



Hernán Montoya

Calificado estudiante de la Escuela de Derecho, quien por sus brillantes exámenes y su concienzudo estudio sobre 'EL INDICIO COMO PRUEBA EN MATERIA CRIMINAL', acaba de triunfar en el concurso que propuso el Gobierno del Departamento con el objeto de enviar a Londres un estudiante de Derecho a especializarse en el difícil ramo de las investigaciones criminales.

Las dotes de consagración y de talento que le dieron el triunfo en este certamen le garantizan, estamos seguros, un éxito cumplido en sus estudios técnicos.

ESTUDIOS DE DERECHO se complace en publicar en seguida el trabajo presentado por este caballeroso amigo y distinguido estudiante.

El indicio como prueba en materia criminal

Monografía presentada por el suscrito estudiante de Cuarto año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, en cumplimiento del art. 2 del Decreto Número 1 de fecha 20 del presente mes, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad, en reglamentación del Decreto No. 402 de la Gobernación de Antioquia, que a su vez reglamenta la Ordenanza No. 25 de 1927.

Medellín, Agosto 31 de 1927.

HERNAN MONTOYA

El indicio como prueba en materia criminal

Siendo la tendencia innata del hombre y el objeto propio de su inteligencia la aprehensión de la verdad, nada más natural que goce poseyéndola, que corra en su busca, que forme y combine ideas adecuándolas en cuanto más puede a una fácil comprensión de las cosas, que, apoyándose en principios o hechos conocidos vaya en pos de los desconocidos, que luche y que sufra cuando su entendimiento sintiendo la necesidad de lo verdadero, no logre conquistarlo.

Delante de la conciencia humana un hecho no es cierto sino cuando el medio o los medios probatorios empleados al efecto han evidenciado la certeza del mismo. De estos medios probatorios, unos son **directos**, revelan en línea recta los hechos controvertidos; otros son **indirectos**, demuestran otro u otros que a su turno manifiestan la existencia del que pretende probar. Los primeros son llamados **pruebas directas** porque de este modo satisfacen la mente; los segundos denomináseles **pruebas indirectas** y en este grado convencen más o menos el espíritu.

Da vida a los últimos el proceso mental de la inducción, fúndanse en las relaciones que pueden existir entre el **hecho conocido** y otro **desconocido** que se trata de averiguar y que la imaginación presupone, relaciones que se aprecian racionando o discurriendo, no sólo en armonía con las reglas de la lógica, de la experiencia personal y del sentido común, sino también siguiendo las leyes de la causalidad y la teoría de las probabilidades.

Cuanto más necesaria y aproximada sea esta relación, cuanto más singular aparezca y menos número de probabilidades en contrario haga verosímiles, tanto más irá recorriendo el entendimiento hacia el sitio en donde la verdad se halle.

Indicios, por cuanto indican y señalan, son llamados estos hechos demostrados en que el juzgador se apoya para sugerir la existencia de otros que supone su causa. Fundado el hombre en la propia experiencia, en el consentimiento universal, en la inmutabilidad de las leyes físicas y morales, procede a reconstruir en su intelecto el fenómeno complejo que no puede hallar por la luz de la evidencia; vuela con la imaginación a crear de antemano un hecho ficticio que más o menos puede ser o no ser; traza a grandes rasgos el esquema que ha de guiarlo en la investigación, y en el centro de aquel finge la existencia del hecho apetecido. En virtud de este puede ser o no ser, de esta improbabilidad en que la mente duda, corre

peligro el hombre de desviarse de la senda de la verdad, al pretender forzar la realidad de algo que quizá sólo en su fantasía tenga vida. Y si esto es susceptible de acontecer cuando su proceso mental esté sujeto a los principios antes apuntados, qué diremos cuando el fallador la desatiende y sigue los dictados de su libre criterio personal? El hombre particular puede juzgar como le plazca, a nadie perjudica y ante nadie es responsable; mas el hombre juez debe atender las normas en que lo estrecha la justicia y armonizar sus decisiones con los principios de la equidad (art. 837 del C. J.), porque hay un desgraciado a quien puede perjudicar, y una colectividad ante la cual debe rendir cuenta de sus proveídos, indicándole en sintético análisis el conjunto de motivos que tuvo para proceder en determinada forma. (Arts. 836; 838; 1,717 *ibidem*).

Pero, se nos dirá, siendo la crítica científica, las normas del análisis deductivo e inductivo, las que deben entrar en juego activo en la valorización y peso probatorio de los datos que forman el proceso y que giran especialmente al rededor de las investigaciones criminales, por qué señala la ley reglas y preceptos imperativos a los cuales tiene que sujetarse el fallador en la decisión de sus providencias? Siendo esto último lo cierto, a primera vista parece que las legislaciones proscribieran la crítica científica como poderoso medio de investigación sobre la verdad en juicio, acierto y valor probatorio de los indicios; mas si paramos mientes en consideraciones de utilidad social, veremos que la existencia de aquellos preceptos preestablecidos se justifica en demasía.

Efectivamente: en virtud de la amplitud que se dé al criterio científico individual, libre de prejuicios escritos, el juez encuentra expedito camino para poner en animada actividad su propia sindéresis, su ingenio o su capricho y desligado ya de aquellos imprescindibles vínculos, puede hacer girar a su talante las normas de la justicia y de la equidad hacia un ente diverso del que en realidad debería ser el objeto único de aquéllas, castigando al inocente o absolviendo al culpable.

Demasiado celoso el fallador en su deseo de dar seguridad a la sociedad que como parte interesada en su propia conservación no aparta de él los ojos, a menudo sacrifica los intereses, la fama, la honra, la libertad, la vida misma del interesado en aras de una acariciada conveniencia social. Previendo tan grave peligro que pueden correr ciertos desgraciados a quienes se acusa de criminales, el legislador ha limitado el arbitrio judicial, con el señalamiento de determinados cánones a los cuales deberá acomodarse la decisión judicial.

Mas si por favorecer al acusado, prodiga tales cánones, la sociedad quedará desamparada y a merced de sus enemigos.

Conciliar estos dos intereses es difícil problema, cuya solución deberá siempre aceptarse como cierta y universalmente aplicable, mas al descender a los casos particulares no dejarán de pronunciarse algunos inconvenientes en su contra. Pero cabe aquí la conocida máxima del Santo: "Es más justo absolver al culpable que castigar al inocente, porque aunque el criminal se escape una vez, puede caer otra; pero si una vez perece el inocente, ya no puede remediarse."

Quizás esta discutida conveniencia social, principio irremplazable de la escuela positiva, justifique en algo el limitado arbitrio de que goza nuestra Policía Judicial, en virtud no ya apenas de las atribuciones concedidas por las legislaciones locales, sino también por la lluvia de Decretos del Ejecutivo Nacional que ha dado más pábulo a aquellas ilimitadas atribuciones, cuya existencia es peligrosa y cuya aplicación es casi siempre injusta, dada la ignorancia de la mayoría de nuestros funcionarios de instrucción.

Algunos años de práctica y de diario contacto con la organización y funcionamiento de la Policía Judicial de Antioquia, nos autorizan para acusar un crecido número de errores causados por la ignorancia e indisciplina de los señores dichos. En lo atañadero a esta rama de la administración de justicia, los índices de nuestra pequeña delincuencia merecen un alto descuento, por ser muchas las infracciones contra la moral, las buenas costumbres y la propiedad que sólo se demuestran ficticiamente en virtud del libre juicio del funcionario instructor.

Nuestra legislación procedimental al consagrar el indicio como prueba legal (arts. 541 y 1,659 ibidem), sólo lo definió de una manera científica en la parte civil (art. 587); en la parte criminal es imperfecta la definición (art. 1,702), y en ambas jurisdicciones dejó de reglamentarlo, fuera de que cayó en el gravísimo error de llamarlo **necesario** en determinados casos (art. 1,704), cuando no es más que la patente revelación del hecho mismo, con el cual se identifica, perdiendo entonces su indole de prueba,

"Se entiende por indicio un hecho que indica la existencia de otro hecho, o que alguna persona lo ha ejecutado o ayudado a ejecutar". "Inexplicable nos parece—dice nuestro ilustre Profesor—la omisión en que incurrió el Legislador al descartar de esta definición los adjetivos **cierto y conocido**, que en lo civil tuvo cuidado de expresarlos claramente; en realidad, el art. 587 del Código, al definir el indicio en materia civil, principia: "Se llama indicio un hecho cierto y conocido, etc.", adjetivos de tanta importancia que, sin ellos, a más de

quedar imperfecta la definición, la prueba queda sin base fija, cual es el hecho principal que ha de servir de punto de partida al raciocinio para sacar o inducir el desconocido; hecho que ha de estar plenamente probado para fundamentar sólidamente la inducción: de otro modo ésta no podría hacerse. A la prueba de ese hecho, base del indicio, se refieren los adjetivos **cierto y conocido**, que en mala hora se omitieron en la definición del indicio en materia criminal". Justa crítica es la hecha a tal imperfecta disposición que, en virtud de lo falible y equívoco, de lo universal y empleadísimo que es el indicio como medio de prueba, debió limitarse cuidadosamente en la apuntada definición.

El indicio es, pues, un hecho plenamente demostrado, del cual se infiere la existencia de otro hecho; o es, como dice Ellero "aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga".

Por lo dicho se comprenderá que la crítica científica del indicio, comprende el análisis de las tres circunstancias que lo integran: hecho probado, indicador, que sirve de base o punto de partida; hecho diferente del primero que se pretende demostrar, y relación entre ambos. "El indicio lo constituye, no solamente el hecho en que se funda, sino la relación que tiene con el crimen; desde el momento en que se separan esos dos conceptos, desaparece el indicio. Hay un hecho demostrado pero que no tiene relación con el crimen? Pues es inútil; ningún valor tiene: no existe el indicio. Hay presunción de la existencia de un hecho que no está probado? Pues aun que existiese íntima relación con el crimen, tampoco existiría el indicio. Es preciso que haya un hecho bien demostrado que tenga conexión con el crimen y que esa conexión esté demostrada también; de otro modo no hay indicio, no hay presunción".

Igual cosa cabe decir del segundo elemento. En lo que se refiere al examen de la relación existente, es aquí donde la crítica jurídica desempeña papel único, donde el talento y la prudencia corren peligro de errar en su operación de reconstrucción, si pretenden sacar consecuencias inculpativas en virtud de relaciones forzosamente establecidas. Difícil es trazar reglas a este respecto, por lo cual nuestro legislador se limitó a señalar en el art. 1,707 las cualidades que los indicios deben llenar para formar prueba, al decir: "Respecto de los demás indicios, para que formen plena prueba se requiere que sean **diferentes**, que estén enlazados entre sí, pero que **no dependa uno de otro** y que **concurran todos** a demostrar el hecho principal".

Otros Códigos, como el argentino, el chileno y el uruguayo detallan mejor que el nuestro los requisitos para que los indicios sirvan de prueba legal.

Si al espíritu humano le fuese dado dar siempre con la debida armonía y relación de un evento con otro; si le fuese posible sorprender el modo preciso como los hechos se enlazan y se compenentran entre sí, si conociéramos la esencia de todas las cosas; si pudiéramos adivinar los diversos y ocultos móviles que impulsan las acciones humanas, o descubrir todas las leyes que presiden las relaciones entre unos y otros seres, los indicios producirían en nosotros la evidencia o la certeza y los tormentos que acompañan a la duda tendrían vida efímera.

Cuantos más visos de pura realidad tenga la relación que se descubra entre los puntos extremos del indicio, cuanto más excluya la demostración de otros hechos, tanto más fuerza de convicción puede tener como indicador de determinado evento; de donde cabe deducir que el peso y valor de los indicios se asemeja en mucho a la teoría de las probabilidades, y por eso son susceptibles de contarse y de pesarse, a manera como los antiguos doctores adoptaron cierta especial nomenclatura para formar **medios**, **cuartos** y **octavos** de prueba; o a modo como el jurisconsulto inglés Jeremías Bentham sujetaba a medida los estados de la mente con relación a la verdad, cual si se tratara de verdaderos experimentos físicos o de fenómenos atmosféricos.

Cuando esta relación de dependencia, casi siempre de causalidad, está en lo común y ordinario de las cosas; cuando la no existencia de esa relación sería lo menos común, pasan entonces los indicios a denominarse **presunciones**, que no son más que circunstancias probabilísimas tenidas como ciertas, pero que sin embargo pueden ser contradichas; son testimonios del género humano, ofrecidos por el sentido común, y en esto difieren de aquéllos, por cuanto que los indicios se deben probar, mientras que las presunciones se tienen como probadas con solo iluminar la mente del que juzga; en su virtud, quien las niega debe probar lo contrario; la carga de la prueba se invierte en este caso.

Entre las varias divisiones que hacen los tratadistas de los indicios, sólo enunciamos algunas categorías:

a) — Por razón del tiempo, se dividen en **anteriores**, **concomitantes** y **posteriores**, según que procedan, 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.

De las legislaciones americanas, sólo la de Uruguay consagra expresamente esta división. Entre nosotros, puede el juez adoptar la que le parezca más conforme con la naturaleza de los hechos, ya que tiene amplia libertad en esta prueba. Nuestra Corte Suprema, para metodizar el estudio de los procesos tomándolos en el orden cronológico de los sucesos, si ha adoptado la clasificación apuntada.

b)—Por razón del procedimiento empleado para inferirlos, pueden ser mediatos o inmediatos, deduciéndose éstos directamente sin necesidad de recurrir a consecuencias intermedias, y aquéllos mediante éstos, como una especie de gradación o sorites.

c)—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, como la ocupación de troqueles, las manchas de sangre, indicios peculiares de los delitos de falsificación y atentados contra las personas, respectivamente.

d)—Según el convencimiento que en el ánimo producen, diviéndose en próximos y remotos.

Algunos autores, y particularmente los filósofos escolásticos, siguiendo el antiguo aforismo de las Decretales, "*Solus cum sola, nudus cum nuda et in eodem lecto*", traen la división de indicios necesarios y contingentes. Esta vieja división no tiene razón de existir, una vez que la existencia del indicio necesario es inaceptable; pues si en un principio pudo admitirse éste, ello se debió al estado embrionario en que se encontraban los conocimientos científicos en todos los órdenes de actividad. Los maravillosos avances de la Medicina Legal y de las ciencias experimentales han venido a destruir este viejo prejuicio, resago de la ignorancia antigua.

Rechazada, pues, hoy en día, la existencia del indicio necesario, es anacrónica la disposición consignada en el artículo 1.703 de nuestro Código Procedimental, cuando dice: "Un sólo indicio no hará jamás prueba plena o completa, a no ser que sea necesario o presunción legal".

Debe, sin duda alguna, prescindirse en nuestra legislación del denominado indicio necesario, pues aparte de las razones apuntadas, es ineficaz en la práctica, constituyendo un peligro inminente para el inocente, ya que en unidad produce plena prueba, suficiente para condenar; a menudo se le confunde con el indicio grave o vehemente, y en algunas ocasiones tam-

bién hemos visto confundirlo lastimosamente, por ignorancia o por pasión, con un simple accidente ocasional. Además es una aventura condenar por un simple indicio; ¿por qué no se puede condenar con el testimonio de una persona honrada, de limpios antecedentes y magnífica fama pública, si reúne las condiciones exigidas por el art. 1,675?

g)—Una clasificación más moderna y que dice relación más inmediata al delincuente mismo, es la traída por el notable expositor italiano Pedro Ellero en su incomparable obra "La Certidumbre en los Juicios Criminales":

I—Indicio de la capacidad de delinquir—Comprende el estudio del pasado moral del individuo, sus delincuencias anteriores, su reputación social, sus relaciones, su fama, etc. Dentro de esta clasificación podríamos agrupar también la institución psicológica y mental del sujeto, y por qué nó igualmente su conformación física y frenológica, de acuerdo con la escuela antropológica criminal?

II—Indicio del móvil para delinquir—Son las causas impulsivas que agitan la actividad del delincuente, como la necesidad, la avaricia, el odio, el temor, las pasiones en general.

III—Indicio de la oportunidad para delinquir—Comprende el estudio de aquellas circunstancias especiales que colocan al hombre en una situación privilegiada, fácil y expedita para poner en juego su actividad delictuosa, como la inteligencia, la fuerza, la pericia, el conocimiento, el uso de cosas o de obras ajenas, etc. En nuestro concepto, la oportunidad para delinquir, no es más que una forma extrínseca de la **capacidad**: Si el hombre encuentra facilidades para la ejecución de un hecho, en virtud de sus conocimientos especiales, de su pericia, de su familiaridad con ciertos objetos, claro es que tales circunstancias más son un elemento de capacidad personal que verdadera oportunidad. Sin embargo, esta ligera crítica no puede destruir la división establecida, porque muchos son los casos en la vida práctica en que el hombre teniendo sobrada oportunidad para violar el derecho ajeno, se abstiene de hacerlo, ni aún intenta ejecutarlo, porque su delicadeza moral, su honorabilidad, sus limpios antecedentes son vallas infranqueables que lo incapacitan para delinquir. Por eso los preceptos morales nacidos y mantenidos al calor de las prácticas cristianas y católicas son las que mayor fortaleza dan al espíritu del hombre para resistir las tentaciones.

En cuanto al valor probatorio que prestan los indicios, nuestros Tribunales y la misma Corte Suprema han proclamado el arbitrio judicial en apreciación tan peligrosa y sujeta como no hay otra a los errores humanos. Las pocas reglas

que consagra nuestro Código, cuando apenas menciona cuestión tan importante, justifica se haya formada ya una jurisprudencia tan amplia en tal sentido, que deseamos continúe siempre que nuestros Jueces y Magistrados sean probos y honrados, ilustrados e inteligentes.

FIN

Medellín, Agosto 31 de 1928.

Hernán Montoya.

