

## INDICIOS Y PRESUNCIONES EN MATERIA CRIMINAL

Es incuestionable que una de las pruebas que desempeñan hoy un papel de gran trascendencia en el Derecho Procesal-Criminal, es la de indicios, toda vez que por su naturaleza de indirecta se aplica en subsidio de la directa, que por regla general brilla por su ausencia en asuntos delictuales. (1) Se acentúa aún más su importancia si se considera que está basada en hechos ciertos y determinados, de los cuales se inducen otros inciertos y desconocidos, mediante el raciocinio; que su fundamento es la cosa en sí misma, considerada bajo su aspecto físico, esto es: real, sin estar sometida a la corruptela del testimonio humano, y de la cual se saca una consecuencia lógica, una vez comparada con otras premisas, que aunque de ella no dependen directamente, sí tienen un grado de conexión que las une más o menos íntimamente.

La prueba directa está analizada de antemano por la Ley, sin considerar el caso para su aplicación con unas u otras circunstancias, pudiéndose incurrir en graves injusticias, toda vez que no se puede salir de los límites que ella fija: no se debe desatender su tenor literal so pretexto de consultar la recta administración de justicia; tiene que darse estricto cumplimiento al mandato legal aunque pugne contra la razón y la evidencia. Dos testigos hacen plena prueba al tenor del artículo 1,675 del C. J. siempre que reúnan ciertas condiciones que la Ley establece; pues bien, esa prueba debe ser la base de un fallo condenatorio que lesionará al individuo en todos sus derechos, ya que al de la libertad se acceden otros no menos preciosos, y no obstante, puede estar el Juez íntimamente convencido de su inocencia: tiene el ineludible deber de dictar sentencia según lo probado y deducido de los autos.

Todo lo contrario de lo expuesto ocurre con la prueba indirecta, pues la ley concede un gran campo de acción para su análisis, dando amplias facultades al Juez de la causa para su aplicación; ella somete a su criterio, que es el que debe hacer la inducción, un hecho principal para que lo separe convenientemente de los accesorios, a fin de

(1) Delitos contra la propiedad.

probar aquél separadamente, sin perjuicio, eso sí, de fortalecer después la prueba que resulta, con el auxilio de la demostración de los otros; luego, de la comparación del principal y los accesorios sacará una consecuencia lógica, que lo convenza íntimamente; que no deje duda de lo contrario, y en fin que sea "clara como la luz del sol", única circunstancia que el Derecho Español requiera para que se pudiera absolver o condenar un individuo con esta clase de pruebas.

No es, pues, arbitraria la Ley, en este sentido, ya que deja al criterio del Juez el análisis de las circunstancias que culpan o inculpan al reo, circunstancias que ella no podría enumerar y que variarían hasta el infinito según la naturaleza del delito, y de hacerlo así se mancharían eternamente nuestros archivos con injusticias y errores judiciales, que mediante el principio de la cosa juzgada, no se podrían enmendar.

El artículo 397 de la Ley 105 de 1890 sobre revisión en asuntos criminales tiene un campo de acción muy limitado. La Comisión Legislativa estudia un sabio Proyecto de Ley a este respecto.

Sin más consideraciones, entro en materia:

El indicio, según reza el artículo 1,702 del Código citado, es "un hecho que indica la existencia de otro hecho, o que alguna persona determinada lo ha ejecutado o ayudado a ejecutar."

Del análisis de esta definición se desprende que el indicio abraza el estado de las cosas o la conducta de las personas; el uno y la otra suministran la prueba principal o el hecho primo, claramente demostrado y el cual indica la existencia de otros hechos que se inducen mediante el raciocinio; y no otra cosa que la lógica es la llamada a sacar la consecuencia, pues la ley da las premisas, o las admite provisionalmente como ciertas, y del grado de relación entre ellas deduce la mente del juzgador la conclusión que se quiere demostrar. Son, pues, dos los hechos que hay que examinar relacionados entre sí: la relación del hecho principal, admitido provisionalmente como cierto, y el hecho secundario que se aduce como prueba del principal. Este último se basa en pruebas reales o personales, según se presenten las cosas o las personas a demostrarlo; de aquí el cuerpo del delito, eje de la investigación criminal.

La Ley en sus artículos 1,665 y 1,666 del C. J., y en los 65 de la Ley 100 de 1890, y 157 de la Ley 40 de 1907, manda acudir a personas conocedoras de los principios de alguna ciencia o arte para que ayuden al criterio del Juez a evaluar la fuerza del hecho principal, cuerpo del delito.

Ahora, del grado de conexión entre el hecho principal y los hechos accesorios, resulta la mayor o menor certeza del indicio; de allí sus diferentes clases.

Nuestro Legislador adoptó conscientemente la división que de ellos hizo el gran criminalista Muyart de Vouglans, en manifiestos o urgentes, próximos y remotos, dándoles denominaciones distintas sin variar su naturaleza.

El artículo 1,707 del Código Judicial reconoce en primer término el necesario, equivalente al manifiesto o urgente de Vouglans; su definición es la siguiente: "Hay indicio necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos de haber existido el otro."

La base en que se han apoyado todas las Legislaciones para admitir este indicio, es el principio filosófico de que no hay efecto sin causa, es decir, que existiendo aquél necesariamente existirá ésta; cuando existe un hijo necesariamente tuvo que existir el padre.

En Francia y en España existió este indicio hasta el año de 1866, época, en que según los tratadistas Bonnier y Caravantes, lo suprimieron por considerarlo de ninguna utilidad en el Derecho Procesal, toda vez que nunca daría aplicación como prueba indirecta. En Inglaterra como entre nosotros existe para los Jueces de derecho.

Desde Quintiliano y Cicerón se conoce esta clase de prueba, y nadie ha negado su existencia; no obstante hasta hoy no se le ha visto su parte práctica.

Todos los tratadistas de Pruebas Judiciales lo reconocen y aun lo definen, pero de allí no pasan, no adelantan concepto; bien sabido es que en Derecho procesal la mejor explicación de una doctrina es el ejemplo y hasta hoy no se ha podido hallar uno que guarde perfecta armonía entre el definido y la definición, es decir que no admita prueba en contrario y que no haya ningún hecho infirmativo que desvirtúe su certeza. Bien conocido es el ejemplo del *Solus cum sola, nudus cum nuda in eodem lecto*, sacado de las Decretales como explicación del delito de adul-

terio; ejemplo que en principio dio la clave del indicio necesario, pero que más tarde se reconoció como *flagrante delito*, o simple tentativa de adulterio.

Bentham, Bonnier y Lessona, quizá los mejores tratadistas de Pruebas Judiciales, al llegar a este punto pasan como por sobre ascuas; a mí me ha sorprendido el observar su procedimiento; paran mientes en el indicio *más remoto* y cuando van a tratar del más importante de todos, no exponen doctrina según su criterio, sino que lo hacen conforme a otros autores y creo que aquí se encadena una serie de anillos hasta llegar al primer tratadista que lo definió basándose en el principio de la causa y el efecto, pero sin concederle aplicación como prueba judicial.

Yo no niego la existencia necesaria de un hecho respecto de otro, mas no admito el indicio necesario. De lo último va mi opinión:

Es perfectamente evidente que cuando en contra de un indicio no hay ningún hecho infirmativo que lo desvirtúe en parte, aquél tiende a probar claramente el hecho investigado; pero si, no solamente hay hechos infirmativos, sino también que por su naturaleza de necesario no admite prueba en contrario, entonces él es la prueba plena, perfecta, evidente, idéntica a una presunción de derecho. Ahora bien: estas cualidades repugnan absolutamente al vocablo indicio que no significa otra cosa que algo conjetural, incierto, probable, circunstancial y de aquí el que las dos palabras *indicio* y *necesario* se repugnen completamente, y de aquí también la imposibilidad de unirlos y sacar de ellas un todo contrario a las partes, pecando contra ese principio filosófico. (1)

Por otra parte, el indicio necesario supone demostrado el hecho accesorio, lo que repugna a la doctrina asentada en la definición de indicio del artículo 1,702, ya citado; pues como ya lo expresé antes, no otra cosa que el raciocinio es el que encadena el hecho conocido al desconocido, y saca de ellos una consecuencia más o menos clara, según su grado de conexión, y en fin procediendo de conformidad con el método inductivo, que parte de lo conocido a lo

(1) Véase la *Crónica Judicial* número 101, página 672. Sentencia que muestra la teoría del Tribunal Superior de Antioquia a este respecto.

desconocido. Pues bien, en esta clase de indicios la mente del Juez no tiene ningún trabajo, pues ambos hechos aparecen perfectamente demostrados, y no admiten prueba en contrario y mucho menos hechos infirmativos que disminuyan su probabilidad; son el cuerpo del delito o su inmediato responsable diciendo culpabilidad por sí mismos.

Ocupa el segundo lugar como prueba indicial, la presunción legal, que con el indicio necesario son los únicos que tienen el valor de plena prueba. Artículo 1,703 del C. J.

El artículo 1,705 dice: "que cuando la ley manda que se tenga un hecho como suficiente prueba de otro, hay presunción legal". De esta definición se deduce que toda presunción no es sino un indicio analizado de antemano por la ley; es un trabajo que el Legislador se ha tomado en provecho del Juez y en perjuicio de los intereses de la justicia; y es evidente que va en contra de la última, pues manda aplicar una pena sin tener en cuenta todas y cada una de las circunstancias de un caso en particular; ella da unas determinadas y fijas y siempre que no se puedan desvirtuar impone el deber de castigar; de aquí las muchas injusticias que se pueden cometer, y aunque si bien es verdad admite prueba en contrario, hay casos que la dificultad para producirla es manifiesta, por no hallar medios para ello.

Por fortuna hoy en nuestro Código de Procedimiento no tenemos sino la consignada en el artículo 1,706 para el caso de falsificación de moneda, ya que la Ley 100 de 1892 derogó el artículo 351 de la Ley 105 de 1890 que establecía la de robo. "Mientras menos presunciones se tengan, menos injusticias se cometen" dice Mittemaier.

No rechazo absolutamente toda clase de presunciones, las admito con ciertas limitaciones y siempre que no tiendan a hacer peor la condición del reo, tales como las consignadas en el Capítulo I del C. Penal y completamente contrarias a la del artículo 1,706 del C. J. ya citado, y la cual se dirige a crear pruebas culpativas, para hacer peor la condición del falsificador de moneda.

Según algunos tratadistas, no fueron más que presunciones las que hicieron cometer la grande injusticia en el caso de la Urraca de París; presunciones estas sobre robo que hicieron condenar a una inocente y que más tarde esta falta puso en ridículo a los Magistrados de los Tribunales

franceses, por el célebre decreto en el que se mandaba decir una misa en conmemoración del triste suceso, y a la cual tenían que asistir vestidos con togas rojas los Magistrados interventores en el fallo, después de atravesar algunas calles en las que el pueblo parisiense los despreciaba con sus miradas.

Multitud de ejemplos se pueden citar a este respecto, pero los paso en silencio por no hacerme demasiado largo.

La historia de las presunciones en el antiguo derecho está llena de pruebas arbitrarias de las que hacían depender la inocencia o culpabilidad del acusado y de ridiculeces y formulismos estúpidos. Las Ordalias germánicas con sus suplicios bárbaros fueron el medio de la prueba, luego se abolieron y vino a reemplazarlas el combate judicial, el cual sufrió la misma suerte que las primeras, hasta nuestros días en que tienden a desaparecer completamente.

Réstame hablar de los demás indicios definidos en los artículos 1,707, 1,708 y 1,709 del Código de la materia, los cuales forman hoy la doctrina sana y aplicable, ya que, como lo demostré antes, el *necesario* no tiene aplicación práctica de ninguna clase y la presunción legal afortunadamente no es más que una.

Mientras mayor o menor sea la relación o conexión de los indicios con el hecho principal, mayor o menor será su grado de vehemencia, reza el artículo 1,708. Tenemos, pues, que la división general es de vehementes o menos vehementes, equivalentes a los próximos y remotos del citado Vouglans; el primero debe tener una relación más directa que el segundo con el delito, por ser mayor su grado de vehemencia; y el último menos directa que el primero por ser menos vehemente. En otros términos, el próximo tiene una relación directa con el delito sin suponerlo necesariamente y el remoto una relación indirecta con él; de donde se deduce que los indicios admiten una gran división intercalándolos en esas dos relaciones y de aquí el que Bentham los haya dividido en tantos cuantas circunstancias hayan tenido relación con el delito.

Hay autores que los han dividido en antecedentes, concomitantes y subsiguientes, según su desarrollo antes del delito, en él o después de él; otros con Larnaude y Caravantes los dividen en próximos y remotos, leves y graves,

urgentes ó vehementes o violentos, equívocos o medianos, claros o indubitables, oscuros o dudosos etc.; más en lo que hay que convenir a este respecto, es que la conducta de nuestro Código en este sentido es la normal y correcta, al no entrar a dividirlos, subdividirlos etc., pues o tendrían que hacer una clasificación casi infinita, o los reduciría a un número determinado; trabajo infructuoso el primero, y medio para cometer muchas injusticias el segundo, pues los indicios pueden ser en un delito gravísimos y en otros leves o viceversa.

Escríbe en su diccionario de Legislación y Jurisprudencia a este respecto dice: que "no es fácil dividir, subdividir ni sujetar a cálculo lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago; "que no es posible formar una tabla o escala en que se aprecie y fije en abstracto el valor real de los indicios simples o combinados"; que "los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan, porque los indicios varían en razón de las circunstancias, y estas variaciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas".

En estas sabias consideraciones debió basarse el Legislador para dejar en completa libertad al Juez en la división y análisis de estas pruebas; de aquí el que yo no las éntre a estudiar a fondo, pues su valor depende de la apreciación individual; sólo quiero, ya para terminar, consignar los principios para su interpretación.

De la definición del indicio, transcrita antes, se deduce que los hechos que tienden a demostrar la certeza del principal, pueden ser positivos o negativos, esto es, que afirmen o nieguen aquél; de aquí los hechos corroborativos e infirmativos que son la base de la justicia de un fallo.

El Juez debe considerar primeramente los infirmativos; esto es los que tienden a hacer menos culpable al sindicado, consultando el principio de derecho de que la duda favorece al reo; los analizará y si hay algunos corroborativos debe desecharlos, y si concurren en igualdad de circunstancias, preferirá los que según el principio citado favorezcan al reo.

Con estos dos hechos juega el Juez la suerte de un individuo; de aquí que la verdadera Lógica Judicial no consiste en otra cosa sino en hacer una evaluación justa de ellos,

pues si en un delito se omite un solo hecho corroborativo, o se aprecia en menos de lo que vale, puede el reo librarse de la pena que merece; y si se olvida un solo hecho infirmativo o se aprecia en menos su valor, es muy fácil que sea condenado un inocente.

JOSÉ LUIS MOLINA.

Marzo de 1914.

## VI BONORUM RAPTORUM

No estaban de acuerdo los Jurisconsultos de la época clásica acerca de la naturaleza de esta acción concedida por el Pretor contra el que usando de la fuerza se apoderaba de cosas pertenecientes a otro; tampoco lo estaban sobre si únicamente comprendía el hurto público o manifiesto (*furtum manifesti*) o también extendía su dominio al no manifiesto.

Algunos Jurisconsultos sostenían con buena copia de razones que, por lo tocante a su naturaleza, la acción *vi bonorum raptorum* era puramente punitiva, tenía por solo y único objeto el castigo del autor del hurto y por ningún motivo una reparación pecuniaria, o mejor dicho la devolución, sea rezarciendo, sea restituyendo los objetos sustraídos.

Juzgaban otros, con no menor fundamento y con más acierto jurídico, que la acción en referencia era mixta, esto es, *tantum in personam quam in rem* y que, por consiguiente, además de la pena por el delito, por el hurto, imponía la devolución de los objetos hurtados.

Aunque sin la suficiente autoridad, voy a tratar de resolver la cuestión suscitada entre los grandes Jurisconsultos de la época clásica, cuestión que bien podía tener por base más bien que un verdadero problema jurídico las rivalidades de escuela, tan comunes entonces, y para ello tendré constantemente a la vista los textos de Justiniano y Gayo que son, en mi concepto, los que mejor plantean el asunto.

La acción en referencia, concedía según se desprende de los Institutas de Gayo (*comentarius quartus III, 8*) dos acciones: la *condictio* y la *reivindicatio*; tenía por objeto