

INDICIOS Y PRESUNCIONES

Gustavo Peláez Vargas
Ex-profesor de Pruebas Penales

La prueba por indicios era considerada antes como de segundo orden y mirada con suma desconfianza, pues se estimaba como reina de las pruebas a la confesión. La época actual, en virtud del desarrollo civilizatorio, de los adelantos de la técnica y de la forma científica como se tratan los indicios, considera este medio probatorio como uno de los más importantes, y ha adquirido en la investigación criminal una especial categoría. Además como afirma Vishinsky, las pruebas indirectas "con frecuencia son las únicas pruebas de la causa" (1).

En nuestro régimen probatorio penal, si no se presenta en general como decisivo en la sentencia, si lo puede ser respecto al auto de detención y al de proceder, conforme a los artículos 439 y 481 del C. de P.P.

El indicio es una presunción que consiste en estimar la existencia de un hecho en virtud de la demostración de otro. Para Dellepiane, "Es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho probado, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido". (2)

PRESUNCIONES

Las presunciones, que constituyen una ~~conclusión o juicio~~ anticipado, se dividen en legales y judiciales o de hombre; ~~éstas últimas son~~ propiamente los indicios. Las legales pueden ser de derecho simple y que admiten prueba en contrario, y de derecho y por derecho que no admiten desvirtuación por medio de prueba. Las primeras son admitidas en forma taxativa en las legislaciones y como medio de resolver situaciones difíciles desde el punto de vista de la prueba y con relación a la personalidad de ciertos procesados, v.gr. los delincuentes contra la propiedad. Nuestro código las reglamenta mediante los artículos 232 y 233; en virtud de la presunción consagrada en el último artículo citado, se estima responsable al individuo de un hecho delictuoso, en cuanto concurren las circunstancias allí enumeradas, mas no puede considerarse por ello que en tal evento es al procesado a quien corresponde probar lo contrario, es decir, que se invierte la carga de la prueba. No, en materia penal, como se ha dicho antes, corresponde la demostración al juzgado, por cuanto el proceso penal está totalmente informado por el principio de la verdad material, y el artículo 334, en su ordinal 1º preceptúa que el funcionario instructor tiene el deber de investigar, especialmente, "Si realmente se ha infrin-

gido la ley penal”, y en el ordinal 2º, “Quién o quiénes son autores o partícipes de la infracción”; y mediante el artículo 335 le impone la obligación de investigar, no solamente las circunstancias que señalan o agravan la responsabilidad, sino también las que atenúan o eximan. De donde se concluye que, no obstante constituir las presunciones “verdades interinas”, “pruebas preventivas” por mandato de la ley, que es lo que viene a significar la presunción legal, no puede el funcionario detener ahí su labor, sino que está obligado a verificarlas hasta donde le sea posible, y a tratar de asegurarse que esas presunciones coinciden o no con la verdad material.

“Etimológicamente la palabra *presunción* se forma de dos voces latinas: *sumare* (tomar), y la preposición *prae* (antes), y equivale, por tanto, a tomar por verdadero o por cierto, ya un hecho, o un derecho, antes de que se pruebe. De un hecho conocido se deduce otro desconocido. (3)

Las presunciones se establecen dentro del procedimiento, sólo en virtud de la necesidad social y del orden público, y se fundan en principios científicos demostrados. Su surgimiento en el Derecho obedeció especialmente a “que el legislador temía que el juez fuese demasiado tímido al hacer uso de la prueba indiciaria” (4), y se justifica en la actualidad, porque se requiere facilitar la decisión del juez en determinadas cuestiones de hecho, que una vez presentes en el proceso, o se aporta la prueba de inocencia, o surge inexorablemente la condena.

En nuestra legislación probatoria penal, queda solamente la contemplada en el artículo 232 del C. de P. P., y referente a la responsabilidad por los delitos de robo y hurto.

Según la mencionada disposición, son requisitos necesarios para que pueda surgir tal presunción, los siguientes:

1º. Que se trate de proceso adelantado por los delitos de hurto o de robo. Obedece ello a la necesidad de dar al juez medios más eficaces en la lucha contra esta clase de delincuentes, que como es obvio, son los que generalmente están en mejores condiciones para evadir la acción penal.

2º. Tener en su poder la cosa hurtada o robada, lo que puede ocurrir no sólo por tenerla personalmente, sino también cuando otra persona lo hace a su nombre. O haberla enajenado con posterioridad

a la sustracción ilícita, por cuanto esto último indica haberla tenido después de que fue sacada del poder de' dueño; y

3º- Haber sido el sindicado anteriormente condenado por delito contra la propiedad, siempre que tal sentencia esté ejecutoriada. Conviene indicar que la prueba de esta circunstancia no puede ser otra que la copia de la sentencia, debidamente expedida o identificada.

Las presunciones de derecho y por derecho, y que como tales no admiten prueba en contrario, carecen de aplicación en el proceso penal con relación al régimen probatorio, ya que se oponen al principio de la verdad material, en virtud del cual se busca, no un autor, sino al autor del delito.

En el proceso penal sólo tienen tales presunciones aplicación como forma de oposición a nuevo proceso mediante la invocación de cosa juzgada, y como conocimiento de la ley en virtud del principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio que es hoy sometido a debate en virtud de la complejidad de la legislación penal moderna.

INDICIOS

La presunción judicial, de hombre, o indicio, es la deducción que por vía de inferencia obtiene el juez, en virtud del enlace de ciertos hechos con el que se trata de probar. El Código en el artículo 229 lo define diciendo que "Se entiende por indicio un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho".

"En lo penal, la prueba de indicios es de necesidad y utilidad innegables. Con razón se ha dicho que sin ellos habría que borrar del código varios delitos. porque serían indemostrables. Es obvio, porque de los actos civiles el acreedor suele tener el cuidado de asegurar previa o coetáneamente la prueba, mientras que los delitos se generan en la sombra" (5).

"Uno de los méritos indudables de esta clase de prueba es su objetividad absoluta: las cosas son cosas, los hechos son hechos, y éstos como es sabido, son tozudos. Las huellas del delito, las señales de lucha en la persona sospechosa, la mancha de sangre en su vestido, unos cabellos en la agarrotada mano del muerto, son indudablemente, pruebas objetivas, capaces de influir decisivamente en el resultado del proceso; precisamente en esa objetividad de las cosas estriba su gran po-

derío como prueba, como fuente de la convicción judicial. El segundo gran mérito es su naturalidad, su falta de artificio, su autenticidad, por tanto". (6). Sin embargo, con sobrada razón, Gorphe enseña que si es verdad esa objetividad y se dice de ellos que no pueden mentir como los testigos, "ellos pueden ser engañosos y provocar ilusiones sobre apariencias falsas" (7), lo que obliga a ser sumamente cautelosos en su admisión y en su examen, lo mismo que en su valoración.

El indicio ha sido entendido, en general, como un silogismo; y aunque exactamente no lo constituye por exigir éste una deducción necesaria, si da tal concepción una idea clara y muy aproximada de él como indiferencia, especialmente si se atiende a la clasificación que del mismo se hace en necesario, grave, leve y levísimo.

Tomado de esa manera, consta de una premisa mayor conformada por un hecho de general experiencia, una premisa menor que es el hecho indicador, y la conclusión constituida por la inferencia que se hace. Ocurre así cuando se dice que generalmente quien huye fue porque realizó algo malo (premisas mayor, hecho de general experiencia), Pedro huye (premisas menor, hecho indicador), luego Pedro realizó algo malo (conclusión o inferencia).

Importancia del hecho indicador. De la definición dada por nuestro legislador del indicio, y de su concepción como silogismo, surge la gran importancia del hecho indicador. En el ejemplo anterior, la demostración de que Pedro huye permite conjeturar sobre su conducta, y otros hechos indicadores permitirán dirigir el conocimiento a la forma de la realización del hecho delictuoso, o a la existencia de éste.

En presencia de una charca de sangre se halla la posibilidad de un homicidio o lesiones; la puerta o ventana perforada, podrá indicar la manera como penetraron al domicilio, y negar la presencia en el lugar del delito puede señalar al autor.

Prueba del hecho indicador. Ordena el artículo 235 del Código, que "Para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar probado plenamente". Es decir, que haya sido acreditado en el proceso de manera que se presente su existencia a la mente del fallador como indudable, por cuanto es un hecho que sirve para llegar a una probabilidad o conjetura, y no ofrece ninguna garantía ni seguridad la inferencia que no se funda en un hecho cierto. La vacilación, la duda, la falta de certeza, impiden el raciocinio para llegar a la conclusión de lo que se pretende demostrar.

El hecho indicador puede ser demostrado, plenamente, por cualquiera de los medios de prueba, excepto por el indicio, a menos que éste sea necesario; el indicio es inferencia, probabilidad, y resultaría así probabilidad de probabilidad, (8) que a nada conduce en el campo de la demostración, ya que no puede así producir certeza.

Unidad del indicio. Según el artículo 234 del Código, “Las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio”. Esta explicación del código, aunque no necesaria de manera estricta, si es conveniente a fin de evitar malos entendimientos.

Cuando se demuestra en el proceso penal que Pedro estuvo en las cercanías de la casa en donde se cometió el delito, que dentro de ella se halló su cédula de ciudadanía y que alguien lo vio salir de ese lugar, todos estos hechos confluyen a demostrar no varios hechos indicadores, sino tan solo el de presencia, el de haber estado en el lugar; y en forma alguna dan lugar las distintas demostraciones, del hallazgo de la cédula, de la salida y la de estar en las cercanías, a considerarlos como distintos hechos indicadores, sino el mismo, apoyado en distintas demostraciones.

La norma antes citada es de suma conveniencia, para evitar que, de distintos momentos o circunstancias puedan, con ausencia de toda lógica, concluir en una pluralidad de indicios que puede afectar indudablemente la apreciación final de la prueba.

El contraindicio. Llamado también indicio de descargo, es un hecho cuya inferencia destruye la de un indicio demostrado en el proceso; v. gr.: Hallada un arma de propiedad del sindicado en el sitio del homicidio, o demostrado que con ella se cometió el delito, el contraindicio sería la demostración de que, antes de la comisión del hecho delictuoso había dejado de poseerla porque la había vendido, o porque se la habían sustraído, etc.

El contraindicio se ajusta en general a todas las exigencias del indicio. Así, el hecho conraindicador debe estar plenamente demostrado; no será suficiente su sola enunciación o apariencia. Lo contrario sería permitir que la “inferencia lógica”, que descansa sobre un hecho probado, sea desconocida por una simple explicación sin fundamento suficiente. La fuerza lógica del indicio sólo la destruye la plena demostración de un hecho que indica lo contrario.

También en cuanto a los distintos momentos o circunstancias, el hecho contraindicador es uno, a pesar de la demostración que de él se haga por distintos medios y diferentes circunstancias. Los testigos que afirman que con anterioridad vieron negociar el revólver, la demostración de la entrega del mismo y el cheque con el cual fue cubierto su valor, sólo prueban un solo hecho: la venta del revólver antes de la comisión del hecho delictuoso.

Diferencia entre indicio y sospecha. Porque ambos sirven para una inferencia, con demasiada frecuencia se da a la sospecha la calidad de indicio y se la emplea, equivocadamente, como medio de prueba. Es necesario sin embargo, diferenciarlos claramente, para evitar los peligros que su confusión acarrea.

Sospechar, según la Real Academia de la Lengua, es “Aprehender o imaginar una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad”. Cuando en el lugar de comisión del hecho delictuoso se encuentra un objeto que se cree o se reputa como del sindicado, pero sobre el cual no existe prueba plena, se está en presencia de una sospecha, la que puede servir al funcionario instructor de base para sus investigaciones, pero en manera alguna puede tenerse como fundamento para concluir respecto a la presencia de ese individuo en el lugar del hallazgo del objeto. Para que esta sospecha se torne en indicio, es necesaria la prueba de que lo hallado sí le pertenecía.

Con razón afirma Dellepiane: “la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (*lato sensu*) que requiere verificarse”. (9).

El indicio y la sospecha, parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica y jurídica; en cambio la sospecha, carece de tal demostración, se funda en suposición, conjetura, apariencia.

Clasificación de los indicios. Las distintas clasificaciones que se conocen de los indicios obedecen comunmente al factor que las determina, y son las siguientes las más usuales en general.

En atención al momento de comisión del delito, han sido divididos en antecedentes, concomitantes y subsiguientes.

Con relación al objeto que se refieren, en generales y particulares.

En consideración a su valor probatorio, en necesarios, graves o vehementes, leves y levísimos.

Atendiendo a sus efectos, en de cargo y de descargo o conraindicio.

En virtud de la forma de relación con el delito, en próximos y remotos.

Y por razón de su procedencia, en reales o materiales y en personales o morales.

Son indicios *antecedentes*, los que hacen relación a hechos anteriores al delito, tales como las amenazas, la enemistad anterior, los actos preparatorios, etc. *Concomitantes*, los que se refieren a situaciones o circunstancias acaecidas en el momento del hecho delictuoso, como la presencia en el lugar de comisión del mismo, o movimiento sospechoso o indicador de participación coetánea a la comisión. Y *subsiguientes*, los relativos a actividades posteriores al delito, como la fuga o manifestaciones sobre la forma de realización del hecho.

Se entiende por indicio *general*, el que puede darse en todos los delitos, como la presencia en el lugar o la fuga; y *particular*, el que sólo puede presentarse en determinados delitos, como las huellas dejadas en una caja fuerte o las manchas de sangre, que indican la comisión de distintas clases de delitos.

Son llamados *indicios de cargo*, de culpabilidad, o indicios propiamente dichos, aquellos que tienden a demostrar la actividad delictuosa, como tener en su poder los objetos robados o cuchillo con manchas de sangre humana; y de *descargo o conraindicios*, cuando llevan a la conclusión contraria de un indicio, como demostrar la honesta procedencia de los objetos a otro robados, o la de que la sangre hallada en el cuchillo pertenece a otra persona.

“Son indicios *próximos*, los que están unidos con el delito por un vínculo directo; pero sin que lo supongan necesariamente, tales como la posesión de efectos hurtados, la enemistad capital entre el acusado y la víctima, la compra de los instrumentos propios para cometer el delito, etc.

Indicios *remotos* son los que no tienen una relación directa con el delito, tales como los malos antecedentes del acusado o su fuga". (10).

Son *indicios reales o materiales* los que están constituidos por rastro, huella, vestigio o cualquiera otra circunstancia material indicadora de la comisión del delito o de su autor, como la perforación de cerraduras o las huellas dactilares; y *personales*, los que hacen relación a la persona no atendiendo a su físico, sino a su personalidad, es decir, a su aspecto moral, como el odio profesado a la víctima o la capacidad para delinquir.

La división en necesarios, graves, leves y levisimos se tratará en seguida y en forma separada, en virtud de la importancia que tiene su aplicación en el régimen probatorio penal de la legislación colombiana.

Concepto e importancia de los indicios.

NECESARIOS, GRAVES, LEVES Y LEVISIMOS.

"El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y relación en los siguientes términos:

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".

Es por tanto indicio necesario aquel que presenta una relación absoluta, infalible, entre el hecho indicador y la inferencia; "si no puede admitirse ni por un solo momento ninguna otra conclusión o interpretación, la conciencia del Juez se declara satisfecha, y el raciocinio produce la convicción. (11). V. gr. Parió, luego estuvo antes encinta.

La importancia del indicio necesario en nuestra legislación surge del contenido del artículo 236 del Código, que establece:

"Un solo indicio no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada".

Es decir, el indicio necesario es constitutivo de plena prueba. Tal disposición, que no es nueva en nuestra legislación, y que existía tam-

bién en materia civil, según el artículo 589 del antiguo Código Judicial, reproducido luego en el artículo 663 del C. de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931), pero que el nuevo Código de Procedimiento Civil (Decreto N° 1400 de 1970), no contempla expresamente, es defendida así por Alzate Noreña: “Se ha criticado por algunos pragmáticos nuestros el que se acepte el indicio necesario como plena prueba, alegando, por una parte, que hay falta de lógica en el legislador, y, por otra, que es ineficaz en la práctica, “constituyendo más bien un peligro únicamente para el inocente, ya que en unidad produce plena prueba, suficiente para condenar”, y que “presenta serios inconvenientes en la práctica, porque a menudo se confunde el indicio grave o vehemente con el necesario, lo cual es altamente peligroso, ya que los primeros deben concurrir en pluralidades en la causa para establecer la prueba perfecta, y el último por sí solo está erigido por la ley en plena prueba”.

“Nada más ilógico que esta crítica, porque el indicio necesario induce necesaria y fatalmente una sola causa, y es absurdo pretender que ésta pueda confundirse con otra. Además, si los jueces confunden el indicio necesario con el grave o vehemente, es porque ignoran qué es aquél, revelando falta de razonamiento lógico, si no crasa ignorancia, pero ello no es defecto imputable al legislador. La confusión no puede resultar sino de falta de *sindéresis*, de falta de crítica, pues por lo general esa confusión toma su cuerpo de la lectura de algunos autores que no han detenido la mente sobre el principio de causalidad necesaria para saber cuándo éste existe. Verbigracia, Muyar de Vouglans, que considera el indicio manifiesto o grave como equivalente al necesario, presenta como ejemplo de éste, para indicar como necesaria la responsabilidad de una persona en un homicidio, “el salir un hombre con una espada ensangrentada en la mano de la habitación en que se hubiere cometido un homicidio con tal arma”. Y Bonnier cree que es un ejemplo más exacto de indicio necesario, para comprobar el coito, el que establecían las Decretales bajo este aforismo: “*Solus cum sola,, nudus cum nuda, et eodem lecto*”. Pero olvidan estos autores lo que es el principio de causalidad necesaria, pues en los dos casos propuestos por ellos puede haber falsificación de pruebas, o sea el hecho producto del azar o de la casualidad, etc., y así pueden comprobarse circunstancias afirmativas o *contraindicaciones* suficientes para desvirtuar el hecho. En el primer ejemplo, puede demostrarse que hubo suicidio, o que el acusado defendió a la víctima, u otro motivo, y en el segundo, que fue una falsificación de prueba o una casualidad”. (12).

Sin embargo, en materia penal y respecto a la demostración de la imputación o del aspecto subjetivo del delito, considera Carrara, (13) no pueden existir indicios necesarios, que sí respecto al cuerpo del delito.

En efecto, hallar un hecho indicador que señale inequívocamente, de manera excluyente y única que un individuo fue el autor de un delito, resulta tarea casi que imposible; lo mismo se debe decir respecto a la intención, que no puede resultar demostrada por un solo indicio, por faltar esa relación necesaria.

Los *indicios son graves o vehementes*, cuando indican el hecho de manera capaz de producir certeza mediante un juicio lógico; y la certeza será mayor en cuanto en la producción del hecho indicador se excluyan otras causas. V. gr. hallar en las ropas de un individuo manchas de sangre del grupo sanguíneo que corresponde al de la víctima.

“El criterio para juzgar de semejante eficacia consiste en que una circunstancia cualquiera indica tanto más un hecho cuanto menos indique otros hechos distintos de éste”. (14) En el ejemplo anterior aumentará la eficacia del indicio, cada vez que se rechacen otros hechos como productores de las manchas de sangre.

La *importancia que tiene el indicio grave* en la legislación penal colombiana es manifiesto. Conforme lo dispone el artículo 439 del Código, un indicio grave de que es “responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga”, es prueba suficiente para dictar auto de detención, en los delitos que tienen como sanción pena privativa de la libertad, sin que se haga exigencia alguna sobre la demostración del cuerpo del delito.

Y el artículo 481 del mismo, ordena al juez dictar auto de llamamiento a juicio, cuando demostrado plenamente el cuerpo del delito, sobre la responsabilidad del sindicado existiere testimonio que ofrezca serios motivos de credibilidad, “o graves indicios”.

Así que, el indicio grave, único, singular, es recaudo probatorio suficiente a sustentar el auto de detención; y en su forma plural, fundamenta el auto procesatorio en cuanto responsabilidad se refiere.

Los *indicios son leves*, cuando la inferencia se ofrece simplemente como probable; vale decir, se reputa como que el hecho indicador

pudo haber sido la causa del hecho que se trata de demostrar, se presenta como razonable creencia. Por ejemplo, la sola enemistad con la víctima como indicante de la autoría del homicidio.

Y es *levísimo* el indicio, cuando sólo indica posibilidad. V.gr. haber sido cometido el hecho delictuoso en sitio cercano a la residencia del sindicado.

Los indicios leves y *levísimos*, sólo ofrecen en la legislación colombiana la importancia de servir de fundamento para exigir caución al procesado, cuando no existiere prueba suficiente para detener, según lo dispone el artículo 437 del Código, en donde se autoriza en virtud de ellos para obligarlo a presentación periódica ante el funcionario.

Algunos indicios de uso frecuente. No es posible hacer un catálogo de indicios, por constituir éstos circunstancias relativas a la acción delictuosa. Mas ello no impide referirse en forma particular a algunos que tienen especial importancia y a la vez son de frecuente aplicación en los procesos penales. Tales el de la capacidad para delinquir, del móvil del delito, de la presencia en el lugar de los hechos, de la participación en el delito, de la mala justificación, de las manifestaciones anteriores y posteriores al delito, y el de las huellas materiales del delito.

Al escribir sobre los anteriores indicios, han sido tenidas como guía las obras ya citadas de Gorphe y de Ellero, como también la *Lógica de las Pruebas en materia criminal* de Nicolás Framarino de Malatesta, de cuyos autores se hacen las citas correspondientes. Y se hace esta observación con el fin de facilitar mayor estudio de tales circunstancias, a quien le interesare.

El indicio de la capacidad para delinquir, o de oportunidad personal. Se entiende por capacidad para delinquir, o aptitud para el delito, al conjunto de condiciones necesarias para la comisión del mismo, y puede ser de tres clases: física, intelectual y moral.

Está constituida la capacidad física por la posesión de las disposiciones físicas requeridas para la acción delictuosa. V.gr. Poseer la fuerza suficiente para clavar el cuchillo, y conraindicio la demostración de la ineptitud de sus manos; la potencia sexual para el delito de violencia carnal, y conraindicio la prueba de impotencia.

La capacidad intelectual existe, cuando posee el individuo las facultades intelectuales correspondientes a la acción realizada. Algunos

delitos requieren especial capacidad intelectual, tales la estafa, la falsificación escriturarla; en cambio, en general los delitos no exigen más capacidad intelectual que la requerida para cualquier acto.

“Por capacidad moral de delinquir, que también podría llamarse índole criminosa, entiéndese aquella cualidad del ánimo propia de algunos, y en virtud de la cual éstos no sólo se inclinan, sino que aparecen dispuestos a obrar mal”. (15) Tal capacidad moral se deduce en el individuo de su conducta anterior; bien por haber incurrido antes en hechos delictuosos o verse frecuentemente en situaciones difíciles frente a la policía en virtud de su comportamiento, o bien por una conducta general depravada. Estas situaciones anteriores están señalando una personalidad que ya se ha determinado con anterioridad a la violación de la ley y de los derechos ajenos, o que observa una conducta que no se ajusta cabalmente a la sociedad en que vive y no respeta sus leyes.

Este indicio tiene suma importancia en el examen final del curso de indicios, y en algunas veces es necesario partir de él para estimación de otros. Después de demostrada una personalidad perversa, un motivo fútil lleva fácilmente a la certeza de la autoría delictuosa.

Con todo, es un indicio que solo, aislado, no ofrece ninguna certeza, y tiene el peligro de predisponer el ánimo del juzgador en su contra, aunque de buena fe. Por ello, en su apreciación, requiere cuidadoso examen de su concordancia con los otros indicios o las otras pruebas.

El indicio moral puede tener carácter genérico o específico. Es genérico cuando se demuestra que el sindicado ha cometido o es capaz de cometer delitos indistintamente, robo y violencia, por ejemplo. Y específico, cuando el delincuente incurre solamente en determinadas violaciones, v.gr. delitos contra la propiedad.

Conviene observar al respecto, que con alguna frecuencia se presenta el caso de individuos que sólo cometen estafas, y de manera determinada e igual, pero que en forma alguna se comprometen en otras acciones delictuosas; como también individuos que participan en delitos contra la propiedad planeados en asociación con otras personas, y que condicionan la participación de su actividad a que no ocurran delitos de sangre.

Indudablemente que el indicio específico, en general, infunde mayor certeza que el genérico, especialmente si ha sido llevado a efecto en circunstancias similares a las anteriores, pues la repetición unida a las modalidades, revelan una personalidad determinada.

El indicio del móvil. Llamado causa para delinquir, motivo o móvil, consiste en ser la causa que impulsó el individuo al delito, la razón especial para cometerlo. Tiene suma importancia su indagación, porque "Normalmente, no se realiza un acto delictuoso menospreciando las sanciones que trae aparejadas, sin tener en vista una ventaja, directa o indirecta, positiva o negativa, material o moral, que compense el riesgo de la represión; a menos que se ceda simplemente a la fuerza de un impulso, en un estado pasional, emotivo, alcohólico, tóxico o patológico, en los que la función de la voluntad puede encontrarse muy reducida y hasta nula, salvo tal vez en su origen; el impulso ocupa entonces el lugar del móvil". (16)

Sin embargo ser cierto lo anterior, la no demostración del motivo para delinquir, no significa que éste no haya existido. Innumerables delitos pueden demostrarse sin que se conozca la razón que para realizarlo tuvo el procesado; en algunas ocasiones éste guarda silencio sobre la causa porque su información al respecto implicaría una confesión o por el simple hecho de no querer hacer manifestación alguna, no obstante se le haya probado perfectamente la acción delictuosa y él conozca esta circunstancia. No se puede conocer en otros delitos la razón de su comisión, por haberse llegado a la demostración del cuerpo del delito y de la autoría por concurso de indicios, que no alcanzan a precisar el móvil.

Quien actúa en forma delictuosa, busca en general y como contrapartida una ventaja, un bien, o la evitación de un mal. Sin embargo, "Hay hombres tan perversos, que obran mal por una simple voluptuosidad de atormentar, que, después de todo, constituye su verdadero móvil". (17)

El móvil se puede presentar encubierto por otro motivo, como por ejemplo en el secuestro en el cual se exige como rescate una suma de dinero; el fin perseguido no es en realidad muchas veces la obtención del dinero, sino crear la situación de inseguridad, provocar condiciones favorables a la anarquía, etc.

También puede dar lugar a confusión en algunos delitos conexos, tales como homicidio seguido de robo, en los cuales puede ser tomado

el primero como medio y el segundo como fin, cuando en realidad la acción homicida obedeció a la venganza y el robo se realizó ante la oportunidad presentada de quedar solo con la víctima. El ejemplo anterior tiene mucha importancia, pues si se acepta el robo como móvil, habrá concurso de asesinato y robo; si no fue el móvil el robo, no sirve la circunstancia para agravar el homicidio.

Para la configuración de algunos delitos, los que exigen finalidad especial, se requiere la plena demostración del móvil, pues que éste hace parte del tipo penal y por ende, del cuerpo del delito. Tales, el rapto que requiere la demostración de fin erótico sexual o de matrimonio, o el secuestro típico contemplado en el artículo 293 del C. Penal que exige finalidad de provecho, o el hurto, que exige ánimo de lucro.

Indicio de presencia. Consiste en haber estado el sindicado en un lugar determinado, el de la comisión del delito o de otro que tenga relación con éste

Este indicio, en general, resulta de especial interés y puede indicar conducta delictuosa, siempre que la persona a que se refiere, no pueda explicar satisfactoriamente su presencia en el lugar.

Sin embargo, se citan numerosos casos en los cuales motivos especiales no permiten la explicación adecuada y exponer la razón de encontrarse en ese sitio. Y tal razón puede obedecer a una conducta inocente o delictuosa. Por ejemplo, una cita clandestina amorosa y que no deba informarse el nombre de la dama, o estar a la espera de la oportunidad para la comisión de otro delito.

En su apreciación, requiere este indicio no solamente la demostración de que el individuo estaba en el lugar, sino que en manera alguna se justifique su estadía allí.

Y la demostración de haber estado en el lugar, cuando de ahí trata de inferirse la comisión del delito, debe estar acompañada de la circunstancia de tiempo respecto al momento en que se efectuó el delito.

El fundamento de la inferencia en contra del indiciado radica en que, las conductas inocentes pueden ser explicadas, en general, fácilmente; que la mala justificación o la carencia de ella, indican su imposibilidad por la vinculación a la acción delictiva.

Indicio de participación. Es un hecho que tiene como ordinaria explicación haber tomado parte en el delito. Son innumerables los hechos o circunstancias de esa índole, como hallar abierta la puerta de la que sólo el sospechoso tenía la llave, no haber dado el celador la alarma correspondiente, las huellas dactilares en un objeto relacionado con el delito.

La simple forma de la comisión del hecho delictuoso puede constituir indicio de participación, cuando el hecho ha sido realizado en condiciones sólo al alcance del sospechoso, o de manera especial empleada por éste en otras ocasiones.

Indicio de mala justificación. Consiste en la explicación dada por el sindicado que no se ajusta a la realidad, porque el sujeto falta a la verdad o por falta de verosimilitud.

Es hecho ordinario y fundamento de la inferencia, el de que quien obra correctamente puede en todo momento explicar en forma clara su conducta.

El indicio de las manifestaciones anteriores al delito. Según Ellero, (18) las manifestaciones que son maneras de dar a conocer que se va a realizar un hecho delictuoso, pueden ser reales y verbales.

En las primeras se encuentran la *colocación de señales*, tales como algunos signos que indican muerte, que demostrado que fueron hechos por el sindicado, exigen al menos una clara explicación de su conducta por constituir amenaza. *Los escritos*, que de cualquier manera puedan referirse a la posible realización del hecho criminoso. Y también la *reunión con reconocidos delincuentes* o personas sospechosas; es frecuente que la investigación tome pie precisamente en haber visto al sindicado con personas forasteras, de quienes se obtiene luego su identidad y son reconocidas como partícipes.

Entre las manifestaciones verbales previas se citan: *La confianza* que es frecuente entre amantes o entre personas sumamente relajadas, porque se tiene como seguro que no habrá delación; *la amenaza verbal*, aun cuando sobre ésta se dice que son más las ocasiones en que corresponden a estados emotivos que luego no tienen cumplimiento, que a verdadera manifestación anterior al delito; *la proposición* al mismo hecha a otras personas, que indica claramente que se pretende la realización delictuosa: *pedir consejo* sobre su ejecución, *informes* sobre

lugar, personas o cosas que tengan relación con la acción, o el deber realizado *actos preparatorios* como la obtención de llaves falsas, el veneno, el arma o cualquier instrumento que sea idóneo para la comisión de esa clase de acciones.

El indicio de las manifestaciones posteriores al delit.o. Consiste en los hechos o circunstancias de los cuales se infiere que el sindicado desarrolla esa conducta en virtud de su participación en el delito.

Del mismo autor, Ellero, (19) extractamos algunas.

Narrar a otra persona la comisión del delito, bien como simplemente conocida su realización y sus circunstancias, o como ejecutado por la propia persona. En el segundo caso constituye una confesión extrajudicial; y del primero es natural que quien indica la forma o las circunstancias de la acción, es porque o participó en ella o ha recibido informes al respecto; debe en consecuencia explicar de donde proviene su conocimiento, y su no explicación puede tenerse como posible actividad.

La declaración falsa. Quien falta a la verdad es porque ésta no le favorece; y si lo hace corriendo el riesgo de las sanciones legales por falso testimonio, con mayor razón. Sin embargo, la época moderna, en virtud de las amenazas de los delinquentes, del funcionamiento de las mafias, hace mirar esta circunstancia con mucho cuidado, especialmente cuando el indiciado es persona de buenos antecedentes. Además, no es raro el caso en que se declara falsamente, simplemente por tratar de ocultar la autoría o participación de una persona familiar suya. Lo mismo debe indicarse respecto al *silencio*, que consiste en no dar ningún informe sobre el hecho investigado, o el que es muy común en las indagatorias que son sistemáticamente contestadas con un "No se", así sea que le estén preguntando por hechos triviales. Respecto a esta última situación, es necesario considerar que muchos procesados, en virtud de su ignorancia, creen que el silencio y la negativa, ya en indagatoria o en las diligencias de careo, les conceden especial ventaja en cuanto a la comprobación de su conducta.

La fuga, entendida como el abandono no sólo personal, del lugar del crimen si nó acompañado de ocultación personal, cambio de residencia y circunstancias similares, bien puede ser tenido en general como indicio de delincuencia. Sin embargo, para ello es necesario des-

cartar otras posibles causas, entre ellas, el haber sido testigo de delito cometido por persona que, por sus antecedentes o por las amenazas, resulten temibles para el indiciado.

La supresión de huellas dejadas por la comisión del hecho delictuoso, como la limpieza de objetos usados en el mismo, anulación de posibles huellas dactilares, cambios de cerraduras, etc. indican generalmente la necesidad de ocultación de pruebas que comprometen al que lo hace o a otra persona; pues si ninguna ventaja deriva de ello no tiene interés en hacerlo, a menos que se trate de algo normal como el aseo corriente de la casa o el arreglo de desperfectos que son necesarios al uso común de las cosas, y que constituyen acción inocente.

La transacción con la víctima, indica generalmente interés en que la investigación no prospere; en obtener de ésta que dentro del proceso observe un comportamiento favorable y no delator; todo ello indica compromiso en la investigación, pues que se teme que por la conducta de la víctima se llegue a un fallo en su contra. Es de mucha ocurrencia en los delitos contra la integridad personal acaecidos en accidente de tránsito.

El soborno, ya de los testigos o de los funcionarios que intervienen en el proceso, delatan a una persona que teme a la verdad que debe surgir del mismo. Sin embargo, no puede confundirse el soborno con el pago que se hace a algunos testigos para que concurran al despacho, efectuado unas veces porque otras personas están inteersadas realmente en sobornar, o con el caso autorizado por el Código en el artículo 260 de sufragar los gastos de quien para rendir testimonio requiere trasladarse de su domicilio, cuando no se depositare tal suma en el juzgado sino que se cubrieren directamente al testigo.

El cambio súbito de situación económica. Cuando una persona, sin otra posibilidad de obtención de dinero, de un día para otro resulta en posesión de cantidades apreciables de dinero, si por otros motivos es sindicado de delito contra la propiedad, surge la inferencia indiciaria de que corresponde al producto del delito, que será mayor o menor, en cuanto más alejadas o cercanas sean las posibilidades de su lícita consecución.

Continuar en actividades relativas al delito. Como cuando se vende el objeto robado o se empeña, o se regresa por efectos dejados en algún escondite. Mientras no haya demostración en contrario, es lógica la inferencia sobre participación.

El indicio de las huellas materiales. En muchas ocasiones la comisión del delito deja rastros, señales, vestigios, huellas, que en un caso dado pueden servir de medio indiciario para la identificación del delincuente; tales signos pueden quedar en las personas o en las cosas, y es imposible su enumeración, por extensa.

Tales señales en las personas, pueden quedar en la del actor del delito, o en el sujeto pasivo. Los desgarros en la ropa de mujer que ha sido carnalmente poseída, puede inducir a la admisión de que fue mediante violencia; cabellos en la mano de la víctima de homicidio y pertenecientes al indiciado, llevan a inferir su autoría; lesiones en el cuerpo del sindicado sin explicación satisfactoria, o seña'es que corresponden a su dentadura, lo estarán indicando como el posib'e victimario.

Y en las cosas, como huellas del calzado o plantares del sospechoso en el lugar del crimen, sus huellas dactilares, o a la ejecución del hecho de manera acostumbrada por e'l individuo de quien se sospecha.

Naturalmente que estos indicios no son suficientes por si solos para la demostración del autor, pero si pueden llegar a serlo en concurso con otros indicios.

Apreciación de los indicios. Consiste la apreciación de los indicios en el examen crítico que hace el juez de los hechos indicadores que constan en el proceso, a fin de decir: primero, si han sido convenientemente demostrados; segundo, si indican algo relativo al delito; y tercero, el grado en el cual lo indican o señalan.

Por el primer aspecto, como ya se expresó, la labor del juez, en virtud de la importancia del hecho indicador, se dirige a examinar si ha sido éste plenamente demostrado conforme lo exige el artículo 235 antes citado, en razón de que "El indicio es una cosa conocida, consistente en el hecho indiciario, el cual sirve para indicar una desconocida, consistente en el hecho indicado: ahora bien; no puede rea'mente llamarse conocido sino lo que es cierto" (20).

En los otros dos aspectos, relación con el delito y grado en que lo pueden demostrar, se presenta en toda su integridad la capacidad del juez; exigen un profundo conocimiento de la vida, y de cómo suceden en ella ordinariamente las cosas; mucha perspicacia, para evitar que se acepten por indicios hechos de los cuales nada serio puede inferirse, o que tienen simplemente apariencia de tales; variada cultura, pues

ésta es indudablemente la guía en las labores intelectuales, y la apreciación lo es de esta clase en grado sumo; honestidad absoluta, que le permita deshacerse de las conjeturas, sospechas e íntimas convicciones que no tienen suficiente respaldo probatorio, que con frecuencia, por constituir apreciaciones subjetivas del juez, lo impelen a su aceptación, lo que es impropio; y buen juicio, pues su raciocinio tiende a determinar, quizás entre varias, una inferencia que excluya a las demás, y a fijar por qué y en qué grado, demuestra el hecho indicado.

Conocida entonces la existencia del hecho indicador, corresponde averiguar qué es lo que indica. Una mancha de sangre puede obedecer a muy variadas causas; es necesario por tanto que el juez vaya eliminando, muy cuidadosamente, todas las posibilidades de que el hecho haya ocurrido en forma distinta a la de haberse manchado al ocurrir el lesionamiento de una persona; mientras permanezcan posibilidades razonables de que el hecho obedeció a circunstancias diferentes al delito, concluir en la existencia de actividad delictuosa es camino inseguro y peligroso, que debe de todas maneras ser evitado en la administración de justicia.

A este respecto, la conducta del juez debe ser cautelosa; muchas ideas preconcebidas, juicios ligeros tomados cuando se hacía el primer examen de la prueba, pueden crear, y crean con frecuencia, un juicio anticipado que es difícil luego desatender y que, aunque al tratar de esbozarlo resulta sin mayor fundamento, la mente se empeña en sostenerlo. Debe en tales condiciones el juez reexaminar el hecho indicador y autoconvencerse de que "Es importante tomar los hechos en toda su realidad y, según la expresión de BENTHAM, no hacerles decir lo que no dicen" (21).

No puede olvidarse que en la misión encomendada se busca el significado único, desatendidas otras posibilidades si existían, de un hecho señalador de una conducta delictuosa o algo similar, y la trascendencia que esto tiene para los individuos, y para la justicia.

Pero averiguado qué es lo que indica el indicio, procede la indagatoria del grado en que lo indica, o sea la fuerza probatoria, su capacidad demostrativa, su intensidad de persuasión.

Los hechos pueden indicar la consecuencia de manera necesaria, grave, leve y levísima, como antes se expresó, pero es fácil incurrir en confusión en la apreciación de su indicación. Por ejemplo, una gota de

sangre en un vestido, indica necesariamente que sobre el mismo fue vertida sangre, y ser sólo indicio grave de la comisión de un homicidio. Aún demostrado que se trata de sangre de la víctima, no puede inferirse necesariamente que quien tenía la ropa fue el autor del delito.

La mayor o menor intensidad demostrativa del indicio no necesario, depende de la frecuencia con que el hecho se realiza por la causa que se le atribuye. “Lo *ordinario*, según hemos visto a su tiempo, es la base de la lógica de los indicios contingentes; y lo ordinario consiste en el lazo existente *en mayor número de casos* entre hecho indicativo y hecho indicado. Ahora, cuando más intenso es lo ordinario del caso, tanto mayor es el valor probatorio del indicio. Lo que llamamos mayor intensidad de lo ordinario, está determinada por el mayor número de casos en los cuales se verifica el afirmado lazo entre los dos hechos de la relación de indicio, y por el menor en los cuales aquel no se produce. La fuerza probatoria del indicio está pues, en razón directa de la frecuencia del suceso indicado, y en razón inversa de la multiplicidad y frecuencia de los contrarios”. (22).

Cuando un hecho se presenta como de ordinaria ocurrencia y no existan otras posibles causas, bien por haber sido lógicamente descartadas o por no hallarse relación con distintas, el señalamiento, la indicación, la inferencia ha de tenerse por productora de certeza, es decir, constitutiva de un indicio grave. Y será leve o levísimo, en cuanto admitan de mayor manera la posible existencia de otras causas en la determinación del hecho indicador.

Los indicios y la plena prueba de la responsabilidad. Ya antes se expresó, cómo no obstante el artículo 230 del Código señala al indicio necesario como plena prueba, resulta casi que imposible hallar un hecho indicador inequívocamente de la autoría o de la intención.

En cambio, del concurso de indicios graves si puede llegarse a la plena demostración de la responsabilidad del procesado, o de cualquiera de las circunstancias del delito, siempre que sean varios, graves, precisos y concordantes.

La exigencia de la pluralidad se explica por cuanto un indicio, salvo el necesario, no puede indicar ninguna circunstancia como su única causa; se requiere la unión de hechos indicadores para la aceptación como cierto del hecho indicado. Deben ser graves, es decir señalar la conclusión de manera cierta, pues los indicios débiles, por nu-

merosos que sean no forman prueba sólida; (23) precisos en cuanto no se presten a interpretación diferente a la que se le da en la apreciación; y concordantes, porque de la reunión de las varias inferencias se llega solamente a la conclusión de la actividad delictuosa.

Dellepiane (24) establece especial diferencia entre convergencia y concordancia, atribuyendo la primera a las deducciones formadas con la concordancia de los indicios. No parece, sin embargo, ofrecer mayor importancia práctica.

Por tanto, para que exista la plena prueba, “*debe haber un sistema de pruebas indirectas*, y no un conglomerado de indicios dispersos, sin conexión mutua interna”. (25).

El examen final sobre los indicios, lo expresa Concha en los siguientes términos: “Que en la combinación de los indicios, de las circunstancias y de las relaciones demostradas por el procesado, resulte una conexidad tan directa y tan clara entre la persona del inculpado y el delito, que según el curso natural y ordinario de las cosas, no sea posible suponer que otra persona diferente del inculpado lo haya cometido.

Esta última regla es la esencia de la prueba por indicios, que supone siempre una convicción bien formada”. (26).

INDICIOS Y PRESUNCIONES

- (1) Andrei Vishinsky. La teoría de la prueba, pág. 322. Editores Unidos 1965.
- (2) Antonio Dellepiane. Nueva teoría general de la prueba, pág. 67. Editorial Temis 1955, 5a. edición.
- (3) Luis Alzate Noreña. Pruebas Judiciales, pág. 115. Librería Siglo XX, 1944.
- (4) Ernst Beling. Derecho Procesal Penal, pág. 217. Editorial Labor, 1943.
- (5) Antonio Rocha. De la prueba en Derecho, pág. 217.
- (6) Andrei Vishinsky, ob. cit., pág. 328.
- (7) Francois Gorphe. De la apreciación judicial de las pruebas, pág. 264, La ley, Buenos Aires, 1967.
- (8) Mario Pagano, citado por Leone, ob. cit., pág. 164.
- (9) Dellepiane, ob. cit., pág. 92.
- (10) José Vicente Concha. Pruebas Judiciales, págs. 234 y 235. Librería Americana, 1929.
- (11) C. L. A. Mittermaier. Prueba en Materia Criminal, pág. 301. Editorial Reus, 1929.
- (12) Alzate Noreña, ob. cit., págs. 137 y 138.
- (13) Carrara, Programa, parágrafo 967.
- (14) Prieto Ellero. De la certidumbre en los juicios criminales, pág. 63. Instituto Editorial Reus. Cuarta edición, 1944.
- (15) Ellero, ob. cit., pág. 67.
- (16) Gorphe, ob. cit., pág. 342.

- (17) Ellero, ob. cit., pág. 75.
- (18) Ellero, ob. cit., pág. 84.
- (19) Ellero, ob. cit., págs. 87 y ss.
- (20) Nicolás Framarino de Malatesta. Lógica de las pruebas en Materia Criminal, pág. 185. Librería Editorial General Lavalle 1945.
- (21) Gorphe, ob. cit., pág. 277.
- (22) Malatesta, ob. cit., pág. 186.
- (23) Vishinsky, ob. cit., pág. 323.
- (24) Delleplane, ob. cit., pág. 99.
- (25) Vishinsky, ob. cit., pág. 331.
- (26) Concha, ob. cit., pág. 233.