Seguimos creyendo, sin embargo, que el juez en lo criminal no puede condenar mientras no apoye su convicción en una certidumbre absoluta. «En tanto que haya la sombra de una duda, dice Mittermarer, no hay certidumbre posible para un juez concienzudo». «Quien desee conquistar la certidumbre, dice el mismo autor, no cierre jamás la puerta a la duda; antes bien, deténgase en todos los indicios que puedan conducir a ella, y sólo cuando la haya hecho desaparecer completamente, su resolución llegará a ser irrevocable».

«Sed nec de suspicionibus aliquem damnari oportet. Satius quippe est impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem danmari», expresaba la ley Trajana. Y ochocientos años después escribía Carlomagno:

«Que un Juez no condene jamás, sea a quien fuere, sin estar seguro de la justicia de su fallo; que no decida jamás de la vida de los hombres por presunciones. No es al acusado a quien se debe considerar como culpable, es a quien se ha convencido de serlo; no hay nada tan peligroso y tan injusto en el mundo como aventurarse sobre conjeturas».

Y «nueve siglos más tarde», agregan Maurice Lailler y Henri Vonoven, Voltaire, en su *Dictionaire Philosophique*, precisaba el pensamiento de Carlo-

magno;

«No hay certeza, desde que es física y moralmente posible que la cosa pueda suceder de otro modo. Que! Se necesita demostración para asegurar que la superficie de una esfera es igual a cuatro veces el área de su círculo máximo, y no se necesitará para arrancar la vida a un ciudadano en un suplicio afrentoso?»

Enero 2 de 1917.



TESIS DE GRADO

José Luis MOLINA M.

De la clasificación de log indicios.—Del indicio necesario.

CAPITULO VIII

«Arts. 1,704 y 1,708 del C. J.»

Varias son las clasificaciones que se han hecho y pueden hacerse de los indicios, aunque no todas de

mayor importancia.

Por razón del tiempo se dividen en anteriores, concomitantes y posteriores, según que preceden, acompañen o sigan al hecho principal. La compra de los instrumentos o medios necesarios para la comisión del delito, es ejemplo de la primera clase. La presencia en el
lugar del crimen y cuantos hechos coexistieron con el
principal, pertenecen a la segunda. La clandestinidad,
la fuga, la ocupación de materiales o instrumentos que
sirvieron o pudieron servir para la comisión del hecho,
y otros semejantes, pertenecen a los últimos. Mittermaier cree que la presencia en el lugar del crimen, considerada como indicio concomitante por el Código Bávaro, puede ser también anterior y posterior según la
hora en que se cometiera el crimen.

De las legislaciones americanas sólo la del Uruguay admite expresamente esta división, añadiendo varias circunstancias que pueden verse en la parte que transcribimos en el Capítulo en que tratámos de la tasación de los indicios. Nuestro Código no expresa clasificación especial, mas, como antes lo dijimos, puede el Juez adoptar la que más le parezca conforme con la naturaleza de los hechos, ya que tiene amplia libertad

en esta prueba.

Nuestra Corte Suprema, en casaciones de 5 y 12 de Junio de 1909 (Gaceta J. año XV Nos. 1,261 y 1,262) ha admitido la anterior división, lo mismo que

en la sentencia dictada en la causa célebre contra José Emilio Mendieta por el asesinato perpetrado en la persona del Dr. Jesús Peralta Molano. Allí se dijo: «Acomódase la Corte a la antigua y conocida división de indicios en antecedentes, concomitantes y subsiguientes metodizar para el estudio y tomarlo en el orden cronológico de los sucesos».

Por razón del procedimiento empleado para inferirlos, pueden ser *mediatos* e *inmediatos*, deduciéndose éstos directamente, sin necesidad de recurrir a consecuencias intermedias, y aquellos, mediante éstas, como una especie de gradación o *sorites*.

Según la forma en que se presentan son generales y particulares, propios los primeros de todos los delitos, como los que nacen de las relaciones de lugar y de tiempo; y los segundos, sólo de algunos: así, la ocupación de troqueles es indicio propio y peculiar del delito de falsificación; las manchas de sangre, de los atentados contra las personas (lesiones, homicidio,

asesinato, estupro).

Por razón del convencimiento que en el ánimo producen, divídense en próximos y remotos. Muyart de Vouglans añadía otro miembro a esa división: los manifiestos, considerando éstos como equivalentes al necesario, definido por nuestro Código Judicial de la manera siguiente: «Art. 1,704. Los indicios son necesarios cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que existiendo el uno no puede menos de haber existido el otro». Vouglans pone como ejemplo de él, «el salir un hombre con una espada ensangrentada en la mano de la habitación en que se hubiera cometido un homicidio con tal arma». Bonnier cree que es un ejemplo más exacto el Solus cum sola, nudus cum nuda et in eodem lecto, tomado de las Decretales. Ejemplos que no dan la clave exacta para explicar este indicio, pues el primero admite una prueba o circunstancia infirmativa: un contraindicio, consistente en que se puede comprobar que hubo suicidio, pudo suceder; o que el acusado había defendido a la víctima contra el matador que había desaparecido, y el segun

do es un caso de flagrante delito. Nótese que son los únicos autores que reconocen esta prueba en materia criminal, y los que la reconocen en materia civil la asimilan a la presunción de derecho: Juris et de jure (1).

La razón filosófica de la existencia del indicio necesario es la relación de necesidad que hay entre el efecto y la causa. Además, no sólo la Filosofía nos lo enseña sino también el sentido común lo patentiza, que donde quiera que se presente un efecto ha debido presentarse antes una causa suficiente; y al contrario, toda causa produce sus efectos; de donde siempre podemos inducir, sin temor de engaño, la existencia de la causa por el efecto y viceversa. Pero, un mismo efecto puede provenir de muy distintas causas; y al revés, una causa produce muy diferentes efectos.

Para afirmar la existencia de la causa por el efecto, es necesario conocer todas las causas que hayan podido producirle; y esto es difícil al hombre en su limitada inteligencia y conocimiento. Felix qui potuit, rerum cognoscere causas, exclamaba Cicerón, en su defensa Pro Deyótaro.

Atribuímos muchas veces un efecto a una causa que en verdad pudo producirle, pero que no lo produjo. La mayor parte de todos los errores que en todos los tiempos aquejaron y actualmente aquejan a la humanidad, procedieron y proceden de esta fuente.

Debiera, pues, prescindirse en nuestra ley del indicio necesario que, aparte de las razones anteriores sobre su falta de lógica, y sobre su negación en las acciones humanas, es ineficaz en la práctica, constituyendo más bien un peligro inminente para el inocente, ya que en unidad produce plena prueba, suficiente para condenar. En la Revista Estudios de Derecho, Nos. 11, 12 y 13, publicámos un artículo sobre los inconvenientes que presenta ella en la práctica. A menudo se confunde el indicio grave o vehemente con el necesario, lo cual es altamente peligroso, ya que los primeros deben concurrir en pluralidad en la causa para

⁽¹⁾ Presunción que, como lo explicaremos más adelante, no tiene el carácter de prueba sino el de «norma jurídica», «de regla imperativa» de la Ley» o «de un modo de juzgar».

establecer la prueba perfecta, y el último, por sí sólo está erigido, por la ley, en prueba completa. Además es una aventura condenar por un sólo indicio; ¿por qué no se puede condenar con la declaración de un testigo que reúna todas las condiciones requeridas por el Art. 1,675?

Nosotros estamos de acuerdo no sólo con el Tribunal Superior de Boyacá, como puede verse en su sentencia de 31 de Marzo de 1906, sino también con el Tribunal del Socorro (Sentencia de 20 de Octubre de 1896) y con la Corte Suprema, la cual, en casación de 6 de Abril de 1907 niega la existencia práctica del indicio necesario; no así el Tribunal Superior de Medellín, el cual, en sentencia de 30 de Junio de 1911, califica uno sólo, grave en nuestro concepto, como necesario. Tampoco está de acuerdo en ello el Tribunal de Buga, el cual en sentencia de 8 de Julio de 1896 reconoce como indicio necesario la presunción legal sobre hurto que fue suprimida por la derogatoria del Art. 351 de la ley 105 de 1890. (1)

«Una vez derogado por la ley 100 de 1892 el Art. 351 de la 105 de 1890, la presunción legal en él establecida ha quedado en materia de pruebas con el valor de mero *indicio común*, que no alcanza a formar plena prueba. (Socorro-Sentencia de 20 de Octubre de 1896-VII-4, 248, 2, Jurisp. de los Tribunales).

El hecho de aparecer en poder del sindicado la cosa sustraída es un grave indicio de su culpabilidad; así lo reconoce el Dr. Angarita en una nota de su Código Judicial; pero, la plena prueba no existe sino cuando ese indicio se úna a otro u otros, como por ejemplo: no dar el sindicado explicación satisfactoria de esa circunstancia. Así, aun cuando hoy se halla derogado el Art. 351 de la Ley 105 de 1890, por el Art. 87 de la Ley 100 de 1892, no quiere decir que no exista la presunción legal que él establecía, pues ella se deduce

también de los Arts. 1,703 y 1,704 del C. J., siendo la disposición de la Ley 105 innecesaria.....

Suele también clasificarse los indicios, en ciertos, dudosos, ligeros y vehementes, apreciables o inapreciables, divisiones todas que expresan lo mismo en sustancia; siendo la más completa, en nuestro sentir, la de leves, graves y concluyentes.

Según se hallen o no incluídos en la ley y cuando ésta los enumera y determina, toman el nombre de legales y extralegales. Cuanto a esta división, tiene nuestra ley la siguiente doctrina: cuando se determinan los hechos y se sacan las consecuencias, se llaman presunciones legales; por ejemplo, la del Art. 1706; cuando simplemente se determinan los hechos sin analizar las relaciones y sin dar el resultado, se llaman simples presunciones; por ejemplo, la del Art. 1,545 del C. J.

En consideración a la base de donde derivan, pueden ser reales o personales, de afectos o de intereses. Los primeros vienen a constituír la llamada por Bentham prueba real, y también por otros jurisconsultos ingleses. Estos incluyen en la prueba real: 1º El cuerpo del delito; 2º Frutos o efectos; 3º Instrumentos. 4º Materiales. 5º Receptáculo. 6º Cuerpos próximos. 7º Cosas que sirven para reconocer al delincuente. 8º Posesión inculpativa de prueba real. 9º Posesión inculpativa de prueba real. 9º Posesión inculpativa de prueba escrita. Los personales descansan en las circunstancias de las personas, como por ejemplo: la aptitud especial de un individuo para la comisión del delito. Los de afectos e intereses, tienen por base éstos o aquellos: así el odio, la venganza, la enemistad, los celos, el amor, el cuiprodest etc.

Los indicios, en fin, pueden clasificarse según las diversas relaciones de donde proceden, clasificación la más racional y filosófica y que parece ha seguido nuestro legislador en el Art. 1,708, y la única que puede producir ventajosos resultados en la práctica.

Con sobrada razón dijo Escriche que «no se puede dividir, subdividir, clasificar, ni sujetar a cálculo, lo que por su naturaleza es incalculable, indivisible y vago; no es posible formar una tabla o escala en que se

^{(1) «}Es indicio «necesario», y por consiguiente plena prueba para condenar, el hecho de encontrarse en poder del sindicado la cosa sustenada, siendo mala su conducta anterior y no explicando satisfactoriamente la adquisición del objeto. Esto no obstante de estar derogado el Art. de la Ley 105 de 1890 que estableció esta presunción. (Buga, Sentencia de 8 de Julio de 1896)».

aprecie y fije en abstracto el valor real de los indicios, simples o combinados: 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».

DERECHO CANONICO

(De la tesis del Dr. José Miguel Bernal)

CAPITULO V

Impedimentos y Nulidades en el Matrimonio

Tiene la Iglesia, por derecho propio, la facultad de establecer impedimentos para la celebración del matrimonio entre los cristianos. De ellos hay unos que afectan la validez del vínculo matrimonial (dirimentes), y otros que únicamente se refieren a su licitud (impedientes). Como los primeros constituyen causales de nulidad cuando no han sido oportunamente dispensados, he querido estudiarlos en este capítulo, junto con las nulidades del Derecho Civil.

Nulidades comunes al matrimonio civil y al canónico

Estas se refieren especialmente a los casos de incapacidades absolutas, de vicios en el consentimiento, a motivos de moralidad pública y a incompetencia de jurisdicción en quien autoriza el contrato.

Provienen de incapacidad para contratar:

a). Demencia, locura, sordomudez. Para que el contrato matrimonial pueda perfeccionarse es absolutamente indispensable el consentimiento perfecto de los contrayentes; por esta razón los dementes son incapaces de contraer matrimonio. El impedimento que nace de la demencia es indispensable, y si se verifica el matrimonio, la consiguiente nulidad no puede subsanarse en manera alguna.

Respecto de los locos que tienen intervalos lúcidos, su matrimonio sí tiene valor si el consentimiento ha sido prestado durante los intervalos dichos. Así lo reconoce el art. 144 del C. Civil que excluye la locura de las nulidades insubsanables señaladas por el art. 15 de la ley 57 de 1887.

Los sordomudos que de alguna manera puedan prestar su consentimiento contraen válidamente matrimonio ante la ley eclesiástica y ante la civil. Así lo reconoce expresamente el numeral 3º del art. 140 del

C. Civil, en lo que al último se refiere.

b). Impubertad. Tanto la legislación canónica como la civil juzgan a los impúberes incapaces de prestar un consentimiento perfecto y de allí el que sea nulo su matrimonio. Siendo absolutamente incapaces los impúberes para toda clase de contratos, parece que ante la ley civil la nulidad de un enlace entre ellos fuera insubsanable, ya que no puede ratificarse lo que nunca ha existido. Sinembargo, según el art. 143 de la obra últimamente citada, «cuando han pasado tres meses de haber llegado los menores a la pubertad, o cuando la mujer, aunque impúber, haya concebido, no habrá lugar a la nulidad del matrimonio». Esta injurídica disposición responde a un motivo de conveniencia pública, porque no sería justo dejar al arbitrio del impúber el demandar en cualquier tiempo la nulidad del matrimonio que contrajo, cuando pueden haber transcurrido muchos meses o años de haber llegado a la edad adulta, y cuando pueden, también, existir hijos nacidos de esa unión, para los cuales tiene obligaciones de las que no puede descartarse por su sola voluntad.

Juzgo que en la legislación canónica el solo hecho de continuar la vida marital después de haber llegado a la pubertad, cure la nulidad de que trato; en este punto no habría duda si los menores expresa o tácitamente renuevan el consentimiento nulo que prestaron al tiempo de la celebración de su enlace. (Véase lo que sobre este particular digo al tratar del modo como se subsana el error en la persona de uno de los contraventes).

La impubertad como impedimento canónico es difícilmente dispensable, va que, además de lo dicho,