

la primera una persecutio personal, era punitiva y se refería más que todo al *furtum* mismo, al delito; la segunda, como bien claro lo indica su desinencia, recaía directamente sobre la cosa y hacía relación al hecho de recuperar lo que había sido arrebatado. Tenía, pues, dos objetos puesto que encerraba dos acciones diferentes: el primero se refería al delito propiamente tal, y a la restitución de las cosas, el segundo.

De acuerdo con los Institutas de Justiniano (IV, II *Vi bonorum raptorum*) la mencionada acción *Vi bonorum raptorum* imponía al demandado la restitución del cuádruplo de la cosa hurtada, o mejor, robada, según el lenguaje moderno, toda vez que la acción dicha suponía el empleo de la fuerza.

Ahora bien: para determinar el cuádruplo de una cosa es preciso conocerla, pues de otra suerte no es posible establecer la correspondiente relación; es necesario saber qué es lo que se va a cuadruplicar y es evidente que en el cuádruplo se comprende por necesidad física la cosa que se multiplica, pues la multiplicación no es sino la adición de un número, repetido varias veces; luego si la acción que motiva este artículo daba derecho a exigir el cuádruplo de lo robado, es claro que comprendía la restitución de esto, aumentado tres veces más, aumento que constituía la pena, en tanto que la restitución del objeto formaba la reivindicatio, la parte real de la acción, por donde se viene en conclusión, que los principios establecidos por Justiniano en sus Institutas, sobre esta materia, son los mismos preconizados por Gayo, y que la acción *vi bonorum raptorum* era *tantum in re quam in personam*, es decir: mixta.

Por lo que hace a la diferencia sobre su aplicación puede opinarse después de un atento estudio de los textos de Justiniano, que la actio en cuestión se amoldaba perfectamente tanto al hurto manifiesto (*furti manifesti*), como al no manifiesto (*non manifesti*).

Medellín, Enero 25 de 1914.

ALFREDO COCK A.

## EL CUERPO DEL DELITO Y SU PRUEBA

La existencia de todo delito supone: a) intención del agente de inferir un mal; b) la ejecución de un hecho prohibido por la ley. Uno cualquiera de estos dos elementos que falte, hace imposible la existencia jurídica del delito: el loco no es responsable si da muerte a quien lo guarda; la intención criminosa no es punible si no se traduce en hechos. Principios elementales son estos en materia penal.

Si, pues, la intención y el acto son de la esencia del delito ¿qué se entiende por cuerpo del delito?

El artículo 1,512 del C. Judicial dice:

*El cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal. Se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes.*

La expresión aislada (cuerpo del delito) nos da la idea de un acto delictuoso; y esta otra (un hecho criminoso y punible según las leyes) no sólo nos produce aquella idea, sino que nos induce a pensar en la responsabilidad plena de quien lo ha ejecutado. De donde la definición del artículo 1,512 presente dos fases: la del resultado o el hecho material del delito; y la del delito mismo con sus elementos de hecho y de intención; lo que explica las diversas interpretaciones de los Tribunales.

“Cuerpo del delito es el conjunto de los caracteres materiales que entran en la comisión de él, con prescindencia de los actos de culpabilidad. Tanto error hay en considerar como cuerpo del delito el instrumento con que se ejecutó como en confundirlo con los actos de culpabilidad. Decir como hacen algunos, que el cuerpo del delito no es otra cosa que la existencia misma del delito, es como si se dijese que el cuerpo del hombre no es otra cosa que la existencia misma del hombre” (Bucaramanga—Auto 8 Julio 1896—VIII—389—1°)

“La existencia del cuerpo del delito es un hecho demasiado complejo, pues no solamente se compone de parte material como huellas, rastros y señales, sino de algo relativo al orden moral de conocimiento y libertad del agente causante, que determinan la malicia y voluntad”. (Santa Rosa—Sentencia 17 Junio 1892. VI. 856. 1°)

Al definirse el cuerpo del delito ¿se consideró sólo el resultado de la actividad consciente o inconsciente del autor, o se tuvo también en cuenta el elemento psicológico de la intención del reo?

Menester es para averiguarlo, remontarnos a la fuente de donde se tomó la definición del artículo 1,512 del Código Judicial, que lo es el artículo 14 de la Ley 2° de Mayo de 1848, dictado por el Congreso de La Nueva Granada, y que a la letra dice:

“La existencia del cuerpo del delito es la base y fundamento de todo juicio criminal. Se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso o punible según las leyes.”

Cotéjese el artículo anterior con el que es hoy artículo 1,512 de nuestro Código Judicial, y se verá que en éste se corrigió la redundancia “es la base y fundamento”; y se cambió la conjunción o por la copulativa y, en atención a que estos dos términos “*criminoso o*

*punible* no solamente no son sinónimos sino que no expresan una misma idea.

*Hecho*, en lenguaje corriente, implica algo material; y sin embargo se dice hecho material sin caer en pleonasmos, ya para dar mayor fuerza a la frase, ya para contraponerlo a un hecho psicológico como el acto de pensar que no por ser inmaterial, imperceptible a los sentidos, deja de ser un hecho en nuestra mente. El hecho criminoso es siempre material, y sin embargo se usa de aquel nombre para indicar una determinada clase de hechos. Y al hecho punible no porque sea criminoso puede dársele este nombre, porque si lo de criminoso se reserva para calificar determinados hechos materiales, lo de punible no se aplica sino a los hechos criminosos que deben ser castigados por la responsabilidad de quien los ejecuta: hecho criminoso es el homicidio, pero no es punible si lo comete un irresponsable.

Por consiguiente, si el Legislador de 1873 unió por medio de la conjunción copulativa las palabras "*criminoso y punible*" en la definición del cuerpo del delito, fue porque quiso comprender en ella los dos elementos de todo delito: la intención maliciosa y el hecho violatorio de la ley; fue porque entendió que el cuerpo del delito no es otra cosa que la existencia del delito mismo. Así lo comprendió hace muchos años D. Joaquín Escribano, cuando dijo que "el cuerpo del delito no es otra cosa que la existencia del delito mismo", y que "las cosas que se citan como cuerpo del delito son efectos, señales, vestigios, monumentos, comprobantes del delito y no su cuerpo". Doctrina en que se informó también el Consejo de Estado cuando en su Proyecto de Código Judicial, el año de 1895, redactó el artículo 2,382: "La existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal, y se entiende por tal una omisión o un hecho punible por la ley (1,512, C. J.)"

Un hombre aparece muerto de una cuchillada en la mitad de la calle. Reconocido por los expertos, resulta que él mismo no se causó la muerte, y que entre él y su victimario debió haber una lucha, cuerpo a cuerpo, o, lo que demuestran las varias equimosis y heridas que se notan en el cadáver. ¿Puede decirse que está comprobado el cuerpo del delito? Sí; pero no es el cadáver, no son las heridas y contusiones que en él se advierten, el cuerpo del delito: ese cadáver, esas heridas y contusiones, no son sino medios por los cuales —con la ayuda científica de los expertos— se viene en conocimiento de un homicidio; y esta perpetración o la realidad de haberse cometido un hecho que merece pena, es lo que constituye el cuerpo del delito. "*En toda violación de la ley se presume voluntad y malicia, mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario*", dice el Código Penal. ¿Logra el reo destruir esta presunción probando que el homicidio lo ejecutó en defensa legítima de su propia vida; o es un loco manifiesto el sindicado? No hay necesidad de llamamiento a juicio, no hay ni aun para qué reunir jurado de acusación: el cuerpo del delito no es un mero hecho criminoso; es un hecho criminoso y punible. Esta la razón en virtud de la cual aunque a los Jueces Superiores no compete la cuestión de la responsabilidad sino al Jurado, sobresean aquéllos por sí y ante sí en los sumarios, cuando no se remite a duda la inocencia o la inculpabilidad del reo.

En rigor se deduce de lo dicho que en todos los sumarios en

que no aparece la irresponsabilidad del sindicado, o en que ésta sea problemática, no existe propiamente el cuerpo del delito sino por virtud de la presunción de ley.

Por regla general, el delito se manifiesta en un hecho como sucede en los homicidios, hurtos, incendios, daños en propiedad ajena, etc., y a esto se debe el que algunos entiendan por cuerpo del delito: en el hurto, el objeto que fue materia de él; en el homicidio, el efecto que resulta del crimen y el instrumento con que éste se ejecutó, etc. Sin embargo, hay delitos que aunque radicados en hechos materiales requieren la prueba de la intención maliciosa para que se pueda decir que existe el cuerpo del delito. El comerciante que con ánimo de no pagar y de enriquecerse a costa ajena viene de su pueblo a la ciudad, toma mercancías al fiado, las vende, y cumplidos los plazos no las paga, sin duda que es un estafador; pero mientras no se demuestre, por algún medio, su intención preconcebida y dolosa, es menester considerar al presunto reo no más que como un deudor moroso, y sobreseer en el sumario, por no estar comprobado el cuerpo del delito.

Si esto es así, como lo es, comprobar el cuerpo del delito es comprobar el delito mismo.

\* \* \*

No hay delito que no consista en un hecho material, con excepción de los delitos de omisión. Estos se denominan *transeúntes*, lo mismo que los que no dejan huellas o rastros como el hurto simple, la asonada, la calumnia no impresa, etc.; los que dejan esas huellas o rastros, como homicidios, lesiones, fuerzas y violencias, etc., se llaman *permanentes*. En todos, el cuerpo del delito es uno mismo, pues éste lo constituye un hecho criminoso y punible; pero su prueba es diversa como diversas son las manifestaciones del delito.

Según el artículo 157 de la Ley 40 de 1907,

"El cuerpo del delito se comprueba con el peritaje o examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la perpetración del mismo hecho, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración."

Al tenor de esta disposición, ¿bastan las declaraciones de dos o más testigos para comprobar el homicidio, aunque no aparezca el cadáver de la persona que se dice muerta? (1) No; porque siendo el homicidio delito que deja huellas permanentes, la prueba prin-

(1) En el tratado de "*Pruebas Judiciales*" del Dr. J. V. Concha, leemos: "En todo procedimiento criminal es indispensable acreditar la existencia del delito que sirve de base al procedimiento. Esta prueba previa se puede obtener con la comprobación de un hecho material, como la existencia de las heridas que se encuentran en el cadáver; pero de aquí no se puede deducir, según pretenden algunos, que esa comprobación material sea indispensable para demostrar el delito, porque si así fuera, bastaría que un asesino destruyera el cuerpo de su víctima para que quedara impune. La existencia del delito se puede demostrar de una manera indirecta, con las declaraciones de los testigos que presenciaron el hecho, o con indicios necesarios o vehementes que comprueben la perpetración del crimen (artículo 157 de la Ley 40 de 1907). Cuando D'Aguesseau dijo que el cuerpo del delito no es otra cosa que la existencia del delito mismo, quiso expresar que la comprobación material del hecho criminoso no es indispensable en los procesos criminales, por grandes que sean sus ventajas e importancia".

principal de haberse cometido consiste en el reconocimiento del muerto. Si así no fuera, habría que concluir que los estupros podrían también comprobarse con testigos, lo que es inaceptable. La prueba testimonial, *sola*, no es de recibo sino en los delitos *transcúrtes*, y así se desprende del artículo 1,584 del Código Judicial:

*“En todos los delitos que no dejan señal ni rastro, se comprobará su perpetración con los testigos que lo vieron cometer o supieren de otro modo fidedigno que se cometió, y con los hechos y documentos que tiendan al mismo fin.”*

El artículo anterior no está expresa ni tácitamente derogado, ni está reformado ni sustituido por el artículo 157 de la Ley 40. No está derogado expresamente, porque no hay ley que esto declare; no está derogado tácitamente, porque no son incompatibles; no está reformado el artículo 1,584 del Código Judicial por el artículo 157 de la Ley 40, porque éste consagra una regla general, y aquél una regla especial, y un principio general no puede reformar ni sustituir una regla especial; finalmente, no está sustituido porque no puede decirse que el artículo 157 sea una ley nueva que regule íntegramente la materia sobre comprobación del cuerpo del delito, para que se tenga como insubsistente el referido artículo 1,584, pues no fue ésta la intención del Legislador.

Antes de la Ley 40, el cuerpo del delito se podía comprobar con el prolijo examen de facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que hubiera dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hubieran visto o sabido de otro modo su perpetración; pero nada había dicho la ley respecto de los indicios necesarios o vehementes, pues si ellos servían para indicar al responsable, se ignoraba o era dudoso que pudieran establecer el cuerpo del delito. Llenar este vacío fue el objeto del artículo 157 de la Ley 40.

En Derecho, la ley especial prefiere a la general; y por esta razón, y porque con el artículo 157 no se pensó en sustituir el artículo 1,584, no se puede sostener que el cuerpo del delito se pueda probar en los delitos permanentes con la *sola* deposición de testigos. “Antes de buscar un homicida, es necesario tener la seguridad de que se ha cometido un homicidio, pues proceder contra el autor de un crimen que no consta haberse perpetrado, es lo mismo que buscar la causa de un fenómeno que no aparece, principio que se halla adoptado en la legislación o jurisprudencia de las demás naciones, para evitar el peligro de perseguir a personas inocentes por delitos imaginarios. Dos hombres igualmente preocupados, se engañan con frecuencia, y se imaginan haber visto lo que realmente no han visto, principalmente si el espíritu de partido o el entusiasmo de religión les fascina los ojos: dos testigos hicieron condenar a Sirven y Langlade, que eran inocentes: dos testigos presenciaron el asesinato de la Pivardière, un tercero oyó los gemidos de la víctima que expiraba, muchos vieron la ropa teñida con su sangre, y otros muchos habían oído el fusilazo con que se le había quitado la vida, a pesar de que no había habido fusilazo, ni ropa ensangrentada, ni víctima, ni gemidos, ni asesinato, pues la Pivardière se presentó vivo y sano a los Jueces que por vengar su muerte perseguían a su inocente esposa” (1).

(1) Dicc. *Esriche* — “Prueba en materia criminal.”

Los signos visibles que dejan los delitos permanentes, son de dos clases: o establecen el cuerpo material del delito, como en el caso de una persona cosida a puñaladas; o son insuficientes para comprobarlo. De aquí es que no porque el examen de las huellas, rastros o señales, sea la prueba principal en los casos de homicidio deba exigirse como esencial para comprobar el cuerpo del delito.

Los restos que en un monte aparezcan de un ser humano, no prueban que se haya cometido un homicidio, si no se establece la causa de la muerte de la persona que allí dejó la vida; la puñalada mortal que presente el cadáver de una persona recién muerta en su casa, tampoco prueba nada porque puede ser resultado de un suicidio. ¿Se deberá rechazar la confesión del reo en el primer caso? ¿Se deberán hacer a un lado las declaraciones de los testigos en el segundo?

De ningún modo. Si unos restos humanos encontrados en un monte, si una puñalada mortal que presente un cadáver, no son prueba de haberse cometido un homicidio o un asesinato, si son hechos materiales en los cuales puede fundarse una condenación cuando alguien se declare a sí mismo responsable, o haya testigos que depongan sobre el homicidio y su autor. Lo primero, porque la desconfianza respecto de algunas confesiones no debe ir, como quieren algunos, hasta declarar que sin tener nada de sospechosa o inverosímil, no se debe considerar como verdadera prueba (1). Lo segundo, porque una herida sea producida o no por la víctima, no deja de pertenecer en lengua humana a la categoría de los hechos criminosos por oposición a los hechos meramente materiales o inocentes; y el cuerpo del delito “es un hecho criminoso y punible”, y las declaraciones de los testigos conducen a establecer la punibilidad, y sería un absurdo rechazarlas aunque con todo rigor sean ellas las que constituyan el cuerpo del delito.

En los mismos términos, es decir, siempre que haya un hecho que dé idea de la posibilidad de un homicidio, debe darse todo su valor a los indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración.

Quien nos haya seguido hasta aquí habrá podido colegir que el delito es a veces impalpable. En efecto, en un estupro que también es delito permanente, no se pueden calificar de criminosos *a priori* los vestigios que deja, pues en la desfloración pudo haber consentimiento de la supuesta víctima, sobre todo si es mayor. No obstante, si el sindicado usó narcóticos o empleó cualquiera otra especie de violencia, aunque ésta no se establezca, si confiesa su abuso, nadie negaría que esa confesión constituiría el cuerpo del delito, que el Juez no vacilaría en llamarlo a juicio y que el Jurado no dudaría en condenarlo. No a pesar de la ley, porque ésta debe interpretarse de manera de no degollarla con cuchillo de palo. Cuando la ley dice que la confesión del sindicado no hace plena prueba si no está comprobado el cuerpo del delito, no quiso otra cosa que el de que se rechazasen las confesiones cuando ellas no tuvieran por base un hecho a lo menos probable; y la desfloración es un hecho, y aunque el examen médico-legal se haga a tiempo, los peritos no encontrarán huellas de fuerza y violencia si no ha habido lucha v. gr. porque se haya empleado el narcótico y hayan pa-

(1) *Pruebas judiciales*, pág. 68—J. V. Concha.

sado los efectos de éste en la víctima; o porque los vestigios de la fuerza y violencia sean tan fugaces que desaparezcan antes de los signos de la desfloración reciente.

Esto que es rigurosamente exacto, demuestra que no debe sobreseer en los sumarios por estupro, ya porque no se haya reconocido la víctima prontamente, ya por no haberse hecho el examen del estuprador para apreciar derrames. El violó de una impúber en tanto que permanezca en la impubertad demostrará la fuerza y violencia, por presunción de derecho (683, C. P.); el estupro de una mujer núbil, (hecho que deja una huella eterna), será delictuoso ante la ley, si la fuerza y violencia la confiesa el reo; y los indicios leves unidos a un reconocimiento tardío, exigirán siempre que se convoque un Jurado de acusación, aunque no autoricen la prisión preventiva por lo mucho que se prestan estos delitos a venganzas y al *chantage*. En todo caso, se debe huír del extremo de exigir dictámenes periciales inmediatos.

Analizadas las pruebas que deben tenerse en cuenta en los delitos permanentes, de los cuales es el mejor ejemplar el homicidio, pasemos a las pruebas propias de los delitos transeúntes, y de éstos tomemos el hurto.

Evidentemente, el hurto no deja signo visible detrás de sí: el dueño o poseedor del objeto hurtado no siempre extraña su falta a raíz de la pérdida que ha experimentado; y habiendo tantas cosas relativamente iguales, se explica fácilmente que no sea raro, por lo contrario, muy común, que jamás vuelva a saberse de él. Esto no quiere decir que el hurto excluya en todo caso la prueba directa; porque es claro que el objeto sobre el cual recayó, en apareciendo en cualesquiera manos, demuestra la perpetración del delito, háyalo adquirido o nó de buena fe el que lo tenga. El calificativo de transeúnte le viene al hurto de no dejar sino el vacío en el haber de la persona ofendida, y de no encontrarlo fácilmente, en el turbión humano, las pesquisas de la justicia.

Atrás quedó copiado el artículo 1,584 del Código Judicial, en virtud del cual en los delitos que no dejan señal ni rastro se comprobará su perpetración con los testigos que lo vieren cometer o supieren de otro modo fidedigno que se cometió; vimos también que según el artículo 157 de la Ley 40, el cuerpo del delito se puede comprobar por medio de testigos o de indicios necesarios o vehemente que produzcan el convencimiento de su perpetración. Por lo tanto, de todas estas maneras se puede comprobar el hurto.

Antiguamente, era presunción legal contra una persona el hecho de aparecer en sus manos la cosa hurtada o robada. Esta presunción que se derogó en 1892, la reprodujo, aunque solamente con el carácter de indicio vehemente, el artículo 4 de la Ley 53 de 1913.

*“Constituye indicio vehemente de que un individuo sospechoso o de mala conducta anterior es autor del delito de hurto o de robo, el hecho de encontrarse en su poder la cosa hurtada o robada, si no explica satisfactoriamente el modo de adquisición legítima y no comprueba los hechos en que funda tal explicación, y siempre que por otra parte esté comprobado el cuerpo del delito conforme a las leyes.”*

Pero si bien se consagra en este artículo un principio muy exacto y muy justo, sobra la última parte en cuanto exige para la existencia del indicio vehemente que esté plenamente comprobado el

cuerpo del delito. Es claro: el hecho de aparecer la cosa hurtada en poder de un extraño al dueño, es prueba material del cuerpo del delito de hurto, o como antes lo dijimos, es prueba de haberse perpetrado un hurto; que sea o no sea el ladrón el que actualmente la tenga, no obsta, pues esto no reza sino con el autor. Que la última parte del artículo 4.º sobra, no se remite a duda; y otra razón es que si la persona en cuyo poder aparece la cosa hurtada, declara ser reo del hurto que se investiga, nadie vacilaría en dar a esa confesión el valor de plena prueba.

Ninguna dificultad presentan a los Jueces los hurtos cuando aparece la cosa y cuando hay testigos extraños al ofendido que declaren acerca del cuerpo del delito y del responsable. Pero cuando sucede—y es lo más común—que los objetos hurtados no son conocidos sino de los interesados, saltan por encima de las pruebas más irrefragables para terminar los procesos con una absolución.

X, ratero de profesión, estrechó con el cuerpo, haciéndose el distraído, a N, vivandero, en la plaza de mercado de esta ciudad, a fin de que no cayera en cuenta que le iba a sacar el dinero que tenía en el guarniel. Z, que vio las maniobras del ratero X, llamó la atención a N, y éste, rápidamente, encuelló a X que dejó caer un lio de billetes nacionales de talla mayor. Llevados a la Comandancia de Policía X y N, se instruyó el sumario, en el cual declararon, éste, como ofendido, el testigo Z, y algún otro testigo que presenció cuando N tenía encuellado a X y que vio en el suelo los billetes. Abierto juicio contra X, y substanciada la causa, el Juez absolvió “por no estar comprobado el cuerpo del delito”, pues no constaba que N tuviera en su guarniel los mil quinientos pesos que aseguraba tener, suma a que ascendió el lio que la Policía recogió del suelo. (Sentencia de 1912.)

Detenida X, sirvienta en la casa de un respetable caballero de esta ciudad, en 1911, por el hurto de unos vasos, confesó en la Policía su delito, y manifestó que también se había hurtado un anillo de diamante de casa de las Sras. R. Instruido el sumario por este último hurto, las hermanas R. declararon que en efecto, hacía como tres años, habiendo salido de paseo, una de ellas había dejado su anillo de oro de dos diamantes en el lavabo de su pieza; que por la noche, al tratar de volvérselo a poner, no lo había encontrado en el sitio en que lo había dejado, y que después de mucho buscarlo, entraron en sospechas contra la sirvienta X, por ser nueva en la casa y no haber otra persona extraña que entrara a la pieza; que a la mañana siguiente mandaron a la sirvienta X que buscara el anillo, con la esperanza de que por temor lo restituyera, fingiendo haberlo encontrado; que la sirvienta hizo la que buscaba el anillo, y acabó por decir que no lo había podido encontrar, por lo cual las Sras. R. abrieron el baúl de la sirvienta, en el cual resultó el anillo, metido entre una cubierta. En su indagatoria, la sindicada confesó el hurto y reconoció el anillo que las hermanas R. presentaron por exigencia de la autoridad. Sin embargo, la sentencia final la absolvió “por no estar comprobado el cuerpo del delito”.

En el caso del ratero X, se absolvió a éste por no estar comprobada la preexistencia de los \$ 1,500 en el guarniel del ofendido N; en el caso de la sirvienta X, se la absolvió por no estar comproba-

da la subsiguiente falta del anillo. Decisiones éstas que armonizan con la doctrina de casi todos los Tribunales de la República.

"De todas las circunstancias que constituyen el delito de hurto o el de robo, sólo la preexistencia de los objetos hurtados o robados puede justificarse con las declaraciones de los interesados (artículo 1,529 del Código Judicial.)

Las demás deben estar acreditadas en otra forma para que haya de declararse establecido y comprobado el cuerpo del delito. (Cali. Auto 20 Marzo 1895. V 1,223, 2°)

"La propiedad, preexistencia y consiguiente falta de las cosas hurtadas son circunstancias elementales del delito de hurto, y sin la comprobación plena de ellas, no puede sostenerse la existencia del delito" (Popayán. Sentencia 30 Abril 1893, número 259, 6, 1.°)

La crítica de estos fallos y doctrinas, la haremos al estudiar el artículo 1,529 Código Judicial, que dice:

*"Para acreditar en los delitos de robo y hurto la preexistencia de la cosa hurtada o robada, se admitirá la deposición del interesado, y las de su consorte, hijos y domésticos, las cuales harán fe sobre esto en defecto de otros testigos extraños."*

Sabido es que el Código Judicial fue redactado en 1873, y que los Legisladores de este año tomaron como norma en la parte criminal, la Ley 2ª de 11 de Mayo de 1848 de "procedimiento en negocios criminales". El artículo 32 de esta Ley decía:

"Para acreditar en los delitos de robo i hurto la preexistencia i consiguiente falta de la cosa robada o hurtada, se admitirá la deposición del interesado, i las de su consorte, hijos i domésticos, las cuales harán fe sobre esto en defecto de otros testigos extraños."

La Comisión del Congreso de 1873 la componían los Dres. N. Esguerra, A. García. M. Itunalde, F. Escobar y M. M. Casas, y así como en la definición del cuerpo del delito corrigieron la redundancia gramatical "es la base y fundamento" suprimiendo la palabra "base", así también en la redacción del artículo 1,529, corrigieron la redundancia jurídica "preexistencia y consiguiente falta". Lo que no hicieron los Estados Soberanos que en sus Códigos tomaron sin beneficio de inventario la Ley 2ª de 1848.

Como no hay homicidio sin muerto no hay preexistencia (existencia anterior) sin consiguiente falta. La preexistencia demuestra la consiguiente falta, pues una cosa hurtada no puede físicamente a un mismo tiempo existir antes del hurto y estar existiendo después del hurto, en poder del ofendido. Por eso la ley no habla en ninguna parte de la consiguiente falta; sí de la preexistencia.

Acostumbrados los Jueces hasta 1887 que se unificó la legislación, a los Códigos de los Estados Soberanos que habían copiado al pie de la letra, en el procedimiento criminal, al Legislador de 1848, siguió consagrada en la jurisprudencia la redundancia de la consiguiente falta sin caer en cuenta que quien dice preexistencia está diciendo consiguiente falta. Si a Juan le hurtan un reloj, era porque lo tenía (preexistencia); y si se lo han hurtado es porque no lo tiene (consiguiente falta).

¿Hay muchas cosas relativamente iguales, y por eso se exige al ofendido que pruebe que las cosas que dice le han hurtado ya no las tiene? Ello será materia de identificación; pero en todo caso el ofendido está imposibilitado para probar que no tiene lo que le

han hurtado porque los hechos negativos no se prueban nunca. ¿Cómo puede probar Juan que no tiene su reloj si no es por el hecho afirmativo de encontrarse el reloj en poder de otro? Se le podrá creer a Juan si es hombre verídico, que no tiene el reloj; lo que es demostrar que no lo tiene, jamás lo conseguirá desde que puede tenerlo oculto.

Siendo esto así, ningún valor tienen las declaraciones de los testigos que afirmen que una determinada persona no tiene un objeto, porque su afirmativa es por naturaleza negativa. En el caso del reloj de Juan, si aparece, podrán ellos reconocerlo y afirmar que le pertenece, y entonces se habrá probado que Juan no lo tiene.

Quien dice que Pedro es rico, está negando que es pobre; quien niega que Pedro es pobre, está afirmando que es rico. Quien afirma niega; quien niega, afirma; quien prueba la afirmativa, está probando la negativa; pero la negativa no se prueba sino probando la afirmativa, y algunas veces no se prueba nunca. Principios elementales son estos en pruebas judiciales.

Demostrado que la consiguiente falta es una proposición negativa que tiene por objeto una afirmación: la de que el objeto pertenece a determinada persona; no pudiendo por otra parte desconocerse que la preexistencia demuestra la consiguiente falta, no puede menos de concluirse que "preexistencia y consiguiente falta" son dos términos jurídicamente sinónimos, pues ambos se componen a la vez de una afirmación y de una negación. Luego admitiendo la ley las declaraciones del ofendido, su consorte, parientes y criados para probar la preexistencia, las declaraciones de los interesados pueden probar el cuerpo del delito.

Ningún peligro ofrece para la justicia la admisión de esos testimonios, porque no pueden aceptarse para indicar la persona del autor, lo que es obvio.

La razón filosófica del artículo 1,529, Código Judicial, es que si no se admitiesen los testimonios que en él se autorizan, se concedería virtualmente a todo hombre malvado y violento la facultad de atentar contra el derecho de propiedad, en presencia y en la persona de los individuos privados de ser oídos.

La jurisprudencia se inclina a suprimir las exclusiones, por temores pueriles y casuísticos. "Rechazar como indigno de fe el testimonio de toda persona en razón a tener un criterio pecuniario, por mezquino que sea, es una desconfianza humillante e injuriosa que supone a los hombres peores de lo que son, calculando por el término medio de la moralidad." (1) Antiguamente se rechazaba en Francia el testimonio del denunciante, y bastaba al delincuente comprar al testigo que más lo comprometiera a fin de que pusiera el denunciado y se le negase en el sumario la reparación del testimonio. Los hombres deben tomarse como son, más verídicos que mentirosos, so pena de caer en el absurdo de una desconfianza ciega e ilimitada.

No se puede negar el peligro de que tres o cuatro parientes callen bien a alguno para quitarle alguna cosa, declarando sobre la preexistencia en su poder. Pero si en materia civil puede ser testigo un hermano por otro, no se ve por qué en materia criminal, en que el hombre teme más sacrificar su conciencia y exponer su repu-

(1) Pruebas judiciales pág. 272. E. Dumont.

tación de probidad, no se pueda admitir ese testimonio para acreditar la preexistencia de la cosa hurtada. Si el reo da explicaciones satisfactorias de cómo hubo la cosa, y lo prueba, y no hay otros indicios graves que lleven la convicción del delito y de su autor al ánimo del Juez, se le absuelve y se le dejan a salvo sus derechos para acreditar civilmente la propiedad que se le discute; si por el contrario, no explica la adquisición de lo que se dice hurtado, y hay otros indicios en su contra, se le condena, y su condenación es el reconocimiento de la propiedad en terceros. Podrá haber calumnias, podrá haber delitos imaginarios también; podrá haber condenaciones injustas, pero la justicia humana jamás podrá evitar los errores judiciales, que hoy, por lo demás, son casi siempre en favor de los reos.

La misma doctrina del artículo 1,529 Código Judicial contiene el artículo del Proyecto del Consejo de Estado de 1895: "En los delitos de robo, hurto y otros contra la propiedad, se admitirán como hábiles las declaraciones del ofendido, su cónyuge, parientes y criados". Preferible es, sin embargo, la fórmula del artículo 1529, porque el término "hábil" es demasiado elástico y por medio de un juicio criminal se podría, por espíritu de codicia, no sólo robar a un inocente, sino atraer sobre él una condenación; lo que no sucede con el citado artículo 1,529 que no admite los testimonios de los parientes sino para comprobar la preexistencia.

En el caso del ratero X, no se había comprobado la preexistencia porque un testigo, que lo era el ofendido, estaba inhabilitado por ser único para el efecto. Pero los indicios vehementes que presentaba el proceso, pues un testigo había visto encuellado a X y un lío de billetes en el suelo; y otro testigo había visto lo mismo y había sido el que llamara la atención a N. al peligro de que le robaran, eran demasiadas pruebas para no haber proferido una condenación al tenor del artículo 157 de la Ley 40 de 1907, tanto más cuanto que el Juez declaraba en su sentencia, no caberle duda moral de la perpetración del hecho.

Respecto al caso de la sirvienta X que se hurtó un anillo, los comentarios que hemos hecho al artículo 1,529 del C. J. nos relevan de entrar en repeticiones para lamentar esta otra absolución.

Graves, muy graves, son las jurisprudencias que se sientan y que no están en el espíritu de la ley. Esta no exige en ninguna parte que en los hurtos el ofendido acredite la propiedad, lo que vimos que exige el Tribunal de Popayán. La presunción legal de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, que es regla del C. Civil aplicable en materia criminal como regla de Derecho, queda destruída desde que se haya instruído un sumario por hurto y se haya probado la preexistencia. Porque nosotros atrevemos a creer que en otro sentido haya exigido esa comprobación el Tribunal de Popayán, v. gr. en el de creer que no tiene personería el ofendido.—permítasenos la expresión—para hacer que se persiga el hurto de alguna cosa mientras no pruebe que ésta la ha tenido en propiedad por haberla adquirido de su legítimo dueño. ¿Acaso robarle al ladrón no es delito porque es ladrón? ¿Acaso robarle al poseedor de mala fe tampoco es delito?

Hemos supuesto hasta aquí que la cosa hurtada aparece, y que por lo mismo puede comprobarse la preexistencia. Hemos dicho que

la preexistencia demuestra la consiguiente falta. Hemos sostenido que la consiguiente falta no se prueba por envolver una proposición negativa, sino probando la afirmativa de la preexistencia. Ahora bien; en presencia de dos testigos arrebató un ladrón a cualquiera una suma de pesos; perseguido por la justicia, es capturado; pero no se recupera el dinero. Imposible es comprobar la preexistencia: a la afirmativa de los testigos se podrá dar crédito en cuanto aseguren que tal día y a tal hora, el ratero tal le robó un dinero al Sr. Fulano; pero siempre quedará la posibilidad de la calumnia.... y faltará la prueba de la preexistencia.

Al exprimir el concepto de la preexistencia, se ve que ella en verdad no existe como elemento material del cuerpo del delito: si aparece la cosa que se dice hurtada, y la reconocen los testigos, la cosa no es en sí cuerpo del delito. El cuerpo del delito es un hecho criminoso y punible. De manera que son las declaraciones de los testigos las que comprueban el hecho criminoso y punible, o las que no llevan a la convicción de haberse cometido un hurto, pasando del crédito que prestamos a las declaraciones, a la certeza de esa perpetración. La preexistencia no se refiere, por ende, sino al dicho ajeno; ella no existe por sí sola, como existe por sí sola y es elemento material del cuerpo del delito (un hecho criminoso), la puñalada que presente un cadáver.

Más aún: ¿la preexistencia se refiere al momento inmediatamente anterior al hurto de la cosa, o hace relación a haber existido la cosa en poder de quien se dice ofendido? Si lo primero, ningún testigo habrá que afirme la preexistencia, salvo rarísimos casos; si lo segundo, la prueba de la preexistencia no existe aunque declaren mil testigos, porque nada se opone a que el poseedor haya salido de la cosa por cualquier medio lícito, vendiéndola, regalándola, dándola en comodato, etc. Y en último término tenemos que los testigos no hacen más que seguir la buena fe del que conocieron como poseedor de la cosa; y que el juzgador procede en el mismo sentido.

Infiérese de lo dicho, que la propiedad, la preexistencia y consiguiente falta, no son sino nombres, nombres que son exigencias, exigencias que son fantasmas, y fantasmas que han sido impunidad. Infiérese también que en la división que hemos hecho de delitos en permanentes y transitorios, pertenecen a estos últimos los hurtos y los robos, los cuales como la calumnia y la blasfemia, no se prueban sino por declaraciones o por indicios necesarios o vehementes.

Siendo transitorio o no dejando rastro el delito de hurto; asesinando los Jueces y Magistrados con nomenclaturas trasnochadas (propiedad, preexistencia y consiguiente falta) los artículos 1,529, 1,584 del C. J. y 157 de la Ley 40 de 1907; impunes por lo mismo todos los ladrones de una y otra clase, hubo de dictar el Legislador el siguiente artículo:

"Artículo 6 Ley 54 de 1913. *En la investigación de los delitos de hurto o de robo, no será preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. La apreciación de estas circunstancias, queda al prudente arbitrio del Funcionario o Juez respectivo.*"

Con este artículo se ha delegado al Juez el proceder verdad sabida y buena fe guardada. Pero es muy de temer que ni aun así haya logrado remediar el mal, y que la disposición se quede escrita; porque la fórmula "cuando de otros hechos aparezca que es a (la cosa) es materia de uno de tales delitos", servirá para que no entendiéndola muchos Jueces, no hagan caso del mandato de juzgar en conciencia que dicho artículo 6 envuelve, tanto más cuanto que no se explicarán este artículo en relación con el 6.º, en lo cual—verdad sea dicha—no les faltará razón. Si el uno ordena entre líneas juzgar en conciencia ¿a qué viene el declarar indicio vehemente de ser autor del hurto que se investiga al que tenga en su poder la cosa que se dice hurtada?

Muy frecuentemente la preexistencia y consiguiente falta no se puede probar por no aparecer la cosa; y lo mismo sucede con la propiedad. Según el artículo 157 de la Ley 40, el cuerpo del delito se comprueba con las declaraciones de los testigos que hayan presenciado el hecho o con indicios necesarios o vehementes. Por lo tanto, a ellos debe referirse el artículo 6.º de la Ley 54 cuando habla de hechos de los cuales aparezca que la cosa ha sido materia de un delito de hurto o de robo, pues hechos son las declaraciones y los indicios.

En realidad, la primera parte del artículo 6.º no dice nada nuevo y no peca por demasiada claridad. Al leerlo con cuidado, no se sabe—si no es por la meditación—cuáles son los hechos de los cuales puede aparecer que la cosa ha sido materia de un delito de hurto o de robo. En todo caso, la innovación en el sistema de pruebas, no aparece sino en la segunda parte: "La apreciación de estas circunstancias, queda al prudente arbitrio del Funcionario o Juez respectivo."

Hay hurtos y robos sobre las cosas en que aun apareciendo, no se puede asegurar que hayan sido objetos de delito: tal sucede con las especies no identificables como el dinero. No es lo mismo que una cosa se identifique cuando aparezca, que no aparezca o sea inidentificable: en el primer caso, no se puede dudar de que la cosa ha sido materia de un hurto o de un robo; en el segundo caso, puede existir la convicción moral del delito, y haber prueba material de él. De aquí el que la apreciación de las circunstancias quede al prudente arbitrio del Funcionario o Juez respectivo; y en este sentido se le autoriza para proceder verdad sabida y buena fe guardada.

En todo rigor, los Jueces en lo criminal no hacen otra cosa en las sentencias que pronuncian, que proceder en conciencia. Si la ley da reglas para juzgar, y a esas reglas da el nombre de pruebas, no es sino porque el criterio no es igual en todos los Jueces; porque éstos—como hombres—pueden dejarse influir por el dicho de un solo testigo cuando éste es honorable, siendo así que un solo testigo puede afirmar un hecho de buena fe, y no ser cierto el hecho porque el testigo se engañó, o porque el interés lo llevó a mentir, o porque el Juez no lo conocía suficientemente, etc. A la justicia interesa sobremanera que en la apreciación de las pruebas haya uniformidad para que no se extravíen los criterios ni se cometan injusticias; pero "el Juez de hecho o de derecho, guiado por el buen sentido, y después de examinar con minuciosidad las condiciones

morales del testigo y de su declaración, debe proceder con entera libertad y sin restricción alguna, a estimar, en cada caso, el testimonio aisladamente, y el mérito probatorio en conjunto, de toda la información sujeta a su estudio." Que se haga esto último en todos los casos de hurto en que las pruebas legales fallen, es el mandato del artículo 6 de la Ley 54 de 1913; de manera que si un testigo—por ser ofendido—no puede probar la preexistencia y no queda duda al Juez de que ha habido un delito de hurto, puede condenar al que resulte sindicado.

Aunque no lo dijera la ley, (artículo 6, Ley 54 de 1913) el delito de hurto no se puede juzgar sino en conciencia, porque la plena prueba de ellos no se obtiene sino por la confesión del reo o porque hayan presenciado el hecho dos o más testigos; los indicios necesarios, no los presentan nunca estos procesos; los indicios vehementes no forman plena prueba, si no es definiéndolos a la conciencia del juzgador, (artículo 153 de la Ley 40 de 1907); y la prueba de la preexistencia, ya hemos probado que es demasiado débil, y que no se funda sino en la buena fe del ofendido.

No hay por qué escandalizarse de que esto digamos: el amancebamiento no se juzga, aunque otra cosa se diga, sino en conciencia: presumiendo hechos que nadie ha presenciado, deducidos de la sola familiaridad con que se tratan dos personas que viven bajo un mismo techo, solas, y que comen en una misma mesa.

No se juzgan lo mismo los delitos transitorios de la blasfemia y la calumnia no impresa en que se exigen dos testigos, por lo menos, para condenar, en los cuales la prueba indicial es nula o no puede existir.

Réstanos sólo agregar que la división general que hemos hecho de los delitos en permanentes y transeúntes, no es invención nuestra: la hemos tomado de D. Joaquín Eseriche (Dice *Juicio Sumario*), que a su vez la tomó de los jurisconsultos españoles de su época y de los tiempos más pretéritos. Nosotros no hemos hecho más que aceptarla, porque, salvo mejor parecer, ella está perfectamente delineada en el artículo 1,584 del C. Judicial; y porque armoniza perfectamente, en nuestro concepto, con el sistema general de pruebas de nuestro citado Código.

IGNACIO DUQUE.

## LECCIONES ORALES

dictadas en la clase de Economía política, en desarrollo del texto.

### VI.—EMPRESAS Y EMPRESARIOS

Como se ha visto ya, la obra de la producción se realiza por medio de los tres agentes llamados naturaleza, trabajo y capital; estos agentes obran conjunta y no separadamente, se unen, se combinan y se organizan, porque en el aislamiento su acción sería casi estéril, al paso que de su reunión se obtienen grandes ventajas.