

PRUEBA INDICIARIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL BRASILEIRO Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ITALIANO Y SU COMPLEMENTACIÓN CON PAÍSES EUROPEOS Y AMERICANOS

*Jairo Parra Quijano**

REFLEXIÓN

A la Diosa Culete

¿La ciencia nos cerrará todas las puertas por donde pueda presentarse la leyenda y perderemos el humanismo?

Dícese que la mencionada diosa, cuando buscaba amante desplegaba todos sus encantos para ello y conquistado el candidato le mostraba un lunar que tenía en sus partes íntimas y le “inoculaba”, mediante ese procedimiento, el “mal sacro”, el amor y los celos. El “agraciado”, a partir de ese momento se volvía intuitivo, malicioso y, por sobre todo, imaginativo. El escogido podía ser torpe, pero “inoculado”, todo lo observado,

todo lo visto, era unido con el lazo de la imaginación a la diosa amada, para tratar de descubrir qué había detrás de un determinado comportamiento de ella, qué había detrás de una palabra pronunciada. Una vez lograda la metamorfosis del “agraciado” y cuando su memoria, bajo la regencia de la imaginación, sólo evocaba la diosa, cuando no era posible esconder de la vívida

* Presidente del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; profesor de la Universidad Externado de Colombia, docencia excepcional otorgada por la Universidad Nacional de Colombia en cinco oportunidades: 1992, 1994, 1995, 1997 y 1998.

imaginación la imagen de la diosa en algún lugar de la memoria para visitarla de vez en cuando, para buscar el olvido, el recuerdo de ella llegaba para aposentarse definitivamente, ella haría parte para siempre de los sueños recurrentes de ese “agraciado”, y en ese momento la diosa había tenido ya el cuidado de conseguir hacía algún tiempo otro candidato para “inocularlo” en la misma forma explicada y lo abandonaba y venían las manifestaciones de desamor.

El agraciado con el “mal sacro” inoculado para siempre y haciendo parte de su ser, había quedado con un patrimonio ambiguo “donado” por la diosa: la capacidad de intuir, de predecir, de mirar como en una especie de telescopio, el futuro, pero todo apuntando a descubrir el desamor de la diosa.

Si utilizamos la leyenda como una especie de telescopio de la imaginación y la aplicamos a la época actual, tendríamos que el “inoculado” manejará unos hechos con reglas surgidas de los celos y averiguará la verdad, pero viene la herencia del “patrimonio” ambiguo y tendríamos: una llamada a medianoche realizada por un “extraño” (no es nada antes de ser “inoculado”), encenderá la imaginación, ¿por qué a esta hora?, ¿por qué tan ambigua la conversación?, ¿por qué dijo que la llamada la había hecho un amigo íntimo de la pareja y además muy querido por el varón (GB), y resultó mentira?, ¿por qué esconde la fotografía donde está representada la pareja?, ¿es visitada por otro?, ¿por qué en determinados días descuelga el teléfono, argumentando que fue por descuido y que no se dio cuenta?, ¿estaba siendo visitada por alguien?, ¿por qué dice que

determinado día estaba en su casa acompañada por la madre de ella (v) si eso es desacostumbrado y además se comprueba que es mentira?, ¿estaba siendo visitada por alguien?, ¿por qué en el lugar donde ambos trabajan hay unas reuniones y la mujer pretende ignorarlo?, ¿se quiere congregar con alguien?, ¿ya tiene a alguien que asiste a esa misma reunión?, ¿se trata de evitar que ese alguien sepa que tiene una relación?

Todo lo enunciado es modelado por el intérprete, pero manejando subjetividades, ¿esto desaparecerá con el uso cotidiano de la ciencia?, ¿la ciencia desterrará estos demonios?, ¿a pesar y además de la ciencia, esto persistirá? ¿seguiremos manejando la prueba indiciaria con rodeos mentales y subjetividades como el celoso inoculado y después abandonado por la diosa a su suerte?

1. Formación de la imaginación del hombre para intuir

Sostiene Jacob Bronowski:

Para nosotros, las pinturas rupestres recrean el estilo de vida del cazador como un vislumbre de historia; vemos el pasado a través de ellas. Mas para el cazador, sugiero constituían una mirilla hacia el futuro; miraba hacia delante. En cualquier dirección, las pinturas rupestres actúan como una especie de telescopio de la imaginación: dirigen la mente desde lo que se puede ver hasta lo que se puede inferir o conjeturar.

Y agrega más adelante:

El arte y la ciencia son acciones privativas del hombre fuera del alcance de lo que cualquier animal puede hacer. Y aquí vemos que provienen de la misma facultad humana: la habilidad de visualizar el futuro, de prever lo que pueda ocurrir y de hacer planes para anticiparse a ello y representárnoslo en imágenes que proyectamos y movemos en nuestra mente o en un cuadro de luz sobre la oscura pared de una cueva o en la pantalla de un televisor¹.

La habilidad del hombre para inferir es adquirida a muy temprana edad de su ascenso como hombre.

En cualquier dirección las pinturas rupestres actúan como una especie de telescopio de la imaginación: dirigen la mente desde lo que se puede ver hasta lo que se puede inferir o conjeturar.

1. También vemos aquí a través del telescopio de la imaginación; la imaginación es un telescopio en el tiempo, pues estamos viendo retrospectivamente la experiencia del pasado. Los hombres que realizaron estas pinturas, los hombres entonces presentes, pudieron ver hacia delante por el telescopio. Pudieron quizá prever el ascenso del hombre, porque lo que llamamos evolución cultural es fundamentalmente un desarrollo y un ensanchamiento constante de la imaginación. Bronowski, Jacob. *El ascenso del hombre*, Fondo Educativo Interamericano, p. 56.

2. Desarrollo de las circunstancias que contribuyeron a la formación del método de la prueba indiciaria

2.1. Está plenamente demostrado, por múltiples evidencias, que el hombre fue durante milenios cazador. Obsérvese el método desde el punto de vista intelectual:

La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulmínea, en la espesura de un bosque o en un claro lleno de peligrós².

El hombre cazador empezó a realizar un proceso intelectual de “leer los rastros”, y poder pensar: “por aquí pasó tal animal”, y así disponer lo necesario para lograr su cacería. Se acostumbró a observar detalles y a deducir realidades no observadas directamente (el animal que se pretendía cazar)³.

2. Carlo Ginzburg. *Mitos, emblemas, indicios. Morfología e historia*, Barcelona, España, Edit. Gedisa, 1989, pp. 138 a 164.

3. Es el mismo sentido que le da Dante Alighieri en la *Divina Comedia*, en el canto VII. En el Purgatorio, en el encuentro con Virgilio: “...Más si sabes y puedes, un indicio danos,

Generaciones y generaciones de cazadores transmitieron ese saber, cuyo testimonio se alcanza a rescatar en los cuentos de hadas.

Una fábula oriental, difundida entre quirquices, tártaros, hebreos, turcos, cuenta que tres hermanos se encuentran con un hombre que ha perdido un camello (en ciertas variantes se trata de un caballo). Sin vacilar lo describen blanco, tuerto, lleva dos odres en la grupa, uno lleno de vino y el otro de aceite. ¿Quiere decir que lo han visto? No, no lo vieron. Se los acusa de robo y son juzgados; pero los tres hermanos se imponen, pues demuestran al instante que, por medio de indicios mínimos, han podido reconstruir el aspecto de un animal que nunca han visto⁴.

Lo que caracteriza ese saber del cazador es su capacidad de remontarse desde datos experimentales aparentemente secundarios a una realidad compleja, no experimentada en forma directa⁵.

con qué poder llegar más pronto a donde el purgatorio da comienzo”.

4. Carlo Ginzburg, *Mitos... Cit.*, p. 144.
5. Eso lo hizo Voltaire en *El perro y el caballo*. “Zadig pudo comprobar, como está escrito en el libro de los Zen, que el primer mes de matrimonio es la luna de miel y el segundo la luna de ajeno. Al poco tiempo de repudiar a Azora, con la que se le había llegado a hacer la vida imposible, buscó la felicidad en el estudio de la naturaleza. “Nadie vive tan dichoso —pensaba— como el filósofo que se ocupa de leer el gran libro que Dios ha desplegado ante nuestros ojos, las verdades que descubre le pertenecen. Así alimenta y perfecciona su espíritu, vive tranquilo, no teme nada de los hombres y su amante esposa no viene a cortarle la nariz”. Sumido en estas ideas, se retiró a una casa de campo en las orillas del Éufrates. Allí no se preocupaba de

2.2. Habiéndose acostumbrado el hombre a “leer” rastros para encontrar realidades que no había observado

calcular las pulgadas de agua que pasan en un segundo bajo los arcos de un puente, o si caía una medida más de lluvia en el mes del ratón que en el mes del carnero. No se dedicaba a pensar cómo se hacía seda con telas de araña o porcelana con botellas rotas, sino que se dedicó a estudiar las propiedades de animales y plantas, de forma que pronto adquirió una sagacidad que le mostraba mil diferencias donde los demás hombres no ven nada que no fuese uniforme.

Cierto día, mientras paseaba junto a un bosquecillo, vio que corría hacia él un eunuco de la reina, seguido de varios oficiales que mostraban la mayor inquietud y que iban de un lado para otro como hombres extraviados que buscan algún precioso objeto perdido.

—Joven —le dijo el eunuco— ¿no ha visto el perro de la reina?

—Es una perra, no un perro —repuso modestamente Zadig.

—Tienes razón —replicó el eunuco.

—Es una podenca diminuta —añadió Zadig—, hace poco que ha tenido perros; cojea de la pata izquierda delantera y tiene las orejas muy largas.

—Entonces la has visto —exclamó sofocado el eunuco.

—No —contestó Zadig—, no la he visto nunca, ni jamás supe que la reina tuviese una perra.

—Precisamente al mismo tiempo, por uno de esos frecuentes azares de la fortuna, el más hermoso caballo de las caballerizas reales se había escapado de las manos de un palafrenero por las lanuras de Babilonia.

El montero mayor y sus oficiales lo buscaban con la misma inquietud como el eunuco buscaba la perra.

El montero se acercó a Zadig y le preguntó si había visto pasar el caballo del rey.

—Es el caballo que mejor galopa —repuso Zadig—, tiene cinco pies de alto, sus cascos son diminutos; lleva una cola de tres y medio de largo, las cabezas de sus bocados son de oro de veintitres quilates y sus herraduras son de plata de once denarios.

—¿Qué camino ha tomado?, ¿dónde está? —suplicó el montero mayor.

directamente y queriendo el hombre abastecer una de sus necesidades –más profundas y más vanas– de su naturaleza:

—No lo he visto –respondió Zadig–, y nunca he oído hablar de él.

El montero mayor y el eunuco no dudaron que Zadig había robado el caballo del rey y la perra de la reina. Por ello lo condujeron ante la asamblea del gran desterham, que lo condenó al knut y a pasar el resto de sus días a Siberia. Apenas emitido el juicio, aparecieron el caballo y la perra. Los jueces se vieron en la dolorosa necesidad de reformar su veredicto, pero condenaron a Zadig a pagar cuatrocientas onzas de oro por haber afirmado que no había visto lo que sí había visto. Fue preciso ante todo pagar esa multa, después de lo cual se permitió a Zadig defender su causa en el consejo del gran desterham. Habló en estos términos:

“Estrellas de justicia, abismos de ciencia, espejos de la verdad, que tenéis la ponderación del plomo, la firmeza del hierro, el brillo del diamante y gran afinidad con el oro, puesto que se me permite hablar ante esta augusta asamblea, os juro por Orosmade que no he visto jamás la respetable perra de la reina, ni el sagrado caballo del rey de los reyes. Os diré lo que ocurrió: me encontraba paseando por el bosquecillo donde posteriormente encontré al venerable eunuco y al ilustrísimo montero mayor, cuando vi sobre la arena las huellas de un animal y no me fue difícil advertir que eran de un perrillo. Unos ligeros y alargados surcos marcados sobre unas pequeñas eminencias de arena entre las huellas de las patas, me han hecho conocer que se trataba de una perra cuyas mamas iban colgando y que, por consiguiente, había tenido perros tan sólo hacía unos días. Otros rasgos en sentido distinto, que parecía ir igualando la superficie de la arena a ambos lados de las patas delanteras me mostraron que la perra tenía las orejas muy largas, y como finalmente advertí que la arena estaba menos hundida por una pata que por las otras tres, he comprendido que la perra de nuestra augusta reina era, si me es permitido decirlo, un poco coja. En cuanto al caballo del rey de los reyes os diré que, paseando por los caminos del bosque, vi las huellas de las herraduras de un caballo, las cuales estaban todas a la misma distancia.

necesidad que lo empuja a pretender saber qué es lo que pueda reservarle el porvenir⁶. Poseedor el hombre de ese saber y con el fin de abastecer la necesidad indicada, se dedica a la adivinación.

Se puede afirmar que existían dos especies: la inspirada sobre todo en la *apolínea* y la *délfica* (en Grecia no tenía mucho prestigio la basada en señales). En Roma, la adivinación que tuvo prestigio era la basada en señales: “...el estudio sistemático de ciertas señales les permitió establecer un sistema adivinatorio estatal basado en reglas claras y seguras, fuera de toda fantasía o de cualquier desviación individual”⁷.

A la adivinación se le denomina en Grecia *mantiké techné*, o sea el arte de la profecía, en tanto que *mantis*, nombre del adivino, del profeta, de toda persona que predice el porvenir, proviene de la

Aquí tenemos, me dije, un caballo de galope perfecto. En un estrecho camino que sólo tiene siete pies de anchura, el polvo de los árboles había sido ligeramente sacudido, de derecha a izquierda, a tres pies y medio del centro del camino. “Este caballo –pensé– tiene una cola de tres y medio, la cual, con sus movimientos de izquierda a derecha, ha arrebatado este polvo”. He visto bajo los árboles, que formaban una glorieta de cinco pies de altura, las hojas de las ramas recién arrancadas y he comprendido que el caballo había tocado en ellas, y, por consiguiente, medía cinco pies de alto. Sé que su bocado es de oro de veintitrés quilates porque ha frotado las cabezas del mismo contra una piedra de toque, que yo he examinado. Por fin, de las señales que sus herraduras han dejado sobre los guijarros he deducido que estaba herrado con plata de once denarios...”.

6. Raymond Bloch. *La adivinación en la antigüedad*, 1ª ed., Fondo de Cultura Económica, Breviarios, 1985, p. 7.
7. Raymond Bloch. *La adivinación... Cit.*, p. 9.

raíz *mainomai*, ser presa del delirio, y en particular estar fuera de sí por influjo de la divinidad (el indicio es en realidad acompañándonos con esta terminología, un hecho que tiene la propiedad de salirse de sí mismo para mostrar otro). Es el mismo sentido que encontramos en *enthousiadzein* (de la raíz *theos*), estar poseído por un dios, ser presa del entusiasmo⁸.

Al signo adivinatorio, cualquiera que fuera, se le daba el nombre de *semeion*, es decir, la señal, cuya interpretación exigía conocimientos y técnicas por parte del adivino. Es decir, la señal, cuya interpretación exigía conocimientos y técnicas por parte del adivino. Es decir, que con base en hechos y reglas, que pudiéramos llamar de la “experiencia” para la “adivinación”, se podía saber el porvenir.

La “adivinación inductiva” exigía del intérprete la atenta observación de los fenómenos que la divinidad producía para indicar el porvenir. Se partía de un hecho al cual se le aplicaba una regla de la “experiencia adivinatoria” y se tenía el porvenir⁹.

8. He copiado, haciéndole las aplicaciones y observaciones correspondientes a Bloch, Raymond. *La adivinación en la antigüedad*, Fondo de Cultura Económica, Breviarios, México, 1985, p. 13.

9. El pasado, el presente y el futuro debían estar fijados por el destino para que la visión del adivino, gracias a la benevolencia de los dioses pudiera ejercerse con respecto al Fatum. Hijas de Zeus y de Temis, las tres Moiras (personificación de la moira, de *meiromai*, compartir siendo la moira la parte de vida que se acordaba a cada quien) regulaban la vida de cada mortal desde su nacimiento hasta su muerte. Y las tres hermanas, Atropos, Cloto y

La palabra que designaba al ave (*oinos*) sirvió para dar nombre a todas las señales que se producían con el vuelo o en el grito de las aves. La adivinación a través de las aves tiene una gran importancia entre los pueblos de origen indoeuropeo. En Roma tuvieron gran importancia los auspicia, que viene de *avis*, el ave, y *spicere*, ver, observar. También en otros pueblos de origen indoeuropeo, como los celtas y los germanos, se fue acostumbrando el hombre a observar, se volvió discípulo de los hechos y a ellos les aplicaba una regla de la “experiencia adivinatoria”.

En Grecia, la fuente de donde provenían los presagios era: todos los órdenes de la naturaleza, el mundo inanimado, el de los animales y el de los hombres suministraban signos de diversos significados. El vuelo y el grito de las aves. El hombre mismo por sus palabras. Ciertos nombres eran de mal agüero.

Ejemplo: un estornudo (es un hecho), al cual se le aplicaba una regla de la experiencia adivinatoria, según el momento y la edad de la persona, podía indicar una desgracia.

Escretemos el ejemplo: el estornudo, no cabe duda que es un hecho al cual le

Laquesis, se repartían este cuidado hilando, devanando y cortando el tenue hilo de la existencia terrestre.

Se trata aquí de alegorías que traducen de sorprendente manera y bajo forma gráfica, cara al espíritu helénico, la inmutabilidad del destino. Las tres parcas romanas asumieron en Italia el lugar y el papel de las Moiras, Zeus, el dios supremo, poseía ciertamente la presencia universal, pero ni él mismo podía cambiar el curso del destino.

aplicamos una regla de la experiencia adivinatoria y nos indica una desgracia. Los elementos del indicio los encontramos ahí, sólo que manejados a través de la “racionalidad adivinatoria”.

Podemos ahora hacer un salto y elaborar una nueva estampa, parafraseando a Carlo Ginzburg podemos decir que a finales del siglo pasado (1874-1876) se da una triple coincidencia, encontramos tres médicos que trabajan con “datos aparentemente secundarios, como herramientas, para abordar realidades complejas. El primero de ellos fue Giovanni Morelli, quien se dedicó a la crítica de la pintura italiana; llegó a la conclusión de que muchos cuadros estaban mal atribuidos. Según él, la tarea de devolver cada cuadro a su autor verdadero es muy difícil porque: muy a menudo hay que vérselas con obras no firmadas, repintadas a veces, o en mal estado de conservación. En tal situación, se hace indispensable poder distinguir los originales de las copias”.

Pero para ello, según sostenía Morelli, no hay que basarse, como se hace habitualmente, en las características más evidentes, y por eso mismo más fácilmente imitables, de los cuadros: los ojos alzados al cielo de los personajes del Perugino, la sonrisa de los Leonardos, y así por el estilo. Por el contrario, se deben examinar los detalles menos trascendentes y menos influidos por las características de la escuela pictórica a la que el pintor pertenecía: “los lóbulos de las orejas, las uñas, la forma de los dedos de manos y pies”. Con Morelli se podría hablar entonces de rasgos pictóricos para “descubrir” al autor de la pintura correspondiente.

El segundo de los médicos mencionados fue Freud, quien se refiere a Morelli en los siguientes términos: “Yo creo que su método se halla estrechamente emparentado con la técnica del psicoanálisis médico. También ésta es capaz de penetrar cosas secretas y ocultas a base de elementos poco apreciados o inadvertidos, de detritos ‘desperdicios’ de nuestra observación”. Con Freud se puede hablar de síntomas para diagnosticar la enfermedad.

Por último, el médico Arthur Conan Doyle irrumpe con su famoso *Sherlock Holmes*, éste en las distintas historias aparece interpretando huellas en el barro, cenizas de cigarrillos, etc. Con Arthur Conan Doyle se puede hablar de indicios para descubrir al autor de un delito.

Pues bien, “rasgos pictóricos”, “síntomas”, “indicios”, son objetividades que nos permiten hacer ingreso a realidades más complejas: “el autor-pintor, la enfermedad, el delincuente”.

Es suficiente utilizar un ejemplo en medicina para observar en toda su majestad este método que nos permite esculcar realidades aparentemente inalcanzables, a partir de objetividades que parecen alejadas de lo investigado. Los principales síntomas (objetividades, realidades, no suposiciones) del sarampión son: a) Fiebre moderada que asciende (realidad, objetividad); b) Enrojecimiento de los ojos y fastidio por la luz (objetividades); c) Tos seca muy intensa y molesta (no existe sarampión sin tos) (objetividades); d) A los tres días aparecen en los carrillos unos punticos blancos como granos de sal rodeados de un halo rojo, es el llamado signo

Koplick, considerado como característico del sarampión (objetividades).

Obsérvese cómo utilizamos ese método para saber si en un asunto hubo dolo eventual o culpa con representación (diagnóstico):

A diferencia de la culpa con representación bajo la cual considera el actor el riesgo de los bienes tutelados, que no quiere ni acepta producir, pero infructuosamente pretende evitar, en el dolo eventual la representación del resultado punible no se acompaña de una actividad encaminada a eludirlo, sino que se asume y acepta como alternativa posible.

Esta forma de culpabilidad se da no solamente cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, sino también 'cuando la acepta', previéndola al menos como posible.

El 31 de octubre de 1990 a las cinco de la mañana, en las residencias Alfa, ubicadas en la carrera 14 N° 23-43 de esta ciudad, varios sujetos sometieron a la dueña H, con el fin de apoderarse de algunos objetos de su propiedad, colocándole vendas en los ojos y procediendo a atarla de pies y manos para luego introducirle tapones en la boca y taparla con dos cobijas, una almohada y un cubrelecho. Se produjo su deceso por obstrucción de las vías respiratorias. H era una mujer anciana, muy

robusta, enferma y limitada para caminar. Se capturaron tres sujetos, quienes desempeñaban las funciones de portero y administrador (K) de ese sitio, quienes regresaron con la policía al mismo después de haber formulado denuncia penal por un supuesto asalto a las residencias, al ser vistos por una mujer y haberse frustrado su plan inicial, ingeniaron la coartada.

K confesó haber planeado el hurto contra la casera, suministrando el nombre de sus compinches ya referidos.

Qué se obtuvo de la investigación:

a) Hallazgos descritos en la diligencia de levantamiento de la occisa (rasgos pictóricos, síntomas). "Examinado el cadáver y al ser retirada la mordaza encontramos una especie de tapón sobre la boca, embutido en ésta, al parecer del mismo material correspondiente a la sábana y un pedazo de media velada; al voltear el cadáver hallamos los miembros superiores amarrados con trozos de sábana o funda, al igual que un pedazo de costal alrededor del cuello".

b) K manifestó que sabía de las deficiencias cardíacas que padecía la occisa.

Veamos de dónde surge probatoriamente y con todo su cuerpo el dolo eventual: el fin era apoderarse, como ya se ha dicho,

de los objetos de la señora. Al haberla imposibilitado en la forma que lo hicieron, conociendo las condiciones físicas de aquella, por ser dos de ellos trabajadores de las residencias, de conformidad con las reglas de la experiencia, se representaron la muerte de la señora como algo probable y lo asumieron, ya que no hicieron nada para impedir ese resultado.

Es cierto que los autores del ilícito no tenían intención de causar la muerte de la señora, pero al imposibilitarla como lo hicieron, asumieron ese riesgo.

Inclusive al regresar a las residencias acompañados de la policía, una vez montaron la falsa coartada de haber sido asaltados, tenían casi certeza de la muerte de la señora, porque de otra manera hubieran huido, ya que ella los hubiera reconocido, porque los conocía como que trabajaban con ella.

Para poder ubicar los hechos, en el caso en estudio dentro de la culpa consciente o el dolo eventual, se requiere que los autores se hayan representado el resultado. Tratar de evitar el resultado los orienta hacia la culpa; asumirlo como probable y no tratar de evitarlo lo ubica dentro del dolo eventual. En el caso presente con mayor seguridad, por el regreso al lugar de los hechos, casi con la seguridad de que la dueña de las residencias había fallecido y no se corría el riesgo de ser identificados.

Por las características y en las condiciones en que colocaron a la víctima, a K y sus compinches les era fácil representarse el deceso de la víctima y

tan fue así que regresaron a las residencias con esa seguridad.

Hemos logrado, con objetividades aparentemente alejadas de lo buscado, asir el dolo eventual en una forma natural¹⁰.

3. Definición del indicio

El artículo 239 del Código Procesal Penal para el Brasil nos trae una definición de indicio cuando dice:

Considera-se indicio a circunstancia conhecida e provada que, tendo relacao com o fato, autorize, por inducao, concluir-se a existencia de outra ou outras circunstancias.

Para los italianos:

Nel primo caso, per indizi si intendono le prove cosiddette logiche o indirette, attraverso le quali da un fatto certo si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto. (En el primer caso, por indicios se entienden las llamadas lógicas o indirectas, a través de las cuales, de un hecho cierto, por reglas de experiencia común, se remonta a uno incierto).

4. El indicio como objeto de prueba

Es claro que el indicio ingresa al torrente probatorio a través de otros medios

10. Se ha trabajado la sentencia de octubre 12 de 1993, Nº de Radicación 9032. Corte Suprema de Justicia de Colombia. M. P.: Juan Manuel Torres Fresneda.

probatorios, lo cual significa que debe ser probado, que es lo que se está significando cuando, como aparece transcrito, se dice:

Considera-se indicio a circunstancia conhecida e provada o attraverso le quali da un fatto certo si risale, per massime di comune esperienza, ad uno incerto.

Se debe ser muy cuidadoso y especialmente estudioso del expediente para averiguar, si efectivamente el hecho del cual se parte, se encuentra probado. Una vez que hay seguridad sobre lo anterior, podemos emprender la tarea de hacerle cumplir con seguridad la función de medio probatorio. Si suponemos (subjetividad) el hecho base, la función de medio probatorio resultará completamente equivocada, porque con sustento tan deleznable nada bueno para la investigación se puede lograr.

Se dice por la doctrina italiana:

Para que de él (se está refiriendo al hecho base) pueda deducirse la existencia de un hecho, la circunstancia asumible como indicio debe ser cierta. Este requisito, aunque no lo indique expresamente el artículo 192, debe considerarse *insito* en la provisión de este precepto. En efecto, con la certeza del indicio se postula la verificación procesal acerca de la real existencia del indicio mismo, puesto que no se podría fundamentar la prueba crítica (indirecta) sobre un hecho verosímelmente ocurrido, su-

puesto o intuido, valorando de manera inadmisibles en contra de postulados indiscutibles de cultura jurídica –imágenes o impresiones personales de quien decide–¹¹.

5. El indicio como medio de prueba

Teniendo la circunstancia, el hecho base demostrado, podemos hacer la inferencia lógica para llegar a la circunstancia desconocida que es la que realmente interesa para la investigación. El hecho base por enfoque mental y desplazado con la regla de la experiencia común, nos muestra el otro hecho y aquí es donde se cumple la función de medio de prueba del indicio. Al señalarlo otro hecho cumple su función de medio de prueba.

6. Naturaleza de la prueba indiciaria

Los indicios son una prueba crítica, lógica, indirecta. Siguiendo a Carnelutti¹² podemos decir que cuando se habla de prueba directa, el hecho lo

11. “La circostanza assumibile come indizio deve, perché da essa possa essere desunta l’esistenza di un fatto, essere certa. Tale requisito, benché non espressamente indicato dall’art. 192, é da ritenersi insito nella previsione de tal precepto. Con la certezza dell’indizio, infatti, viene postulata la verifica processuale circa la reale sussistenza dell’indizio stesso, posto che non potrebbe essere consentito fondare la prova critica (indiretta) su un fatto verosimilmente accaduto, supposto o intuito, inammissibilmente valorizzando –contro indiscutibili postulati di civiltà giuridica– personal impressioni o immagini del decidente” (C 13-12-91, Grillo e altro, A. n. proc. pen. 92, 619).

12. Francisco Carnelutti. *Sistemas de derecho procesal civil*, T. II, Buenos Aires, Edit. Uthea, I, 1944, p. 402.

presencia el juez; en la prueba histórica, como por ejemplo en el testimonio o el documento, se le representa al juez el hecho por probar; en la prueba de indicios ni el juez observa el hecho ni éste está representado, lo que tiene es un hecho que le sirve de sustento o de base para buscar el hecho por probar.

Ejemplo:

Si A le causa la muerte a B con una cuchillada, puede suceder que haya testigos que relaten el hecho; el testimonio le representa al juez el hecho; pero si no hubo testigos, puede suceder que se encuentre el cuchillo con el cual resultó muerto B y se establezca que es de propiedad de A, que éste había amenazado a B, que se encuentre en la ropa de A manchas de sangre del mismo tipo de la de B, etc. El hecho por investigar es saber quién le dio muerte a B. El cuchillo, la propiedad del cuchillo, las manchas de sangre, no le permiten al juez ver directamente al autor del hecho ni tampoco representan al autor; pero le permiten, sustentado en ellos, inferir que el causante de la muerte de B fue A.

Otra manera de presentar la prueba indiciaria (que el autor refunde en la concepción de presunción de hombre) es la de Jaime Guasp¹³, quien sostiene:

Cuando la prueba mediante la que quiere convencerse al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado no utiliza como instrumento una persona ni una cosa, sino un acaecimiento (hecho o acto), se produce la llamada prueba de presunciones, la cual consiste, por tanto, en aquella prueba que emplea un cierto acaecimiento para convencer al juez de la verdad o falsedad de un dato procesal.

Más adelante explica que:

No es correcto hablar de prueba histórica y crítica, para colocar esta última a la prueba de presunciones (indicios), por consistir en operaciones de naturaleza valorativa o estimativa.

Una manera de expresar el mismo criterio lo tiene la doctrina española, según el autor en comentario, cuando clasifica las pruebas en directas o indirectas, “según la mayor o menor inmediatividad del proceso lógico mental del juez y califica a las presunciones como pruebas indirectas por rodeo dialéctico que en ellas ha de dar el órgano jurisdiccional para llegar al conocimiento de la verdad”. Que estas concepciones son inadmisibles, porque toda prueba exige crítica y razonamiento, y la mayor abundancia de ésta no justifica una diferencia.

El significado de la prueba de presunciones (indicios) no se halla en la naturaleza de la actividad que desarrolla el juez,

13. Jaime Guasp. *Derecho procesal civil*, T. I, 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp. 414 y 415, num. 29.

sino en el especial instrumento que utiliza dicha actividad.

Y culmina sosteniendo:

Al calificar la presunción (indicio) como una deducción a través de un acaecimiento, el centro de gravedad del concepto debe colocarse en acaecimiento y no en la deducción.

En resumen, lo que el autor da a entender es que la naturaleza de la prueba indiciaria no hay que buscarla en el razonamiento del juez, que en toda prueba debe hacerlo, que a lo sumo en esta prueba el razonamiento del juez es mayor, pero esa mayor cantidad no justifica una clasificación y que el centro de gravedad de la prueba indiciaria es el acaecimiento.

Dohring¹⁴ sostiene:

La pieza principal del procedimiento probatorio compuesto por esos elementos no es, propiamente hablando, el hecho del cual se arranca, sino el proceso mental que se conecta a ese hecho, y en virtud del cual se deduce la existencia de la circunstancia fáctica jurídicamente relevante. El hecho indiciario sólo puede cobrar valor para el averiguamiento en conexión con la regla experiencial y la conclusión de ahí derivada. Sólo cuando se ha

logrado establecer, con el auxilio de la deducción experiencial, una relación convincente entre ese hecho y la característica típica legal, aquél podrá servir para esclarecer el estado de los hechos. El hecho indiciario recién adquiere su importancia para el averiguamiento por obra de la labor mental, que amalgamándolo con los demás elementos necesarios, le da forma de una prueba indiciaria en la cual pueda descansarse.

Nuestro concepto:

No se puede, de ninguna manera, centrar la importancia del indicio en el proceso mental, ya que este proceso se realiza con todos los medios probatorios, aun con la inspección judicial. No puede dictarse sentencia sin “pensar” las pruebas aportadas; seguramente en el indicio el proceso mental, “pensar” la prueba, será más abundante, pero esto no justifica desplazar el centro de gravedad del indicio, del hecho, al proceso mental que se conecta a ese hecho. Somos conscientes de que el indicio no es un hecho cualquiera, sino un hecho que tiene la propiedad, por así decirlo, de salirse de sí para mostrar otro, pero es un hecho, una circunstancia.

7. Necesidad de la prueba indiciaria

Quien realiza un acto lícito voluntariamente y como medida de seguridad o por

14. Erich Dohring. *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1972, p. 318.

imposición de la ley lo documenta, lo hace frente a testigos, o le es indiferente que se presencie su realización, aun en el mismo acto de simular, los documentos o comportamientos que se fingen son en cierta forma realizaciones voluntarias que permiten descubrir el acto oculto o la no realización del acto. Por el contrario, quien prepara la comisión de un delito procura hacerlo de tal manera que nadie lo presencie; sin embargo, por ser éste un comportamiento humano que afecta en alguna forma la realidad, deja huellas producidas en la comisión del mismo que permiten descubrirlo e identificar a su autor. La “pequeña historia del proceso” permite identificar circunstancias que tienen que ver con la víctima (por ejemplo que era zurda, que era manco, cojo), el lugar donde ocurrieron los hechos, permite identificar pisadas realizadas calzando zapatos con suelas de determinada modalidad o defecto, las circunstancias nacidas de todo lo que el delincuente hace pueden encontrar su expresión y dejar su rastro en la forma de cometer el crimen¹⁵. Esos indicios originados por el culpable en el lugar del crimen pueden ser, bien los producidos por él sobre las cosas (dedos) o los producidos por las cosas sobre su persona (sobre sus vestidos). No existiendo prueba histórica, tendremos que recurrir a la prueba indiciaria.

Sostiene Mittermaier¹⁶.

En la mayor parte de los casos se

15. C. J. A. Mittermaier. *Tratado de la prueba en materia criminal*, 9ª ed., Madrid, Edit. Reus, 1959, p. 428.

16. C. J. A. Mittermaier. *Tratado de la prueba...* *Cit.*, p. 429.

observa la falta de ciertos medios que, según las ideas comúnmente admitidas, dan origen a lo que se llama prueba natural, o, mejor dicho, no existen en la causa la inspección del juez, la confesión, ni los testigos del hecho. Pero el talento investigador del magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad en el raciocinio, apoyado en la experiencia y en los procedimientos que forma el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito. Estas circunstancias son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la providencia alrededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbró el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, o los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí o desviarlos; los mismos clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de la violencia. Todas estas circunstancias sirven de punto de partida al juez...

Dice Framarino¹⁷:

La gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por consiguiente, son muy pocos los hechos que podemos conocer por percepción directa de nuestros propios ojos. Este obstáculo lo superamos en parte por la observación directa de los demás, pues la mayoría de los hombres nos relatan lo que ellos han percibido y así el conocimiento de cada uno se sirve del conocimiento de todos. Pero esto también no es siempre posible, no sólo a la observación directa de nosotros mismos, sino también a la de otras personas que pudieran referírnoslas. Nos preguntamos si el hombre deberá renunciar por eso al conocimiento de tales hechos y permanecer en la oscuridad, y contestamos que no, por fortuna. Entre una cosa y otra existen hilos secretos e invisibles para los ojos corporales, pero cognoscibles para los ojos de la mente, tenues hilos que constituyen el medio providencial que nos sirve para llegar a la conquista de lo desconocido y con la ayuda de los cuales la inteligencia humana, partiendo de lo que conoce directamente, y llega a lo que no puede percibir de modo directo. Por esos caminos, invisibles a los ojos del cuerpo, es por donde el espíritu humano,

al encontrarse ante las causas, nos lleva a pensar en sus efectos, nos induce a pensar en las causas. Y esas vías pueden conducir muy lejos y muy alto. No ha sido acaso remontando la historia de los hombres y de las cosas hasta miles de años atrás, como el filósofo y el santo han descubierto, en el horizonte lejano, el uno, el infinito, y el otro a Dios.

No sería suficiente agregar que tendríamos que renunciar a indagar la intencionalidad de la persona cuando por ejemplo comete el delito de homicidio porque tendríamos que atenernos a un criterio de responsabilidad objetiva: si se ha producido la muerte, la persona (el victimario) tiene que responder por homicidio. Para poder buscar la verdadera intencionalidad del autor del hecho, tenemos que alejarnos del resultado y como juiciosos discípulos escrutar ciertas objetividades para saber si existe el llamado *animus necandi*. Esas objetividades son: A) Clase de arma, reiteración en su empleo, región afectada y distancia. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en relación con el escrutinio de las objetividades indicadas, ha dicho:

Reunidas marcan una muy segura orientación en la labor de señalar la índole de la disposición espiritual que acompañó al autor de la agresión¹⁸.

La jurisprudencia española ha dicho:

17. Nicola Framarino dei Malatesta. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, vol. I, Bogotá, Temis, 1973, p. 218.

18. Sentencia de Casación Penal, 3 de julio de 1992. M. P.: Gustavo Gómez Velásquez.

Para la determinación de la presencia del *animus necandi*, que diferencia las formas imperfectas de homicidio y sus tipos cualificados, del delito consumado de lesiones, se suele atender:

a) La naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entre el autor y la víctima: enemistad, resentimiento, amistad, indiferencia o desconocimiento...

b) La causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión.

c) Las circunstancias en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes, en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia —y en su caso seriedad, gravedad y reiteración— de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas.

d) Las manifestaciones del agresor, y de manera muy especial las palabras que acompañan a la agresión, que como dice la STC de 15 de enero de 1990 (R. 1990, 310): “constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva”; así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito.

e) La personalidad del agresor y del agredido, esto es, la llamada por los clásicos “índole del culpable”.

f) Como datos de especial relevancia, el tipo de arma utilizada o, lo que es igual, la idoneidad del medio empleado; la parte del cuerpo a que se dirija la agresión; la distancia entre ofensor y ofendido; la gravedad de la lesión ocasionada; la repetición de los golpes, lo que evidencia la reiteración de la voluntad homicida manifestada en la repetición de actos agresivos; en fin, a cuántos datos externos rodean el hecho; sin que esos elementos constituyan un *numerus clausus*, sino que todos los actos anteriores, coetáneos y posteriores han de conjugarse para fijar los propósitos o intencionalidades¹⁹.

8. Indicios necesarios y contingentes

El indicio se puede clasificar en:

8.1. Indicios necesarios

Es aquel hecho que de manera infalible, inequívoca, demuestra la existencia del hecho investigado. El indicio preciso es lo que la doctrina denomina indicio necesario²⁰.

19. Las hemos tomado de Rives Seva, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal*, 2ª ed., Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Pamplona (España), Edit. Aranzadi, p. 111.

20. “Ai fini previsti dall art. 192 con la precisione degli indizi si stigmatizza la circostanza indiziante inidonea a prestarsi ad interpretazione diversa (alternativa) da quella della prova del fatto ignoto (da dedurre): indizio preciso é, perciò, quello che la ricorrente dotrina qualifica indizio ‘necesario’”. (Para los fines previstos en el art. 192, con la precisión

La Corte Suprema de Justicia de Colombia ha dicho que el indicio es necesario cuando la inferencia que de él se hace se desprende del cumplimiento de las leyes de la naturaleza.

Nicola Framarino dei Malatesta²¹ afirma:

Pero dijimos que una cosa nos conduce a otra como a su causa, no sólo en lo referente a las modificaciones formales, sino también en cuanto a sus modalidades esenciales. En otras palabras, una cosa puede referirse a su causa no en cuanto ha sido modificada, sino en cuanto ha sido producida; es decir, que no es la modificación sino el modo natural y esencial de ser de la cosa que lo puede hacer pensar en su causa. De este modo el niño, que por sus condiciones naturales de ser revela un reciente parto, porque es un recién nacido, da a conocer esa condición, no simplemente por los criterios extrínsecos de la alteración o del cambio de lugar, sino por su modo natural de ser. Ahora bien, entre los efectos de esta especie y sus causas percibe a veces la mente humana rela-

ciones no simplemente ordinarias sino constantes, y en este caso el indicio no es contingente, sino necesario. Así, de la observación de ciertas leyes inmutables acerca de la manera como nace el hombre, se deriva una cadena de indicios necesarios, y en esa forma, la gravidez de la mujer, la existencia del feto en gestación en el útero de ésta, son indicios necesarios de su unión carnal con un hombre; y de la misma manera las condiciones naturales que presenta el recién nacido pueden servir de indicio necesario de un parto reciente: e igualmente, el ser que vive en este mundo prueba necesariamente que llevó antes una vida intrauterina en las entrañas de una mujer y que fue dado a luz. No obstante su reducido número, existen, pues, indicios necesarios.

De la fuerza que puede presentar la relación de causalidad que se establece entre el hecho indicador y el hecho indicado, relación de causalidad que es el conducto lógico del raciocinio indiciario, dedujimos el valor probatorio que puede presentar el indicio. Ahora bien, en este concepto sobre el valor de los indicios se funda la primera clasificación de ellos. Desde el punto de vista del valor, los indicios son de dos especies: indicios necesarios, los que revelan en forma cierta una causa determinada; e indicios contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto; los pri-

de los indicios se estigmatiza la circunstancia indicante como no idónea para una interpretación diversa [alternativa] de aquélla de la prueba del hecho desconocido [a deducir]: indicio preciso, por tanto, es aquél que la doctrina comúnmente califica como indicio "necesario". Tomado de *Commentario breve al nuevo Codice di Procedura Penale*. Giovanni Conso, Vittorio Grevi. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994, p. 237.

21. Nicola Framarino dei Malatesta. *Lógica de las... Cit.*, pp. 258-259.

meros se fundan en una relación constante de causalidad, los últimos se apoyan en una relación ordinaria de causalidad.

Escribe el profesor y maestro Gustavo Humberto Rodríguez²²:

Un efecto dado puede provenir de una causa única o varias causas pueden conducir al mismo efecto. Si la causa es única, la relación causal se hace inequívoca, necesaria. Si admite pluralidad de causas probables, la relación de causalidad es amplia, equívoca, contingente. De suerte que hay necesidad, causa y contingencia causal. O mejor, la causalidad puede ser necesaria o contingente.

Si hay causalidad necesaria, el indicio es necesario; si la causalidad es contingente, el indicio es contingente. Un indicio necesario es entonces aquél que depende necesariamente de una causa dada, o necesariamente produce un determinado efecto. Si no se da esa necesidad, se está en presencia de un indicio contingente. Es así como el artículo 231 del C. de P. P.²³ expresa: “El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación entre los hechos, que habiendo

existido el uno no puede menos que haber existido el otro”.

8.2. Indicios contingentes

Éstos se suelen clasificar en: a) graves, b) leves y c) levísimos.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de Colombia: “...pues la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia como medio de convicción que en ejercicio de la discrecionalidad reglada en la valoración probatoria realiza el juez, quien después de contemplar todas las hipótesis confirmantes e infirmantes de la deducción establece jerarquías según el grado de aproximación a la certeza que brinde el indicio, sin que ello pueda confundirse con una tarifa de valoración preestablecida por el legislador.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite al funcionario asignar el calificativo de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicante se perfila como la causa *más probable* del hecho indicado; de *leve*, cuando se revela sólo como una entre varias causas *probables*, y podrá darle la menuada categoría de *levísimo* cuando deviene apenas como una causa posible del hecho indicado.

Regla el artículo 388 del Código de Procedimiento Civil colombiano:

22. Gustavo Humberto Rodríguez. *Curso de derecho probatorio*, 4ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 1983, p. 277.

23. Se está refiriendo al Código de Procedimiento Penal Colombiano, expedido con el Decreto 409 de 1971.

Requisitos sustanciales. Son medidas de aseguramiento para los imputables, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención domiciliaria y la detención preventiva, las cuales se aplicarán cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso.

El artículo 441 del Código de Procedimiento Penal colombiano regla lo siguiente:

El fiscal dictará resolución de acusación, cuando esté demostrada la ocurrencia del hecho y existan confesión, testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier otro medio probatorio que comprometa la responsabilidad del imputado.

8.2.1. Nuestro criterio sobre el indicio grave

Existe indicio grave cuando entre el hecho demostrado plenamente (indicio) y el hecho por probar exista una relación lógica inmediata. Ejemplo: si encontramos en poder de una persona los objetos hurtados (hecho demostrado plenamente), este hecho se relaciona lógicamente e inmediatamente con el hecho investigado, que es establecer quién es el autor del delito. La relación debe ser lógica; es decir, surgir de la realidad y no de la imaginación, ni de la arbitrariedad; por tanto, la relación entre el

hecho base y el hecho presunto ha de tener un fundamento real, objetivo, independiente del sujeto que lo piensa²⁴.

Encontrar los objetos hurtados en poder de X es una relación probable de autoría. La relación debe ser inmediata, es decir, que el hecho demostrado plenamente, esté estrechamente vinculado con el investigado, que esté cercano. En el ejemplo propuesto, encontrar los objetos hurtados en poder de X es próximo, cercano al descubrimiento del autor del hurto (hecho investigado).

8.2.2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el indicio grave:

Se dice claramente que el legislador no podía definir qué es indicio grave, ya que ésta es tarea del intérprete frente al caso en estudio y porque de otra manera habría caído en un casuismo necesariamente incompleto dada la multiplicidad de inferencias que conducen a la posibilidad de los hechos o a su probabilidad y certeza.

Y agrega la Corte:

El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencia o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo

24. Eduardo Labandeira. *Las presunciones en el derecho canónico*, Pamplona, España, 1967, p. 55.

probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende pues del grado en que pueden sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos. Por vía de enunciación dícese que son indicios graves: las manifestaciones serias e inequívocas previas al delito, evidenciadas, por ejemplo, cuando la víctima de un ultraje anuncia explícitamente vengarse del ofensor y al poco tiempo aparece apuñalado el cadáver de éste, la propiedad del arma homicida; el encuentro de la persona secuestrada en casa o local del imputado o bajo su vigilancia coactiva; la tenencia de objetos con que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución; la ocultación deliberada del sujeto (no por mera ignorancia o por casualidad), mediante fuga o con cualquier otro ardid; borrar las huellas del delito, como cuando se lavan las prendas ensangrentadas del muerto o se esconden las cosas sustraídas a otro; el ofrecimiento de indemnizaciones a las víctimas o a sus familiares; el intento de corrupción, mediante soborno o cohecho de los funcionarios

que investigan o intervienen en el proceso; la súbita prosperidad económica sin motivo que la justifique, ostensible en la adquisición de objetos inalcanzados antes, respecto del peculado, infracciones contra la propiedad y otras afines; la presencia inmediata en el lugar del delito, con anterioridad a su comisión o al tiempo de ejecutarse o poco después, máxime cuando se destruyen bienes vinculados a la infracción o que la materializan; el hallazgo en poder del sindicado de las cosas sustraídas. En los anteriores ejemplos, la probabilidad de la inferencia está representada por la compenetración objetiva entre el conocimiento y la forma como se desenvuelven los datos reales y será tanto más aproximativa a la evidencia cuantas menos posibilidades distintas resulten²⁵.

Estamos de acuerdo con la tesis de la Corte, sólo agregando que es posible todo lo contingente; es decir, lo que tiene aptitud para ser, lo que puede suceder o no. A su vez, probable es el juicio de existencia de un hecho, cuando está fundado en razones prudentes, la probabilidad es una especie de lo posible, pero fundada en “razones serias y estables”.

25. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. M. P.: Luis Carlos Pérez, Sentencia de mayo 26 de 1971, *G.J.*, N^{os} 2340 a 2345.

8.2.3. Doctrina y jurisprudencia italiana

La doctrina y jurisprudencia italianas dicen:

Al respecto debe considerarse qué graves son los indicios consistentes, es decir, resistentes a las objeciones, y, por tanto, creíbles y convincentes²⁶.

Igualmente se dice que: la gravedad del indicio significa que el hecho probado (notorio) debe tener una relevante cercanía lógica con el hecho desconocido²⁷.

9. Valoración de la prueba indiciaria

Empecemos con un ejemplo en materia penal, tomando el siguiente caso²⁸:

Pequeña historia del proceso. Señalan los autos que en las primeras horas de la noche del 1º de diciembre de 1979, varios sujetos desconocidos penetraron al establecimiento comercial “X” de esta ciudad de Bogotá, de donde, de manera violenta, sustrajeron objetos y dinero en efectivo valuados en la suma de

X pesos. El declarante J, en el F-2 de la Policía reconoció en una fotografía a MAD como uno de los autores del ilícito.

Capturado que fue MAD negó toda participación en los hechos que se le atribuyen, afirmando que para entonces se encontraba en la ciudad de Bucaramanga. Sus propios familiares negaron que por la época de los hechos se encontrara en la ciudad de Bucaramanga.

En el expediente, igualmente, existen varias constancias que acreditan que el señor MAD ha sido sindicado en precedentes ocasiones.

En su poder fueron encontrados muchos y valiosos objetos, que contrastan con las modestas entradas que dice recibir como zapatero.

Los indicios son partes accesorias de un todo y cada uno tiene que ocupar su lugar, determinándose unos con otros en este caso: la falsa coartada, haber sido sindicado por varios hurtos, tener una cantidad de objetos de los más variados que no podía obtener con sus modestas entradas de zapatero. Esto es lo que se llama concordancia y estos hechos permiten hacer inducciones-deducciones que conducen a señalar al señor MAD como uno de los autores del hurto, que es lo que se llama convergencia. La concordancia se predica de los hechos y la convergencia del proceso lógico que relaciona los distintos hechos con uno distinto investigado. En este caso, que

26. “Al riguardo deve ritenersi che gravi sono gli indizi consistenti, cioè resistenti alle obiezioni, e quindi attendibili e convincenti”.

27. “La ‘gravità’ dell’indizio sta a denotare che il fatto deve avere una rilevante contiguità logica con il fatto ignoto. *Op. Cit.* Conso-Gravi, Cedam, p. 237.

28. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 13 de 1984, M. P.: Luis Enrique Aldana Rozo.

el señor MAD es autor del delito de hurto.

Al respecto dice Antonio Dellepiane²⁹:

Observaremos, desde luego, la confusión de ideas e incorrección de todos los tratadistas al emplear las palabras concordancia, convergencia, concurrencia y otras análogas, como sinónimos. Así, López Moreno escribe: “Cuando varios hechos diferentes se relacionan por diversos modos con un tercero, induciéndose (sic) éste de aquéllos por distintos caminos, resulta lo que se llama concurrencia o convergencia de los indicios y constituida la prueba artificial”.

Para nosotros, concordancia y convergencia son diferentes: la primera se refiere a los indicios o hechos indicadores, la segunda a las deducciones o inferencias indiciarias. Son éstas, las deducciones o inferencias formadas con los indicios, las que convergen o concurren a un mismo punto, esto es, a una misma conclusión, por ejemplo: fulano es el autor. En cuanto a los indicios o hechos indicadores no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensamblan los

unos con los otros, de manera a constituir un hecho natural, lógico, coherente. Y ¿por qué esta concordancia de los indicios o acuerdo de los hechos? Lo hemos ya insinuado: porque siendo los indicios hechos accesorios de un hecho principal, o partes circunstanciales de un suceso único, de un pequeño drama humano, deben necesariamente obedecer a la ley de las tres unidades de tiempo, de lugar y de acción; de modo que cada indicio, como los episodios de una tragedia, estará obligado, al combinarse con los otros, a tomar su lugar correspondiente en el tiempo y en el espacio, y todos a coordinarse entre sí, cada uno según su carácter o naturaleza, según las relaciones de causa a efecto, de medio a fin, de coexistencia, etc., que los vinculan, y en conformidad con las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, empleando la fórmula de Montesquieu.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Penal, ha dicho:

En la valorización de la prueba indiciaria, el juzgador no debe considerar aisladamente cada hecho, con independencia absoluta los unos de los otros, pues su resultado, para los fines del proceso, no se obtiene sino por la coordinación de los indicios entre sí, y por la relación de dependencia que ofrecen los unos con los otros para llegar a la

29. Antonio Dellepiane. *Nueva teoría de la prueba*, 9ª ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 89, 90.

comprobación del hecho que se trata de demostrar³⁰.

En esta misma sentencia se cita otra de la Corte del 2 de diciembre de 1944:

Los indicios no necesarios pueden constituir plena prueba de la responsabilidad cuando, analizados en su conjunto, pluralidad, precisión, gravedad y conexión, inequívocamente señalan al procesado como autor de la infracción.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Civil, ha dicho:

Con el propósito de buscar seguridad y acierto en las deducciones o inferencias del juez, el artículo 249 del C. de P. C., en armonía con la ciencia de las pruebas, establece que para atribuir eficacia probatoria a los indicios, éstos deben apreciarse en “conjunto”, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. La gravedad es el requisito que mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión dice relación al carácter del indicio que conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la conexidad o concordancia, a que llevan a una misma con-

clusión o inferencia todos los hechos indicativos³¹.

A esta sentencia sólo hay que observarle que lo que llama concordancia es convergencia en sentido estricto, de conformidad con lo explicado.

10. Italia

El artículo 192 del Código de Procedimiento Penal italiano dice:

Valoración de la prueba... 2. No podrá deducirse la existencia de un hecho por medio de indicios, a menos que éstos sean graves, precisos y concordantes.

Se ha dicho:

Del art. 192, inciso 2º, se deduce el principio con base en el cual al juez no se le puede extraer elementos de convicción de los indicios: es decir, de circunstancias probadas (notorias) no directamente representativas del hecho a probar, circunstancias que, si se toman en consideración, permiten llegar a conocer la existencia de un hecho no probado (no notorio), indispensable para la conclusión del juicio. Con la consecuencia que, para fines de formación de su propia convicción, en ejercicio del poder discrecional que la ley le otorgó acerca de la indivi-

30. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 16 de junio de 1950, *G. J.*, T. LXVII, p. 520.

31. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 3 de marzo de 1984, *M. P.*: Humberto Murcia Ballén. No publicada oficialmente.

dualización de las fuentes de prueba y del control sobre la inadmisibilidad o la resolución de éstas, el juez de mérito tiene la potestad y el deber de escoger entre los elementos probatorios presentados para su examen, aquéllos que considere más idóneos para tomar la decisión (justa), siempre y cuando, aunque no sean (directamente) representativos del hecho a ser probado, sean graves, precisos y concordantes³².

Graves son los indicios consistentes, es decir, resistentes a las objeciones y, por tanto, creíbles y convincentes; *precisos* son aquéllos no genéricos y no susceptibles de una interpretación diferente, igual o mayormente verosímil y, por tanto, no equívocos; *concordantes* son aquellos indicios que no se contradicen entre ellos mismos e incluso con otros datos o elementos ciertos. Cuando tienen estas características, los indicios pueden constituir prueba de un hecho, si se valoran en su conjunto y en coordinación lógica³³. Para que de él pueda deducirse la existencia de un hecho, la circunstancia asumible como indicio debe ser *cierta*. Este requisito, aunque no lo indique expresamente el art. 192, debe consi-

derarse *insito* en la provisión de este precepto. En efecto, con la certeza del indicio se postula la verificación procesal acerca de la real existencia del indicio mismo, puesto que no se podría fundamentar la prueba crítica (indirecta) sobre un hecho verosímelmente ocurrido, supuesto o intuido, valorando de manera inadmisibile —en contra de postulados indiscutibles de la cultura jurídica— imaginaciones o impresiones personales de quien decide³⁴. Para los fines indicados en el art. 192, el requisito de *gravedad* del indicio puntualiza la capacidad demostrativa, es decir, la pertinencia del dato respecto del *thema probandum*; no se puede, de hecho, utilizar como prueba un indicio al cual se le puede atribuir un significado muy diferente de aquél que se infiere (en la relación lógica entre hecho probado [notorio] y hecho a deducir)³⁵. Precisos: son aquéllos no genéricos y no susceptibles de una interpretación diferente, igual o mayormente verosímil y, por ende, no equívocos; concordantes son aquellos indicios que no se contradicen entre ellos mismos e incluso con otros datos o elementos ciertos. La precisión del indicio, particularmente, supone su certeza en el sentido de la acertada verificación histórico-naturalista de la circunstancia que lo constituye, por la objetiva

32. C-13-21-91, Grillo y otro, A n. proc. pen. 92, 623; conforme C-5-6-92, Minniti, ivi 92, 807.

33. C-30-1-91, Bizzantino, C. Pen. 92, 2795, *cf.*: C-20-6-91, Pernice, ivi, 92, 1849 *supra* & III, I.

34. C-13-12-91, Grillo y otro. A. n. proc. pen. 92-619. Conf. C-25-1-93, Bianchi, ivi, 93, 48.

35. C-13-12-91, Grillo y otro, ivi, 92, 619.

existencia directamente o por deducción inequívoca y segura de otros elementos; por exclusión, en contra, de la significación disconforme o antitética. La verificación objetiva y rigurosa del dato desconocido, al cual se puede llegar sobre la base indiciaria, debe ser la salida necesaria y estrictamente consecucional, en el plano lógico-jurídico, de las premisas indiciarias en el hecho, con la exclusión de cualquier otra solución proyectable, en términos de equivalencia o de alternativa. En otras palabras, el juicio concluyente debe ser el único posible de acuerdo con los elementos disponibles, según los criterios de racionalidad dictados por la experiencia humana³⁶. Dentro del tema de requisitos que los indicios deben poseer para tener valor probatorio, *la precisión* del indicio significa que el hecho probado (notorio) debe ser indiscutible, cierto, en su objetividad, no siendo lógicamente deducible un hecho desconocido de un hecho a su vez hipotético; *la gravedad* del indicio significa que el hecho notorio debe tener una relevante cercanía lógica con el hecho desconocido; finalmente, *la concordancia* indica que los indicios, precisos en su ser, lógicamente próximos al

hecho desconocido, deben moverse en la misma dirección, deben ser lógicamente del mismo signo. *La precisión* y *la gravedad*, además, deben aseverarse poniendo los indicios al estudio ante todo de manera separada y, en un segundo momento, particularmente en lo que atañe a la gravedad, de *manera conjunta*, pudiendo la gravedad de unos adquirir cuerpo por la verificada gravedad de los otros, mientras la “concordancia” debe valorarse confrontando los indicios y poniendo de manifiesto si éstos, en el plano lógico, convergen o divergen. Finalmente, debe resaltarse que entre mayores sean las características de graves, precisos y concordantes de los indicios, más fácil es el juicio de probabilidades.

11. Criterios para la valoración de la prueba indiciaria tomados de la doctrina italiana

Lo hemos tomado del libro *Commentario breve al nuovo Codice di Procedura Penale*, de Conso y Grevi:

1. La valoración de la prueba indiciaria debe caracterizarse por el máximo rigor y por la más absoluta rectitud, para conseguir aquella certeza moral que constituye el supuesto lógico necesario para una sentencia de condena, así como para neutralizar al mismo tiempo el peligro de la aproximación a la cual puede justamente conducir la prueba indiciaria³⁷.

36. C-24-6-92, Re, ivi 93, 172. Ver infra & v, 2 y 3. Tomado de Commentario Breve al nuovo Codice di Procedura Penale. Conso, Grevi. Cedam. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994.

2. En ausencia de pruebas directas, el juez –en el libre proceso de formación de su convicción– puede *fundar legítimamente el juicio de responsabilidad en pruebas indirectas* (indicios) siempre y cuando del análisis crítico de los resultados procesales examinados en su secuencia lógica se pueda llegar, por la univocidad y convergencia de los mismos, a la *certeza*. Es decir, es necesario que los elementos indirectos, judicialmente acertados, constituyen la premisa segura de un silogismo, en virtud del cual se pueda llegar con rigor lógico a un juicio de certeza del hecho desconocido³⁷. La prueba indiciaria, reglamentada por el art. 192, inc. 2, es aquella que, sobre la base de indicios “graves, precisos y concordantes” que deben valorarse según criterios de rígida consecuencialidad lógico-jurídica, permite la reconstrucción del hecho y las relativas responsabilidades en *tales términos de certeza que excluyan la perspectiva de cualquier otra solución razonable*. Sin embargo, excluir la más abstracta y remota de las posibilidades según la cual, en oposición con cada una y cualquiera de las similitudes y como consecuencia de una hipotética e inusual combinación de factores imprevistos e imprevisibles, la realidad de las cosas haya sido diferente de aquella reconstruida

con base en los indicios disponibles. En efecto, si así fuera, ya no se debería hablar de una “prueba indiciaria” y de indicios aptos para sustentarla, sino de demostración *per absurdum*, según reglas que son propias únicamente de las ciencias exactas, cuya observación no se puede por tanto pretender en ejercicio de la actividad jurisdiccional³⁹.

3. En el procedimiento indiciario, cada indicio siempre debe ser real, cierto y unívoco para asumir el rango de elemento probatorio; además, para fines de prueba se necesitan más indicios graves, unívocos y concordantes, valorados *en su conjunto*. Conforme el art. 192, la *rigurosa y objetiva verificación del dato desconocido* debe ser la salida necesaria y estrictamente consecuencial, en el plano lógico-jurídico, para dar *certeza a la capacidad de atribuir el hecho ilícito* a un comportamiento concluyente del imputado; excluyendo cualquier otra solución lógica, en términos de equivalencia y alternación, sobre la base de los elementos indiciarios debidamente examinados, e indicando los criterios, exentos de vicios, de valoración de la prueba⁴⁰. El juicio sobre la gravedad, la precisión y la concordancia es el fruto de una *valoración unitaria y sintética*,

37. C-2-7-90, Maiolo, A. n. proc. pen. 91, 294.

38. 5-3-91, Belleri, ivi 92, 131.

39. C-2-3-92, Di Palma, ivi, 92, 620.

40. C-8-2-91, Ventura, C. pen. 92, 2160.

no atomizada, de todos los elementos objeto de consideración, de manera tal que permita llenar las lagunas que cada elemento trae fatalmente consigo, y que en el plano deductivo representan las limitaciones de la capacidad del único hecho notorio tomado en consideración por el juez, para demostrar la existencia del hecho desconocido⁴¹. *Una serie de elementos indiciarios unívocos y concurrentes*, debidamente valorados tanto individual como globalmente por el juez de mérito, bien pueden estar en la base de la declaración de responsabilidad del imputado⁴². Dado que el indicio es significativo de una pluralidad, mayor o menor, de hechos no notorios (entre los cuales está aquél que se quiere probar), para la valoración de la multiplicidad de indicios es necesaria una previa valoración de la capacidad indicativa de cada uno de ellos –aunque sea posible y no unívoca– sobre la base de *reglas probadas de experiencia* y de *criterios lógicos y científicos*; posteriormente, es necesario y por supuesto imprescindible un examen global y unitario, a través del cual la relativa ambigüedad indicativa de cada elemento probatorio pueda resolverse, porque en la valoración de conjunto cada indicio se suma y se integra con los demás, así que el límite de validez de cada uno resulta superado y la incidencia positiva

probatoria se exalta en la composición unitaria, de manera tal que confiere al conjunto indiciario cargado y unívoco un significado demostrativo, por el cual se puede afirmar que se obtuvo la prueba lógica del hecho⁴³. El elemento indiciante debe ser, por su naturaleza, históricamente cierto. Para fines probatorios, sin embargo, éste se caracteriza por su valor probable, donde al resultado final, que excluye la posibilidad de una solución diferente, se puede llegar únicamente a través de una *pluralidad de indicios* que sean graves, precisos y concordantes, justamente porque *quae singula non probant, simul unita probant*. *La insuficiencia del dato indiciante individualmente considerado*, incluso grave y preciso, es entonces connatural al carácter mismo del indicio; lo esencial es que la univocidad de las pruebas se alcance por medio de los nexos y la confluencia unívoca de los múltiples indicios, evitándose, por parte del juez de mérito, el error de una valoración fraccionada y, como tal viciada por la apariencia, no habiendo ésta tenido en cuenta el significado que emana de la *sinergia* indiciaria.

12. Conclusiones

12.1. En todos los países se pueden utilizar como prueba los indicios. El convencimiento del Tribunal (Alemania)

41. C-5-3-91, Caló, *ivi* 92, 1010.

42. C-21-10-91, Pappalardo, R. pen. 92, 576.

43. C. s. u. 4-2-92, Ballan y otros, C. pen. 92, 2662.

puede fundarse también en una prueba de indicios.

12.2. El indicio debe ser objeto de prueba, es decir, debe estar probado, que es lo que recalcan la doctrina y jurisprudencia italianas, cuando se refieren que la circunstancia asumible como indicio debe ser *cierta*. Puesto que no se puede partir de supuestos o ideaciones del intérprete.

12.3. Una vez que el hecho (indicio base) indicio ha sido probado, es que sirve de medio de prueba, señalándonos un hecho desconocido por enfoque mental, mediante el empleo de las reglas de la experiencia común.

12.4. Por regencia constitucional, en todos los países se deben explicitar, con el mayor rigor y honradez, los elementos del indicio, entendiendo por ellos: a) El hecho probado (notorio); b) La regla de la experiencia común empleada; c) El enfoque mental utilizado o mejor dicho el razonamiento empleado; d) El hecho mostrado⁴⁴.

44. La sentencia del STC 229/88, de 1º de diciembre, resume la doctrina del Tribunal Constitucional español en la siguiente forma:

“Desde su STC 31/1981, este Tribunal ha señalado reiteradamente que, si bien el juzgador dicta sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados” (art. 741 L. E. Cr.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona. No basta, por lo tanto, con que se haya practicado alguna prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud; es

12.5. Cuando no se explican los elementos del indicio, se coloca al encartado (enjuiciado), en indefensión y por otra parte se viola el principio de presunción de inocencia.

12.6. Explicitando el órgano judicial los elementos del indicio, el encartado puede enjuiciar cualquiera de ellos, por ejemplo demostrar que se supuso el hecho base, que no se encuentra demostrado, o que lo está con prueba ilícita o prueba ilegal. O si es del caso enjuiciar el segmento donde propiamente el indicio cumple la función de medio probatorio.

preciso que el resultado de la misma sea tal que pueda racionalmente considerarse de “cargo”, es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

“El Tribunal ha precisado también (SST-174 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas– y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia ésta última que deriva también del artículo 120.3 de la Constitución, según el cual las sentencias deberán ser siempre motivadas, y del artículo 24.1 de la misma, pues de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en el derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo” (Végas Torres, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid [España], Edit. Ley, 1993, pp. 137 y 138).

12.7. Se acepta la existencia del llamado *indicio necesario*, el cual sería suficiente para dictar, con base en él, sentencia. Sin embargo, la vida real nos muestra que a menudo tenemos indicios contingentes y nos veremos obligados a estudiarlos en conjunto.

12.8. El estudio en conjunto supone tener en cuenta:

12.8.1. Su *gravedad*, es decir, su inmediatez con el hecho a mostrar.

12.8.2. Que sean *precisos*, es decir, que no sean producto de las reflexiones, sino que se concreten al caso. O como dice la doctrina italiana: son aquellos no genéricos y no susceptibles de una interpretación diferente, igual o mayor-

mente verosímil y, por tanto, no equívocos.

12.8.3. *Concordantes*: son aquellos que ensamblan en forma natural y que en el campo de la lógica no se contradicen entre ellos mismos e incluso con otros datos o elementos ciertos.

12.8.4. *Convergentes*: que todos confluyan a desplazar la racionalidad del funcionario hacia la autoría y responsabilidad de la persona o personas vinculadas al proceso.

12.9. No cabe duda que con un estudio de los indicios en la forma indicada se puede tener la tranquilidad que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada sin subjetividades ni ideaciones del intérprete.