no desvirtuada. Es obvio que si es indicio, no es presunción, o viceversa, porque el primero tiene su fundamentación lógica en la relación de causalidad, mientras la segunda se basa en la relación de identidad. Sin embargo, mirando con detenimiento, la llamada presunción legal es una medida con detentamiento, la llamada presunción legal es una medida de responsabilidad por hurto o robo, el hecho de hallar en poder del acusado, el o los objetos de la sustracción, siempre que éste hubiera sido antes condenado por un delito contra la propiedad. Ahora bien, los objetos sustraídos son elementos materiales de un indicio efectual, y la condena anterior es prueba del indicio causal de capacidad moral; uno y otra son indicios contingentes de mucha vehemencia, sobre todo por la falta de justificación del primero, que, reunidos, inscriban de tal manera que el código exige se tengan como plena prueba (Art. 230). Y si, como hemos visto, dos o más indicios contingentes, no controvertidos, que concuerdan y convergen en el sentido del hecho buscado, lo acreditan de manera completa, siempre que, por otra parte, hayan sido eliminados el azar y la falsificación, la calificación legal entonces sobra. Luego, y no sólo porque repugna que en derecho penal se juzgue mediante presunciones, sino también por lo dicho, la denominada presunción legal debe desaparecer, porque carece de objeto, porque no tiene razón

de ser.

El artículo 233 comentado comete un yerro y un acierto. El primero es de redacción, al decir: "constituye ABINISMO presunción..." (destacamos), denotando que antes se consagra otra presunción, según el sentido del adverbio. Propiamente se trata de un descuido de la reforma, porque el Art. 233 contiene la misma disposición que en el Código anterior aparecía bajo el número 221: e inmediatamente antes de éste figuraba una presunción de responsabilidad por los delitos de falsificación e adulteración de moneda. Era lógico el art. del código derogado, pero el adverbio sobra, una vez suprimida esa presunción.

El acierto consiste en exigir sentencia condenatoria EJECUTORIADA, y no irrevocable, como decía el viejo código; el segundo término se prestaba a dificultades de interpretación, superadas ahora por uno más preciso, más técnico jurídicamente, si se quiere.

El Código de Procedimiento Penal en vigencia define el indicio en el Art. 229, diciendo que por tal "Se entiende... un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho". Tendencia moderna plausible es la de suprimir las definiciones de los estatutos legales, para dejarlas a la doctrina. El nuevo Código de Procedimiento Criminal, las desecha, como en seguida veremos. El de procedimiento penal sigue en cambio vetustos senderos, quizá imprescindibles para ciertos espíritus que ya querrían hallar definida y reglamentada cada situación en la ley, para ahorrer esfuerzos interpretativos. El excesivo afán de los Códigos viejos, por brindar tutela a los jueces inexpertos o inhábiles no se justifica en manera alguna, porque con tal sistema jamás podrá suplirse la sabiduría que les falta, como advierte Mittermaier.

Hay que reconocer sin embargo, que el Código describe muy bien lo que debe entenderse por Indicios. Si referimos el art. citado a los conceptos doctrinales del Capítulo III de este trabajo, veremos que los comprende en admirable síntesis; por otra parte no se compromete a decidir si se trata de una operación inductiva o deductiva y aunja con Dellepiane la controversia sobre la naturaleza de la operación mental, hablándonos de una inferencia lógica. En otro esfuerzo descriptivo encomiable (Art. 231) dice que "el Indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que habiendo existido el uno no puede menos que haber existido el otro". Recuerda de inmediato a Frasarino, para quien el Indicio necesario se apoya en una relación constante de causalidad. El constante modo de ser de la naturaleza o de las cosas, por definición, no tiene excepciones, y por lo mismo, el código otorga el valor de plena prueba al Indicio necesario único (Art. 230).

A contrario sensu se comprende que el Indicio contingente único, esto es, el que se basa en una relación ordinaria de causalidad que se cumple en la mayoría de los casos, mas no en todos, no tiene la virtud probatoria plena del necesario.

Fuera de la indicada, el código se refiere también a otra clasificación de esta prueba en disposiciones que no están en el capítulo en cuestión. Dice, por ejemplo, que para detener preventivamente a una persona se necesita, o varios graves para llamar a juicio (Art. 439), o el hecho indiciario se mide por la estrechez, del nexo entre el hecho indiciario y el indicado, fuerza que lleva al juzgador a descartar hipótesis distintas a la que está sugiriendo la prueba.

En los Arts. 234 y 235 consagró como normas dos consideraciones doctrinales de importancia: una sobre la prueba del hecho indiciario, y otra sobre la unidad del mismo. En cuanto a la primera, dispone que "para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente". Ahora bien, si es difícil asegurar la existencia del hecho que se quiere probar, por la presencia del que lo indica, la desconfianza en la prueba por indicios crecería aún más, si se permitiera la aportación del hecho indicador más allá de lo que el convencimiento último, o sea, el del hecho que se quiere probar, resultaría tremendamente inseguro, al no estar firme ni siquiera el de la existencia del hecho indiciario. Por eso la doctrina y la jurisprudencia exigen que se acredite por los medios de prueba llamados directos, esto es, mediante la aserción de los sentidos del investigador que lo constata en las cosas, en la persona del ofendido, o en la del acusado, o por las exposiciones de éste, de testigos o de peritos.

Sobre la unidad del indicio, prescribe el código que "las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio". Puede haber un gran número de pruebas sobre las distintas circunstancias o los diversos momentos que lo integran, pero no agregan un ápice de fuerza probatoria, con respecto al hecho indicado; únicamente refuerzan la convicción de la presencia del hecho indiciario, como sujeto atestante. Bien dice Franzarino, que con la multiplicación de las pruebas sobre un mismo hecho, "El indicio se fortifica cada vez más subjetivamente, pero objetivamente será siempre un solo indicio". Hay que abonar al nuevo Código el haber corregido la impropiedad del anterior, al expresar, en la disposición equivalente que "Los indicios referentes a uno solo, por numerosos que sean, no constituyen más que un solo indicio". (La subraya en nuestra).

En cuanto a la apreciación, el código otorga, como ya se dijo, el valor de plena prueba al Indicio Necesario Único (Artículo 230). El indicio contingente único jamás hace plena prueba. Se requiere entonces la presencia de varios indicios de esta naturaleza, que llenen las condiciones de concordancia en un todo armónico y coherente, y de convergencia indicadora hacia un solo objeto, hacia el hecho desconocido cuya prueba se busca, para que el juzgador acepte como cierta la existencia de éste. No hay más pautas legales. Por consiguiente, el justiprecio del indicio se deja al libre y recto criterio del juzgador, quien debe coherar mano de todos sus conocimientos y experiencia y aun de su capacidad intuitiva, para relacionar unos con otros y buscar las explicaciones lógicas de su coherencia, en procura de acierto en las conclusiones probatorias.

Con respecto a la aducción del Indicio, encontramos varias normas importantes. Por ejemplo, en el Capítulo II del Título V, que reglamenta las inspecciones judiciales, se prescribe que el instructor procederá, dentro de la diligencia, a examinar y reconocer los hechos materia de la Inspección, con todas sus circunstancias, todo lo cual consignará en un acta (Art. 225), que hace plena prueba de los hechos y circunstancias observadas personalmente por el Juez y los peritos que han intervenido (Art. 228).

Además, como el indicio no solo es medio probatorio autónomo para llegar al conocimiento de hechos cuya prueba directa no se puede aportar al proceso, sino que sirve de auxiliar poderoso para la crítica de los demás, el código exige, por ejemplo para el testimonio (Art. 236), que en la misma acta en que se transcribe la declaración, se deje constancia de todas las condiciones y circunstancias conducentes para apreciar la credibilidad del testigo. La exigencia debe comprenderse que también rige para la de-

oleración del acusado, caso en el que sus condiciones personales no solamente sirven para apreciar la credibilidad del dicho, sino que pueden constituir indicios autónomos de responsabilidad: los cambios bruscos de actitud, la irritación o sorpresa ante determinadas preguntas, la palidez, el llanto, la negativa persistente, la mala justificación, etc., son circunstancias de las que el Juez debe dejar constancia en el acta respectiva.

La Policía Judicial y el Indicio.— En otra parte de esta disgresión anotábamos que en nuestro medio, son los agentes de los cuerpos secretos del Estado los que llegan antes que el Juez de instrucción, al teatro del delito, y, por lo mismo, son los encargados de examinar y recoger las huellas o rastros de la infracción. Sobre el particular, el Decreto 409 de 1971 trae una de las más importantes innovaciones, al organizar y reglamentar la Policía Judicial, como cuerpo auxiliar de la administración de justicia. Sus antecedentes se remontan al decreto 1726 de 1.964.

Estará constituida por personal calificado, a órdenes de los Jueces, en cada proceso. La ordinaria subordinación a la Policía Nacional y al D. A. S., cuerpos de los que será seleccionada, se traslada a la Procuraduría General de la Nación, sin romper naturalmente la dependencia administrativa de tales organismos. Con esto se persigue que la labor investigativa de la Policía Judicial obedezca a una planeación racional y técnica (Arts. 283, 284, 285 y 292).

La Policía Judicial debe cumplir las comisiones específicas que le impartan los Jueces, Registrados y Agentes del Ministerio Público. Está facultada para recibir denuncias, y en caso de flagrancia o cuasiflagrancia, o en los que no actúe de inmediato el funcionario de instrucción, pue-

deh inspeccionar el lugar de los hechos, examinar los rastros del delito, recoger los elementos de prueba, cuidando de no alterar las huellas, borrarlas u ocultarlas; puede levantarlas, transplantarlas o registrarlas gráfica o topográficamente; practicar levantamiento de cadáveres; levantar croquis del lugar; tomar fotografías; tomar datos de identificación y dirección de testigos presenciales del hecho o de los que tuvieran conocimiento de él y recoger sus exposiciones, sin juramento. Para ello tiene facultad de inmovilizar o impedir que los testigos se retiren del lugar del crimen, hasta por seis horas. Puede, también, recibir la versión que espontáneamente brinde el sindicado, quien la firmará en señal de asentimiento.

Por las numerosas facultades que otorga el Art. 289 a la Policía Judicial, se advierte la delicadeza de su labor, de trascendencia inculcable para el éxito de las investigaciones. Es de esperar que el gobierno equipe al nuevo órgano auxiliar, con todos los implementos necesarios, que permitan exámenes técnicamente correctos: de nada vale la facultad de recoger huellas, si no se provee a la Policía Judicial de laboratorios adecuados para examinar y conservar elementos como sangre, espermatozoides, vísceras, cabellos, etc. Pero la dotación técnica completa no es garantía suficiente de precisión y menos de ecuanimidad: es definitiva la escasez de personal idóneo, con una gran capacidad de observación y alta dosis de honestidad, al que debe adiestrarse suficientemente, para que sin abusos ni arbitrariedades, la investigación se oriente, desde un comienzo, de manera acertada: cuántos procesos penales fracasan, con lamentable pérdida de tiempo y esfuerzo, por los prejuicios y el empecinamiento de agentes de los cuerpos secretos en incriminar al primero contra quien se confabulan las pruebas iniciales que al menor análisis se derrumban quedando, en lo que siempre

fueron, en meras sospechas. Bien es cierto que la capacidad, los conocimientos, la consagración y seriedad jamás podrá suplirlos la ley, con todos los controles que se ingenie, en garantía de imparcialidad, y, sobre todo, de respeto por los derechos de la persona contra la que se encaminan las primeras diligencias; por eso, es definitiva, la escogencia del personal. la tarantología, dice, entre otros,

en el Art. 248, que el hecho indiciario debe estar basado en las constataciones personales de los agentes de la Policía Judicial, de elementos y circunstancias de la infracción, vale decir de los indicios y modalidades del delito, tiene el mismo valor probatorio que las realizadas por el Juez (Art. 306), mientras que las versiones de testigos y del sindicado, recogidas por aquélla deben ser apreciadas por éste según las normas del testimonio, porque la ley considera los informes como una clase especial y privilegiada del testimonio.

En el ordenamiento procesal vigente sobre, en el Art. 248, que el hecho indiciario debe estar basado en las constataciones personales de los agentes de la Policía Judicial, de elementos y circunstancias de la infracción, vale decir de los indicios y modalidades del delito, tiene el mismo valor probatorio que las realizadas por el Juez (Art. 306), mientras que las versiones de testigos y del sindicado, recogidas por aquélla deben ser apreciadas por éste según las normas del testimonio, porque la ley considera los informes como una clase especial y privilegiada del testimonio.

C. LA PRUEBA INDICIARIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

En tres disposiciones que integran el Capítulo VII del Título XIII, regula el nuevo código de Procedimiento Civil todo lo que legalmente podía prescribir sobre la Prueba Indiciaria, sin vulnerar el principio rector tantas veces mencionado de la apreciación racional. Consecuente con el criterio de dejar las definiciones y clasificaciones a la doctrina, se limita a señalar algunos requisitos para que un hecho pueda ser considerado como indicio, como el de su debida acreditación en el proceso (Art. 248), y a señalar que la apreciación de los indicios se hará en conjunto, teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso (Art. 250).

Comprendió el legislador que si existe un medio probatorio en que se vea claramente la aplicación integral de la libre convicción, ese es el indicio, porque desde el momento de la aducción de los elementos indicadores, el funcionario debe realizar una labor de crítica, para descartar los que aparezcan completamente desvirtuados. Por lo mismo, adecuando incluso la terminología, dice, entre otros, en el Art. 248, que el hecho indiciario debe estar **DEBIDAMENTE**, acreditado (El Código de Procedimiento Penal exige plena prueba), porque al Juez corresponde decidir, sin más limitaciones que las de su razón, conocimientos y experiencia, cuándo hay bastante prueba para dar por cierto un hecho: su convicción no está condicionada por la gradación legal de la prueba plena y semiplena o incompleta. Este vocabulario desapareció, por inútil, dentro del nuevo sistema.

En el ordenamiento procesal vigente sobra, en estricto rigor, el Art. 250, porque en el Art. 187 sentó el principio de la sana crítica de las pruebas, en general. El primero repite simplemente el contenido del segundo, sin agregar ninguna pauta específica de apreciación. En efecto, el análisis en conjunto y las condiciones de convergencia y concordancia son reglas propias del nuevo sistema, para la valoración de cualquier medio probatorio, así, sea directo o indirecto, simple o compuesto: el ensamble de los elementos probatorios en un cuadro organizado y coherente, y la univocidad del conjunto en el sentido del hecho o hechos del proceso, determinan la certeza de la existencia de éstos como explicación lógica necesaria de la presencia de aquéllos. Ante un conjunto de pruebas que reúnan tales requisitos, la duda razonable desaparece, y la vacilante actitud inicial se transforma en firme convicción, porque difícilmente podrá el asar reu-

nir en un proceso un grupo concordante de pruebas, que apunten en un solo sentido, en el de los hechos que se quiere probar.

De gran importancia es la norma contenida en el Art. 249, según la cual puede el Juez "deducir indicios de la conducta procesal de las partes". Es un complemento lógico de los poderes que le otorga el nuevo régimen. Por ejemplo, el hecho de no contestar la demanda, o de no pronunciarse de manera expresa sobre los hechos y pretensiones de la misma, será considerado (Art. 95) como un indicio contra el demandado. En contra de la parte citada se tomarán también como indicios, su no comparecencia, sus respuestas evasivas, o la negativa a responder (Art. 213), siempre que las preguntas sean asertivas, o que los hechos sobre que versan no admitan prueba de confesión. En caso contrario, tales hechos no se toman como indicios, sino como presunción. El hecho de entorpecer la labor de los peritos también se considerará como indicio contra la parte que observe tal conducta (Art. 242), lo mismo que la oposición injustificada a exhibir un documento (Art. 286).

Ante el sistema de la prueba oficiosa, quizá el Código no debió ocuparse de señalar al Juezador, a manera de ejemplo, las actuaciones u omisiones de las partes, susceptibles de servir como prueba indiciaria; pero lo hizo, creadores de justicia que acostumbrados al sistema estrictamente reglado del código anterior, podían quedar algo desviados, y con no pocas reservas sobre el uso de las herramientas que el actual les entrega, para la búsqueda de la verdad real. Cabe señalar, por otra parte, que las conductas enunciadas pueden ser apreciadas como presunción o como indicio, según que los hechos admitan o no prueba de confesión, con el con-

siguiente traslado de la carga de la prueba a la parte contra la cual obra la presunción.

Los principios científicos que informan la crítica de la prueba, y atendiendo a las circunstancias trascendental importancia reviste la Prueba indiciaria en el régimen procesal civil en vigencia, no solo como medio probatorio principal, sino también como control auxiliar de las llamadas pruebas directas. Por eso, y por la gran dificultad y peligro que, como hemos visto, supone su manejo, criticarán no pocos la exigua reglamentación que ha hecho el código. Sin embargo, ya se dijo también, no podía hacer más, sin caer en incongruencias y limitaciones de los nuevos principios rectores de la prueba: no podía entrar a definir, ni a clasificar, ni menos a señalar el valor probatorio de este medio. Hay que abonarle, por el contrario, que en las contadas disposiciones que le dedicó terminó con la imprecisión y ambigüedad del código anterior que en numerosos artículos ni siquiera lo diferenciaba de la presunción: en efecto, bajo el acápite de presunciones reglamentaba, en el Capítulo VI, todo lo relativo a la prueba indirecta, sin discriminación alguna entre los primeros y los segundos.

B. LA PRUEBA INDICIARIA EN OTROS CODIGOS.

Los Códigos de procedimiento laboral, contencioso administrativo y de comercio remiten al Código de Procedimiento Civil, en materia de pruebas y en otros aspectos. Por consiguiente, las anotaciones anteriores sobre el Indicio son válidas para esos estatutos.

Agreguemos que el Código de Procedimiento Laboral acogió desde 1.948 el sistema de la libre formación del convencimiento, al prescribir en el Art. 61 que el Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas del C. de P. C.

A. CONCLUSIONES

1. Etimológicamente hablando, indicio es un hecho que señala otro hecho.
2. Desde el punto de vista lógico, el indicio es un silogismo entimemático.
3. La premisa mayor del silogismo indiciario es un principio inducido experimentalmente, de la observación de varios casos particulares en que el predicado se cumple constante o regularmente.
4. La conclusión del entimema indiciario surge de un proceso deductivo, en el que al sujeto de la premisa menor se atribuye el predicado contenido en la mayor.
5. Desde el punto de vista ontológico, o sea, por las verdades susceptibles de ser contenido del silogismo, el indicio funciona en relación de causalidad; vale decir, que el sujeto y el predicado de la premisa mayor están causalmente vinculados.
6. El indicio, por lo tanto, es una prueba crítica, que se apoya en una regla general, experimentalmente inducida, de la que por vía de causalidad se deduce la existencia probable o cierta de un hecho.
7. Si la experiencia enseña que una determinada relación causal se cumple en todos los casos, decimos que el indicio es necesario, para concluir que indicio necesario es aquel que se basa en una ley de causalidad constante, rigurosamente comprobada.
8. Si la experiencia demuestra que una relación causal concreta se cumple en varios casos, mas no en todos, el indicio es contingente. Este descansa en un argumento presuntivo, a saber: se ha visto en el pasado que ordinariamente deter-

8. minado nexo causal ata el sujeto y el predicado de la mayor; es probable que, en el presente, esa misma relación se cumpla, como explicación lógica de la conclusión.
9. La prueba indiciaria es una prueba indirecta, en el sentido de que señala su objeto de manera mediata: a través del raciocinio.
10. Como prueba indirecta, presenta la ventaja de ser menos susceptible de falsedad, pero conlleva un doble margen de error: a) en la percepción o prueba del hecho indicador, y b) en la interpretación o valoración de la prueba.
11. Las huellas, rastros, restos o vestigios materiales no constituyen indicio, en estricto rigor probatorio; son elementos reales de la prueba indiciaria, que sirven de punto de partida para el proceso especulativo.
12. Las circunstancias reales se caracterizan por la exigencia de expertos, tanto para la recolección como para la interpretación: cumplida la labor de los peritos, empieza la tarea del jugador para atribuir la ejecución de un hecho a la persona que señalan las huellas, como única razón de la existencia de éstas.
13. En la valoración no debe perderse de vista que el indicio efectual tiene más fuerza probatoria que el causal, porque el hecho que se toma como efecto supone necesariamente una causa; el problema consiste en su determinación. En cambio, el hecho que se supone causal bien puede no tener ese carácter, por ausencia de ciertos requisitos.
14. El indicio causal, por sí solo, es, por consiguiente, deleznable e inseguro. La importancia de su papel estriba en dar precisión al indicio efectual.
15. Garantía de firmeza en la conclusión del silogismo indicador es la presencia de dos indicios, por lo menos: uno material que descubra el hecho, y otro psicológico que lo explique.

tidos del juzgador, como fuentes de certeza, actúan para percibir la prueba (circunstancial, testimonial, etc.),

3. controlarla y verificarla. Penal, debería desaparecer el

Artículo Es preciso reconocer que Ellero y Bellepiane insisten en la supremacía de la prueba indiciaria, porque las demás a ella se reducen. Sin embargo estos autores, sobre todo el último, basan su conclusión en la similitud que encuentran entre la confesión o un testimonio, por ejemplo, con un rastro o huella, similitud que obliga lógicamente a la aplicación del método de crítica del indicio, en el justiprecio de su fuerza de convicción.

Creemos, en cambio, que debe recalcarse en la preponderancia de la prueba indiciaria, no por la sola semejanza de la confesión o el testimonio con una huella, sino porque el contenido mismo de esas pruebas es una huella que debe ser examinada con mucha atención y severidad, para desentrañarla de las circunstancias que el declarante agregue de su propia cosecha.

21. La presunción de veracidad de las llamadas pruebas directas está mandada a recoger, porque la estimativa probatoria, que exige la crítica de todo medio de convicción, la dejó sin razón de ser.

6. En cuanto al régimen probatorio en general, conviene una reforma del Cód. B. SUGERENCIAS para modificar el sistema de la libre crítica e apreciación valorativa.

1. El artículo 250 del Código de Procedimiento Civil no contiene pautas específicas para la crítica del indicio. Debería, por lo tanto, suprimirse, porque basta lo dispuesto en el artículo 187 del estatuto mencionado.

2. Deberían, así mismo, desaparecer del código citado los artículos 95, 210, 242, 296 y cualquier otro que señale actuaciones de las partes susceptibles de ser tomadas como indicios.

está condicionada por una legislación formalista y dogmática.

cios, por innecesarios, según el razonamiento expuesto en el capítulo VIII (páginas 119 y 120).

3. Del código de Procedimiento Penal, debería desaparecer el Artículo 229 que define el indicio, y en general las disposiciones que contengan definiciones. Y esto, no por un afán modernista, de ponerse a tono, porque la nueva tendencia deja esa tarea a la doctrina, sino porque en realidad de verdad toda definición peca por exceso o por defecto, o es una mera tautología que en nada aclara en concepto.
4. Debería suprimirse también el artículo 230, por innecesario. En efecto, basta indagar la naturaleza de la prueba indiciaria, para saber que el indicio contingente único no brinda certeza sino solamente probabilidad, no así el indicio necesario en que la conclusión se impone de manera inevitable. Por lo mismo, sobra la calificación legal.
5. Es de desear, por otra parte también, que se derogue el artículo 233 (y por consiguiente el art. 232), en primer lugar porque la presunción legal consagrada no responde a la naturaleza del argumento presuntivo; en efecto, ~~no~~ es sino una calificación legal de dos indicios (folios 111), y en segundo lugar porque repugna que en derecho penal se juzgue por presunciones.
6. En cuanto al régimen probatorio en general, conviene una reforma del Código de Procedimiento Penal con el objeto de entronizar el sistema de la libre crítica o apreciación racional de la prueba. Se suprimiría con ello el aspecto parcialmente formalista del régimen actual y se rompería de una vez el círculo vicioso de que hablaba algún Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá: "tenemos una legislación formalista y rigurosa porque carecemos de los buenos jueces que serían deseables, y no tenemos los buenos jueces que serían deseables porque su formación científica, e incluso ética está condicionada por esa legislación formalista y dogmática".

ca". El peso de la responsabilidad recaerá en las Universidades, como es natural, para la capacitación de los futuros administradores de justicia en el manejo del sistema recomendado.

7. Dada la trascendencia del indicio, la orientación de la Cátedra de Pruebas Judiciales quizá debiera modificarse en el sentido de iniciarla por el estudio de la naturaleza y el manejo del indicio, que facilitará, en gran manera, el dominio de las restantes pruebas, por las razones aducidas en la conclusión número 20.

GARRARA, Francesc

Programa de Derecho Penal.- Parte de Penal.- Vol. II.- Editorial Yessis.- Bogotá.- 1957.

HELINFIANS, Antonio

Parte Teoría General de la Prueba.- Editorial Temis.- Bogotá.- 1961.

DEVIS ROVARDIA, Rogando

Tratado de Derecho Procesal Civil.- Temis Bogotá.- 1957.

DEVIS ROVARDIA, Rogando

Compendio de Derecho Procesal.- Tomo I.- Teoría General del Proceso.- Editorial A.B.C.- Bogotá.- 1972.

ALIBANO, Pietro

Juicio Criminales.- Tratado de Teoría de Prueba.- Instituto Editorial Temis.- Madrid.- 1953.

DEHERRERA VELAZQUEZ, Pedro y GONZALEZ V., Gustavo

Código de Procedimiento Penal Colombiano.- El nuevo código y sus instituciones.- Sección Segunda Parte.- Temis.- 1971.

DEHERRERA ROSA, José

Disciplinaria de Filosofía.- Editorial Sudamericana.- Buenos Aires.- 1959.

FLANZAN, Eugenio

Elementos de Derecho Procesal Penal.- Temis.- Temis Editorial Temis.- Barcelona.- 1953.

DEHERRERA DE MALA... ROSA, Nicolás

Las Pruebas en el Juicio Criminal.- Editorial General Temis.- Buenos Aires.

- 110 -

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Enrico. Psicología Judicial.- Vol. I.- Temis-Bogotá y Delapalma-Buenos Aires. 1970
- BENTHAM, Jeronías. Tratado de Las Pruebas Judiciales.- Compilación de los manuscritos del autor por E. Dumont.- Vol. I.- Traducción de Manuel Osorio Florit.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Buenos Aires. 1959.
- CARNELUCCI, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil.- Traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentis Melendo.- Uthca Sentina.- Buenos Aires.- 1944.
- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal.- Parte General.- Vol. II.- Editorial Temis.- Bogotá.- 1957.
- DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoría General de La Prueba.- Editorial Temis.- Bogotá. 1961.
- DEVIS ECHANDIA, Her^unando. Tratado de Derecho Procesal Civil.- Temis Bogotá. 1967.
- DEVIS ECHANDIA, Her^unando. Compendio de Derecho Procesal.- Tomo I.- Teoría General del Proceso.- Editorial A.B.C.- Bogotá. 1972.
- ELIENRO, Pietro. Juicios Criminales.- Traducción de Adolfo Posada.- Instituto Editorial Reus.- Madrid. 1953.
- ESTRADA VELEZ, Federico y GOMEZ V., Gustavo. Código de Procedimiento Penal Colombiano.- El nuevo código y sus instituciones.- Colección Pequeño Foro.- Medellín. 1971.
- FERRATER MORA, José. Diccionario de Filosofía.- Editorial Sudamericana.- Buenos Aires.- 1969.
- FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal.- Bosch.- Casa Editorial Urgel.- Barcelona. 1933.
- FRAMARINO DE MALATESTA, Nicolás. Lógica de Las Pruebas en Materia Criminal.- Librería Editorial General Lavallo.- Buenos Aires.

- CAITAN, Jorge Elié- Defensas Penales.- Tomo I.- Librería
cer Colombiana Camacho Roldán y Cía Ltda.-
Bogotá. 1945.
- GONZALEZ VELASQUEZ, Manual Práctico de la Prueba Civil.-
Julio Librería Jurídica Ltda.- Bogotá. 1951.
- CORPES, Francois La Apreciación Judicial de Las Pruebas.-
La Ley.- Buenos Aires.- 1967.
- GORSKI, TAVANTS Y Lógicas.- Editorial Orjfalbo, S.A.- Méxi-
OTROS co, D. F.- 1960.
- MITTERMAIER, C.J.A. Tratado de La Prueba en Materia Criminal.-
Instituto Editorial Reus.- Madrid. 1959.
- ROCHA A., Antonio De La Prueba en Derecho.- Ediciones Ler-
ner.- Bogotá. 1967.

REVISTAS

EL PORO MARINES

Organo Oficial del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Pasto.- Números 218
y 219.- Imprenta del Departamento.- Mayo
1972.

UNIVERSIDAD DE MARINO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

A.N.
T
345.32 Cabrera R., Julio Cesar.
C117

1955

La prueba indiciaria.		VENCE
NOMBRE	<i>Hu. P. ...</i>	
No. del Carnet	<i>81 12 117</i>	<i>Junio 16/52</i>
NOMBRE	<i>C. G. ...</i>	
No. del Carnet		
NOMBRE	<i>E. ... del P. ...</i>	
No. del Carnet	<i>82510 62.</i>	<i>10 de m.</i>
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		
NOMBRE		
No. del Carnet		

AN
T
D345.32
C117
Ej.1.

1955