Bogotá, Septiembre 17 de 1986

ASUNTO : Concepto Trabajo de Grado
" LA DIFICULTAD DE CONCLUIR CON LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO TOMANDO COMO BASE EL INDICIO "

AL : Señor Doctor
DECANO FACULTAD DERECHO
Universidad Militar "Nueva Granada"
Ciudad.-

En mi calidad de Director del Trabajo de Grado "LA DIFICULTAD DE CONCLUIR CON LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO TOMANDO COMO BASE EL INDICIO", desarrollado y presentado por el egresado IRENARCO SOTELO RODRIGUEZ, me permito conceptuar cuanto sigue:

La inquietud del investigador está muy bien reflejada en el titulo: Se puede fundamentar una sentencia condenatoria en el campo penal con base en el indicio ?. El investigador se plantea la inquietud y pretende dar una respuesta desde una posición insfilosófica. En este sentido, busca en primer lugar una presentación del proceso penal a partir de la comparación de éste con la operación mental del juicio. Para ésto identifica y precisa los fines y objetivos del proceso penal; define y explica el juicio como operación mental. A partir de este momento el investigador centra su desarrollo en demostrar como el proceso penal llega a su objetivo con base en la certeza. De aquí el investigador va a llegar a la conclusión de que dada la naturaleza del indicio no sería lógico basar fallos condenatorios con base en el indicio, que por otra parte, dada la naturaleza social y humana de un tal fallo, dejaría insoluble la duda de la injusticia.

La inquietud propuesta de por sí ya dá elementos para la aceptación del presente trabajo y unida a la seriedad y dedicación por parte del investigador, me parece que reune los requisitos para la aprobación por parte del Director. No pretendo con esto condicionar la labor de los Jurados quienes pueden dar valiosísimas sugerencias.

Atentamente,

ALVARO MENDOZA PALOMINO
Docente Facultad Derecho

AMP/alg.-

Bogotá, Diciembre 15 de 1986

Doctora
ALICIA RUBIANO A.
Decano (E) Facultad Derecho
UMNG.-

Distinguida Doctora:

Su despacho tuvo a bien designarme como uno de los jurados a quien corresponde por parte de la Facultad examinar el trabajo presentado por el egresado IRENARCO SOTELO RODRIGUEZ intitulado "LA DIFICULTAD DE CONCLUIR CON LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO, TOMANDO COMO BASE EL INDICIO", y conceptuar para ser aceptado por la Universidad. Hoy gustoso, despues de conciensudo estudio de él me permito rendir concepto.

Parte el egresado del principio básico que los conceptos de JUICIO, PRUEBA Y CERTEZA son el trípode fundamental del procedimiento Penal. Que el primero parece envolver todo el proceso y de ahí su afinidad con la operación mental del Juicio. El segundo indica el esquema mediante el cual se desarrolla todo el proceso, en tanto que el tercero, la CERTEZA es el fin al cual se tiende mediante el Juicio y la Prueba.

Parte, pues de la consideración de afinidad existente entre el procedimeinto Penal y la OPERACION MENTAL DEL JUICIO para establecer luego la relación existente entre las pruebas y su función con relación a la Certeza.

Me atrevería a afirmar que este trabajo es un ensayo filosófico-Jurídico, muy sui generis.

Explica como el procedimiento Penal permite comprobar el hecho criminoso, imputarlo a alguien, deducirle responsabilidad e imponerle la sanción. Por ende el Juicio en el Procedimiento Penal juega un papel importante y la intima relación existente entre el Juicio como operación mental y el proceso como Juicio Jurídico.

Estudia luego la Certeza como condición indispensable para las sentencia y la prueba plena como requisíto indispensable para una condenatoria.

Es un meritorio estudio digno de elogio, ya que repite más que tésis de Grado es un ensayo filosófico-Jurídico sobre el Juicio, operación mental y el proceso Penal, juicio Jurídico, basado en el proceso mental del conocimiento y de la certeza.

Por estos motivos no dudo en rendir un concepto más que favorable ya que el trabajo presentado por el egresado llena más que de sobra los requisítos reglamentarios. LLama la atención la forma como presenta el desarrollo del tema con propiedad en la terminología filosófica-Jurídica, la profundidad de los conceptos y la claridad meridiana con que los presenta.

De la señora Decana(E) muy atentamente,

SANTOS GARAVITO ACOSTA
Jurado.

SGA/nel.

bogotá noviembre 4 de 1986

Señor
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad Militar Nueva Granada
E. S. D.

Respetuosamente expreso ante ud, mi criterio sobre el trabajo de tesis presentado por el egressado Irenarco Sotelo Rodriguez y con cuya aprobacion aspira a cumplir uno de los requisitos para obtener su grado como profesional del Derecho.-

Estudia el tema de los indicios y su aptitud para fundamentar la seguridad juridica que debe contener una decision jurisdiccional de condena y por ello dividio en varios capitulos el trabajo, refiriendose al juicio previa la referencia a algunos terminos de derecho penal y procesal penal como la ley penal,los autores, el castigo.Tambien se refirió al juicio como operacion mental y a la sentencia como resultado de un juicio, para atender luego ese aspecto de la certeza y un comentario a los articulos 215,216 y 217 del C. de P., seguido de otro a los articulos 218 y 221 de la misma obra.Trato despues de la certeza historica y la juridica ocupando su atencion sobre las pruebas y sus conceptos y clasificaciones.En los dos ultimos capitulos se refirió al indicio y a su influencia en la certeza.

Finalizó la obra con unos comentarios o mejor conclusiones a las razones y puntos de vista indicados.

La bibliografia del trabajo es buena y ha sido aceptable el modo de expresar cada uno de los aspectos incluidos en los capitulos pertinentes.Las conclusiones pueden ubicarse dentro de un marco conceptual obvio, pese a lo cual hace un interrogante que es sugestivo:"El sentido de de la certeza y su exigencia implican disminucion en la eficacia del Derecho?"

Estimo que la prueba indiciaria muchas veces puede dar certeza y la ha dado en materia judicial penal en cuanto han sido muchisimos los eventos de declaracion de responsabilidad con probanza circunstancial.

En suma, señor Decano creo que el trabajo examinado cumple las exigencias para que su autor sea llamado a examen de grado.

Con toda atencion me suscribo de Ud

Calixto Montenegro
Profesor.-
Jurado

RECIBIDO 05 NOV.
328.

LA DIFICULTAD DE CONCLUIR CON LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO TOMANDO COMO BASE EL INDICIO.

IRENARCO SOTELO RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD MILITAR " NUEVA GRANADA"

FACULTAD DE DERECHO

Bogotá, D.E., 1987

D I R E C T I V A S

Rector : General (r) HERNANDO CURREA CUBIDES

DECANO FACULTADO: Dr. OVIDIO OUNDJIAN BESNARD

Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA

COORDINADOR DE TESIS: Dr. PEDRO PULIDO PEÑA MOTA

DIRECTOR DE TESIS : Dr. ALVARO MENDOZA PALOMINO

JURADOS : Dr. CALIXTO MONTENEGRO

Dr. SANTOS GARAVITO ACOSTA.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa su más sincero agradecimiento al Dr. ALVARO MENDOZA PALOMINO Director de Tesis, quien no ahorro ni un solo esfuerzo en guiarme para poder dar feliz término a este trabajo, gracias a sus conocimientos y manera de transmitirlos se pudo desarrollar sin muchos contratiempos. De igual forma hace extensivo este agradecimiento al Señor General (r) HERNANDO CURREA CUBIDES Rector de la Universidad Militar "Nueva Granada" a la Dra. ALICIA RUBIANO AMEZQUITA a todos y cada uno de sus Directivos y Docentes.

El Autor.

D E D I C A T O R I A

A la memoria de mi Padre ELISEO SOTELO SOTELO, cuyo ejemplo me guía.

A la Memoría de mi Madre TRINIDAD RODRIGUEZ DE SOTELO, cuya dulzura y ternura me dieron el aliento necesario para la culminación de mi carrera.

A mi Esposa GLORIA LUCIA CALDERON REYES, quien con su amor compartio con migo las arduas e interminables horas de estudio y dedicación a mi profesión anhelada, sacrificando aún su propia felicidad en busca de los frutos que hoy compartimos. Su amor, abnegación y virtudes fueron mi felicidad y mi mayor estímulo.

A mis queridos hijos JAVIER ALBERTO, INGRID MARCELA y NIDIA IVONNE SOTELO CALDERON, quienes encarnan mis más profundos afectos, con la esperanza que este esfuerzo les sirva de ejemplo y aliciente durante la ardua faena de la vida.

A mis hermanos y a todos aquellos que de una u otra forma con tribuyeron a culminar mis deseos.

I N D I C E

Página

INTRODUCCION

CAPITULO I

IMPORTANCIA DEL JUICIO DENTRO DEL PROCESO 1

1.1 A QUIEN COMPETE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA..... 1

1.2 OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL 3

1.2.1 Si hubo violación o no a la Ley Penal 3

1.2.2 Quién o quienes son los autores 4

1.2.3 Cuál es el castigo a imponer según la violación a la Ley Penal 5

1.3 EL JUICIO COMO FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PENAL 5

1.3.1 El Juicio como operación mental 6

1.3.2 Qué es el Juicio 8

1.3.3 Clases de Juicios 11

Página

1.3.3.1 Juicios de existencia 11

1.3.3.2 Juicios de valor 12

1.3.3.3 Juicios enunciativos 14

1.4 A QUE TIENDE EL JUICIO 16

1.5 EL JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 18

1.6 LA SENTENCIA COMO RESULTADO DEL JUICIO . 23

CAPITULO II

LA CERTEZA CONDICION INDISPENSABLE PARA LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS *** 27

2.1 COMENTARIO DE LOS ARTICULOS 215, 216, 217, 218 y 221 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 27

2.1.1 Artículo 215 27

2.1.2 Artículo 216 31

2.1.3 Artículo 217 38

2.1.4 Artículo 218 42

2.1.5 Artículo 221 44

2.2. DEFINICION DE LA CERTEZA 49

2.2.1 Certeza Histórica 55

2.2.2 Certeza Jurídica 57

2.3 LA CERTEZA COMO FUNDAMENTO PARA LA DECISION JUDICIAL ***** 59

Página

CAPITULO III

LAS PRUEBAS COMO ELEMENTO DEL JUICIO PENAL 62

3.1 CONCEPTO DE PRUEBA 62

3.1.1 DERECHO PROBATORIO 67

3.1.2 DERECHO PROBATORIO Y SU DIFERENCIA CON LAS PRUEBAS 67

3.2 FUNCION DE LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL 77

3.2.1 Prueba de Certeza 78

3.2.2 Prueba de Probabilidad 80

3.2.3 Prueba de Credibilidad 84

3.3 CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS 88

3.3.1 Según su naturaleza y objeto 89

3.3.2 Según su valor 95

3.3.3 Según su cantidad y su autonomía 99

3.3.4 Según su finalidad 100

3.3.5 Según su origen 101

3.3.6 Según su Radio de acción 102

3.3.7 Según el sistema probatorio 103

3.3.8 Según la época y la intención 104

3.3.9 Según su fuente 106

Página

3.3.10 Según su debate 107

3.3.11 Según su finalidad 109

3.3.12 Según su tradición 110

3.3.13 Según que haya sido producida en otro proceso 110

3.3.14 Pruebas de la culpabilidad 111

3.3.15 Pruebas de la Inocencia 111

3.4 MEDIOS PROBATORIOS EN NUESTRO DERECHO PROCESAL PENAL 112

3.4.1 Inspección Judicial 113

3.4.2 Los Indicios y Presunciones Legales 114

3.4.3 El Testimonio 114

3.4.4 Los Documentos 118

3.4.5 La Confesión 120

3.4.6 La Prueba Pericial 121

CAPITULO IV

EL INDICIO 125

4.1 Definición 125

4.1.1 Código de Procedimiento Penal 126

4.1.2 Según la Doctrina 128

4.1.3 Análisis de las definiciones citadas 131

4.2 ELEMENTOS DEL INDICIO 133

4.2.1 Un hecho indicador o conocido 133

Página

4.2.1.1 Qué debe aprobarse del hecho indicador ?..... 134

4.2.1.2 Cómo deben probarse los hechos indicadores 135

4.2.1.3 Grado de Prueba (plena o simplena) que requiere el hecho indicador 137

4.2.2 Un hecho indicado o desconocido 141

4.2.3 Una inferencia lógica 141

4.3 IMPORTANCIA DEL INDICIO 144

4.4 EL INDICIO Y LA PRESUNCION 149

4,5 CLASIFICACION DEL INDICIO 154

CAPITULO V

EL INDICIO Y LA CERTEZA 157

5.1 EL PROBLEMA DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS CON BASE EN INDICIOS. ********** 157

5.2 RELACION ENTRE EL INDICIO Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA 167

5.3 LA EXIGENCIA DE LA CERTEZA PARA LA SENTENCIA CONDENATORIA 170

5.4 INSUFICIENCIA DEL INDICIO PARA UNA SENTENCIA CONDENATORIA 174

CONCLUSIONES 181

BIBLIOGRAFIA *** 184

INTRODUCCION

No son pocos los problemas que asaltan al jurista, desde el punto de vista filosófico. La concepción misma del derecho a partir de su aspecto netamente normativo, encuentra no pocas resistencias al concebirlo en su relación social. Desde este punto de vista, así como el tener en cuenta que en cuanto normas, se refiere a conductas humanas y sociales, coloca al derecho en estricta relación con el sentido y modo de ser del hombre. Este comprendido como integrante de una comunidad organizada para el conseguimiento de un propio fin, estará por tanto sujeto a normas que reglamentan sus comportamientos y algunas de ellas como las normas penales que inclusive cuestionan su propia personalidad.

Estas últimas nos llaman particularmente la atención precisamente por eso. En efecto la norma penal tiene la peculiaridad de prohibir comportamientos que por su naturaleza cuestionan al individuo frente a la sociedad como perturbador del orden y de la paz por ella perseguida, suscitando a su vez un juicio moral y ético de la persona.

Es por esta razón que el campo de aplicación de las normas penales, exige con mayor razón un sentido equilibrado de justicia. La condena y el rechazo social hacía las personas culpables de infracción de normas penales, pone en aviso sobre el riesgo de exponer injustamente o sin fundamento, el comportamiento de un individuo ante la sociedad. El Derecho recoge esta exigencia al prescribir que las sentencias condenatorias se deben basar en la plena prueba y certeza sobre el comportamiento y el autor del mismo.

Todo el procedimiento puesto en práctica por la administración de la justicia penal, está dirigido a la comprobación de si un determinado comportamiento se califica como delito y en caso afirmativo proceder a la aplicación de la pena al autor responsable del mismo. Se trata por tanto de toda una operación, cuyos pasos llevan al convencimiento de la autoridad encargada de aplicar la justicia.

Los conceptos de juicio, prueba y certeza son fundamentales en el procedimiento penal. El primero parece envolver todo el proceso y de ahí su afinidad con la operación mental del juicio. El segundo parece indicar el esquema mediante el cual se desarrolla todo el proceso y el tercero el fin al cual se tiende.

En el campo de las pruebas la intención del legislador se traduce

en el sentido y la pretención de que ellas den como resultado el pleno convencimiento o certeza sobre la violación de la norma penal. Si esto, podemos decir que es el espíritu en el procedimiento penal, llama la atención el hecho de sentencias condenatorias basadas en indicios. Puede el indicio constituirse en plena prueba y por tanto fundamentarse en él la certeza, cuando por naturaleza no da un nexo necesario con el hecho por él indicado?.

La pregunta o problema nos parece lógica, si consideramos que la certeza parece ser el fundamento en el procedimiento penal y si consideramos además que el sentido de justicia traducido por el Derecho es el dar lo que corresponde a cada uno y chocaría contra la conciencia social de justicia afirmaciones como la de que más vale condenar a un inocente que absolver a un delincuente.

Sin pretender dar una respuesta exhaustiva, si pretendemos señalar el problema y sus implicaciones, adoptando una posición reflexiva, partiendo precisamente del sentido y fin del procedimiento penal.

Partirenos de la consideración de afinidad entre el procedimiento penal y la operación mental del juicio, señalaremos la relación y función de las pruebas con la certeza, para finalmente adentrarnos en la consideración del indicio.

CAPITULO I

1. IMPORTANCIA DEL JUICIO DENTRO DEL PROCESO

1.1. A QUIEN COMPETE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Cuando se infringe la norma penal, el derecho prevé un procedimiento para establecer si hubo o no delito, quién fue el infractor y cuál es la pena.

Debemos establecer antes que todo que para la legalidad del proceso es necesario la declaración jurisdiccional, "que es el pronunciamiento sobre el contenido que del proceso penal hacen los jueces en nombre del Estado y por autoridad de la ley". Se dice que en nombre del Estado, pues el derecho de juzgar le pertenece a él; los titulares del poder jurisdiccional no hacen más que representar al Estado en el ejercicio de la acción que de tal derecho nace. Se agrega que por autoridad de la ley, ya que de ella emana inmediatamente el poder jurisdiccional.

Las informaciones procesales en que se fundamenta el juez, para hacer la declaración jurisdiccional, no pueden ser personales,

sino informaciones de carácter objetivo que consten procesal mente y sean conformes a la ley.

Es así como el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal dice: "A quien corresponde la acción penal. La acción penal co rresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del Ministerio Pú blico".

El Código de Procedimiento Penal anterior en su artículo 95 de cía que la acción penal correspondía exclusivamente al Ministe rio Público, al funcionario de instrucción y al juez competente, sin perjuicio de lo establecido en el mismo Código con relación a la querella.

A este respecto anotó el tratadista Gustavo Orjuela Hidalgo: "La acción penal corresponde no a las entidades y personas que el artículo 95 menciona equivocadamente, sino exclusivamente a la sociedad; pero su ejercicio sí está a cargo del Ministerio Públi co, del funcionario instructor y del juez respectivo" (1)

---

(1) ORJUELA HIDALGO, Gustavo Derecho Pro [illegible] al Penal, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1964, Pág. 38.

1.2. OBJETIVOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

1.2.1. Si hubo violación o no a la Ley Penal.

Se dice que la acción penal nace del delito, lo que equivale a afirmar que si no hubiese delito, tampoco habría acción, al aceptar esto en líneas generales debemos advertir que el proceso penal tiende precisamente a determinar si se ha cometido o no un delito. Para establecerlo hay que ir sin embargo más allá del mínimo de prueba de responsabilidad que para llamar a juicio exige el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal que trae los requisitos sustanciales para dictar auto de proceder, entre ellos, que aparezca plenamente comprobado el cuerpo del delito y existan serios motivos de credibilidad que el procesado es responsable penalmente; quiere decir lo anterior que para dictar auto de proceder deben demostrarse plenamente las condiciones que tipifican el delito y señalarse el presunto autor, ya que solo en principio se puede decir que el sumario está enderezado a demostrar la existencia del delito, como lo preceptua el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal. Este define el sumario, como la reunión de diligencias propias para comprobar el delito, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se cometió, pues bien puede el sumario demostrar el mero aspecto material o externo del delito o demostrar la inexistencia de la

infracción o la inculpabilidad del reo, eventos estos que condu cirían al juez a dictar el auto especial del artículo 163 del Códi go de Procedimiento Penal, o sea el auto de cesación de proce dimiento penal, cuando aparece plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que la ley no lo considera co mo infracción penal, en igual forma se puede presentar el so breseimiento definitivo.

1.2.2. Quién o quienes son los autores.

Toda conducta humana es realizada por una persona respecto de otra, luego nos encontramos en presencia de dos sujetos, el que actua y aquel en relación con el cual la conducta produce un de terminado efecto jurídico o sea en cuya cabeza radica el interés que se vulnera, así aparecen: Sujeto Activo: Es aquel quien di rectamente infringe la ley, o sea el autor de la conducta típica, se le conoce como sujeto pasivo de la acción penal, al tenor del artículo 112 del Código de Procedimiento Penal, o sea sobre el cual recae la sindicación. En nuestra legislación penal solo pue den ser sujetos activos del delito las personas naturales.

Sujeto Pasivo: Quien recibe la acción o el perjuicio, o sea el titular del bien jurídico que el legislador protege en el tipo legal y que resulta afectado por la conducta del sujeto activo. Tanto las personas naturales como las jurídicas pueden ser sujetos

pasivos del delito.

1.2.3. Cual es el castigo a imponer según la violación a la Ley Penal.

Cuando se ha demostrado que una persona cometió un delito el juez impone la sanción penal prevista para esa conducta, es de cir hace uso de los instrumentos legales que el Estado utiliza respectó de quienes han sido declarados personalmente respon sables.

De donde se deduce que el castigo para el culpable es el que de termina la norma de acuerdo a la gravedad del hecho imputado y del criterio con que se interprete, teniendo en cuenta las cir cunstancias de tiempo modo y lugar en que hayan sucedido y que esten previamente establecidas y definidas en el Título IV del Libro I del Código Penal y demás disposiciones que lo adi cionan o complementan, donde se reunen las conductas que cons tituyen delito.

1.3. EL JUICIO COMO FUNDAMENTO DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

Puestos estos tres objetivos en el proceso penal, nos damos cuenta que tiene profundas implicaciones humanas y sociales, se trata en efecto de determinar si una conducta específica se

configura o no con delito, quien ha sido el autor de ese hecho y así absolverlo o condenarlo según el resultado; para poder conseguir los objetivos se debe seguir un procedimiento que nace a partir de ciertos datos, unos hechos que llegan a conocimiento del juez, como cuando aparece un muerto, aquí empieza a reunir los elementos y de la relación que entre ellos exista se afirma o niega algo, ese algo es precisamente la violación o no de la ley penal, de ahí lo fundamental del juicio o razonamiento en el procedimiento penal, pues debe ser un proceso lógico, de análisis y síntesis, que permite, según el curso ordinario de la vida humana, deducir conclusiones firmes, se trata ante todo de la deducción racional de que se han realizado ciertos hechos, determinando a su vez la esencia y el concepto de lo justo, de lo jurídico y explicando la conducta humana en cuanto ella puede llamarse jurídica.

1.3.1. El juicio como operación mental.

La operación mental es el conjunto de ideas debidamente ordenadas respecto a un hecho concreto para poder diferenciar los objetos y los conceptos.

El pensar es el reflejo en la mente del hombre de los objetos y fenómenos del mundo material y espiritual, de sus propiedades, anexos y relaciones.

El proceso mental del hombre se apoya no solo en las sensaciones, en las percepciones y nociones directas, sino también en conceptos abstractos en los que se concentran nuestros conocimientos sobre las principales propiedades sustanciales y las calidades de los objetos.

En el proceso del pensar el hombre no tiene que ver directamente con objetos materiales, sino con sus reflejos mentales. Las Operaciones lógicas son imágenes mentales de los objetos del mundo material y la confrontación de las ideas verdaderas ya conocidas y verificadas por la conciencia llevan a nuevos descubrimientos.

Otra cosa que este reflejo puede ser correcto, adecuado, pero también inexacto e incluso falso, tergiversado, deformado.
La práctica social nos brinda la posibilidad de separar lo correcto de lo incorrecto, lo verdadero de lo falso; para lo cual decimos que objeto es todo lo que puede ser sujeto de un juicio, esto es, aquello sobre lo cual podemos predicar algo. O sea es todo aquello sobre lo cual puede recaer una actividad intencional del hombre.

El universo es la totalidad de objetos, y es el hombre el sujeto que puede convertir todo el universo en su objeto. En medio del universo, el hombre se pone en contacto con todo aquello que lo

constituye y lo clasifica por medio de juicios en los que cada cosa tiene capacidad para ser sujeto de una proposición. Pero estos sujetos, a poco que se medite, cambian fundamentalmente de escritura. (2).

1.3.2. Qué es el Juicio.

Traemos a comentario algunas definiciones del juicio para entender nuestro planteamiento.

Andréiev, nos dice que el juicio es una forma universal de expresión de las ideas. Cada idea humana que refleja afirmación o negación de algo sobre algo se expresa en forma de juicio. A diferencia de los conceptos que, como sabemos, reflejan el conjunto de propiedades esenciales de los objetos, los juicios reflejan toda clase de propiedades, cualidades y aspectos individuales conocidos de las cosas y fenómenos del mundo material, los nexos y relaciones entre las cosas y dentro de las mismas. Pensar es ante todo emitir juicios, es decir, juzgar sobre las cosas los fenómenos y sus propiedades. (3)

---

(2). NARANJO VILLEGAS, Abel. Filosofía del Derecho, Cuarta Ed. 1975, Medellín Colección Jurídica Bedout. Pág. 32 - 33

El término juicio puede tener distintos sentidos según que se entienda como la operación mental por la cual afirmamos o negamos algo de alguien o como el enunciado de la relación entre dos conceptos. En la lógica tradicional el juicio se considera la segunda operación del entendimiento, después del concepto, las relaciones afirmativas o negativas que establecemos entre los conceptos; los elementos de juicio son: sujeto, aquello de lo que se predica algo; predicado, lo que se predica del sujeto; cópula, el nexo de unión entre sujeto y predicado. (4)

También al juicio lo ha definido Aristotéles, como "un pensamiento en el que se afirma o se niega algo de algo". (5)

Por lo tanto contiene, por una parte, la referencia de un objeto, y por otra, un atributo que se le señala o atribuye a ese objeto (algo que se dice de algo). "Ese algo que decimos, puede referirse a la existencia, a la propiedad o a la relación entre los

---

(3). ANDREIEV, I. Problemas lógicos del conocimiento Científico, Editorial Progreso, Moscú 1984, Pág. 325.

(4). GOMEZ DUQUE, Luis F. Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1980, Pág. 68.

(5). Aristóteles, Citado por Naranjo Villegas, Abel op. citada Pág. 45.

objetos, si lo que afirmamos o negamos de ese objeto le pertenece realmente, el juicio será verdadero y falso en el caso contrario.

El juicio es el acto mental por el cual se piensa un enunciado respecto de un sujeto y un atributo, dando al acto el carácter de norma a la cual debe sujetarse el obrar humano adquiriendo así eficacia. Es también el que formula el juez cuando pone en correlación el acto humano llevado a su conocimiento y el delito establecido por el legislador (plasmado en el código penal) para declarar la condena o absolución del procesado.(6)

El juicio es un procesamiento enunciativo que afirma o niega simplemente algo de un sujeto. Esta constituído por tres elementos:

Sujeto: es la base del juicio y al que se le imputa un deber jurídico o un derecho, es el titular de derechos y obligaciones.

Predicado: es aquella cualidad o determinación que se le agrega al sujeto, esta constituído por la conducta objeto de una facultad o de una obligación. Es la consecuencia narrativa, pro

---

(6). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII. Buenos Aires. Pág. 150.

piamente, la sanción que el ordenamiento prescribe de acuerdo con la conducta que el sujeto de derecho eventualmente manifiestе.

Cópula: su función es referir el predicado al sujeto y establecer la relación entre los dos. Refiere una conducta diluida o permitida a un sujeto dado y la obligación de imponer esa conducta a ese sujeto. Luego la función de la cópula no es solamente enlazar las consecuencias narrativas a los sujetos cuya conducta se regula sino la de imputar al obligado y al pretensor los deberes y derechos a que da origen la realización del hecho; es decir la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. La lógica denomina cópula a ese nexo entre sujeto y predicado, a la propiedad o impropiedad de lo atribuído a una cosa.

1.3.3. Clases de juicios.

Con base en lo anterior los juicios los podemos clasificar en:

1.3.3.1. Juicios de existencia:

Son aquellos en los cuales el "algo" que se afirma de algo es la existencia y dando el sujeto que expresa el juicio no hace posición respecto del enunciado. Es descrito como aquel en donde el predicado significa una propiedad física de un objeto perceptible por alguno de los órganos de los sentidos. Ejemplo: Diego

disparó sobre Arturo. Cuando en el juicio de existencia hablamos de "propiedad" de un objeto no se hace por consecuencia, como si esta propiedad fuera algo que por naturaleza perteneciera al objeto sino en un sentido dinámico, como algo que actualmente es inherente al objeto del cual se predica. En el ejemplo antes citado: Diego disparó sobre Arturo no implica que Diego sea por naturaleza agresivo y siempre dispare, sino que en cierta circunstancia espacio temporal, lo tuvo que hacer, y por ello es un hecho físico y singular, éste disparó contra aquel. El juicio de existencia siempre se refiere al pasado y por lo tanto, la facultad que preponderantemente interviene es la memoria sobre lo ocurrido, por esto en toda prueba se busca la representación. Concluimos entonces lo siguiente: siempre que el juicio tenga por objeto un suceso ocurrido, cuya delimitación sean las coordinadas espacio-temporales, sin que tal evento sufra una calificación adjetiva del testigo, es un juicio de existencia. (7)

1.3.3.2. Juicios de valor

Los juicios de valor son aquellos cuyo predicado se extrae del

---

(7). GOMEZ DUQUE, Luis F. Ob. Cit. Pág. 82.

mundo de los valores, o sea del mundo de los objetos culturales, esa relación no es fatal y necesaria. Lo que se predica no es idéntico al sujeto; no le pertenece por esencia. Si digo que un cuadro es bello, de una mujer que es elegante, de un acto que es bueno, de una acción que es injusta, de una piedra que es sagrada; estos predicados no son esenciales a los sujetos, porque el cuadro, la mujer, el acto o la piedra es un ser profundo, no son ni más ni menos por ser bellos, elegantes, buenos o sagrados desde el punto de vista del puro ser de tales objetos. Valen efectivamente más porque están apuntando hacia la realización de un valor que es la estética, la ética, o la religiosidad. Sobre ellos relaciona la sensibilidad emitiendo un juicio de estimación y no un juicio meramente existencial que compromete más la concepción que yo tengo ante el universo. No podría, pues, decir que hay relación de causalidad entre el ser cuadro y el ser bello; entre ser mujer y ser elegante; entre actuar y actuar bien y justamente; entre ser piedra y estar consagrada a la religión. (7)

El juicio de valor implica una toma de conciencia por parte de quien formula el juicio. Ejemplo: El Derecho Colombiano es bello. Este juicio se describe como aquel en donde el predicado

---

(7). NARANJO VILLEGAS, Abel. Op. Cit. Pág. 35.

significa una propiedad atribuida en especie a un objeto, aunque tal objeto no sea necesariamente perceptible por los sentidos. Ejemplo: Santiago es homicida.

En cuanto al tiempo en los juicios de valor, pueden referirsen al pasado o al presente. Ejemplo: Santiago fué el homicida o Santiago es el homicida, se debe tener cuidado si esta atribución de valor en pasado implica un no ser en presente, o sea en el ejemplo anterior, si el hecho de que Santiago fue homicida, ritamente implica que ya no lo sea. Toda declaración que atribuya una cualidad, positiva o negativa al sujeto del juicio, es de notar; la "propiedad" en el juicio de valor sale del marco de la coordenada espacio-temporal y se va a la esfera subjetiva dando un contenido puramente emotivo.

1.3.3.3. Juicios enunciativos.

Los juicios enunciativos son los que enuncian hechos conocidos. En el mundo natural, presidido por leyes naturales, una situación de hecho se relaciona con un efecto causalmente. Si le comunico calor a un cuerpo, éste se dilata; la dilatación, está unida al calor como el efecto a la causa, y sobre el fenómeno, la física mecánica hace un juicio en que enuncia el hecho, por lo cual se llaman juicios enunciativos. El hombre es, en tal caso, una especie de notario que registra la voluntad de la natura

leza. Sobre estos hechos se predica verdad o falsedad, el juicio en que se ha concretado uno de esos fenómenos es verdadero o falso, con una lógica del ser cuyo sentido da el principio de identidad, según el cual "A es igual a A". Lo que se predica en estos juicios enunciativos es idéntico al sujeto del juicio, no pudiéndose enunciar algo diferente.

No se ordena que ocurran las cosas de determinada manera, sino que se registra la manera como suceden necesariamente, con la seguedad de la naturaleza y por eso se dice que las ciencias naturales explican la naturaleza. La ley natural es, pues, un registro de como procede la naturaleza, sin que nos sea dable modificar esta situación. Las fórmulas químicas no son las que decretan como han de reaccionar unos cuerpos al unirse con otros, sino las que anotan una relación que ocurre de hecho. No es el químico quien decreta que un doble de hidrógeno, mezclado con una mitad de oxígeno, produce un cuerpo que se llama agua, sino que simplemente se limita a formular el hecho de esa relación. (8)

El juicio enunciativo, tiene pretención a ser verdadero, lo que se afirma o se niega pretende corresponder a una situación

---

(8). NARANJO VILLEGAS, Abel. Op. Cit. Pág. 34.

real, al comportamiento del objeto del juicio, este indica lo que es, y puede ser enunciado verdadera o falsamente.

1.4. A QUE TIENDE EL JUICIO.

El juicio tiende principalmente a hacer un razonamiento concreto de los hechos que son causa de análisis, con el fin de permitir, ir del hecho conocido al desconocido, pero además no es aplicable automáticamente sino previo análisis crítico de cada situación en particular.

El juicio conduce al entendimiento y a deducciones que correspondan con la realidad, como pueden también concluir en deducciones falsas; es aquí donde el juzgador debe aumentar su raciocinio en busca de la verdad, con la cual se tiende a la estabilidad del pensar y a la confianza de los actos, tomando para ello los diferentes medios que se le han puesto a su alcance, pudiendo omitir su propio concepto, de donde se infiere un hecho hasta entonces desconocido, porque mediante la fórmula de esta figura lógica el hecho indicador, una vez relacionado con la regla de experiencia, conducirá a una conclusión que denota la presencia de un nuevo hecho.

Requiere la aplicación de una regla de experiencia y ésta debe relacionarse con un hecho conocido, pues ese hecho indicador

es el que el juez va encontrar demostrado en los procesos y en el cual se comenzará a trabajar.

La demostración de todo juicio, cualquiera que sea su clase, debe guardar armonia con su predicado; se debe demostrar plenamente la realidad, como la necesidad y la posibilidad. Sino se demuestra plenamente el carácter de la cosa, no hay juicio, en sentido estricto. Pero si la demostración de ese carácter debe ser plena, el juicio o mejor su resultado; pue de ser posible. Los fundamentos, las premisas, deben ser comprobadas plenamente en todos los casos.

No puede perderse de vista el carácter precario de la tesis o conclusión, cuando se ha demostrado plenamente el hecho in dicador, que es un juicio que sirve de premisa. Si el antece dente es dudoso, la demostración que se pretende puede ser verdadera o falsa. Pero si "puede ser", sino se tiene seguri dad, no hay autentica demostración, no hay solución al proble ma o sea la solución final.

Desde luego que no hay que descartarse un cierto valor relativo en la demostración, la naturaleza de las cosas y la experiencia nos enseñan que hay demostraciones incompletas por cuanto no satisfacen completamente el espíritu humano bien porque la cien cia no permite agotar el procedimiento probatorio, o porque el

caso no ofrece más posibilidades de experimentación.

De todo lo anterior podemos decir que el juicio debe tender a la búsqueda de la verdad, por cuanto es ella la que el juez va a tomar para su decisión final; la cual no debe ser contraria ni a la realidad del hecho ni a las pruebas ni a las que confor man el proceso.

1.5. EL JUICIO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Según Carnelutti, "El Proceso Penal, es en su escencia un jui cio; Pero si se le llama Proceso es cabalmente para dar a en tender que el Juicio Procede , o debe proceder o no puede me nos de proceder, con pies de plomo". (9)

El Procedimiento Penal es la demostración de la existencia o no del delito y la aplicación del castigo a quien resulta respon sable; y se traduce en el sistema de normas jurídicas que con tienen los modos y condiciones para el descubrimiento del deli to y de la responsabilidad de su autor y para la aplicación de las sanciones pertinentes.

---

(9) CARNELUTTI, Francesco, Citado por Quintero Ospina. OP. Cit. Pág. 385.

El Procedimiento Penal, permite comprobar el hecho criminoso imputarlo a alguien, deducirle responsabilidad e imponer la sanción, formando lo que se llama el Proceso. (10)

Esto nos lleva a concluir que el [illegible]io en el Procedimiento Penal juega un papel fundamental, pues el funcionario tiene que emitir juicios respecto a los hechos que le sean dejados a su consideración, pero estos juicios deben estar plenamente respaldados dentro del proceso, con pruebas que lo lleven a concluir en la verdad procesal, así tenga que a veces apartarse de la verdad verdadera, a pesar de que el objetivo sea llegar a esta verdad, pero los presupuestos legales le obligan a ceñirse a ciertos mandatos previamente establecidos.

A pesar de todo lo anterior el juzgador en materia penal está sometido al cumplimiento de ciertos parámetros que le fija la Ley, quiere ello decir que no puede a su libre advedrío aplicar su juicio, sino que él solo le sirve como un medio para llegar a proferir una decisión. Por eso nuestro Código de Procedimiento Penal, consagró estos principios que son de obligatorio cumplimiento, entre los cuales sobresalen : la declaración jurisdiccional, que tiene un presupuesto sin el cual no puede haber fallo, ni, según la naturaleza del fallo, sanción. Es decir las informaciones procesales en que se fundamenta el juez, para hacer la

declaración jurisdiccional, no pueden ser personales, de carác ter subjetivo, sino informaciones objetivas que consten proce salmente y sean conformes a la Ley. (11)

Como se vió el Proceso Penal es un juicio que reune los tres elementos, es decir, sujeto, predicado y cópula, veamos por qué: El proceso penal nace como consecuencia de un acto huma no o de un hecho que llega al conocimiento del juez, (persona muerta), quien reune una serie de elementos a traves de actos para una vez comparados entre sí formarmarse la convicción de que es un delito (homicidio), llegando a esta conclusión des pués de agotar el procedimiento (reunión de pruebas), el cual corresponde con el proceso interior que debe cumplir el intelec

---

(10). PEREZ, Luis Carlos. ual de Derecho Penal.Ed. Te mis. Bogotá. 1962, P 3.

(11). Cabe señalar con respecto a los jurados de conciencia, en derecho, es un tribunal de personas no profesionales que juzgan en conciencia y en forma accidental sobre la culpabilidad de los procesados o su inocencia.

La ley dispone que los jurados sean seleccionados entre los ciudadanos de notoria idoneidad; sin embargo como para juzgar hay necesidad de un alto grado de desarro llo mental, juego de crítica y sentido de equilibrio, nin guna escogencia podrá conseguir justicia buena con jue ces improvisados.

to del juez, para lograr demostrar que se trata de un delito es decir una conducta definida como tal en la ley penal, hasta aquí está expresando un juicio con todos sus elementos, pero no ha terminado todo el proceso penal, por cuanto solo está demostrado la existencia de un delito, nos queda saber quien es el autor de ese delito y para ello también tenemos que allegar una serie de elementos (pruebas), el cual una vez identificado plenamente se le impondrá la pena que debe pagar.

Así se comprende bajo el nombre de juicio a todo el proceso penal, que no es en realidad otra cosa que un juicio agrandado o la sucesión de varios juicios emitidos por el juez.

Precisamente en el proceso penal es evidente que la actividad del juez tiende a descubrir un hecho pasado (delito) para imponer un hecho futuro (la pena), por lo que el juicio opera para reunir aquello que ha sucedido con lo que sucederá.

El juicio al igual que el procedimiento penal es un descender del presente al pasado; conocido por el juez un hecho (presente) desciende para establecer si ese hecho fue o no delito (pasado), sube luego del pasado al futuro; establecido plenamente que el hecho es delito (pasado) sube al futuro para imponer la pena al culpable. Así se resume la verdadera función del procedimiento penal como juicio del juez.

En último término la norma penal expresa un juicio de tipo jurídico. En general la norma jurídica penal es prohibitiva en su sentido, es decir que al describir un determinado comportamiento, está en último análisis describiendo una conducta que debe ser evitada. A esta clase de normas las podemos llamar -juicios negativos-: porque atribuyen al sujeto una consecuencia desfavorable. Tal consecuencia se presenta ya sea porque se actúa o se deja de actuar (omisión) en ambos casos se trata de juicios negativos. (12)

Con lo anterior se vé cómo el llamado procedimiento penal es el desarrollo en la práctica de lo que conocemos como juicio en el sentido de operación mental. En este sentido el juez y quienes intervienen en el proceso van a predicar al de algo y de alguien. Para ésto deben necesariamente descubrir, o tener el sujeto, el predicado y la cópula. La correspondencia o no de ese algo (un hecho es delito tal persona es delicuente) se traduce a través de toda la práctica del proceso (pruebas generalmente) para así llegar a la conclusión del mismo, en modo tal que la llamada sentencia no puede ser pronunciada sin las bases determinantes que dictaminen si el predicado corresponde o no al sujeto.

---

(12). GOMEZ DUQUE, Luis F. ob. cit. págs. 68 - 70

En cierto sentido podemos decir que el proceso penal se desarrolla en dos clases de juicio: uno de existencia donde las partes simplemente se pronuncian sobre sí un determinado hecho existe (precisamente) como delito. Para esto (y aquí encontramos el desarrollo material del juicio) se deben tomar todos aquellos elementos enunciados por las normas, para ver si lo que en ellas se enuncia corresponde o no a la situación presentada. Al mismo tiempo (generalmente) se desarrolla un juicio de valor, es decir se toma conciencia para calificar a un sujeto (inculpado) si es o no el autor o sea el delincuente. (13)

1.5. LA SENTENCIA COMO RESULTADO DEL JUICIO

La sentencia es un acto del juez por medio del cual da muerte al proceso. Son providencias judiciales que deciden sobre lo principal del juicio, sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia o en virtud de recurso extraordinario.

La sentencia se aparece así como el verdadero jucio penal;pero la sentencia y con ella el juicio, que no forma el contenido, no nace por generación espontánea, sino que es consecuencia de una serie de elementos y de actos mediante los cuales el juez forma su convicción, que explican la sentencia.

---

(13). FLORIAN, Eugenio, De las Pruebas Penales, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1982, Pág. 399.

La sentencia es la declaración del juicio y resolución del juez. Aquella en que el juzgador, concluído el juicio, resuelve final mente sobre el asunto principal, declarado, condenado o absol viendo. La sentencia es la resolución judicial en la que se actúa o niega la conformidad de la pretensión examinada en el proceso con el derecho objetivo, decidiendo definitivamente en una instan cia o en un recurso extraordinario.

La sentencia corresponde a la categoría de los actos procesales que concluyen el proceso, ya que los anormales son los extinti vos como la renuncia, el allanamiento, el desistimiento, etc.: Contiene la expresión de la convicción formada por el juez me diante la comparación entre pretensión y norma jurídica y expre sa la voluntad del Estado, en tanto que los jueces son los órga nos que éste utiliza para hacer efectivos el derecho y la justicia frente a sus súbditos.

La sentencia no es un supuesto de producción de derecho; que contenga un mandato análogo al de la norma, pero de formula ción particular y concreta, como una parte de la doctrina ha querido ver, ni tampoco una simple aplicación de la ley al caso concreto. Lo que en realidad caracteriza a la sentencia es el hecho que sea una actuación o de negación de una pretensión que se intenta satisfacer en un proceso de conocimiento.

La sentencia del juez es la síntesis que pone término al proceso, es cuanto resuelve el conocido problema del sometimiento de un hecho concreto a una incriminación abstracta de la ley penal, es decir, el problema de la aplicación de esta ley a aquel hecho, se apoya sobre elementos de hecho y de derecho.

Estos elementos constituyen, aunque en medida desigual y dentro de diferentes límites y con modalidades diversas, el impulso y la base de la prueba. Estos elmentos no pueden utilizarse sino en cuanto han sido allegados al proceso, y no influyen en el proceso sino han sido introducidos en él, esto es, si no han sido comprobados en el proceso. Una vez introducidos los elementos en el proceso, serán examinados y criticados por la parte y valorados y apreciados por el juez.

La sentencia salvo algunas excepciones, versa exclusivamente sobre el tema del hecho comprendido en la imputación; la prueba versa sobre el hecho de la imputación, pero se extiende más allá de éste y a menudo se extralimita e invade hechos accesorios y circunstanciales, que interesan a las partes según la opinión de las mismas y la apreciación discrecional del juez

Según Cremani, citado por Eugenio Florian, dice: "Todos los que han de juzgar ante todo deben tener en cuenta que no se ha

de dictar sentencia sino según lo alegado y probado y con arreglo a las leyes. En efecto, es nula la sentencia que no esté conforme con lo que fue probado en juicio y que se dictó sin tener en cuenta los autos y sin un conocimiento formado, como generalmente se dice". (13)

En la sentencia es necesario que todos los elementos que concurren a formar el convencimiento del juez se obtenga solo en esa fuente, que brota directamente del debate y que se deriva de la actividad de la controversia de las partes. La sentencia debe ser la resultante del debate en que se examinan las pruebas; de lo contratio sería nulo como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "Es nula la sentencia en que el juez muestre haber fundado su convencimiento sobre elementos de prueba no establecidos legalmente en el proceso, ya que esto impide el examen acerca del razonamiento puesto como base de la sentencia". (14)

---

(13). FLORIAN, Eugenio, De las Pruebas Penals, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1982, Pág. 399

(14). Casación 24 de marzo de 1976, Pág. 18, citado por FLORIAN, ob. Cit. Pág. 405.

CAPITULO III

2. LA CERTEZA CONDICION INDISPENSABLE PARA LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

2.1. COMENTARIO DE LOS ARTICULOS 215, 216, 217, 218 y 221 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.

2.1.1. Artículo 215

"Requisitos para dictar sentencia condenatoria. No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena y completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Como podemos observar el mencionado artículo prescribe que la sentencia condenatoria se dicte con base en estas exigencias: a) que se pruebe plena y completamente la infracción por la cual se llamó a juicio y b) que se pruebe plena y completamente que el procesado es responsable de ella. Por lo tanto en el juicio penal la demostración de la infracción y la culpabilidad del sindica

do, son los dos aspectos fundamentales .

Este artículo habla de plena prueba para condenar, quiere decir que debe existir dentro del proceso este tipo de pruebas es decir plenas y completas, pero estas han debido llegar a él en forma legal, lo que nos indica que si no han sido allegadas de esta forma no puede el juez proferir una sentencia condenatoria. En igual forma la prueba de la cual el juez se vale para decidir además de estar allegada en debida forma al proceso debe ser plena y compelta, quiere ello decir que si no se reunen estos presupuestos no se puede proferir una sentencia condenando al procesado.

Es importante anotar que no se ha limitado el número de pruebas, de ahí la fundamentación de que un solo testigo en un determinado momento pueda llegar a constituir la plena prueba de un hecho y de su responsabilidad, lo que ocurre es que si bien con un testigo, que haya presenciado los hechos y los describa como sucedieron sin que quede duda en el juzgador puede proferir una sentencia condenatoria. (15)

---

(15). Nota. Los términos del art.215 del C*P*P* no se amoldan con exactitud a los juicios en que interviene el jurado, por los principios que gobierna la libertad de apreciación de sus miembros, sin más pautas que la íntima convicción.

Una prueba solo puede practicarse válidamente cuando ha sido decretada por el juez o funcionario instructor y que, en caso de que por algún motivo sea practicada en el proceso sin esa previa disposición judicial, no puede tenerse en cuenta, en realidad no ha entrado a formar parte de él, las pruebas a las cuales hace referencia el artículo, son por lo tanto aquellas contempladas por el mismo derecho, lo anterior no es capricho del legislador o del intérprete, sino un principio pleno de equidad, como el que consagra la publicidad de la prueba, para que así las partes no se vean sorprendidas y puedan ejercitar el derecho de contradicción con relación a ellas, es decir conocerlas y objetarlas sino se está de acuerdo o si se ve que han sido tomadas sin el cumplimiento de alguno de los requisitos formales. Se cumple de esta manera el principio de publicidad lo mismo que el de contradicción, cuya puerta se abre con la notificación a las partes que debe hacerse del auto que las decreta, así como el cumplimiento de los requisitos procesales consagrados por la legislación que son indispensables en todos los casos y, especialmente, en aquellos donde el juez debe dictar sentencia condenatoria, ya que ésta requiere que las pruebas que obren en el proceso esten debidamente producidas; y que tiendan a demostrar que la situación si se configura como infracción jurídica y a demostrar que la persona acusada es la autora.

Teniendo en cuenta la función de todo el allegado de las pruebas, debemos concluir que queda descartada cualquier duda sobre el hecho y su autor y esa es la intención que ciertamente animó al legislador. (16)

Sentis Melendo, afirma que es un aforismo que carece de sentido y que se encierra en un círculo vicioso, cuando el artículo determina que se pronuncie el juez a favor del procesado cuando haya forma de eliminar la duda, pues cuando queda establecida se debe producir automáticamente la decisión favorable, dada la incertidumbre, presentándose el fenómeno que sí la duda se elimina, ya no existe, y por consiguiente, el principio supuesto carece de aplicación. (17)

Teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser el de darle al juez la convicción, o, por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ella con el auxilio de otros medios que lo contemplan, de acuerdo a lo anterior podemos clasificar las pruebas en : plenas, perfectas o completas e incompletas.

---

(16). LOPEZ MORALES, Jairo. Código de Procedimiento Penal Colombiano, comentado y con jurisprudencia reciente, Ed. Jurídica Colombiana Ltda. 1985, Pág. 195.

(17). SENTIS MELENDO, Citado por Quintero Ospina, ob, cit. Pág. 429.

Cuando se consideran en conjunto las pruebas practicadas en un proceso, existe prueba plena por ser perfecta y completa o no hay prueba por haber resultado incompleta o imperfecta, ya que en el primer caso existirá el convencimiento del juez, la certeza en ella y en el segundo no y únicamente en aquel puede considerarse el hecho como probado.

2.1.2. Artículo 216.

Estimación legal de la prueba. In Dubio pro reo. En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver en favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla.

El artículo en mención se refiere a dos temas importantes: a) la apreciación de las pruebas por su estimación legal; para que un elemento probatorio pueda ser aceptado y valorado tiene que reunir ciertos y determinados requisitos de procedimiento, como por ejemplo, el testimonio para que tenga plena válidez debe someterse a la pauta propia de la crítica testimonial teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales del deponente, de las del objeto, de las circunstancias en que fue percibido y de aquellas en que rindió su testimonio. La idoneidad se refiere, por lo tanto, no solo a la capacidad física y siquica para percibir y recordar, sino también a la capacidad moral (interés) y

a la capacidad de los hechos u objetos para poder ser percibi dos y recordados según las modalidades de distancia, luz, mo vimiento, figura (tamaño) y estado de visibilidad. Así vemos, pues, que el valor probatorio del testimonio no se da teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar o plura lidad de testificales, sino que el juzgador examinará la exposi ción más fiel a la verdad de los hechos para que determine su convicción. Así se tiene que no se practicará ninguna prueba sino por disposición del juez o funcionario de instrucción y den tro de los terminos legales o judiciales, como por ejemplo no se puede practicar un dictámen pericial sino ha sido previamen te ordenado por el juez, dentro de un determinado proceso, pa ra un fin específico; de igual forma no se perturbará ni privará de su libertad a nadie, sino con las formalidades legales y con motivos previamente definidos en las leyes; No se admitirán pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamen te los hechos que son materia del proceso, su finalidad es ade más de garantizar el derecho a la defensa del procesado, con tribuir con la economía procesal, por cuanto no se justifica que un proceso esté lleno de pruebas que no conduzcan al esclareci miento de la verdad, a la responsabilidad del culpable y a su castigo. Es importante que el sumario sea inviolable, pues no pueden conocerlo sino las personas señaladas en los artículos

106 , 311 y 312 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos el procesado, su apoderado, el representante de la parte civil, el agente del Ministerio Público, el juez y su secretario, para garantizar el derecho el juez o funcionario de instrucción debe citarlos oportunamente si fuere posible, antes de prácticar la respectiva prueba. Para garantizar que aquellos que no tienen ningún interés en las resultantes del proceso no se enteren de algunos pormenores que son necesarios mantener en reserva garantizando la seguridad, tanto del procesado como de los en cargados de administrar justicia.

Es obvio que en el proceso penal la prueba, considerada en sus diversas manifestaciones, debe estar regida por normas de de recho, y por ello estimada desde el punto de vista jurídico. Así la prueba se nos presenta finalmente como el principio ju rídico que a ella se refiere, esto es como el sistema de nor mas jurídicas que la rigen.

Según Carnelutti, es muy aguda pero frágil y demasiado abs tracta la afirmación de que el conjunto de reglas que rigen la percepción y la deducción de los hechos por parte del juez, cons tituye el sistema o la teoria llamada de la prueba legal, para él la posición del hecho controvertido se tiene según la realidad o según una fijación formal, sin embargo, como él anota basta un

limite mínimo a la libertad de búsqueda del juez, para que el proceso de averiguación de la realidad degenere en un proceso formal de fijación o determinación . Este tratadista no compar te plenamente la teoria de la prueba legal, por cuanto es muy frágil y abstracta, considera que si se deja un límite al juez para que actue dentro del proceso puede llegar a su culminación con mejores resultados, garantizando sin mayores problemas una adecuada administración de justicia. (18) b) La duda debe resolverse en favor del procesado, es el otro aspecto de este artículo que hace referencia al principio de In dubio pro reo, lógica consecuencia del artículo anterior que al afirmar la nece sidad de la plena y completa prueba necesariamente insiste en el pleno convencimiento de quien juzga sobre el hecho en su consideración y sobre la responsabilidad de la persona presun ta autora, de aqui inclusive que la disposición esté a continua ción de la que exige plena prueba de la responsabilidad y del delito para dictar sentencia condenatoria. Ello obedece a una lógica elemental, pues si la ley exige para condenar plena prue ba, vale decir, certeza acerca de la existencia del hecho y de la responsabilidad, esa misma ley debe por tanto prescribir que cuando no haya tal grado de convencimiento se debe absolver.

---

(19). CARNELUTTI, citado por Florian, ob. cit. Págs. 46 -47.

Manzini, distingue entre la duda simple subjetiva o sea cuando falta toda prueba y la que es subjetiva y objetiva a la vez, es decir cuando hay insuficiencia de prueba y se considera que es en este caso cuando se da lugar a la aplicación del principio en cuestión. En el primer caso se considera demostrada la inocencia y se habla de duda en cuanto se está de todos modos en presencia de un fenómeno, pero que no se puede probar plenamente; en el segundo se absuelve porque hay presunción de inocencia, lo cual es distinto, en realidad se tiene el fenómeno y se tienen pruebas que aseveran su existencia como la culpabilidad de la persona, pero las pruebas aducidas no son lo suficientemente dicientes para formar el convencimiento de quien juzga.(19).

Dellepiane, sostiene que la consagración del principio Indubio pro reo es uno de los casos en que la ley establece una presunción sin emplear esa palabra y considerar además que ese principio es una aplicación de la presunción de inocencia. (20)

---

(19). MANZINI, V. Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Traducción de Sentis Melendo, 1982 Tomo III, Pág. 222.

(20). DELLEPIANE, Antonio. Nueva Teoria de la Prueba, Editorial Temis, Bogotá 1961, Pág. 118.

Para Micheli, es por una parte, un criterio de valoración pro batoria por que se aplica cuando haya duda sobre el valor de las pruebas aportadas; y por otra, una regla de juicio, porque como el juez debe juzgar en todos los caos, a ella debe acoger se cuando la prueba sea insuficiente. (21).

El principio In dubio pro reo solo se aplica cuando no haya mo do de eliminar la duda o sea que antes de reconocerse debe proceder una etapa de eliminación, sin que sea posible excluir la. En otras palabras no se debe tratar de duda aparente dada ya sea por insuficiencia en la valoración de las mismas pruebas o por negligencia en la aportación de ellas.

El procesalista Viannini dice que la libre convicción del juez no debe entenderse en el modo sentimental de una voz pura del espíritu, que tranquiliza la conciencia del juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prue ba, aunque este consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un solo testigo, compartimos la opinión del autor y es por esta razón que entendemos porque el legislador ordena que en los procesos penales las pruebas se deben apreciar por su esti

---

(21). MICHELI, G.A. La carga de la prueba, ob. cit. Pág.267.

mación legal o sea de que el juez está sometido a unos mecanismos establecidos por la ley para la recepción y apreciación de las pruebas y no guiado por su libre convicción que pueda hacerse de los hechos materia de investigación, sí bien es cierto que existen criterios encontrados entre los tratadistas en estos campos, todo con la idea de garantizar un juicio imparcial libre en lo posible de toda influencia subjetiva.(22)

Con respecto al In dubio pro reo, es decir a la duda en favor del sindicado es otra acertada consagración que hizó el legislador para favorecer los intereses del procesado, pues da la garantía de que si existe alguna duda esta debe ser apreciada por el juez en favor de aquél, lo que nos lleva a pensar que una sentencia condenatoria debe estar libre de cualquier duda, en caso contrario el juez estaría violando este mandato legal, pero no basta que exista la duda para decidir en favor del sindicado sino que esta no se pueda eliminar y esto por cuanto es el Estado a quien le corresponde la carga de la prueba y como sobre él recae la responsabilidad del bien jurídico tutelado, no debe ahorrar esfuerzo en la busqueda de la verdad. En otras palabras lo que el Estado busca es precisamente tutelar el cumplimiento de sus

---

(22). VANNINI, citado por Jairo López Morales, ob. cit. pág. 197.

mandatos y esto no se consigue sino con la plena demostración de su violación, de lo contrario se caería en el arbitrio pues a parte de aparecer completamente el comportamiento del Estado que castiga no ya a un violador de la ley sino a un presunto violador, es a su vez desconocer la función del derecho en la sociedad, función que el Estado debe reflejar en primera persona, o sea tutelando la integridad personal de sus asociados.

2.1.3. Artículo 217.

Prueba Plena. Es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho .

Este artículo habla de la prueba plena y completa que nace y hace relación exclusivamente a lo que la ley considera como tal, aquí se nos pone de presente que el mismo derecho ha determinado que pruebas cumplen para efectos del juicio, con la característica de plenitud. En este sentido se reafirma la idea anteriormente plasmada, en palabras del Jurista Vannini, de que el convencimiento para juzgar no es el que personalmente el juez sienta guiado por su exclusiva razón. El derecho tiene y dá elementos que se deben aceptar como componentes del convencimiento para la existencia y culpabilidad en los casos que se presenten, es por tanto el mismo derecho quien determina cuando

se está en presencia de una prueba plena y completa. Las pruebas que según nuestro sistema jurídico llenan las características antes citadas, son para el Código de Porcedimiento Penal entre otras las siguientes : a) El indicio necesario, o la presunción legal no desvirtuada. Cuando se trata de un solo indicio la ley dice que no tendrá el carácter de plena prueba, lo que quiere decir que dos o más indicios harán plena prueba artículo 130 del C* P.P., b) La inspección judicial respecto de los hechos y circunstancias observadas durante ella por el juez y los peritos que hayan intervenido. Art. 223 del C.P.P., c) los documentos públicos o auténticos en cuanto a los hechos de que el funcionario de fe art. 261 C.P.P. d) la confesión libre y espontánea art. 264 del C.P.P., e) dos o más pruebas de esta naturaleza formaran la plena prueba de conformidad con el art. 218 del C. P.P., si los hechos que las constituyen están probados plenamente y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse, f) sólo puede reconocerse valor de plena prueba al dictamen proveniente de verdaderos expertos, emitidos sobre el caso secreto, razonado, objetivo, uniforme sin reticencias ni vacios, seguro en la verificación de los medios que lo fundan y perfectamente definido en las consideraciones y en la resolución de los puntos que han sido propuestos por el juez. En cualquier otra situación, el dictamen es prueba incompleta,

por tanto la prueba no reconocida por la ley como completa , o sea como bastante o suficiente para declarar procesalmente probada la existencia de un hecho.

El Código de Procedimiento Penal, señala taxativamente cuales son las pruebas completas, sin duda porque sus principios se informan en la teoría general de las pruebas, según la cual todas ellas podrían reducirse al indicio . En este sentido a nuestro parecer si la ley no determinará las características de plena y completa se daría un fundamento bastante incierto al proceso. Del modo como se ha determinado en cambio se tiene la seguridad de que la que no está catalogada en la ley como plena, es incompleta.

El fin de la prueba es siempre llevar al juez a la convicción sobre los hechos del proceso, mientras su resultado real puede ser tal convicción así como no alcanzar a suministrarla.

Teniendo en cuenta que el resultado de un solo medio probatorio puede ser darle al juez esa convicción , o por el contrario, únicamente elementos o motivos para llegar a ella con el auxilio de otros medios que lo complementan, es posible clarificar las pruebas como ya se dijo en plenas, perfectas, completas e incompletas. La prueba completa o perfecta da certeza sobre el hecho, al paso que la incompleta o inperfecta a penas sirve para

que el juez considere el hecho como probable o inverosímil.

Framarino, considera esta clasificación como innecesaria e impropia, pero si se tiene en cuenta el resultado obtenido con cada prueba se justifica suficientemente, porque no todas son portadoras de certeza o producen el convencimiento del juez, aun cuando este sea siempre en fin perseguido con ellas, por el contrario, la mayoria asisladamente solo sirven para deducir la probabilidad o verosimilitud del hecho y aún en ocasiones apreciadas de conjunto no sirven para obtener con ellas el fin perseguido. (23)

Algunos autores como Couture, Florian y Silva Melero, consideran que esta clasificación solo se justifica en un sistema legal, pero no en unos de libre valoración. Muchos autores están en desacuerdo con este concepto, porque en ambos sistemas es posible que el juez se dé o no por convencido con un medio de prueba o con todos los allegados al proceso, de acuerdo a si la ley considera o no cuales cumplen con este supuesto resultado.

Este artículo, fue en el que el legislador definió la prueba plena en forma indistinta con la completa, diciendo que era la recono

---

(23). FRAMARINO, Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, tercera edición, Ed. Temis, Bogotá 1981, pág. 86.

cida por la ley como bastante para que el juez declare la existen cia de un hecho, que deben ser de aquellos que violen la ley pe nal porque de lo contrario no tendría ninguna razón de ser este aspecto.

2.1.4. Artículo 218

Prueba incompleta. Dos o más pruebas incompletas son plena prueba si los hechos que la constituyen estan probadas plenamen te y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse.

Es incompleta la prueba no reconocida por la ley como completa o plena , o sea como bastante o suficiente para declarar procesal mente probada la existencia de un hecho. Dos o más pruebas de esta naturaleza formarán la plena prueba, de conformidad con di cho artículo. Así por ejemplo en el testimonio, el juez puede dar le pleno crédito al testigo valorando su dicho de acuerdo con las normas de la crítica testimonial y especialmente, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias que la ley cita; encontra mos el testimonio consagrado en el artículo 236 del C. de P.P.; en igual forma el indicio no necesario artículo 230 del C. de P.P. y el dictámen pericial artículo 278 del C. de P.P.

Nuestra norma precesal penal no fija un alcance determinado so

bre el valor atribuible al testimonio, es decir, no señala en que casos o en que circunstancias constituye plena prueba, o al contrario, prueba incompleta. Esto ha llevado a muchos tratadistas a sostener la tesis de que una sola declaración pue de apreciarse cuando las condiciones de credibilidad son mani fiestas, como plena prueba de un hecho, desvirtuando así el conocido principio de la invalidez probatoria del testimonio úni co.

El juez puede también darle el valor de plena prueba al peritaje, expresando clara y precisamente las razones técnicas y científicas en que se funda. Esta puede ser plena prueba de determinados hechos, y no serlo respecto de otros. Entonces bienen las reglas generales, de acuerdo con las cuales el juez aprecia rá ese dictamen.

Cuando la norma habla de dos o más pruebas incompletas está condicionando el mínimo pero no el máximo, quiere ello decir, que una sola prueba incompleta no constituye plena prueba; aho ra bien, cuando habla de más no limita, quiere decir que se pue den practicar las que a juicio del juzgador crea necesarias para llegar a la verdad de lo sucedido, para que se pueda dar esta condición es necesario que los hechos que las constituyen esten probados plenamente, lo que nos indica que si esto no sucede no

se puede aplicar.

Pero ello no termina aquí por cuanto exige que haya coexisten cia sin la cual no es posible, esto es sin la del hecho que trata de probarse, lo que nos indica que si el hecho que trata de pro barse no ha existido o no esta en coexistencia a la prueba no podemos darle aplicación, como por ejemplo cuando se sindica a una persona de ser el autor de un homicidio y el presunto oc ciso se encuentra vivo; vemos aquí que no hay la coexistencia del hecho que se trata de probar, ahora bien si nos detenemos a hacer un paralelo de la prueba incompleta con el indicio y ana lizando las diversas teorias de los tratadistas podemos concluir que esta es una prueba incompleta.

2.1.5. Artículo 221

Conducencia de la prueba. No se admitirán pruebas que no con duzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

Las informaciones procesales en que se funda el juez para hacer las declaraciones jurisdiccionales tienen que ser conforme a la ley y conducentes a establecer los hechos que sean materia del proceso.

Este artículo a su turno con el artículo 118 del C. P.C., sobre

rechazo de pruebas, ordena que las mismas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará inlimine, es decir en la iniciación del proceso, las que versen sobre los hechos notoriamente impertinentes o inconducentes. Al respecto ha dicho la jurisprudencia que el juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensibles, notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ellas viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no solo se incurrirá en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes el peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichoza de los medios de defensa que le brindan las leyes. (24)

El juez debe ser cauteloso en la admisión de las pruebas que le soliciten en razón de la conducencia. Y como las partes son quienes conocen en primer término la forma como sucedieron los hechos que originan la controversia, ellas deben darle a conocer al juzgador la pertinencia, ya que en ocasiones éste no puede advertirla. En materia penal esa exigencia resulta general en todos los eventos del proceso, pues se deduce del artículo 219 del C. P.P., que expresa: El procesado, su apoderado,

(24). Sentencia de N.C. nov.18/42, Gaceta Judicial, Tomo LIV BIS, Pág. 410.

el representante de la parte civil y el agente del Ministerio Público, podrán pedir la práctica de las pruebas que fueren conducentes, y el funcionario dispondrá que se practiquen a la mayor brevedad. De manera particular la exigencia se hace en el período probatorio del juicio; en el artículo 501 del C.P.P. se establece un requisito que debe llenar la referida solicitud de la causa, así: dentro del juicio las pruebas deberán pedirse indicando clara y precisamente lo que el solicitante se propone acreditar con cada una de ellas así como su conducencia por la relación que tenga con los hechos que son materia del debate.

La conducencia de la prueba es requisito intrínseco para su admisibilidad, debe ser examinada por el juez cuando vaya a resolver sobre las pedidas por las partes o las que oficiosamente debe decretar, y persigue un doble fin: a) evitar un gasto inútil de tiempo, trabajo y dinero, pues la inconducencia significa que el medio que quiere utilizarse es ineficaz para demostrar, así sea en concurrencia con otros el hecho a que se refiere; b) proteger la seriedad de la prueba, en consideración a la función de interés público que desempeña, evitando que se entorpezca y dificulte la actividad probatoria con medios que de antemano se sabe que no prestarán servicio alguno al proceso.

La conducencia de la prueba exige dos requisitos: a) que el me

dio respectivo o el camino que el juez escoja para buscar la prueba este en general autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley o que el juez lo considere lícito cuando goce de libertad para admitir los que considere revestidos de valor probatorio; b) que el medio de prueba solicitado o presentado sea válido en general como instrumento para llegar a la verdad y no esté prohibido en particular por la ley.

Entendida la conducencia de esta manera restrictiva, toda prueba inconducente será ilícita por estar legalmente prohibida. Puede pensarse que exista también inconducencia cuando la ley exija para la demostración de un hecho un medio distinto, pero como esa sola exigencia no significa que esté prohibido llevar otros, simplemente se cree que se trata de una posible inutilidad de la prueba.

Cuando la ley procesal no comtemple expresamente el requisito de la utilidad de la prueba, será necesario ampliar el concepto de conducencia, pero entonces se tratará de una inconducencia relativa muy difícil de apreciar en el momento de resolver sobre la admisión que por lo tanto será más bien requisito para su eficacia y debe postergarse su examen para la sentencia o el auto que falle el incidente.

Puede incluirse en la inconducencia los casos de prohibición le

gal de investigar el hecho, cuando no se contemple como requi sito separado. (25)

Al respecto dice Dellepiane, que de lo expuesto se desprende fácilmente que la verdad, en los litigios, es de dos clases o formas: a) verdad en cuanto a los hechos, cuando la idea que de ello se forma el juez concuerda en un todo con la realidad, cuando se los imagina tales como fueron o como son: b) ver dad en cuanto al derecho, cuando la idea que tiene el juez de la ley aplicable al caso, corresponde a la realidad, es decir, al pensamiento del legislador, el sentido del precepto legal o, de otra manera cuando el juez ha encontrado el precepto en que en cuadra el caso sub judice, es decir materia de estudio y la in terpretación de ese mandato concuerda con la interpretación del mismo que daría quien lo dictó. (26)

La ley le exige al juez que las pruebas que alleguen al proceso deben conducir en forma directa o indirecta a los hechos que son materia de investigación, lo que quiere decir que lo condi ciona al cumplimiento de ciertos requisitos, en nuestro concep

---

(25). DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prue ba Judicial. Tomo I. Ed. Alberti. Buenos Aires 1981

(26). DELLEPIANE, Antonio, Nueva Teoría de la Prueba. 9a. Edición, Editorial Temis 1983.

to está perfectamente encajada esta norma porcierto con ella se evita que el juzgador de buena o mala fe allegue pruebas que nada tienen que ver con el proceso y esto dilata y enreda el estudio del mismo.

2.2. DEFINICION DE LA CERTEZA .

Certeza es el conocimiento seguro, es decir cierto y ajeno de toda duda, claro o patente y evidente con respecto a un hecho determinado. Generalmente se conocen varios tipos de certeza entre ellos la empírica, fundada en la experiencia sencilla;certeza moral, fundada en el sentimiento y la conciencia; certeza matemática, fundada sobre la relación de los números, de las cantidades; certeza racional, fundada en la razón; certeza lógica, hace relacion a las verdades simplemente intelegibles, a la cual se llega mediante la labor exclusiva de la inteligencia por medio de la intuición o la reflexión, haciendo relación a la verdad no percibida por los sentidos y que conduce al entendimiento; certeza física, tiene aplicación en el caso del delito cometido en el lugar que el juez pudo percibirlo directa y personalmente ejemplo sí en una audiencia pública cualquiera de las partes comete un delito en presencia del juez, en este instante el juez lo pudo percibir por sus sentidos y a ello se le agrega su inteligencia y capacidades no quedando duda alguna

al respecto; certeza mixta, se presenta cuando existe combi nacion entre la certeza lógica y la física, cuando partiendo de una verdad sensible que ha sido percibida directamente, la in teligencia nos lleva por medio de la reflexión, a afirmar otra verdad, encontramos aquí la mezcla de lo lógico y lo físico.

Algunos tratadistas han subdividido la certeza mixta en tres cla ses: a) certeza físico-lógica o lógica por excelencia, esto en razón a que en el delito no puede haber certeza simplemente ló gica y cuando en materia penal se habla de certeza lógica nos estaremos refiriendo sin lugar a dudas a la certeza físico-lógi ca propiamente, la que se produce en el caso en que de la per cepción sensorial inmediata de un hecho material, de cuya exis tencia se tiene certeza física luego mediante una labor de racio cinio se puede afirmar otro hecho que no ha sido percibido en forma sensible e inmediata, originando así, con respecto a és te una certeza lógica. Se percibe inmediatamente una materia lidad distinta del delito y si ello se subordina a la idea genéri ca experimental del modo constante de ser y de obrar de la na turaleza, se puede afirmar el delito en uno de sus elementos.

En esta certeza la labor del raciocinio se dirige especialmente a buscar la relación que existe entre el hecho indicador y el he cho indicado, esto es entre la afirmación del testigo y el hecho

materia de investigación. Cuando se ha percibido sensibles y directamente un hecho dado, la reflexión desarrolla su acción para demostrar como partiendo de ese hecho se ha de llegar a la verdad de otro hecho que no ha sido directamente percibido.

Es fuente de certeza físico-lógica la prueba material indirecta, vale decir, el indicio que se funda en la percepción directa de las cosas materiales. Después veremos, en el correspondiente lugar, que el indicio ordinariamente no puede subordinarse si no a la idea del común modo de ser y de obrar de la naturaleza y por lo tanto no puede conducir regularmente sino a consecuencias probables pero no ciertas.

b) Certeza físico-histórica, o histórica por excelencia, es un aspecto especial de la certeza físico-lógica, que se funda en la dirección particular de la reflexión. La fuente de la certeza histórica es la afirmación directa de una persona mediante la cual se dirige a esclarecer y a fijar principalmente el vínculo entre la afirmación y aquello sobre lo que ésta recae pasando mediante el raciocinio de la prueba a lo probado. c) certeza físico-histórica-lógica o histórica-lógica simplemente, resulta de la combinación de las dos anteriores y se produce cuando la afirmación de la persona tiene por contenido una declaración indirecta sobre cosas, esto es, cuando el hecho material que sirve para indicar

el delito o el delíncuente no es percibido por el juez en forma inmediata y en su parte material sino que lo afirma es el tes tigo. En ese caso es cuando después que alguien ha percibido de manera inmediata y por la vía sensorial la declaración afir mativa del testigo, sea hablada o escrita y de la cual se tiene, por lo mismo certeza física, siendo necesario utilizar el racio cinio para establecer la verdad de lo que afirma el testigo.

Para efecto de nuestra investigación nos detendremos en forma particular en dos tipos de certeza poco conocidos como son la histórica y la jurídica.

El concepto de certeza surgió en Grecia al señalarse las ilusio nes de los sentidos y de la imaginación. En sus orígenes como en su desarrollo, el problema de la certeza está intimamente ligado al de la verdad es decir real y exacta y de la evidencia o conocimiento indudable. Entre los pensadores modernos, Des cartes defiende la posibilidad de certeza cuando nuestro pensa miento, después de la duda metódica, encuentra una idea clara y distinta que escapa a la duda y obliga a que nos adheramos a ella. A esta propiedad de ciertas ideas la denomina evidencia y esto prueba la verdad objetiva de la idea.

Los filósofos empiricos analizan el concepto de la certeza como la distinción entre percepción de cualidades primarias y secunda

rias o sea desde el mismo momento en que llega al conocimien to del juzgador el hecho; identifica la certeza con la certidum bre moral, vemos aquí que le dan un virage de lo jurídico a lo religioso. En cambio para Kant y Comte, el espíritu humano no puede alcanzar más que fenómenos que posibilitan la cons trucción de relaciones racionales, en particular las ciencias. Para Hegel, sólo una verdad en desarrollo es objetiva, puesto que la realidad evoluciona; toda verdad inmovil, absoluta es ori gen del error de donde se puede deducir que la certeza es una muestra o manifestación de la verdad, los análisis de los ante riores tratadistas insisten sobre la transformación constante, indispensable según ello para la certeza, satisfacción del cono cimiento subjetivo que tiende siempre hacia la verdad. (27)

La certeza se identifica con el primer grado de necesidad lógi ca, conociéndola algunos tratadistas como el doctor Torres con la expresión de "siempre que", se trata de eventos en los cuales, dados ciertos presupuestos, necesariamente obtendremos una de terminada conclusión. Es, sin lugar a dudas un silogismo demos trativo, en el cual, la conclusión es necesaria siempre. Como con respecto a la verosimilitud y probabilidad, se inciste en que se debe emplear un criterio cuantitativo y no propiamente esta dístico, al mencionar la certeza siempre se quiere significar que un hecho es causa o efecto de otro, en un ciento por ciento,

vale decir siempre.

Como se dijo, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva, pero certeza y verdad no siempre coinciden, pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras dudamos de lo que objetivamente es verdadero, y en la misma verdad que le aparece indudable a laguien, en ocaciones le parece dudosa a otro y hasta falsa a un tercero.

Admitimos que la certeza surge normalmente del influjo de la verdad objetiva; pero se afirma que aunque por lo común sale de la verdad, no es la verdad misma, sino simplemente un estado subjetivo, que muchas veces por obra de nuestra propia imperfección, no responde a la verdad objetiva. La certeza debe estudiarse desde su naturaleza intrínseca, para que se cumpla el principio del estado subjetivo del espíritu y de esta forma no confundirla con la realidad exterior. Así como la verdad es en general la conformidad del concepto ideológico con la realidad, así también la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza.

---

(27). WALTER, Robert. La Estructura del orden Jurídico, Disertación Jurídico-Teórica basada en la Teoría Pura del Derecho. Traducción de Ernesto Volkening 1984, Tomo VIII, Pág. 136.

Sabemos que la intuición es la primera función intelectiva, relacionada con verdades puramente intelegibles, así nos hallamos ante la verdad ideológica que se afirma y de este modo la certeza que se obtiene es producto de la evidencia ideológica.

2.2.1. Certeza Histórica.

Aparece cuando teniendo la percepción inmediata y sensorial de la palabra articulada o escrita de una persona que declara teniendo de esa manera la certeza física de la existencia de esa declaración, mediante el raciocinio se pasa a establecer la credibilidad de lo atestiguado y a darle el valor al testimonio de la persona que declara para llegar a la verdad de la cosa que es materia de afirmación. Como se ve el fundamento de esta certeza reside en la afirmación directa de la persona, o, en otros términos, en la prueba personal directa. El testigo hace una afirmación, por ejemplo, que vió cuando Pedro perpetró un hurto; entonces, cuando la reflexión logra establecer la veracidad del testigo, se pasa a afirmar, sin que intervenga en el ningún otro proceso lógico, la acción delictuosa de Pedro.

Pero la certeza puramente lógica, sea intuitiva o reflexiva, no es de ningún modo la que debe ser estudiada en materia penal, pues en estos asuntos se trata siempre de la comprobación de

hechos humanos, pues es solo el hombre puede cometer delitos; por cuanto el hecho criminoso lleva a una conducta que debe ser investigada llegando a la evidencia de verdades puramente inteligibles y por consiguiente de certeza intuitivamente axiomática, pues no hay hecho humano que no se exteriorice materialmente, quiere ello decir que con el solo pensamiento no se puede delinquir, y esa materialidad no puede ser captada en sí misma sino por los sentidos; así nos encontramos frente a lo que llamamos certeza histórica, puesto que ante todo, pueden ser objeto de prueba los hechos, en sentido propio, esto es, los acontecimientos y los estados de la vida individual y colectiva, en su acepción más amplia.

Pueden probarse hechos o actos humanos individuales o sociales, estado de ánimo de los particulares o de la colectividad, condiciones mentales de los individuos en especial o de grupos de individuos; en efecto los hechos que se han de probar son externos o físicos y no internos o síquicos. En cuanto a los hechos externos o físicos puede decirse que la investigación judicial de la verdad de estos hechos, es muy afín a la investigación histórica, pues fuera de la diversidad de medida de la una y de la otra, ambas están dentro de un mismo sistema de criterios y de métodos. La intuición pura o evidencia ideológica, lo mismo que el raciocinio puro, no son fundamentos de certeza en penal.

2.2.2. Certeza Jurídica.

La norma jurídica lleva consigo una pretensión inminente de vigencia. Esta exigencia se manifiesta de hecho en la necesidad que tiene el Derecho a ser expresado de una manera inequívoca mediante normas positivas, fácilmente accesibles y patentes. Esta exigencia se verifica cuando concebimos al Derecho como sistema normativo de la vida asociada, la cual exige que cada uno sepa con exactitud sus propias funciones, derechos y obligaciones. Esto significa que la sociedad para poder subsistir tiene necesidad de la certeza de las relaciones humanas, de lo contrario naufragaria en la anarquia. De acuerdo a esta afirmación se deduce que se deben conocer las acciones que se imponen por el fin de la sociabilidad.

Enfrentado así el Derecho, como instrumento para garantizar el conseguimiento del fin de sociabilidad, absuelve la doble función de escribir los comportamientos, las relaciones, instituciones que condicionan la realización del fin o ideal de sociabilidad y la de garantizar en la práctica su cumplimiento. Se delínea así una doble constatación de certeza desde el punto de vista jurídico : La concerniente al conocimiento de las precisas exigencias sociales y la concerniente al conocimiento de las consecuencias reales.

A esta doble función responde el derecho con una serie de instrumentos lógicos y prácticos como pueden ser la analogía, el recurso a los principios generales del ordenamiento en su aspecto lógico y en el práctico al proceso, control de constitucionalidad, etc. (28)

La certeza jurídica se traduce por tanto en la espectativa real, como exigencia social, de requerimiento sobre la concretización y contenido de las conductas exigidas y la constatación de sus consecuencias en el actuar concreto de los asociados. En esta línea la norma jurídica suscita la confianza social de que lo que ella contiene o su intención formulada positivamente es lo exigido por el fin de sociabilidad. De este modo el saber a qué atenerse, da el convencimiento de la dimención en consecuencias de la conducta individual en su consideración social.

Todo esto desemboca a que en el campo de la verificación real de un ordenamiento jurídico, la relación conducta norma jurídica, desemboque efectivamente en las consecuencias determinadas por la misma norma.

---

(28). MENDOZA PALOMINO, Alvaro. Probemas Fundamentales de Filosofía del Derecho. Conferencias de clase, mecanografiadas, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 1982.

2.3. LA CERTEZA COMO FUNDAMENTO PARA LA DECI CION JUDICIAL.

Sabemos que la sentencia es el resultado cierto de si el hecho concreto, objeto de la imputación, realiza la incriminación abstracta y específica de la ley, lo que se alleg. en el proceso penal está dirigido a suscitar esa apreciación en el juez. Por este motivo solo la apreciación del juez tiene importancia jurí dica y decisiva para los fines del proceso. Este aspecto no es una simple apreciación lógica sino que la misma ley intervie ne y esta se puede apreciar en dos formas fundamentales: a) positivamente (teoría de la prueba legal positiva) en este caso la ley prescribe que una vez verificados ciertos presupuestos, indicados por ella, determinado hecho debe considerarse como cierto por el juez, aunque no este convencido de ello. b) Nega tivamente (teoría de la prueba legal negativa), en este caso la ley prohibe al juez considerar como verdadero un hecho, sino se tiene cierta prueba mínima que ella misma establece.

De esto podemos deducir que la ley tiende a garantizar e' con vencimiento sobre los hechos y la responsabilidad del inculpa do, como base necesaria para la sentencia. Como hemos seña lado en otro acapite, este convencimiento no se deja a iniciati va subjetiva del juez, en cuanto la ley, para evitar arbitrarie

dades o equivocos da a ciertos medios de prueba su propio valor en relación con ese convencimiento, pues la formación del convencimiento, libremente elaborado por el juez según su propio criterio, es el método que corresponde a una estructura del proceso, que, con el àuxilio de garantia para las partes, repudia las desconfianzas y las limitaciones previas de la ley. Así, este método se encuentra vínculado históricamente el proceso acusatorio y fue restablecido cuando, caía en desuso la forma inquisitoria, el proceso se organizó, más o menos sobre bases acusatorias.

Evidentemente, los derechos procesales atribuidos a las partes y, en general, el método del debate contradictorio, hacian que decayeran, por la fuerza de los hechos, la intervención de la ley, despojándola de toda función. Las limitaciones y el control del juez en el campo de la prueba surgieron entonces de la nueva forma del proceso.

Con arreglo el método del libre convencimiento, el juez debe examinar y apreciar las pruebas de conformidad con su raciocinio y su conciencia, ya que los medios de prueba tienen por lo general un contenido material.

Como la formación del convencimiento del juez sobre el material probatorio allegado al proceso, sin que la ley le ponga trábas

ni determinaciones apriori, constituye un método natural y humano pero este método para poderse aplicar no necesita formulación expresa. (28)

---

(28). FLORIAN , Eugenio. De las Pruebas Penales, Tomo I, de la Prueba en General, Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982 Pág. 362.

CAPITULO III

3. LAS PRUEBAS COMO ELEMENTO DEL JUICIO PENAL

3.1. CONCEPTO DE PRUEBA

Abordamos el tema trayendo definiciones de tratadistas que se han dedicado a esta área del derecho, entre los que sobresalen:

Probar significa, verificar en el proceso penal, la realización de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convición de la existencia o verdad de ese hecho. Es por lo tanto la demostración de la existencia de un hecho físico o jurídico, según las formas y condiciones exigidas por la ley, o los medios que pueden utilizarse en juicio para demostrar la veracidad de los hechos aducidos. (29)

Acción y efecto de probar. Razón, demostración, documento, testimonio u otro medio con que se pretende hacer patente la verdad o falsedad de una cosa, le damos el nombre de prueba.

---

(29). RAMIREZ, Granada Juán D. Diccionario Jurídico, 1974, 7a. Edición, Pág. 328.

Por tanto son los medios de que se vale la inteligencia para llegar al conocimiento de una cosa, o el grado de convicción o certeza que se produce en el juzgador acerca de la existencia de algo, después del estudio de aquellos medios. De donde se puede decir que un hecho está probado o que no lo está o que se duda que lo esté.

Consideramos de vital importancia conocer el pensamiento de algunos tratadistas acerca de la prueba, así:

a) Carrara, dice que, en general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza esta en nosotros, la verdad en los hechos. La certeza nace cuando uno cree que conoce la verdad; pero por la sensibilidad humana puede haber certeza donde no haya verdad y viceverza. (30)

b) Para Eugenio Florián, la palabra prueba en lenguaje jurídico tiene varios significados. Efectivamente, no solo se llama así a lo que sirve para proporcionamos la convicción de la realidad y la certeza del hecho o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo. (31)

---

(30). CARRARA, Francesco, Programa, Bogotá 1957. Tomo II Pág. 381

(31). FLORIAN, Eugenio, Elementos de Derecho Procesal Penal, Barcelona 193, Pág. 305.

Vishinki, al definir las pruebas judiciales, dice que la ciencia del Derecho Probatorio subraya su identidad, desde el punto de vista del mismo proceso de demostración, con las pruebas habituales, que pueden ser cualquier hecho, acontecimiento, fenómeno y cosa. En efecto las pruebas judiciales son hechos ordinarios, los mismos fenómenos que tienen lugar en la vida, las mismas cosas, los mismos hombres y las acciones realizadas por éstos. Son pruebas judiciales en tanto entran en la órbita del proceso y sirven de medio para establecer las circunstancias que interesan al Tribunal y la instrucción, para resolver los asuntos concretos que son de incumbencia de una y otra.(32)

Bentham, al explicar lo que es una prueba en el sentido más alto que se puede dar a esta expresión, se entiende por ella un hecho supuesto verdadero, que se considera como que debe servir de motivo de credulidad sobre la existencia o no existencia de otro. Así toda prueba comprende al menos dos hechos distintos: Uno que podemos llamar el hecho principal, el que se trata de probar que existe o no existe; el otro, el hecho probatorio, el que se emplea para probar el sí o el no del hecho principal. Toda decisión fundada en una prueba, procede, pues, por vía de conclusión. Dado tal hecho, concluyo que existe tal otro.(33)

(32). Vishinki, Andrés. La Teoría de la Prueba en el Derecho Soviético. Buenos Aires 1951, Pág. 251.

e) Devis Echandía, dice que prueba es el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso.(34)

f) Carnelutti, considera la prueba como un medio para la com probación de la identidad (o de la diferencia) de la situación planteada por la norma en la causa; pero en realidad la prueba es fin o medio según el punto de vista desde donde se le consi dere.(35)

g) Según Medina López, la prueba es el medio lógico para com probar que la convicción a la certeza, por mandato de la ley en algunos casos, o por exigencia de la misma naturaleza de las cosas o de los fenómenos, solo se logra a partir de la de mostración que se hace a través de los imperativos legales. Ejemplo en el ordenamiento Penal Colombiano la prueba de la muerte violenta, dolosa o culposa de un individuo, solo se logra si se allegan las actas respectivas, en las cuales se consigna la realidad del hecho. Agrega que los hechos son recogidos por los

---

(33). BENTHAM, Jeremías, Tratado de Legislación, Tomo III, Pág. 188.

(34). DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Pro cesal, Bogotá, 1972, Tomo II, Pág. 15.

(35). CARNELUTTI, Prueba Civil, Pág. 62.

medios de prueba, esto es los vehículos que tienen entidad su ficiente para ser presentado y admitidos en juicio en orden a la demostración del hecho, los medios probatorios son impues tos por la ley y toda prueba debe ser controvertible es decir que se pueda desvirtuar, influyente o se que recaiga sobre el hecho materia de investigación y posible, por cuanto probar un hecho imposible es también cuestión imposible. (36)

Como vimos cada uno de los tratadistas a que nos hemos referi do define la prueba según su leal saber y entender, pero todos tienen como único objetivo demostrar que las pruebas son el medio por el cual se llega a la convicción del juzgador, toman do como elementos fundamentales la certeza acerca de la verdad y la convicción de la realidad que debe ser el resultado final al que conducen todas las pruebas allegadas al proceso y percibidas por el juez quien en última instancia es el encargado de darles el valor probatorio requerido para concluir sin equivocaciones de que un hecho ha existido, que determinada persona es autor de ese delito y como consecuencia merece cierto castigo de a cuerdo al grado de responsabilidad que le asista, sirviendo a los juzgadores para evitarles cometer equivocaciones, además

---

(36). MEDINA LOPEZ, Gabriel. Sistema Probatorio Canónico y Notas Concordantes con el Derecho Positivo Colombia no, Editorial Temis, 1968, Pág. 31.

de permitir que los presupuestos, conjeturas e hipótesis sean transformadas en verdades. Compartimos en parte las definiciones citadas pero observamos que hace falta resaltar que es el medio para evitar la impunidad en los delitos, pero no debemos dejar de lado que todos tienden a demostrar que las pruebas son el medio de conocimiento de los hechos por parte del juez, para poder decidir sobre la verdad de lo sucedido.

3.1.1. DERECHO PROBATORIO.

El Derecho , en general, puede ser definido como una normatividad o conjunto de reglas positivas elaboradas por el hombre con el objeto de realizar valores ya sean de justicia, de seguridad, de igualdad, de libertad, etc.; es decir, el derecho se identifica desde el punto de vista objetivo con las normas legales, el continente con el contenido, las cuentes con el producto; es la ciencia que estudia las normas reguladoras de las pruebas judiciales, en su producción, fijación, sus caracteres, su procedimiento y su evaluación.

3.1.2. DERECHO PROBATORIO Y SU DIFERENCIA CON LAS PRUEBAS.

El derecho probatorio no puede ser confundido con pruebas judiciales. El derecho probatorio está constituido por el conjunto

de principios jurídicos que a su turno son fruto de concepciones filosoficas, políticas, históricas y sociologicas, expuestos par cialmente en normas positivas reguladoras de las pruebas judi ciales. En cambio, las pruebas judiciales en sentido estricto son los mismos hechos fijados o involucrados al proceso o sea, los elementos de convicción que se aportan al proceso judicial con el fin de demostrar su existencia, creando la correspondien te certeza en el juzgador.

En sentido estricto el derecho probatorio es una materia más amplia, de la cual forman parte las pruebas judiciales, pero que comprende en general la verificación social de hechos, es decir, la prueba en sus multiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal. Es en el dere cho probatorio donde puede separarse la parte procesal o sus tancial de esta rama del derecho; no en las pruebas judiciales, porque la denominación misma excluye la posibilidad de negar les un carácter puramente procesal. Las pruebas son actos ju rídicos procesales porque en ellas interviene la voluntad huma na pero estas están dentro del derecho procesal, quiere ello de cir que están fuertemente arraigadas dentro de este terreno, pe ro esto no significa que la prueba opere sólo en el proceso y que por lo tanto, constituya exclusivamente una institución procesal.

Algunos tratadistas le reconocen una naturaleza mixta a la prueba y al acto procesal, pues dicen que el procedimiento regula la administración de las pruebas, es decir, la forma en que han de adoptarsen.

Jaime Guasp al respecto, expresa: "En realidad, existen dos clases de prueba: una prueba material y una prueba procesal o judicial, en sentido estricto". Explica a continuación lo que entiende por una y otra, así: "Prueba material es aquella institución que, en el ámbito de las relaciones jurídicas regidas por el derecho material, se destina a la justificación de la existencia de determinados acaecimientos de la vida real; no tiene como finalidad específica lograr la convicción sicológica del juez, ni de ningún destinatario personal determinado, sino simplemente acreditar objetivamente el dato a que la prueba se refiere, es decir, proporcionar en definitiva legitimaciones para el tráfico jurídico, abstracción hecha de cualquier repercusión procesal en que ulteriormente pueda pensarse. En cambio, la prueba procesal es, como antes se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción sicológica del juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales. En este caso ya no hay que hablar de justificaciones objetivas, sino de comprobaciones personales dirigidas a un sujeto particularizado. La prueba procesal puede utilizar, físicamente, los mismos me

dios de la prueba material, pero , en todo caso, la función del medio probatorio es radicalmente distinta en uno y otro aspecto." (37)

Con lo anterior podemos concluir la existencia de dos clases de pruebas en nuestra legislación, siguiendo la tesis de Guasp, y son ellas la procesal y la material, pero es importante diferenciar las funciones que ellas cumplen, por cuanto si no hay proceso estas no cumplen ninguna función sustancial porque no se requieren para que el acto exista y sea válido, no obstante que puedan dar seguridad y comercialidad al derecho que otorguen, lo cual es apenas un efecto reflejo e indirecto; en cambio aquellas cumplen directamente la función sustancial a que están destinadas, antes del proceso y aún cuando este nunca se produzca, ya que solo por ellas nace válidamente a la vida jurídica el acto o contrato.

Indudablemente las pruebas reciben una notable influencia del derecho sustancial en cuanto están vinculadas a los actos sustanciales que con ellas se pretende establecer sin que afecte su naturaleza procesal. Las conclusiones que se adopten repercuten en las decisiones que se van a tomar, puesto que se trata de normas procesales, previamente señaladas.

(37). Guasp, Jaime. Derecho Procesal Civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, Págs. 333 y 366.

3.2. FUNCION DE LAS PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Como el fin del juicio penal es establecer la realidad de los hechos, no se tendrán en él propiamente como pruebas si no las que llevan a nuestra mente un predominio de razones afirmativas para aceptar esa realidad, luego no son propiamente pruebas sino las de credibilidad, que es el simple predominio mayor o menor de las razones afirmativas sobre las negativas, y las de certeza, que es el triunfo de las razones afirmativas en favor de nuestro conocimiento sobre la realidad del hecho.

Como venimos observando el objeto supremo del procedimiento penal es la comprobación del delito en su individualidad objetiva y subjetiva. El procedimiento penal en su integridad no tiene importancia, en lo que hace a la presentación de las pruebas, si no desde el punto de vista de la certeza que proporcionen sobre el hecho delictuoso (ilícito), puesto que todo juicio debe expresarse bien en una condena o en una absolución, es precisamente la certeza que se haya adquirido acerca del delito lo que hace justa, legítima e imperativa la condena, así como la duda o la inexistencia de certeza sobre el delito es lo que hace obligatoria la absolución. La crítica criminal tiene por fin principal averiguar la manera como de la prueba puede nacer la certeza sobre el deli

to ; en otros términos, el objeto principal de sus averiguacio nes es el estudio de las pruebas de certeza.

En crítica criminal no se habla del hecho sino como realidad ocurrida. Las pruebas de credibilidad, no son propiamente pruebas con relación al hecho real, sino en cuanto a una idea. Cuando con respecto a un hecho determinado nuestra mente lle ga a tener la simple posibilidad de él, se encuentra en un esta do especial que está constituído por la igualdad de motivos para creerlo y para no creerlo, es decir que con la idea de la simple posibilidad de un hecho, no tenemos ninguna razón predominan te para tenerlo como real.

Entonces se tiene que como el código penal y el procedimiento penal son estatutos de defensa social, la acción probatoria en esta materia jurídica no constituye propiamente una carga, en cuanto al denunciante y al denunciado, sino un deber, que para el instructor o juez penal es un deber funcional. En efecto, en este proceso sólo hay un interés, el interés público, que coloca en segundo plano al interés privado. Como lo ha dicho la juris prudencia colombiana, la acción penal no va dirigida a una con dena, sino a investigar el delito y su autor. Desde luego el sin dicado y el denunciante pueden tener interés en la prueba, pero su interés es secundario.

En lo penal, a pesar de que una confesión reúna todos los requisitos para su existencia, validez y eficacia probatoria, no sirve por sí sola para condenar al confesante, sin que se requiera prueba en contrario, pues para ello hace falta que además esté probado el cuerpo del delito.

En el proceso penal el confesante tiene libertad para retractarse, y el juez aprecia entonces el valor de la confesión anterior, de acuerdo con los demás elementos de prueba, y para impugnar con éxito la confesión basta la prueba en contrario, sin que haga falta alegar, y menos demostrar, el error subjetivo.

Entendidas las presunciones del hombre o judiciales como lo hemos expuesto, es obvio que tienen aplicación constante en el proceso penal, como criterio para valorar la prueba de indicios.

Entendidas en su verdadero sentido las presunciones legales, no se oponen a la estructura del proceso penal; pero como constituye una limitación a la libertad del juez para valorar las pruebas, es mejor suprimir las que vayan contra el sindicado, porque contrarían los principios universales de que ningún hecho ilícito existe mientras no sea probado plenamente y que al sindicado se le considere inocente mientras no se pruebe plenamente su responsabilidad penal, el último de los cuales constituye una verdadera presunción de inocencia que determina la ausencia de

carga de la prueba de la no responsabilidad.

Entre las diversas formas de enjuiciamiento criminal, la mayoria de los tratadistas del derecho probatorio penal como del derecho procesal de la misma rama, están acordes en señalar tres sistemas de enjuiciamiento criminal que han mantenido en las diversas escalas las relaciones procedimentales entre el estado y los infractores de la ley. (38)

Estos sistemas son :

El acusatorio

El inquisitivo y

El mixto.

SISTEMA ACUSATORIO

La órbita dentro del cual operá con acendrada fuerza positiva se encuentra señalada desde la época en que la justicia penal era promovida a instancia de la persona ofendida o de sus familiares, presentandose así desde el primer instante un acusador, quien pone en conocimiento de la autoridad los hechos ilícitos y pide al Juez la defensa de sus derechos que considera lesionados.

---

(38). ORJUELA HIDALGO, Gustavo, Ob. cit. Página 60.

El proceso se reduce a una lucha entre el acusador y el male chor, correspondiendole a cada cual para obtener el reconoci miento de su interés alegado, suministrar la prueba, pero vién dose más obligado a ello el acusado, pues, debía demostrar su inocencia sino quería ser condenado; el Juez que era de carác ter popular y recusable, tenía una actividad pasiva, ya que, aún que gozaba de la libertad absoluta para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes, su facultad de obrar se limi taba a recibir las que suministrara el acusador y el acusado, y a fallar reconociendo al vencedor.

Imperaba en este sistema enjuiciatorio los principios de la pu blicidad y la oralidad desde la iniciación del proceso y por lo tanto el acusado conocía los cargos que se le formulaban desde un comienzo, y la controversia, era pauta definitiva. (39)

SISTEMA INQUISITIVO

El proceso penal antiguo fue sustituído por el canónico penal, empleado por el tribunal del Santo Oficio y por el sistema laico del enjuiciamiento iquisitivo.

En este sistema se desconocen principios fundamentales de la persona humana y se desenvuelve en las tinieblas del secreto y con mecanicidad e inmovilidad de la escritura.

(39). ORJUELA HIDALGO. Gustavo. Ob. Cit. Pág.65

El delito en este sistema inquisitorio es perseguible de oficio por el estado, aunque no haya acusación y la carga de la prueba ya no es para el presunto malechor; es pués, al estado por intermedio del Juez a quien corresponde probar el ilícito y descubrir al autor. Los jueces no poseen ninguna libertad en la apreciación de las pruebas, como quiera que estaban reglamentadas de manera rígida por las ordenanzas legales y su admisibilidad depende del cumplimiento preestablecido en dichas disposiciones, pues, el sistema se halla compenetrado por la naturaleza del principio de la tarifa legal, quiere ello decir que la confesión podía ser arrancada por el tormento y la atrocidad, cualquiera que fuese su especie, con tal de tener una "prueba" definitiva para la condenación. (40)

SISTEMA MIXTO

Los desmanes y abusos cometidos por el sistema inquisitivo, cobraron en el mundo jurídico reacciones de altísima dignidad humanitaria.

Francia, con la revolución de su propio nombre fue la primera en pregonar con impetu por un criterio moderado y democrático del Procedimiento Penal. Es entonces cuando se adopta una posición intermedia entre los dos sistemas antes mencionados, co

(40). GOMEZ DUQUE, Luis F. Ob. Cit. Pág. 90

mo formula de conciliación y resultante de los anhelos populares de la revolución; el sistema Mixto.

Dentro de este sistema, se comienza por distinguir en el Proceso Penal: la etapa investigativa o sumaria y la de decisión o juicio. Para la primera rigen los principios generales del sistema inquisitivo, esto es, el secreto de la investigación, la ausencia de controversia y la escritura; para el segundo, los lineamientos del acusatorio. En cuanto a los medios probatorios no son discriminados legalmente, sino que son aceptables todos para la mejor aclaración de los hechos objeto de la investigación (41).

Puede decirse que nuestro estatuto Procesal Penal, en términos generales consagra un sistema mixto de enjuiciamiento con algunas variaciones como el relativo al secreto del sumario, ya que varias personas pueden conocerlo en relación directa con su intervención, tal como lo consagran las diferentes normas de nuestro Procedimiento Penal.

Para concluir podemos decir que la función de las pruebas en el Procedimiento Penal, es la de ayudar al funcionario a buscar la verdad y no contentarse con hallar la autoría. Su obligación va

---

(41). NARANJO VILLEGAS, Abel. Obc. Cit. Pág. 67

mo formula de conciliación y resultante de los anhelos popula res de la revolución; el sistema Mixto.

Dentro de este sistema, se comienza por distinguir en el Pro ceso Penal: la etapa investigativa o sumaria y la de decisión o juicio. Para la primera rigen los principios generales del sis tema inquisitivo, esto es, el secreto de la investigación, la au sencia de controversia y la escritura; para el segundo, los li neamientos del acusatorio. En cuanto a los medios probatòrios no son discriminados legalmente, sino que son aceptables todos para la mejor aclaración de los hechos objeto de la investigación (41).

Puede decirse que nuestro estatuto Procesal Penal, en términos generales consagra un sistema mixto de enjuiciamiento con algu nas variaciones como el relativo al secreto del sumario, ya que varias personas pueden conocerlo en relación directa con su in tervención, tal como lo consagran las diferentes normas de nues tro Procedimiento Penal.

Para concluir podemos decir que la función de las pruebas en el Procedimiento Penal, es la de ayudar al funcionario a buscar la verdad y no contentarse con hallar la autoría. Su obligación va

---

(41). NARANJO VILLEGAS, Abel. Obc. Cit. Pág. 67

más lejos: trata de encontrar causales específicas de irrespon sabilidad o de responsabilidad. El peso total de la prueba recae en el juez.

Para que el procedimiento penal pueda cumplir con sus funcio nes es necesario que acuda a la prueba, pues, es el aspecto, por el cual se logra penetrar en el espíritu; y como este puede llegar en relación con un objeto y por intermedio de las pruebas, ya sean de certeza, de probabilidad o de credibilidad. Como este aspecto nos intereza para el trabajo es necesario que conozcamos cada una de ellas, así: (42)

3.2.1. Prueba de Certeza.

Es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva. Pero certeza y verdad no siempre coinciden pues algunas veces estamos ciertos de lo que objetivamente es falso; otras no creemos de lo que es objetivamente verdadero; y la misma verdad que le parece indudable a alguien, en acciones le parece dudosa a otro, y hasta falsa a un tercero.

Sostenemos también que la certeza, considerada en su naturaleza intrínseca, como es y no como sería mejor que fuese, consiste en

---

(42). NARANJO VILLEGAS, Abel, Ob. Cit. Pág. 48.

un estado subjetivo del espíritu, y por ello debe estudiarse en esa condición, y no confundirla con la realidad exterior.

Considerada subjetivamente, esto es, con respecto al modo en que el espíritu toma posesión de ella, la verdad se divide, por lo tanto, en dos grandes categorías: la de la verdad que llega al espíritu mediante la simple percepción intelectiva, que es verdad puramente inteligible, y la de la verdad a la cual no puede llegar el entendimiento sin el concurso de los sentidos, que es verdad sensible, precisamente en la medida de esta necesidad.

Consideramos ahora la intuición y la reflexión con respecto a la verdad la que a su vez se puede subdividir en verdades sensibles materiales y sensibles morales, las sensibles materiales estan constituidas por una materialidad que no puede percibirse sino mediante los sentidos, por medio de la intuición o de la reflexión, las sensibles morales son hechos síquicos que solo pueden percibirse mediante la materialidad en que estos se han exteriorizado.

Pero esta certeza puramente lógica, sea intuitiva o reflexiva, no es de ningún modo la que debe ser estudiada en materia criminal. En asuntos penales se trata siempre de la comprobación de hechos humanos; y a propósito de uno de ellos que es el hecho criminoso,

ciertamente no puede hablarse de la evidencia de verdades pura mente inteligibles y por consiguiente de certeza intuitiva axiomá tica, pues no hay hecho humano que no se exteriorice material mente, y esa materialidad no puede ser captada en sí misma si no por los sentidos. Pero, entendida la certeza, desde el ángulo subjetivo, e[illegible] ompleta, y para convencerse de su inexacti tud, basta dirigir [illegible] mirada a las pruebas y tratar de subordi narlas a las especies de certeza. Consideramos en especial la prueba material indirecta, esto es, el indicio puro que ha sido percibido por el juez, en su parte material, directamente, y que no se basa en la credibilidad que se le asigna al testimonio de per sona. ¿Qué tipo de certeza originará la prueba material indirec ta ?. No la certeza metafísica, y ello se ha de reconocer fácil mente, ya que no se trata de verdad racional pura; ni tampoco la certeza histórica, puesto que contemplamos la hipótesis de que el indicio, en su parte material, ha sido percibido directamente por el juez. Debemos averiguar entonces si se trata de certeza física. (43)

3.2.2. Prueba de Probabilidad.

Objetivamente, la probabilidad no tiene por contenido la simple verdad, como ocurre con la certeza, sino que presenta un obje

(43). ORJUELA HIDALGO, Gustavo* Ob. Cit. Pág. 72

tivo múltiple, pues tiene por objeto los motivos de mayor enti dad y que confluyen a la afirmación, junto con otros motivos de menor importancia, que se apartan de la afirmación. Consi derada objetivamente, en la verdad, la certeza no puede tener motivos distintos de la creencia; la probabilidad debe tenerlos; y al paso que la certeza tiene unobjet único, la probabilidad tie ne objeto múltiple.

El espíritu humano, limitado como está en sus percepciones, muy a menudo no llega a la verdad sino por vías indirectas.

Basta que haya motivos convergentes y motivos divergentes, es to es, que exista la objetividad de los probable, con tal que esta haya sido señalada mediante una especial determinación subjeti va, sin la cual no saldríamos de lo probable.

La determinación subjetiva que nos hace salir de la probabilidad y que nos abre el camino de la certeza, consiste en el rechazo racional de los motivos que nos separan de la credibilidad.

Admitimos que la probabilidad proviene de datos objetivos, pero decimos que la probabilidad no consiste en esos datos, sino, por el contrario, en ese estado de ánimo que es producto de su per cepción; y por esto tiene naturaleza subjetiva, como la certeza. Tampoco en esto queremos separar ni confundir, sino que dis

tinguimos.

Por lo tanto, al hablar de certeza y de probabilidad, puede considerárselas desde un punto de vista objetivo, pero solo en el sentido de estudiar una relación entre ellas, y no en el sentido de estudiar su naturaleza.

¿En qué consiste subjetivamente la probabilidad?

Consiste en la percepción de los motivos convergentes y divergentes, todos los cuales se consideran dignos, en la medida de su diferente valor, de ser tenidos en cuenta.

La probabilidad ve los motivos convergentes y los divergentes, y los considera a todos dignos de ser tenidos en cuenta, aunque más los primeros que los segundos.(44)

Si pudiésemos condenar siguiendo juicios simplemente probables, la justicia penal, como ya lo hemos dicho, perturbaría la conciencia pública aún más que el delito mismo, pues los ciudadanos honrados y pacíficos, más que de las agreciones comunes de los delincuentes, se sentirían victimas de las que son más aterradoras por cuanto son irresistibles, esto es, las que les irrogarían la que a sí misma se diera el título de justicia pública.

---

(44). PEREZ Luis Carlos Ob. Cit. Pág. 17.

La probabilidad no entra, pues, al servicio de la investigación criminal, sino legitimando la facultad que tiene el Estado de investigar, o como un primer paso hacia la certeza.

Ese es el carácter especial de la probabilidad, que consiste en la percepción de los más poderosos motivos que convergen hacia la crencia, y de los menores que se separan de la crencia, todos los cuales se juzgan como dignos de ser tenidos en cuenta, según con la diferente medida de su valor.

La probabilidad, pues, graduable, pero la graduación no puede se determinada mediante términos fijos, ya que el número de motivos que en abstracto pueden presentarsen, es indefinido; y en cuanto a los motivos que en concreto son tenidos en cuenta, ante todo hay en ellos algo indeterminado que escapa a la adición númerica, pues no es el solo número de motivos lo que determina el grado de la probabilidad, sino especialmente su importancia, que es un valor lógico, no susceptible de determinación aritmética.

Por esa razón, aunque se pueda hablar de más y de menos en materia de probabilidad, lo que no es posible en tratándose de certeza, sin embargo no es posible determinar de modo fijo y númerico los varios grados de probabilidad. (45)

(45). FLORIAN, Eugenio. Ob.Cit. Pág. 326.

De consiguiente, la graduación de la probabilidad si no queremos caer en el terreno de lo fantástico, se reduce simplemente a decir que, en relación con un objeto, podemos tener una probabilidad mínima, que llamará lo verosímil, por razones que luego expondré; una probabilidad media, que podría llamarse lo probable a secas, y una máxima probabilidad, que sería lo probabilísimo.

3.2.3. Prueba de Credibilidad.

Lo que es ontológicamente posible, por cuanto pudo tener existencia en el mundo de la realidad, es lógicamente creible en el mundo del espíritu, por que puede ser tenido como objeto real de conocimiento. Lo posible es la potencia que puede ser puesta en acto, y, desde nuestro punto de vista, el haber podido ser una realidad, pues la realidad es la potencia que ha sido puesta en acto. La percepción de un objeto como posible realidad ya efectuada, es para nosotros lo creíble. Lo que es cierto, no puede dejar de ser creible; es el axima mismo de los lógicos, trasladados del mundo de la realidad al del conocimiento.

Para nosotros, la credibilidad, lo mismo que la certeza y la probabilidad, es un estado subjetivo, que no deja de serlo tan solo por haber tenido su origen en razones objetivas. En nuestro concepto, hay simple credibilidad, es decir, credibilidad en sentido

específico, siempre que la conciencia está frente a motivos tan válidos para la afirmación como para la negación; su naturaleza específica consiste en la percepción de razones para creer y de razones para no creer, que son iguales entre sí. Si no existen motivos de ninguna especie, no hay conocimiento alguno; si los motivos dejan de ser iguales, no existe lo creible en sentido específico; tendríamos lo probable, que es más que lo creíble específico por el aspecto de los motivos más poderosos; y tendríamos lo improbable, que es algo menos que lo creible, específico, por el lado de los motivos menores. Si no existen sino motivos de una sola especie que sean dignos de ser tenidos en cuenta, no existirá lo creíble en sentido específico, sino lo cierto, es decir, el más alto grado de credibilidad genérica, cuando todos los motivos sean unívocamente convergentes, y lo increible, o sea la ausencia absoluta de credibilidad, en el caso contrario.

Lo improbable no destruye la credibilidad sino de modo parcial, pues solo acaba con la igualdad de motivos para creer y para no creer, o sea esa equiparación que constituye la credibilidad específica, pero carece de poder para destruír la credibilidad genérica, que en esa forma, y no obstar la improbable, persiste. Por el contrario, lo increible arranca de raíz toda credibilidad, tanto la específica como la genérica. (46)

(46). DEI MALATESTA, N. Framarino. Ob. Cit. Pág. 128

Si la inocencia es improbable, no por eso podremos condenar; si es improbable la culpabilidad, no es por causa de esa impro babilidad, como tal, por lo que el sindicado debe ser absuelto, pues basta la credibilidad específica pura y simple, que provie ne de la equiparación de razones en favor de la inocencia y en favor de la responsabilidad; y aún basta la existencia de motivos menores a favor de la inocencia y que sean dignos de tenersen en cuenta, aunque haya también más poderosos a favor de la cul pabilidad; es decir, que basta inclusive la improbabilidad misma de la inocencia.

De las nociones que acabamos de expresar resulta, además, que en orden al valor intrínseco, puede ser absoluto o relativo tanto lo increíble que hemos llamado evidente, como el que hemos di cho que se debe llamar condicionado, desde el punto de vista de la necesidad de pruebas. Es increíble evidente y absolutamente que una cosa sea y no sea en un mismo tiempo y en cuanto a una misma relación; es increíble evidentemente, pero de modo rela tivo la existencia de un hombre de diez metros de altura. Es in creíble condicionalmente, pero de modo absoluto, que Pedro ha ya cometido un delito en Nápoles, si en esa misma época se en contraba en Roma, y es increíble condicionada y relativamente que Juán haya cometido un delito en Italia, si dos días antes de la comisión de ese delito estaba en América.

Establecida la credibilidad del testimonio se entra a analizar su fuerza probatoria o eficacia, que es su consideración procesal, esto es, como prueba. Para ello debemos hacer un análisis lógico-dialéctico, el mismo que empleamos en todo indicio. Al fin de cuentas todo testimonio no es sino un conjunto de datos o circunstancias, o hechos indicadores. Debemos establecer los nexos lógicos correspondientes entre cada hecho indicatorio arrojado por el testimonio y el hecho por probar, de una parte, y de otra parte, entre el hecho indicatorio del testimonio y los demás hechos indicatorios acreditados en el proceso. De esos nexos deducimos su valor: si nos da la plena convicción o no, para aceptarlo total o parcialmente como prueba. certeza que debe ser producto del examen analítico y sintético en cada caso concreto. (47)

Para concluír podemos decir que el fin primordial de las pruebas es aplicar el derecho a un caso controvertido mediante una sentencia, siendo esta la función jurisdiccional. Las pruebas coadyuvantes para la obtención del fin general; lograr producir la convicción del juez, aportarle un conocimiento de los hechos mediante la formación sobre ellos de juicios verdaderos, en el grado de certeza, llegando a lo más cerca posible a la realidad.

---

(47). Dei Malatesta, N. Framarino. Lógica de las Pruebas en Materia Criminal. Tercera Ed. Volumen I Edi. Temis. 1981.

3.3. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS.

Un ordenamiento lógico de las pruebas impone su clasificación, donde los autores adoptan diversos criterios para ello, a menudo se confunden las pruebas propiamente dichas con los sistemas para valorarlas y aportarlas al proceso o con el procedimiento empleado para tales efectos y con otras actividades relacionadas con ellas.

Aunque los grandes estudios de la materia, hacen en general una vasta clasificación de las pruebas, Procederemos a clasificarlas según el sistema procesal para obtenerlas y llevarlas al proceso, y según la manera como el juez deba valorarlas, en razón a ellos tomaremos el siguiente orden:

Según su naturaleza: naturalez, artificiales, directas e indirectas.

- Según su valor: Perfectas e imperfectas.
- Según su cantidad y su autonomía: simples o compuestas.
- Según su finalidad: acusatorias y absolutorias.
- Según su origen: inmediatas y mediatas
- Según su radio de acción: genéricas y específicas.
- Según el sistema probatorio: formales y esenciales.
- Según la época y la intención: preconstituidas y causales.
- Según su fuente: personales y reales.
- Según su debate: sumariales y controvertidas.
- Según su finalidad: postivas y negativas.

- Según su importancia: principales, supletorias y concurren tes.
- Según su tradición: prueba diabólica.
- Según que haya sido producida en otro proceso: prueba trasladada.

3.3.1. Según su naturaleza o objeto:

Pruebas naturale se fundan en la evidencia material, dan lo que en materia penal se llama el cuerpo del crimen, ejemplo: testimo nios, documentos, etc.

Pruebas artificiales: son creaciones de la lógica, pertenecen al ra ciocinio. Ejemplo: indicios y presunciones.

Pruebas Directas: La consistente en medios de convicción relacio nados de manera precisa con el hecho controvertido. En otro enfo que procesal, la que el juez obtiene por si mismo; como más carac terística, la inspección ocular o cuando presencia alguna de carác ter pericial.

En materia documental, por ejemplo, constituye prueba directa de la falsedad de un testamento ológrafo la diferente letra en dis tintas páginas, aún parecida; sobre todo cuando no todas están fir madas y las cláusulas o partes perjudiciales constan precisamen te en las otras.

Estas pruebas existen en la vida, en la realidad, atestiguan directa e inmediatamente los hechos buscados, Ejemplo: el documento, el testimonio, el dictamen pericial, la confesión, el juramento, la inspección judicial.

Es prueba directa, la que se obtiene en la inspección judicial efectuada en el lugar de los acontecimientos, por que allí el juez palpa, se conecta en forma inmediata con las señales y vestigios más inmediatos del ilícito.

Como puede observarse, en la realización de la prueba directa no hay inferencias, ni labor de inducción, ni deducción, sino que simple y objetivamente llega el criterio razonador del juez.

De acuerdo con la relación de identidad o de diversidad que exista entre el hecho percibido por el juez y el hecho objeto de la prueba o que se demuestra con ella.

Tomando la prueba desde este punto de vista ésta es directa e inmed[illegible] cuando existe identidad o unificación entre el hecho percib[illegible] por el juez y el hecho objeto de la prueba; el juez llega al conocimiento del hecho por probar de manera directa e inmediata, mediante su percepción. Ejemplo de esta clase de pruebas es unicamente la inspección: el hecho directamente percibido por el juez, es el hecho mismo objeto de la prueba.

Es decir, el que constituye el tema de prueba; se contempla el modo o la manera como el objeto de la prueba practicada sirve para demostrar el hecho que quiere probarse; Si directa o indirectamente. Prueba directa es aquella que presenta esa identificación, de tal modo que solo existe un hecho que al mismo tiempo el objeto de ella y aquel cuya prueba se persigue, aunque el juez no perciba ese hecho, cuando el medio de prueba recae directamente sobre el hecho por probar; por ejemplo: las confesiones, los testimonios, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse.

Prueba directa es entonces aquella que presenta esa identificación, de tal modo que solo existe un hecho que es al mismo tiempo el objeto de ella y aquel cuya prueba se persigue; las pruebas directas resultan así más numerosas e incluyen los documentos, los testimonios y las confesiones, los dictámenes de peritos y las inspecciones judiciales, cuando versan sobre el hecho que desea probarse, es decir, medios de prueba que no son el mismo hecho por probar pero que lo demuestran directamente o recaen directamente sobre éste.

Entendida la prueba directa como percepción inmediata del juez, es imposible obtenerla en muchos procesos, bien sea porque se trate de hechos pasados que no dejaron huellas materiales o por

que esten ubicados en lugar distinto o porque para comprender los se requieren conocimientos que el juez no posee y exigen la asesoría de peritos.

Prueba indirecta: La constituída por simples inducciones o con secuencias derivadas de un hecho conocido, que llevan a establecer el hecho pendiente de prueba. No es sino la prueba indiciaria sin duda, la contraria de la prueba directa.

La jurisprudencia colombiana ha hecho, además, una subdivisión de las pruebas indirectas, así: "las pruebas indirectas se subdividen en históricas o representativas y en críticas o presuntivas. La diferencia genérica de estas dos últimas especies radica en que la deducción resultante del tema de las primeras es un aspecto posterior y la que se realiza del tema de las segundas es un aspecto anterior. La prueba histórica, en donde no esta presente sino representado el hecho, y que es la más común y peligrosa, porque se presta a reflejar como realidad lo que en una simple fantasía, ocupa el término intermedio entre la prueba directa, la cual se identifica con el hecho mismo aseverado, y la prueba crítica, en donde aquel no se halla presente ni representado. Aun cuando su análisis produce mayor fatiga, dada su tipicidad, éste último es preferible a la histórica, debido a la seguridad de sus resultados, y es menos contingente que aquella, cuyo mal

estriba, no obstante serpronta y fácil, en hacer factible la pre sentación de la falsedad con caracteres de verosimilitud.

También se dice que son pruebas indirectas y mediatas porque el juez no percibe el hecho por probar sino la comunicación o el informe que de la percepción de ese hecho tuvo otra persona (parte en la confesión y en el documento; terceros, en el testi monio y la peritación) o un hecho diferente que les sirve de me dio para inducir el que se trata de probar Iindicios).

Desde este segundo punto de vista diferente del anterior, suele distinguirse la prueba directa o inmediata de la indirecta o me diata, según que el hecho objeto de la prueba sea o no el mismo hecho por probar.

Se dice en igual forma que la prueba indirecta viene a ser, en cambio, la que versa sobre un hecho diferente del que se quiere probar o es tema de prueba, de manera que el segundo es apenas deducido o inducido del primero, por una operación lógica o el razonamiento del juez; por consiguiente, solo la prueba indicia ria o circunstancial tendría siempre este carácter; como cuando recae sobre otro hecho que le sirve de indicio (el testimonio, la confesión o el documento a cerca de un hecho que sirva de indicio en las relaciones sexuales o en el homicidio; la inspección de un hecho, como rastros de sangre o huellas de pies, que sirven de

indicio del crimen).

Se afirma también que es prueba indirecta cuando el elemento probatorio para llegar al sentido criteriológico del juez, pre viamente ha tenido que someterse a una labor inferencial de in ducción o deducción, se tropieza juridicamente hablando con la llamada prueba indirecta, artificial o circunstancial como se le ha querido denominar.

Su existencia obedece a una necesidad lógica por lo que hace a la desintegración a que tiende el hecho criminal; y práctica por su invaluable contribución al dicernimiento de dicho fenómeno delictual.

En materia probatoria penal, funcionan como entidades específi cas de la prueba indirecta:

La presunción legal, donde la inferencia ha sido hecha de ante mano por la ley: el indicio, en el cual la elucidación lógica es efectuada por el juez, circunstancia que le ha merecido el cali ficativo de presunción subjetiva del administrador de justicia. Hay quien afirma que la prueba indirecta es un testigo mudo que alumbra al entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad por vía de in ducción, pues, concluye de los hechos conocidos a otros necesa riamente constituivos de la acriminación.

Pruebas principales: Cuando el hecho al cual se refiere forme parte del fundamento fático de la pretención o excepción o del ilícito investigado. en este caso su prueba es indispensable.

Pruebas accesorias o secundarios: Cuando apenas indirectamente se relacionan con los supuestos de la norma por aplicar, por lo que su prueba no es necesaria.

3.3.2. Según su valor.

Pruebas Perfectas, Plenas o Completas: Llamada también cumplida y concluyente, es la que demuestra sin género alguno de duda la verdad del hecho controvertido en una causa, e instruye suficientemente al juez para que pueda fallar, ya sea condenando o absolviendo.

Se dice también que es aquella de cuya existencia se infiere absoluta y totalmente la realización de un hecho determinado; es la que lleva al juzgador la convicción sobre los hechos materiales del proceso.

Presentada dicha especie de prueba, calificada como tal, por la ley, dispersa y alejada toda duda que pretendiere inclinar al juzgador hacia otros actos de comprobación. Se les llama perfectas aquellas pruebas que aseveran de una manera plena, produciendo en nosotros la certeza que se busca y de la cual depende el juicio

a la operación que se trata de formar.

En nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 217, antes comentado, parece que de la definición legal, se induzca en una rígida e inflexible valuación de las pruebas, en que, la convicción del juez quede supeditada al resultado de un solo medio probatorio, tenido por el legislador como suficiente para demostrar un hecho en su integridad y establecer con respecto del mismo, una certeza definitiva; pero con la poca practica que llevo he podido comprobar lo dificil que es demostrar el delito, la imputabilidad del mismo y la consiguiente responsabilidad del procesado, con un mero acto formal, al que la ley le ha dado el valor de prueba plena o completa, imponiendose por lo tanto como lógica consecuencia, el análisis de las demás pruebas semiplenas o incompletas, asignándosele así, un margen de libre apreciación según su criterio al juez.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, atendiendo a principios de lógica y justicia universal, ha consagrado en su artículo 215 que para que pueda dictarse sentencia condenatoria, es imprescindible y necesario que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa, de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella; disposición, con la cual se pretende implantar la recta investiga

ción de la verdad real o material, que caracteriza la indole misma del proceso penal.

Entre las pruebas plenas o completas sobresalen:

- La Inspección Judicial, respecto de los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externo observados personalmente por el juez y los peritos que en ella hayan intervenido y la suscriban. Artículo 228 del Código de Procedimiento Penal.
- Los documentos públicos o auténticos en cuanto a los hechos de que el funcionario de fe. (Artículo 261 del Código de Procedimiento Penal).
- La confesión libre y espontánea, se presume verídica mientras no se presenta prueba en contrario, siempre que esté plenamente probado el cuerpo del delito. (Artículo 264 del Código de Procedimiento Penal).

No dice el Código, el valor real y definitivo de este medio de prueba, pero si consideramos a contrario sensu, lo dispuesto en el artículo antes citado, podemos decir que la confesión será plena prueba hasta el momento de su desvirtuación.

<u>Pruebas Imperfectas, Semiplenas e Incompletas:</u> La que produce acerca de una afirmación o un hecho una convicción vacilante, carente de plena certeza sobre su verdad o realidad, y que por

lo tanto no aleja todo motivo serio de duda ni permite fundar con absoluta solidez una resolución judicial y menos que se trate de sentencia condenatoria.

La noción misma de la prueba plena, induce a considerar la situación contraria de la incompleta, o sea aquella de cuya existencia no se puede obtener la certeza requerida, si no que es simplemente adyacente a la demostración comprobativa final.

Algunos tratadistas como Framarino Dei Malatesta, considera que no puede existir prueba de tal naturaleza, al exponer que es preciso pues, rechazar con relación a la certeza, la ilógica graduación de las pruebas plenas y no plenas; pues así como el convencimiento no pleno no es convencimiento, así la prueba no plena no es prueba. (48)

Lo sostenido por este tratadista, desde el punto de vista objetivo es criticable, como quiera que es verdad ciertamente aceptada, que la prueba se fragmenta y consecuencialmente, su valor se divide, todo lo cual conduce a considerar la prueba incompleta; desde el punto de vista lógico de la certeza es respetable y aceptable, pues, esta es indivisible y por consiguiente, en la mente del juzgador no puede operar un convencimiento incompleto o im

---

(48). FRAMARINO, Dei Malatesta. Ob. Cit. Pág. 145.

perfecto y divisiones metafísicas de la incertidumbre, para proferir, demos el caso, una sentencia condenatoria.

Pueden considerarse como pruebas incompletas las siguientes:

- El testimonio, en principio, pues el juez puede darle pleno crédito al testifical, valorando su dicho conforme a las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinde la declaración. (Art. 236 ibidem).
- El dictámen pericial.
- En general, las que el Código no consagre como p plena o completa.

3.3.3. Según su cantidad y su Autonomía:

Pruebas Simples: Aquellas que están integradas por un solo elemento de convicción (confesión, un testimonio, un indicio necesario). De donde se deduce que la prueba es simple, cuando un solo medio basta para llevarle al juez la convicción sobre el hecho por demostrar, ejemplo la inspección judicial sobre el hecho mismo.

Pruebas Compuestas o Complejas: Son las formadas por varios

elementos probatorios, ejemplo testimonio e inspección judi cial.

Las pruebas complejas se subdividen en concurrentes o concur sales y contrapuestas. Las primeras existen cuando los varios medios de prueba sirven para producir la convicción del juez en un mismo sentido, es decir, sobre la existencia o inexistencia del hecho; en cambio, las segundas se presentan cuando los va rios medios están en contraposición, porque unos sirven para una conclusión y otros para la contraria. En ambas hipótesis el convencimiento del juez es el resultado del estudio de conjuto de los diversos medios. Las pruebas de segundo o superior grado son siempre complejas, puesto que se trata de probar con ellas otra prueba y ambas concurren para demostrar el hecho objeto de la última.

En otras palabras se dice que la prueba concurrente es la que se agrega a otra, a la que complementa o refuerza. Tal el hecho probado por testigos y documentos. Más especificamente se re fiere a los diversos indicios que articulan la verosimilitud de una circunstancia o situación.

3.3.4. Según su Finalidad.

Pruebas Acusatorias o de Cargo: Dentro del proceso penal, los

medios probatorios pueden tender a dos finalidades diversas : si tienden a dar la certeza de la delincuencia, tenemos por lo tanto las pruebas de inculpación o de cargo y sirven para condenar. Claro está que no es posible de antemano clasificar las pruebas en acusatorias o absolutorias, pues, su estimación tan solo se hace posible en las providencias de fondo que es cuando se pesan en relación con los hechos o asuntos del proceso.

Pruebas Absolutorias o de Descargo: Si los medios probatorios dan la certeza de la inocencia del procesado,tendremos entonces las pruebas de disculpación o de descargo, también llamadas por algunos autores como absdutorias.

3.3.5. Según su Origen.

Pruebas Inmediatas u Originarias: Así se denomina a la primera copia que literal y fielmente se saca de la escritura matriz, la que consta en el protocolo o registro del escribano o notario otorgante. Solamente la escritura matriz debe llamarse original;porque toda escritura que no sea la matriz no es más que una copia, y porque sólo ella está firmada por los otorgantes y testigos,pues a pesar de ello se le da el nombre de original, aunque con cierta especie de aplicación en los términos, a la primera copia que se saca de la matriz, porque se extrae inmediatamente de su fuente, porque es el origin de todos los ejemplares, trasuntos y traslados

que de ella se sacan sin acudir al protocolo; traslado, trasunto o ejemplar, que vulgarmente se llama testimonio por concuerda, es la copia que por exhibición se saca, no de la escritura matriz, sino de la original, o de la que hace veces de tal.

Pruebas Mediatas o Dirivados: Como referencia a la documental, la que se extrae de copias, testimonios o reproducciones, a diferencia de la obtenida de la original. Existe siempre la contingencia del error, a menos de ser reproducción fotográfica; y la posibilidad de alguna adulteración. Son las que pueden llamarsen de segunda mano, como la copia de copia, el testigo de testigo. Sin embargo, lo que sucede es que el grado de autenticidad y credibilidad, su fuerza de convicción, se halla en proporción inversa : cuanto menor es la distancia que la separa del objeto principal por demostrar, o de su fuente, tanto mayor es su valor probatorio, o por lo menos tanto mayor debe ser la cautela que con ellas se emplee.

3.3.6. Según su Radio de Acción:

Pruebas Genéricas u Objetivas: Están dirigidas a demostrar la existencia del delito, prescindiendo del actor, o las que sirven para demostrar cualquier delito.

Pruebas Específicas o Subjetivas: Se refieren al autor, prescin

diendo del delito o son las que sirven para demostrar determi nados delitos.

3.3.7. Según el Sistema Probatorio.

Prueba Legal o Formal: La que está conforme con cualquiera de los medios probatorios admitidos por las leyes adjetivas. Aque lla cuya eficacia o resultado se halla establecido en la ley; así en las presunciones, la que debe apreciarse de modo estricta mente señalado o prueba tasada, la legal se identifica con la prue ba nominada y se contrapone, claro es, a la prueba ilegal, casi invariablemente frustrada.

La teoria de las pruebas formales represió en una determinada etapa del desarrollo procesal, un paso adelante, ya que restrin gía la desenfrenada arbitrariedad y el poder ilimitado, en vigor hasta entonces, de diferentes grupos y de personas influyentes, a pesar de que esa limitación se llevó a cabo en provecho del ab solutismo, su rasgo positivo estribo en que puso ciertas limita ciones a la arbitrariedad de los jueces:

Colocó al juez en la misma situación que a cualquier otro funcio nario. No podía guiarse por su solo discernimiento, alimentado por el egoismo del dominio de clase de los explotadores y multi plicado por la más obtusa ignorancia; hallábace obligado a subor

dinarse a ciertas reglas jurídicas, a cierta norma reguladora, a ciertas exigencias que se apoyaban en la ley.

Pruebas Esenciales o Ilegales: La no admitida por la legislación en cuanto a los hechos; como la investigación de la paternidad, salvo casos excepcionales, la que no se permite en determinadas circunstancias; como la testifical para contratos de elevada cuantía.

3.3.8. Según la época y la Intención.

Pruebas Preconstitucionales: Escrito o documento que antes de toda contradicción litigiosa, pero previéndola posible, se redacta, otorga o suscribe para establecer, con claridad y precisión, la existencia de un acto o contrato.

Se denomina preconstituida por constituirse o crearse antes del conflicto jurisdiccional, como probanza preparatoria de los hechos o derechos. Con todo, la sutileza de los desavenidos encuentra siempre una interpretación posible que discrepe de la del otro contratante y copartícipe en un acto; ello abre la puerta a la interpretación judicial, que como norma superior ha de conciliar, la indagación de las intenciones con el respeto al sentido normal de los vocablos.

De igual forma se dice que son las que se producen con anteriori

dad al momento que se presentan al proceso, sin interesar si fueron confeccionadas con la intención de allegarlas o no al juicio, ya que tan solo se exige que hayan sido previamente elaboradas.

La más extendida y de mayor uso es la documental de carácter instrumental, lo cual se debe a que en multitud de casos las personas adquieren obligaciones para cumplir posteriormente y eso crea la necesidad por conveniencia general y de las partes, dejar una constancia, un rastro que sirve en su oportunidad para reconstruir con fidelidad el consentimiento, objeto y modalidades de la obligación contraída.

Pruebas Causales o Judiciales: La que se propone y practica ante los jueces y es apreciada por ellos conforme al criterio legal de rigor o libertad imperante. A la misma se refieren las consideraciones de la voz matriz acerca de la prueba.

Esta denominación que algunos autores le han dado a las pruebas de "judiciales", es únicamente para indicar que se constituyen o practican dentro del sumario o la causa, pues, las preconstituídas también son pruebas del proceso una vez se alleguen a éste.

Sobra indicar cuales especies de pruebas son judiciales, ya que se tienen como tales, en términos generales, aquellas reconocidas

por nuestro código de Procedimiento Penal que se practican dentro del proceso.

3.3.9. Según su Fuente:

Pruebas Personales: Las provenientes de un dicho o hecho de las partes, a través de la confesión, y de los testigos o peritos, mediante sus testimonios o informes. Permite en principio la reiteración, la aplicación y la contradicción.

Es decir que si se contempla la estructura del medio que suministra la prueba desde un punto de vista formal, se tiene que unas veces se trata de personas, como en el testimonio, la confesión, el dictámen de peritos y la inspección judicial en cuanto a una actividad del juez asesorado de testigos o peritos.

A la comisión de un delito, este necesariamente adquiere un contacto con las circunstancias peculiares del ambiente social y físico; y aunque cometido el delito, este tiende a descomponerse como cualquier otro fenómeno, sus componentes no alcanzan su total desintegración, sino que por el contrario quedan almacenados en el interior de la conciencia de las personas, los recuerdos y circunstancias que rodearon la ejecución del reato, y las señales en las cosas de la realización del mismo. Lo anterior es el origen de lo que en Derecho Probatorio se ha llamado las pruebas

personales o morales y las reales o materiales.

Las pruebas personales, son aquellas, que tienen como fuente de certeza la verdad histórica y que cuando se practican, no se produce un contacto directo entre el hecho que se pretende probar y el juez competente o el funcionario investigador.

Pruebas Reales o Materiales: Las que procuran las cosas u objetos, y que suelen acceder al proceso mediante peritos o la inspección ocular del juez.

Se pueden definir, como el conjunto de señales permanentes o transitorias, que el fenómeno delituoso deja a su realización en las cosas y objetos materiales.(49)

Es digno de anotar que no solo se constituyen pruebas reales en las cosas y en los objetos inanimados. La misma persona puede albergar en su estructura orgánica verdaderas pruebas materiales. Así una herida, es una prueba material lesiones personales; un himen desgarrado y con los colgajos sangrantes, es una prueba real de una violencia carnal, etc.

3.3.10. Según su Debate.

Pruebas Sumarias: El carácter de sumaria de una prueba dice

(49). DEVIS ECHANDIA, Hernando, ob. cit. Pág. 164.

relación no tanto con su poder demostrativo, sino con la circunstancia de no haber sido contradicha. Todas las pruebas sumarias se practican extrajuicio y algunas con intervención del aparato judicial, por lo cual es correcto denominarlas sumarias extrajuicio judiciales, entre otras razones para distinguirlas de las practicadas sin intervención judicial que son las sumarias extrajuicio extrajudiciales. Ejemplo de las primeras son la recepción de declaraciones de nudo hecho o la práctica de inspección judicial sin citación de la presunta parte demandada. De las segundas los documentos privados suscritos ante dos testigos.

Todas las pruebas sumarias son incompletas o imperfectas y por eso frecuentemente se las equipara en cuanto a su poder demostrativo, lo cual no siempre resulta exacto, pues el principio de prueba incompleta o imperfecta aún cuando no sumaria. De ahí que en líneas generales se puede afirmar que prueba sumaria es la que, por no haber sido contradicha, da al juez una certeza provisional en razón de haber sido calificada por este o por la ley como tal.

Sin embargo hay pruebas sumarias que, obrando en el proceso, pueden en ciertas condiciones dar al juez una convicción plena, si son apreciadas en conjunto con otras.

También se les da el nombre de sumarias a las pruebas que se

producen o practican fuera de juicio y sin audiencia de la parte contra quien se aduce. En realidad lo que caracteriza a la sumatoria no es solamente que se practique sin audiencia de la contraparte, sino que a ésta no se le haya dado oportunidad de intervenir: es sumaria si no se le notificó oportunamente sobre su ocurrencia; si notificada no concurrió, deja de ser sumaria para tornarse en controvertida.

Pruebas Controvertidas: Son las que han sido practicadas con citación y audiencia de la parte contra la cual se pretenden hacer valer y se oponen a las sumatorias. (50)

3.3.11. Según su finalidad.

Pruebas positivas: La de un hecho afirmativo; como el de la existencia de una obligación: o el de haber efectuado el disparo con cierta arma, a causa de las impresiones digitales en la misma y de concordar el calibre con las heridas, a más de faltar esa sola bala del cargador. La que suerte efecto por persuadir al juez y admitirse en el fallo.

Pruebas Negativas: Las de algún hecho negativo como las de que no era debido lo pagado y también la de la prescripción de las servidumbres por el no uso. La intentada por una parte y que no surte el efecto pretendido.

(50). DEVIS ECHANDIA, Hernando. ob. cit. Pág. 176

3.3.12. Según su Tradición.

Prueba Diabólica: Es exclusiva de la propiedad inmueble. Consiste en la titulación o encadenamiento de títulos para demostrar la calidad de propiedad. Tiene especial aplicación cuando los particulares afirmen la propiedad de yacimientos minerales o de bienes rurales.

3.3.13. Según que haya sido producida en otro Proceso.

Prueba Trasladada: Es la que se traslada a un proceso tomándo la de otro simultáneo o anterior, se les conoce como prestadas, son las pruebas practicadas válidamente en un proceso y que se trasladan a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. Requieren pues: que se hayan practicado regular y oportunamente; que se trasladen en copia auténtica y que haya sido solicitada por la parte contraria; esta se refiere casi exclusivamente al testimonio, el cual ha sido recibido en juicio distinto y se necesita de él en un segundo o tercero, hace necesaria su ratificación durante el período probatorio de aquel en que se quiere que surta sus efectos, de donde se deduce que es esencial para que tenga valídez la prueba trasladada que los principios de publicidad y contradicción se hayan cumplido al practicarse.

De lo contrario exigen ratificación en el proceso al cual se tras ladan, los indicios no requieren ratificación por imposibilidad material.

El juez, dado el sistema de la sana crítica, no está obligado a aceptar la apreciación que hizo el juez que practicó la primitiva. El traslado de una prueba de un proceso penal a otro de naturale za diferente, no es admisible si aquél se encuentra en la etapa del sumario.

3.3.14. Pruebas de la Culpabilidad.

Que comprenden, por un lado, las incriminantes, que tienen co mo fin inmediato la prueba de la culpabilidad del reo; y por otro lado la prueba corroborante de esa culpabilidad y las pruebas in firmantes de esa inocencia; unas y otras se dirigen al fin supe rior próximo de hacer triunfar la afirmación de la culpabilidad, de la cual se convierten en pruebas, las primeras por consecuen cia más próxima y las segundas por consecuencia menos próxi ma. (51)

3.3.15. Pruebas de la Inocencia.

Incluyen por una parte las pruebas excusantes, que tienen por fin

(51). DEVIS ECHANDIA, Hernando, ob. cit. Pág. 182.

inmediato probar la inocencia, y por otra, las pruebas corroborantes de esa inocencia, como también las infirmantes de las pruebas de acusación; ambas tienden a hacer que la afirmación de la inocencia salga triunfante y equivalen a pruebas de inocencia, las primeras por consecuencia más próximas y las segundas por consecuencia menos próxima.

Para demostrar la inocencia o la menor culpabilidad no solo bastan las pruebas de probabilidad sino que son suficientes en general las que tienen ese carácter solo de manera impropia, esto es, las pruebas de simple credibilidad.

3.4. MEDIOS PROBATORIOS EN NUESTRO DERECHO PROCESAL PENAL.

Antes de entrar a estimar cada uno de los medios probatorios que enumera nuestro Código de Procedimiento Penal, es conveniente determinar, así sea en forma breve, que se entiende por elemento de convicción (medio probatorio).

Es el acto por el cual la persona física aporta al proceso el conocimiento de un objeto de la prueba; o el procedimiento por el cual llegan al ánimo del juzgador los elementos probatorios productores de un conocimiento cierto o probatorio acerca del objeto precesal o sea del acontecimiento criminoso enjuiciado, o el

nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento a adquirirse sobre él por el juzgador, quien busca la verdad del hecho por probar.

Con esta noción del concepto sobre los medios probatorios, es el caso de entrar a estudiar y analizar los que contiene nuestro Código de Procedimiento Penal, en su libro 1o. Título V, bajo la denominación genérica de pruebas, así:

3.4.1. Inspección Judicial.

No es otra cosa que el análisis y observación de hechos que son materia del proceso, por el funcionario investigador con el hecho mismo qué se pretende establecer y el objeto de la diligencia, su naturaleza jurídica es la de ser una "prueba directa".

El objeto de la inspección Judicial a más de tender a crear una certeza legal, propende en particular a la demostración del aspecto externo u objetivo del delito o de la comprobación de elementos constitutivos de la infracción (Arts. 310 - 333 del C. de P.P.).

Es claro que cada índole específica ella tropieza con elementos materiales dejados por el infractor en el lugar donde se perpetro el delito, por lo que la mencionada diligencia, en su tarea de reconstrucción y análisis de los rastros, señales o vestigios

dejados por el delincuente, no hace otra cosa que buscar la prueba más eficiente del cuerpo del crimen.

3.4.2. Los Indicios y Presunciones Legales.

Tradicionalmente, el indicio y la presunción legal han sido considerados por doctrinas y legislaciones como medio de prueba; de ahí que se le tenga como tales en nuestro Código de Procedimiento Penal.

El indicio será tratado en forma amplia en el Capítulo IV.

Estimemos, ahora, en forma breve, la presunción legal, contemplada en el Art. 232 del C. de P.P., la cual debemos tomar como juicio lógico, del que partiendo de un hecho conocido y comprobado, aceptamos como existente, por mandato de la ley, otro desconocido; hay quienes dicen que las presunciones no son medios probatorios pero no es menos cierto que si son pruebas, por el grado de convicción o de certeza que producen en la mente del fallador.

3.4.3. El Testimonio.

Es la aseveración de hechos que una persona extraña al proceso tiene conocimiento por percepción de los sentidos y que rinde bajo la gravedad el juramento. De donde se concluye que para

que haya verdadero testimonio es necesario considerar tres etapas a través de las cuales pasa el hecho y son ellas:

- Percepción de los hechos
- El recuerdo
- La narración.

La primera etapa constitutiva del testimoni, tiene lugar cuando ante la persona que depone ocurre el acaecimiento del hecho o fenómeno el cual percibe el testificante. Es lógico manifestar que sucedido un hecho, este va a impresionar nuestras facultades mentales y por lo mismo a elaborarse en el intelecto una percepción de tal fenómeno el cual queda almacenado en nuestra conciencia, localizado en el lugar donde la memoria y el recuerdo habrán de extraerlo al realizar las operaciones del espíritu.

Pero puede ocurrir que el testigo este desprevenido para lo acaecido o que el suceso se desarrollo con rapídez; o que, quien percibe, esté fatigado siquicamente; o que esté poseído por una emoción violenta que el hecho le haya podido despertar. Caso en los cuales la percepción es incompleta. De lo anterior se desprende que la facultad de percepción depende de buena parte de la disposición en que se encuentre el testigo con el objeto y de este con aquel en el momento de la percepción.

Por lo que hace a la segunda etapa, ésta vá desde el momento en

que es percibido y almacenado el fenómeno en nuestra concien cia, hasta la narración del mismo.

En este momento, la psicología estudía varios aspectos: la con servación, la evocación, el reconocimiento y la localización del recuerdo. La conservación hace referencia a la manera como pertenece la percepción en la conciencia. La evocación, tiene que ver con el acto de la memoria por medio del cual se repro ducen en nuestra mente las percepciones que en pretéritos tiem pos tuvimos oportunidad de conocer. El reconocimiento de los recuerdos, es el más característico de la memoria; hay dos es pecies de reconocimiento: uno que se produce gracias a nuestras tendencias motoras, pero es incompleto por sí mismo y por lo tanto hay que recurrir al otro, que se ocasiona, merced a los recuerdos de imágenes de los millares de representaciones que descanzan en nuestra zona psicológica. La localización del re cuerdo tiende a encontrar el objeto mismo que lo constituye, es to es, que tiende a concretizarlo en el instante preciso del pa sado, cuando el hecho tuvo ocurrencia. Al realizarse la indaga ción deben irse desechando los recuerdos inútiles e ir estrechan do paulatinamente el marco recordatorio, hasta llegar a precisar en el almacenamiento de los recuerdos el que se busca.

La última etapa del testimonio, está constituída por la manifesta ción que hace la persona del hecho percibido por ella en el pasado

y que narra en la actualidad porque en su memoria ha quedado el recuerdo. Este momento es de suma importancia por ser la concresión real de las experiencias; exposición con la cual surge el verdadero testimonio. (52)

Tratándose del valor probatorio, el juez tiene amplia apreciación del testimonio circunscrita a la pauta propia de la crítica testimonial.

La credibilidad del testigo depende de sus condiciones personales y sociales, de las del objeto, de las circunstancias en que fué percibido y de aquellas en que rindió su testimonio. La idoneidad se refiere, por lo tanto, no solo a la capacidad física y siquica para percibir y recordar, sino también a la capacidad moral (interés) y a la capacidad de los hechos u objetos para poder ser percibidos y recordados según las modalidades de distancia, luz, movimiento, figura (tamaño).

Así vemos, pues, que el valor probatorio del testimonio no se dá teniendo en cuenta las circunstancias armoniosas de tiempo, modo y lugar o pluralidad de testificales, sino que el juzgador examinará la exposición más fiel a la verdad de los hechos para que determine su convicción.

---

(52). PEREZ, Luis Carlos, ob. Cit. Pág. 80

3.4.4. Los documentos.

A nuestro entender, en terminos, puede considerarse como documento, toda manera gráfica que sirve por vía de representación para ilustrar, demostrar o comprobar un hecho o acto humano sucedido en el pasado.

Serán documentos en este sentido, los escritos de toda índole, las fotografías, las fotocopías, los dáctilogramas, los dibujos, los jeroglíficos, signos alfabéticos, sellos, las gravaciones radiofónicas y en general todo aquello en que manifiestamente sirva para ilustrar o comprobar la realidad de un hecho o acto humano, motivado o circunscrito en dicha expresión gráfica.

El penal se entiende por documento en escrito que contiene una declaración de voluntad, atestación o manifestación capaz de producir efectos jurídicos. Esta definición se ajusta al sentido propio y comprensivo de lo que es el documento, vemos que solamente lo toma como medio de prueba, pero también puede darse el caso que al documento en su sentido genérico se le tenga como objeto de prueba, por lo cual se le somete a un cotejo, un peritaje o una inspección judicial.

Los documentos se clasifican en:

- Documentos Públicos
- Documentos Privados

El documento público es el expedido con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones.

El documento privado son los testimonios vertidos a signos gráficos, sin la intervención de personas de carácter público, o en otras palabras es el que no reune los requisitos para ser documento público.

El mérito probatorio del documento público esta constituído como plena prueba, respecto de los hechos que el funcionario de fe; y este se tiene como auténtico mientras no se acrédite su falsedad. Por su parte el documento privado para que se considere como elemento de prueba en el proceso penal, debe primero constarse su autenticidad, indagar su legitimidad, pues, es condición jurídica para que pueda extimarse como elemento de convicción. De donde se deduce que la autenticidad, se refiere al hecho de haber sido realmente otorgado un documento por la persona y la manera en que tal instrumento se expresa.

El reconocimiento debe ser total, esto es que se refiera tanto al contenido como a la firma del mismo, porque de lo contrario se incurriria en un grave error. Su valor probatorio le corresponde al juez quien tiene la libre apreciación, pero circunscrita a las reglas que se estipulan para la declaración testimonial y la de la confesión en el juicio.

3.4.5. La Confesión.

El concepto de confesión abarca diferentes significados y resulta por lo tanto difícil comprenderlos a todos, para lo cual es necesario unifircarlos en la siguiente: confesión es la declaración en que el procesado reconoce ser autor o partícipe del reato, o la revelación de un delito por su autor.

Entre los requisitos esenciales de la confesión sobresalen: que sea posible, vale decir que la ley de la naturaleza no la haga inconcebible; que sea verosímil, o sea fisicamente creíble;que sea clara, terminante, precisa, explicita; que sea persistente y uniforme; que quien la dé goce de idoneidad física y mental. (53)

En materia penal los requisitos formales de acuerdo con la ley y la doctrina se resumen en los siguientes:

- Que sea judicial
- Espontánea
- Libre
- Verídica, y
- Que este demostrado plenamente el cuerpo del delito.

Que sea judicial, esto es, que sea hecha ante el funcionario de instrucción o el juez de la causa y su respectivo secretario.

(53). DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob.Cit. Pág. 99.

Que sea espotánea, quiere decir, que debe nacer de una deci sión propia del confesante en la cual tenga plena conciencia de lo que va a hacer y exponer; por lo cual se le debe evitar cual quier insinuación o sugestión de otra persona, que destruya la espontaneídad y sinceridad requeridas.

Que sea libre, es decir que la confesión no puede estar sujeta a condiciones, ni ser producto de fuerzas extrañas. Este elmento se opone por tanto a la violencia, a la coacción y a los apremios externos. Claro que la pena o el arrepentimiento por el cargo de conciencia del incriminado, no son motivos suficientes para des virtuar el acto de la confesión, pues, aquí es donde cobra fuerza la celebre frase que dice: "No hay mejor juez que la conciencia del inculpado".

Que sea Verídica, Es decir que no este contradicha por otra prueba.

Que esté plenamente comprobado el cuerpo del delito: Es decir que el conjunto de elementos materiales y morales del ilícito, este demostrado; o sea la objetivización material de la acción criminosa, manifestada en el acto que ocasionó la infracción.

3.4.6. La Prueba Pericial.

Su función es la de colaborar en el descubrimiento de la verdad,

a través de una opinión cientificamente fundada sobre los hechos que el son sometidos.

La prueba pericial es procedente cuando en el cuerpo del proceso hay lugar a discernimientos que requieren trabajos especializados que escapan al conocimiento común del juez o funcionario de instrucción, entre los casos más frecuentes sobresalen:

- Cuando la investigación de un hecho requiere conocimientos especiales de determnada ciencia o arte.
- Cuando se exija avalúos.
- Cuando haya que traducir documentos, y
- Cuando se deba practicar un cotejo de letras.

Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales. Los conocimientos sobre determinada ciencia o arte, hacen referencia a la especialización que por razón de la materia poseen ciertas personas, a los cuales el juez o funcionario de instrucción someterá un hecho que se relaciona directamente con dichas especies de conocimientos, que aplicados a la investigación, clarifican las oscuridades que entorpecen las diligencias judiciales.

- Cuando se exija avalúos, el avalúo no solamente se debe procurar en casos de delitos contra la propiedad, sino en todos los procesos penales, para evaluar los daños y perjuicios causados con la conducta ilícita, como quiera

que la indemnización es considerada como parte de la pena que ha de sufrir el delincuente, por haberse rebelado contra las condiciones de existencia social.

- Cuando haya que traducir documentos, puede el caso que se alleguen al proceso, como pruebas, documentos comprendidos en otros idiomas, por lo que se hace necesario emplear el servicio de personas doctas en la materia, para que hagan la traducción y así el juez o investigador conocer o precisar su contenido.
- Cuando se deba practicar un cotejo de letras. El cotejo de letras se refiere a la necesidad de encontrar el verdadero autor de un escrito, determinar una adulteración, investigar la procedencia de los signos caligráficos en general, por medio de técnicos especiales que en la actualidad se realiza por medio de la grafología.

El cargo de perito es de forzosa aceptación, porque constituye un oficio público, tarea ocasional exigida a quienes por su intachable conducta, versación y experiencia están capacitados para prestar ese servicio a la justicia.

El dictamen debe tener una fundamentación razonada de conocimiento acerca de hechos técnicos y científicos que guarden relación con la ciencia o arte que el perito profesa.

En nuestra legislación penal la valoración del dictamen pericial es libre por parte del juez, lo puede apreciar conforme a su propio entender, aceptándolo o rechazándolo en forma parcial o total, es decir que tiene poder discrecional para considerar el grado de convicción que le merezcan las opiniones llegadas a su despacho, como resultante de un observación y exámen pericial .

CAPITULO IV

4. EL INDICIO.

4.1. DEFINICION

Los diferentes criterios que siempre se han mantenido en torno de la prueba indiciaria, empieza a hacerse patentes desde que cada uno de los autores decide lanzar una definición del indicio; en efecto, casi todos quienes han abordado el estudio del indicio, comenzaron por crear un concepto que se acomodara a su personal concepción y que les permitira desarrollar el tema a partir de allí; el término en sí puede tener dos orígenes: a) podemos entenderlo como derivado de "indicaré" equivalente a dar a conocer o manifestar, nos encontramos ante la acepción de equivalente a sospecha, o elemento que permite formar una opinión más o menos fundada sobre algún elemento de interés para el proceso. b) pero si lo entendemos como derivado de indedico, por tanto digo, nos encontramos ante la importancia de la prueba por indicios. En otras plabras la reunión de indicios constituye prueba de ese elemento de interés.

Dados tales indicios digo por tanto que esto fué así.

En el derecho medieval el concepto de indicio prevaleció en el sentido de sospecha y fundamentalmente se tomaba en cuenta para condenar a la tortura. Esto tenía su lógica en cuanto sólo la confesión era lo único que se tenía como certeza absoluta y entonces si de las pruebas surgían suficientes indicios que justificarán la condena, se aplicaba la tortura para que así el imputado confesara su delito y de este modo se pretendía ahorrar un error judicial. Este concepto y función del indicio es evidente en las siete partidas. (54)

Debido a la cantidad y diversidad de definiciones que pueden encontrarse hemos decidido destacar las principales, así:

4.1.1. Código de Procedimiento Penal.

En su artículo 229 establece que se entiende por indicio un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho. Esta definición es la más empleada por los autores y ha hecho carrera en los medios legislativos y judiciales siendo recogida por varias jurisprudencias de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

---

(54). Véase por ejemplo: Partida 7, tit. 30 Ley 2a.; Partida 7 tit. 30 Ley 3; Partida 3 tit. 14 Ley 8.

Cuando uno de los hechos considerados como indicios no tiene un valor demostrativo o no guarda verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos que se supongan esos hechos llamados indicios, en realidad no lo son; y el valor de ellos sería nulo, porque la suma de muchos ceros no pasara de cero y un indicio sumado con otro indicio no dara más que dos indicios y si sumamos otro serán tres y así sucesivamente pero siempre serán indicios.

El indicio es un hecho que por su sola objetividad lleva la posibilidad de imputación incriminatoria, pero no siempre se debe tomar así por cuanto ello nos lleva a la condena del procesado sin los elementos suficientes. En nuestro Código de Procedimiento Penal, la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito, ello obedece a una concepción de índole política del legislador.

Si las pruebas consisten en indicios el trabajo del juzgador se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos conocidos para deducir de ellos otros hasta entonces desconocidos, pero para ello siempre necesitará de una operación mental, la cual debe conducir siempre a una decisión, no siempre favorable para el procesado. Por lo cual no se pueden separar los indicios

para tratarlos aisladamente por cuanto es necesario relacionar los unos con otros para del conjunto poder concluir si existe o no el hecho que se quiere averiguar pero es fundamental que un indicio no dependa de otro sea por el contenido o por la prueba.

Aspecto fundamental del indicio como prueba es el de su unidad, las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio lo que quiere decir que de un hecho indicador solamente puede surgir un indicio y esto no es suficiente para que el juzgador tome una decisión que pueda afectar en un momento dado al procesado, es decir condenandolo solo con indicios.

4.1.2. Según la Doctrina.

Para Cabanela, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es también la conjetura derivada de las circunstancias de un hecho o sea la sospecha que algo conocido permite sobre aquello otro hasta entonces dudoso o desconocido, de igual forma podría tomarse como el rastro, vestigio, o huella para llegar de lo conocido a lo desconocido.

Este autor considera que el indicio consiste en recoger o interpretar cuantos hechos o circunstancias conduzcan al descubrimiento de la verdad o sea también las circunstancias y antece

dentes, que por relación con el delito que se investiga, pueden fundar razonablemente una opinión sobre la existencia de hechos determinados; llevando las precauciones muy lejos, aunque al servicio de la investigación, y saliendo al paso de las argucias de delincuentes e inescrupulosos patrocinadores, por lo cual no siempre los jueces siguen literalmente las normas establecidas para aceptar los indicios como pruebas. (55)

Walter Guerrero, al referirse al indicio lo señala como el hecho que se prueba en el proceso y que relaciona directamente el acto punible con el agente que cometió la infracción, es lo que en doctrina y en nuestra legislación se ha conocido como indicio. (56)

Para Mittermaier, un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una operación mental y de una conclusión muy natural. (57)

Según Prieto Ellero, el indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. (58)

---

(55). CABANELLA, Guillermo, Direccionario Jurídico, Tomo IV, Pág. 390.

(56). GUERRERO, Walter, La Prueba en Materia Penal. Pág. 412.

(57). MITTERMAIER, Carl. J. Anton, Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Edit. Reus, Madrid, 1929. Pág. 300.

Para Antonio Dellepiane, el indicio es todo rastro, vestigio, huella o circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevar los, por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. (59)

Antonio Rocha, define el indicio diciendo que etimológicamente, la palabra indicio viene del latin index, indices, que muestra, que indica, formado de in, hacia, y del radical dic mostrar, y, dicere, decir, indicare es un denominativo de index. Es muy significativo el nombre del dedo índice, porque señala, indica. (60)

Tiberio Quintero Ospina, señala el indicio como todo hecho, teniéndose como tal, el rastro, la señal, la huella o circunstancia, que, debidamente demostrado y por lo mismo conocido, nos enseña indirectamente (por un juicio de raciocinio) otro hecho desconocido, el que está ligado íntimamente al primero por relaciones antecedentes, concomitantes o subsiguientes. (61)

---

(58). ELLERO, Pietro. De la Certidumbre en los Juicios Criminales. Edic. Reus. Madrid 1968. Pág. 65.

(59). DELLEPIANE, Antonio, Nueva Teoría de la Prueba, Ed. Temis, Bogotá 1972. 7a. Ed. Pág. 57.

(60). ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba Indicial, Publicaciones U. Externado de Colombia. Bogotá 1978, Pág. 1 y 2.

(61). QUINTERO OSPINA, Tiberio, Práctica Forense Penal Pruebas, Ed. Libreria Wilches, Bogotá, 1982, Pág. 98.

Hernando Devis Echandia, dice que entendemos por indicio un hecho conocido del cual se deduce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación mental lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. (62).

En cambio para Gustavo Humberto Rodriguez, el indicio no es el hecho indicador, ni el hecho indicado o desconocido, ni la inferencia lógica, sino que el indicio es todo el proceso, con sus partes objetiva y subjetiva. (63)

4.1.3. Análisis de las definiciones citadas.

Todos los tratadistas tienen en común un concepto de indicio, según el cual es un hecho del que se infiere lógicamente la presencia de otro hecho desconocido hasta entonces. La mayoría de los autores citados están de acuerdo en que los elementos del indicio, son: un hecho indicador, un hecho indicado y una relación de causalidad; es de hacerse notar que hay quienes confunden la parte con el todo, como cuando dicen que el indicio es un

---

(62). DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, Ed. Fidenter, Buenos Aires 1974, Pág. 601.

(63). RODRIGUEZ, Gustavo Humberto, Procedimiento Penal Colombiano, Ed. Libreria el Profesional, Bogotá 1982. Pág. 10.

hecho indicador, si analizamos cuidadosamente esta definición nos damos cuenta que el hecho indicador es un solo elemento del indicio por cuanto éste está conformado por tres elementos; de igual manera la relación de causalidad no puede ser simultaneamente un elemento del indicio y el indicio al mismo tiempo por cuanto nos encontrariamos frente a la misma situación anterior, de donde se concluye que no se puede tomar un sólo elemento con la doble valoración del todo y de la parte.

Las equivocaciones que se presentan a menudo en el manejo de la prueba de indicios parten de la falta de uniformidad en la información misma que se tiene de las distintas definiciones y como consecuencia de los diferentes conceptos del indicio.

Dadas las anteriores consideraciones y analizadas en forma somera las dificultades que se presentan para atender en forma concreta y precisa lo que es el indicio como medio probatorio y en razón de ser el eje de este trabajo no podiamos dejar de lado la opinión de la Honorable Corte Suprema de Justicia y consideramos de importancia lo que ella dijó sobre el indicio, en Sala Penal: El indicio como mecanismo probatorio se plasma en un juicio de inferencia lógica que emite el juez teniendo en cuenta la existencia probada de un hecho indicador que lo lleva a concluir en la presencia de otro hecho indicado hasta entonces desconocido. Como puede observarse en la anterior definición se reunen

los tres elementos esenciales del indicio, un hecho indicador , un hecho indicado y la inferencia o relación de causalidad, quiere ello decir que nuestra corporación interpretando fielmente el pensamiento de los tratadistas, plasmo la definición del indicio de suerte tal que reuniera todos los elementos como se acaba de ver. (64)

4.2. ELEMENTOS DEL INDICIO.

Son tres los elementos característicos de todo indicio.

4.2.1. Un hecho indicador o conocido.

Es un principio indiscutible de todo indicio el que hecho indicador debe estar probado plenamente de donde se deduce que este hecho no puede ser vago, impreciso, ni ser susceptible por lo mismo, a que de él se infieran meras sospechas o conjeturas, o sea la circunstancia que es causa o efecto del delito, por ejemplo, la huella digital, la mancha de sangre, la fuga del presunto sindicado, etc. Este elemento fué consagrado en nuestro Código de Procedimiento Penal en su Artículo 229, al definir el indicio, de donde se deduce que el hecho indicador debe estar plenamente demos

---

(64). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Cas. de julio 27 de 1982. M. P. Dr. Alfonso Reyes Echandía. q. e. p. d.

trado, esto es que se debe buscar la comprobación real y directa del hecho indiciario, para que de él se pueda obtener judicialmente una conclusión lógica, después de la operación mental hecha por el juzgador.

El hecho indicador o conocido, como elemento constitutivo del Indicio permanece intacto es decir no sufre ninguna trasformación a través del desenvolvimiento de todo el proceso.

Solamente después que el hecho indicador esté irrefutablemente ligado a la prueba como hecho, se podrá discutir con utilidad su eficacia lógica como elemento del indicio.

En relación con la demostración del hecho indicador nos encontramos frente a tres problemas:

4.2.1.1. Qué debe probarse del hecho indicador ?

Se debe partir necesariamente de que éste hecho indicador ha existido por que de lo contrario se partiría de un supuesto falso y digo se partiría por cuanto el hecho indicador es el primer elemento del indicio, es claro que al partir de una regla general y aplicar la a un hecho concreto necesariamente se debe llegar a una conclusión concreta, es decir se va de lo general a lo particular utilizando para ello el método deductivo. En igual forma debe probarse la cosa o fenómeno que da lugar al proceso judicial,por cuanto

el hecho indicador constituye la base del indicio, con la que se cuenta para empezar a elaborar la prueba indiciaria, vale decir que este elemento del indicio debe ser cierto pues de lo contrario nos encontrariamos frente a un sofisma, es decir mera sospecha, de donde se deduce que si el hecho indicador no está plenamente demostrado estaríamos frente a un hecho desconocido que nos lleva a otro igualmente desconocido, apoyandose en un fundamento inseguro. Se puede afirmar que las fuentes de donde puede surgir el hecho indicador que permite la construcción del indicio son: el testimonio, las peritaciones, los documentos y las inspecciones, considerados como medios probatorios.

Veamos en forma somera en que medida las fuentes de donde puede surgir el hecho indicador tienen aplicación práctica; el testimonio es el medio por el cual el testigo revela elementos indicantes que constituye la base oportuna para hacer conjeturas idóneas para indicar el hecho a probar; las peritaciones, en donde el perito interpreta los hechos que le han sido puestos a su consideración por el Juez; los documentos son los que contienen la representación de un hecho del cual es dado argumentar otro que interesa a los fines de la prueba y la inspección o hechos verificados por el juez.

4.2.1.2. <u>Cómo deben probarse los hechos indicadores?.</u>

Los hechos indicadores se prueban generalmente utilizando los

medios probatorios llamados directos, o sean todos los autorizados por la ley a excepción de los mismos indicios y las presunciones, que son indirectos.

Cuál es la razón para que se excluya el medio indiciario para demostrar la existencia de hechos indicadores?

Porque se parte de la base de que los indicios sólo conducen a la probabilidad, y se requiere la certeza que da la prueba directa. Si partiéramos de indicios demostrados por medio de otros indicios, se ha argumentado, tendríamos un círculo vicioso de probabilidad original y probabilidad final. en tales condiciones, si todas las pruebas se reducen al indicio, tendríamos que en las pruebas directas su función ordinaria sería probar simplemente a los hechos indicadores, y no el hecho desconocido (delito, autoría).

En el actual Código de Procedimiento Penal no se excluyó expresamente al indicio como medio de prueba del hecho indicador. No puede decirse lo contrario alegando que exigió que la prueba sea plena, y que solo da prueba perfecta la prueba directa, pues también la da el concurso de indicios. En cambio, la exclusión expresa sí existe en el C.J.

A pesar de estas reglas lógicas, hay que considerar aparte el

caso del indicio necesario. Se formula diciendo que éste sí puede probar la existencia de otro indicio contingente, ya que aquél no da probabilidad sino certeza en atención al carácter unívoco de la relación causal. En nuestra Ley se exige plana prueba del hecho indicador, y el indicio necesario le da esa prueba perfecta.

Ahora bien, el indicio necesario puede ser simple o compuesto (llamado también concurso de indicios: Código de Procedimiento Penal artículo 206). Sea simple o compuesto, el indicio necesario prueba plenamente a los hechos indicadores de los indicios contingentes.

4.2.1.3. Grado de prueba (plena o semiplena) que requiere el hecho indicador.

La ley exige que los hechos en que se apoyen los indicios, es decir los hechos indicadores, deben estar demostrados plenamente.

Hay que tener presente que lo que exige la ley colombiana no es la prueba directa del hecho indicador (que puede ser plena o semiplena), sino la prueba perfecta (sea directa o indirecta).

De manera que exigir el grado de prueba perfecta para el hecho indicador, es decir que su demostración se haga por medio de

prueba directa, cuando esta sea perfecta, o por medio de indi cios necesarios, en tanto que acepta el grado de imperfecta es predicar que el indicio contingente, -su hecho indicador- puede probar con prueba directa semiplena o con otro indicio igualmen te probable.

- En materia criminal. Un documento privado no reconocido puede no ser plena prueba, a pesar de ser prueba directa: no podría probar plenamente un hecho indicador con tal do cumento. También la confesión es prueba imperfecta, si se presenta prueba en contrario, como dice el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, a pesar de ser prueba direc ta: tampoco podría probar plenamente un hecho indicador con ella. De la misma manera, el dictámen pericial puede no ser prueba perfecta, como lo señala el artículo 268 del Código de Procedimiento Penal a pesar de ser prueba directa: tampoco podría probarse un hecho indicador con esa prueba.

- Además se ha alegado que hay hechos indicadores que no son susceptibles de comprobación por medio de prueba directa plena. Tal es el caso de los que no tienen carácter perma nente, que por lo mismo no suelen dejar vestigios materia les. Si el hecho fué efímero, es posible que no pueda acre ditar su existencia en sí misma con una inspección ocular o

con cualquiera otro medio de prueba directa completa. Sin embargo, el hecho existió y puede demostrarse su existencia, aunque imperfectamente con prueba directa incompleta o indiciaria contingente.

Según Ellero:

Es de los primeros en aceptar la prueba imperfecta como bastante, para probar un hecho indicador, según deducción de la definición que da de indicio: "... en mi ipinión, el indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga. La perfección o imperfección externa o interna de la prueba no entra, pues en la esencia del indicio; lo principal es la inferencia, o mejor , la inducción de un hecho desconocido en virtud de otro conocido". (65)

Según el tratadista colombiano Alzate Noreña.

Exige plena prueba del hecho indicador en materia civil, acoge la tesis de Ellero, diciendo que el término, plenamente probado, que exige la ley, está mal empleado, porque si hubiera querido exigir la prueba plena para todos los indicios, le bastaba decir que "Deben

---

(65). Ellero. ob. cit. , Página 88.

ser probados plenamente por pruebas directas". Y agrega, "y a severamos que esto es así, por que de no serlo, muchos hechos que no alcanzan a obtener su comprobación por prueba directa plena, quedarían sin el valor de indicios, fuera de estos, lo cual pugnaría con la lógica jurídica. Los tratadistas enseñan que el indicio debe estar suficientemente probado, y esto está bien, si e llo se entiende, no en el sentido de pleno que exige nuestra ley, sino en el de [illegible] a algunos de ellos aparezca determinada más o menos [illegible]amente su existencia. (66)

Es un requisito lógico que en el proceso de razonamiento, la verdad solo se obtiene si se cumplen las siguientes condiciones:

- Las proposiciones iniciales (premisas) han de ser verdaderas.
- En el proceso del raciocinio, estas premisas verdaderas han de relacionarse con sujeción a las leyes y reglas de la lógica, buscando la comprobación real y directa.

Se dice comprobación directa, por cuanto no se ha aceptado en la legislación ni en la doctrina que un indicio se pueda patentizar por medio de otros indicios, pues de lo contrario el hecho indicador no surge a la vida jurídica.

---

(66). Alzate Noreña, Pruebas Judiciales. Bogotá 1944. Editorial Libreria s.XX. Páginas 135 y 136.

4.2.2. Un Hecho Indicado o Desconocido.

Es el que se busca conocer o probar (delito, responsabilidad, o no responsabilidad), en el indicio puede ser negativo, caso en el cual lo llamamos contraindicios, pues en lugar de concurrir incriminando al presunto sindicado, lo señala como inocente. Su realidad aparecerá más clara cuando mayor se haga la necesidad lógica entre el hecho indicador y el indicado, e ira perdiéndo cuando a medida que se analice vaya apareciendo diversas posibilidades de acusabilidad y pluralidad de efectos en presencia de una sola causa.

El hecho indicado no es más que la conclusión extraída como consecuencia de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.

4.2.3. Una Inferencia Lógica.

De acuerdo a la Ley se dice :que debe apreciarse como un indicio la no comparecencia, la respuesta evasiva o negativa a responder, cuando en el interrogatorio las preguntas no fueren acertivas o el hecho no sea susceptible de confesión; también se establece que la no colaboración de las partes con los peritos se aprecian como indicios en su contra, y también el hecho de que impidan la práctica de tal diligencia; el impedir o obstaculizar por alguna de las par

tes la práctica de una inspección judicial debe apreciarse como indicios en su contra.

Como en los indicios las conclusiones y las inferencias lógicas son hechas por el juez, debe considerarse que en tales normas se establecen no indicios sino presunciones.

Si como ya se ha sentado, en el indicio se encuentra un silogismo; si las premisas que constituyen los antecedentes de este silogismo son juicios, entendidos desde el aspecto lógico; si con el indicio pretendemos encontrar certeza o probabilidad, tendremos que el indicio es una operación discursiva, lógica, y por lo mismo subjetiva, al rigor de la cual están sometidos, en último término, todos los medios de prueba. Si todas las pruebas son hechos indicadores, todos los medios de prueba son procesos discursivos.(67)

En igual forma una inferencia lógica, o un juicio de razonamiento, según el cual partiendo del hecho conocido deducimos -con posibilidad, con probabilidad, o con certeza- cuál es el hecho desconocido. Causa es el principio, el fundamento u orígen de algo. La causa actuante produce otro hecho: el efecto. Todo lo que sucede (efecto) puede explicarse por una o varias causas, por uno o va

---

(67). Vishinski. Op. Cit. Página 253.

rios hechos anteriores. El nexo entre la causa y el efecto se lo designa como relación causal, la cual se funda en la ciencia, la experiencia, en la lógica o en el sentido común.

La convicción indiciaria se funda en un silogismo que se puede representar así:

- Premisa Mayor. Problemática, fundada en la experiencia o en el sentido común.
- Premisa Menor. Comprobada de hecho.
- Conclusión, Sacada de la referencia de la premisa menor (concreta y cierta) y la premisa mayor (abstracta y problemática).

El enlace conceptual de los hechos lo efectua la iferencia lógica que realiza el juez, en el momento que deduce o induce una conclusión sobre el hecho conocido, es decir, debe haber una relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado. Para mayor ilustración traemos un ejemplo: Premisa Mayor: De ordinario, el que sale clandestinamente y de noche de una casa ajena con una maleta a la espalda, ha cometido un hurto.

Premisa Menor: al imputado se le vió salir con una maleta a la espalda de la casa y durante la noche que se cometió el hurto.

Conclusión: luego el imputado está indiciado como autor del hurto. cometido esa noche en aquella casa.

4.3. IMPORTANCIA DEL INDICIO*

Sobre la importancia del indicio se ha escrito bastante, algunos para otorgársela y otros para negársela. El común de la gente suele pensar que la prueba indiciaria no es muy eficaz y que por el contrario, normalmente deja enormes vacios que conducen a la injusticia o a la impunidad, entre los tratadistas que defienden esta teoría podemos citar a Martinez Rave quien señala el indicio como una prueba de segundo grado que se apoya en los otros medios probatorios que son los que deben proporcionar el primer hecho. (68)

Otro tratadista que tampoco le da mayor importancia a la prueba de indicios es Leone Giovanni, quien concluye que la prueba indiciaria puede ser empleada solamente cuando como prueba indirecta. (69)

Comparte esta teoría Bellavista Girolomo, quien afirma que los más grandes errores judiciales se derivan de procesos donde el medio probatorio utilizado es el indicio, situación que conduce a que muchos delitos se queden en la impunidad o se cometan graves injusticias condenando a inocentes. (70)

---

(68) MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Ed. Dike, Medellín 1982.

(69) LEONE, Giovanni. Manual Procesal Penal. Ed. Eugenio Jovene. Napoli 1982. Pág. 327.

Por el contrario hay quienes reconocen toda la importancia que esta prueba tiene en los procesos, especialmente en el penal, tales el tratadista Rocha Alvira Antonio, quien afirma que en lo penal, la prueba de indicios es de necesidad y utilidad innegable, por cuanto se ha dicho que sin ellos habría de borrarse del Código Penal, varios delitos, por la dificultad que se presenta para demostrarlos, cosa diferente sucede en los actos civiles donde el acreedor suele tener el cuidado de asegurar previa o coetáneamente la prueba, mientras que los delitos se generan en la sombra, en muchas ocasiones sin testigos. (71)

Para la jurisprudencia colombiana la importancia y utilidad de la prueba indiciaria dentro del Código de Procedimiento Penal, desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material, en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia derivada de la naturaleza de las cosas se llega al conocimiento de otro hecho desconocido, como el delito o la responsabilidad del autor.

---

(70) BELLAVISTA Girolamo, Lesiones de Derecho Procesal Penal. Ed. Giuffre, Milano. 1982. Pág. 225.

(71) ROCHA ALVIRA, Antonio. La Prueba indicial. Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1978 Página 217.

En la prueba indiciaria pueden y deben basarse los juicios huma nos en un hecho indicador; es más suple ventajosamente otra cla se de prueba por que no está sujeta, como la de testigos, por ejemplo que es la más frecuente en los juicios penales, al influ jo de pasiones o intereses que puedan tergiversar la realidad.(72)

A esa importancia y utilidad destacadas se ha pretendido oponer le su carácter de prueba subjetiva, razón por la cual además, tardó mucho en ser admitida legalmente. :Tanto en la ley como en la jurisprudencia y la práctica, se ha sostenido el principio de que los indicios no dan más que una prueba puramente subjetiva".

Ellero ya había expresado: "Generalmente, la prueba indiciaria es tímase y úsase sólo como subjetiva; pero no hay razón alguna para esta restricción, toda vez que la acción como el autor, puede in ducirse de circunstancias indirectas".(73)

Apropósito de la utilidad e importancia indiciaria, debemos aludir a la oportunidad en que se hace uso de los valores probatorios que expresa. Destacamos dos aspectos:

---

(72) Gaceta Judicial. Casaciones Marzo 7 y Julio 23 1946 Tomo LX. Número 2037. Página 956.

(73) Ellero. Op. Cit. Página 92

- La prueba por concurso de indicios tiene operancia en la sentencia; pero, además, existen ocasiones en las cuales los indicios, ya en curso sino aisladamente considerados, son requeridos por la ley: tales los casos en que se va a dictar auto de detención preventiva o de enjuiciamiento.

En todos los procesos incluyendo el Penal la prueba de indicios tiene gran importancia, para suplir la falta, muy frecuente de pruebas históricas del hecho investigado y de su verificación por el examen personal y directo del juez. En un principio se consideró el indicio como prueba secundaria, pero la doctrina moderna ha sabido colocarla en su correcta posición de prueba principal al lado de otras, a medida que mejoró la técnica de investigación y se precisaron sus requisitos, su naturaleza y los principios fundamentales para su valoración. La verdad a transformación de esta prueba en el derecho moderno ocurrió cuando, gracias a la libertad que se dió al juez para valorarla, de acuerdo con las reglas de la sicología, de la lógica y de la experiencia, se le reconoció la calidad de plena o completa, suficiente para formar por si sola la convicción o certeza necesaria para proferir la decisión sobre los hechos investigados.

Ciertamente es una prueba de difícil valoración que implica riesgos y peligros. En el proceso penal es una prueba fundamental e indispensable en la mayoria de los casos, sin la cual quedarían

ímpunes innumerables delitos.

Las técnicas modernas de investigación de huellas y rastros, de los distintos tipos de sangre y de escrituras, de identificación de materiales utilizados en vestidos y armas, de comparación de voces y cabellos humanos, de identificación de armas de fuego y sus proyectiles, etc. han acrecentado enormemente la importancia y el empleo práctico de la prueba por indicios. El dictamen de los expertos en la técnica de investigación, cada día más numerosos, le presta actualmente un auxilio valioso a la prueba indiciaria, por lo cual algunos la consideran ya como la principal en el proceso penal y una de las mejores en los demás procesos.

La importancia de la prueba indicial es innegable, por todas las razones antes citadas, es decir porque sirve para probar el aspecto positivo de la culpabilidad del delito, porque su falsificación es más improbable y porque los avances científicos proporcionan información muy segura para sobre ella construir indicios.

En nuestro medio la prueba indiciaria resulta de singular importancia porque ella debe estudiarse para decidir situaciones jurídicas, calificar el mérito del sumario y dictar sentencia. Desde luego que los indicios pueden hacernos incurrir en errores, pero eso no es exclusivo de este medio probatorio sino en general de todos; y, por otra parte, el indicio tendrá menos probabilidades

de ser engañoso cuanto mayor sea la capacidad mental del abogado y su habilidad para razonar. Dependiendo entonces de la forma como se maneje, podrá ser muy útil a los intereses de la sociedad, o podrá conducir a errores irreparables; pero incluso en este último caso no se puede desconocer su importancia.

De otro lado, ocurre en nuestro medio que la prueba indiciaria no es muy conocida ni frecuentemente manejada, por lo que su importancia suele ser menospreciada; pero, en la medida en que nos acostumbremos a usarla técnicamente, descubriremos las grandes posibilidades que ellas nos brindan.

4.4. EL INDICIO Y LA PRESUNCION

Tradicionalmente, el indicio y la presunción legal han sido considerados por doctrinas y legislaciones como medio de prueba, de ahí que se le tenga como tales en nuestro Código de procedimiento Penal, especialmente en el artículo 232 de dicha norma que señala la Presuncion Legal diciendo que hay presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como plena prueba de otro. En igual forma en el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, se establece una presunción legal de responsabilidad en el delito de Hurto, consideración ésta violatoria del universalmente reconocido principio de que la inocencia del procesado se presume mientras no se demuestre lo contrario, norma esta

que si la analizamos cuidadosamente concluiremos pidiendo que se derogue.

De lo anterior puede deducirse que constituye un error de lógica jurídica el hecho de que se consideren como pruebas el indicio y la presunción de lo que da ocasión a infinidad de confusiones y contradicciones; si se tiene en cuenta que las presunciones están en el mismo capítulo en nuestro código de procedimiento penal. Hay quienes insisten entre la equivalencia que existe entre indicio y presunción, considerando como equivalentes los siguientes términos: presunción, indicio, conjetura, signo, sospecha, etc. Sin embargo algunos de ellos tienen un valor particular, pero puramente extrínseco.

Se debe reconocer eso sí que los indicios operan con base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que éstas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos.

Las presunciones y los indicios ciertamente tienen de común que se refieren al objeto de la prueba indirecta. Conviene observar que la diferencia entre indicios y presunciones no tiene valor práctico en el campo de las pruebas penales, ya que, la utilización de

las presunciones no esta sometida a limites preestablecidos, y por consiguiente el indagar si las presunciones y los indicios son una misma cosa o una cosa distinta y si los indicios deben someterse a las presunciones o viceversa, es un estudio que no conduce a ningún resultado positivo, a pesar de que como ya se dijo nuestro Código de Procedimiento Penal no hizo ninguna distinción.

De todos modos, nos parece que con referencia más directa al campo penal, un indicio sirve más especialmente para indicar una cosa, un hecho, una circunstancia, o también una serie de cosas, de hechos o circunstancias, en suma un elemento de hecho concreto del cual se puede sacar una prueba indirecta. La presunción, en cambio, es la conclusión de un razonamiento, que inclusive puede partir de un indicio, pero que con más frecuencia parte de una premisa sugerida por la experiencia de lo que las más de las veces ocurre en el curso natural de las cosas. El indicio siempre tiene un presupuesto concreto, mientras que la presunción tiene un presupuesto abstracto y se refiere siempre o muy a menudo a algo general. Como la presunción tiene un contenido de indole general, puede referirse también a conceptos puramente abstractos; en cambio el indicio se refiere a datos de hechos y tiene un significado específico técnico-penal de indicación de culpabilidad o inculpabilidad; el indicio es un resultado y la presunción es un procedimiento puramente lógico, que

inclusive puede conducir al indicio.

Nuestro Código de Procedimiento Penal, como ya se dijo, no separa las presunciones de los indicios, situación esta que constituye un error de lógica jurídica. No existe un criterio definido entre nuestros tratadistas, algunos se inclinan a pensar que se trata de conceptos iguales, mientras otros creen que son figuras completamente autónomas, esto se debe a que los tratadistas antiguos decidieron incluir la presunción como un medio probatorio más de carácter indirecto y por eso se decía que estas podían ser de dos clases: indicios o presunciones. Como se dijo antes, las presunciones no pueden servir para motivar ninguna clase de providencia, ni pueden ser controvertidas para quitarles o sumarles valor; las presunciones que suelen emplearse en derecho penal se han llamado o creado para guiar el procedimiento y mantenerlo dentro de los principios de equidad, por eso se debe agregar que el artículo 233 del Código de Procedimiento Penal, como se dijo establece una presunción de responsabilidad, pero no sobra advertir que este principio atenta contra el que dice: "Todo sindicado se presume inocente mientras no se le demuestre lo contrario" presentándose en consecuencia una contradición que debe ser estudiada, es por esto que respetando la opinión de los tratadistas y sin desconocer en ningún momento el propósito de nuestros legisladores quienes buscan el mantenimiento de las instituciones

y del orden, pero en una próxima legislatura esta norma debe ser adecuada a los principios que rigen toda institución del derecho.

La doctrina ha clasificado las presunciones en dos grupos: las legales y las de derecho, las legales permiten que se presente prueba en contrario y las de derecho constituyen un hecho inmodificable, algunos autores han agregado a la anterior clasificación otro que es la llamada de "hombre" que sería la realizada por el juez en cada caso concreto.

Se dice y así lo ha aceptado nuestro Código de Procedimiento Penal que son dos conceptos distintos las presunciones y los indicios, debemos darnos cuenta que solo media una distinción de puntos de vista en relación al mismo objeto, el indicio expresa la cosa que sirve de signo y la presunción la relación lógica existente, quiere ello decir del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtienen las segundas, aquellos hechos y esta el razonamiento conclusivo.

En nuestro concepto el hecho de que el Código de Procedimiento Penal hubiera tratado en un solo capítulo los indicios y las presunciones, no quiere decir que los considere como uno solo por

cuanto cada una de estas figuras posee sus propios elementos estructurales que fueron debidamente consagrados facilitando de esta forma la labor del juez.

4.5. CLASIFICACION DEL INDICIO.

Del indicio se da o reconoce una gran variedad de clasificación, tomando en cuenta su fuerza de convicción, su vinculación en el tiempo y en el espacio, en relación con el hecho investigado, según su naturaleza, [illegible] su carácter, adoptando diferentes modalidades o [illegible] e subdivide es su forma u objeto, o su carácter o su fuerza de convicción o su ubicación; el aporte que se hace con esta clasificación es de suma importancia, si se toma en cuenta que con ello se facilita el estudio y conocimiento del indicio, no solo para el juzgador, sino para todos aquellos que se dedican a la disciplina del Derecho. (74)

---

(74) NOTA. Las principales clasificaciones del indicio que se conocen son: causalidad, necesidad, contingentes, graves, leves, levisímos, próximos, remotos, antecedentes, concomitantes, subsiguientes, generales, particulares, reales, personales, de cargo, de descargo, de descargo, morales, de capacidad, móvil, oportunidad, materiales, mediatos, inmediatos, anteriores legales, extralegales, positivos, negativos y vehementes.

No es posible formar una tabla o escala en que se precie y fije en abastracto el valor real de los indicios simples y combina dos; los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan; por que los indicios varian en razón de las circunstancias y estas varia ciones no pueden menos de producir combinaciones infinitas.

Se considera que desde el punto de vista probatorio sin demerí tar ninguna clasificación, la que tiene mayor utilidad practica, es la que los divide en Necesarios o sea el que de manera infali ble o absolutamente cierto demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado. Nuestro Código de Procedimiento Penal, consagró el indicio necesario en el artículo 231, definiendolo así: El indicio es necesario cuando es tal la correspondencia y rela ción entre los hechos, que habiendo existido el uno no puede me nos que haber existido el otro, en igual forma la Corte ha dicho que el indicio es necesario cuando la inferencia que de él se ha ce, se desprende del cumplimiento de las leyes de la naturaleza, es decir cuando es ineludible e inexorable, y también los contin gentes o sea los que se basan en una regla de experien ia relati va, es decir que tiene excepciones, o sea que el efecto es sucep tible de haberse originado en alguna de las varias causas posibles. De donde se deduce que los indicios contigentes no pueden consi derarse separadamente uno de otros, sino en forma coherente,

es decir se pueden considerar como los eslabones de una ca dena; unidos forman el todo, separados a nada conducen.

Estos nos dan probabilidad que admite gran variedad de grados, según su probabilidad que de ellos se obtenga.

CAPITULO V

5. EL INDICIO Y LA CERTEZA

5.1. EL PROBLEMA DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS CON BASE EN INDICIOS.

Tratándose de indicios contigentes, pues dado por su mismo carácter, por sí solos no conducen a la certeza absoluta y el juzgador no puede basar en uno de ellos una sentencia condenatoria, sino que le es preciso realizar el examen conjunto para, con fundamento en varios de ellos alcanzar un grado de certeza, si es que se puede llegar a ella a traves de indicios, que le permita la sustentación de una sentencia condenatoria, a la que es dificil llegar si se tiene en cuenta que a pesar de que hayan varios indicios estos seguiran siendo siempre indicios.

Igualmente, con fundamento en un examen conjunto de indicios, puede quedar el juzgador convencido de la gravedad de la prueba indiciaria, que si bien no es suficiente para dictar sentencia, sirve como fundamento de un auto de detención o de llamamiento a

juicio; en uno y otro caso se da el fenómeno de la prueba por con curso de indicios quedando claro que aquí es imprescindible el examen conjunto de los indicios con posterioridad al estudio de los mismos.

El valor de la prueba indiciaria aumenta a medida que acrece la convicción de quien lo estudia conjuntamente, siempre y cuando el acervo así analizado reduzca las posibilidades de explicacio nes diversas, quiere ello decir que los hechos conduzcan a la comprobación de la situación materia de estudio.

El delito es producto de una cadena causal, es toda sucesión de hechos que terminan con la consumación de un ilícito penal. Cuando se estudia un acervo de indicios contingentes nos encon tramos que con alguna de las explicaciones de cada uno de los he chos indicadores forman parte de esa cadena causal, resulta más sencillo creer en la comisión del ilícito o en la responsabilidad de un sujeto, pues es muy dificil que todos esos hechos esten uni dos a la cadena causal por pura coincidencia, es cierto que todos los hechos indicadores pueden ofrecer distintas alternativas, pe ro es poco creible que sólo por azar tengan todos una que forme parte de la cadena causal, salvo que se demuestre plenamente las distintas explicaciones de cada hecho indicador.

En un proceso penal se puede llegar a varias conclusiones a par

tir de un mismo acervo indiciario, pero solo una de ellas será coherente, y lo será siempre que cada hecho indicador tenga, entre varios, una respuesta que forma parte de toda la cadena delictiva.

Como los indicios necesarios basados en un hecho único son excepcionales, y como algunas pruebas son indicios habrá que concluír que, por lo general, las sentencias condenatorias, en último término, se reducen a la aplicación de una sola prueba: la de concurso de indicios, los contingentes y la de un solo indicio, el el necesario, como lo consagrá nuestro Código de Procedimiento Penal en su artículo 231.

Se tiene así que cuando el juez de derecho va a dictar sentencia debe examinar cuidadosamente si se han llenado los requisitos legales, lógicos y dialécticos de la transformación indiciaria, del concurso, caso en el cual la sentencia será condenatoria, o absolutoria si falta alguno de ellos.

La posición de la Corte Suprema de Justicia con relación a las sentencias condenatorias teniendo como base los indicios, concretamente en lo relacionado con la unidad de los mismos, es la siguiente: En sentencia de Casación del 17 de julio de 1983 de la cual fue magistrado ponente el extinto tratadista del derecho penal Doctor Alfonso Reyes Echandía y que dada su importancia y

en aras de una mayor ilustración transcribimos a continuación:

Dice la Corte que es aspecto fundamental del indicio como prueba, el de su unidad al que se refiere nuestro Código de Procedimiento Penal cuando señala que, las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador constituyen un solo indicio, y conforme a este principio de universal aceptación, de que de un hecho indicador solamente puede surgir un indicio, las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan se derivan de la confusión existente entre hecho indicador y circunstancia o momentos que lo integran y que a veces se toman como otros tantos hechos indicadores; estos son los factores que con objetiva autonomía apuntan hacia la persona con la que se conecta materialmente, agrega que aquellos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen en sí mismos el poder unívocamente orientador del hecho indicante.(75)

Cuando se habla, pues, de pluralidad de indicios es necesario examinar si realmente existen varios hechos indicadores simples con entidad propia orientados hacia el mismo hecho punible o hacia el mismo autor; sin embargo esta intrínseca autonomía naturalística

---

(75). Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación del 17 de noviembre de 1983. M.P. Doctor Alfonso Reyes Echandía.

de aquellos no significa aislamiento o absoluto; al contrario ha de estar acompañada de una lógica conexidad de una convergencia mutua respecto del mismo hecho indicado, quiere ello decir, que deben haber razones estables y serias para poder hacer el nexo entre el conjunto de hechos indicadores, con los hechos indicados.

A este respecto anota el extinto Doctor Reyes Echandía, que el fundamento probatorio de la sentencia impugna es la pluralidad de indicios graves contra la sindicada, que el tribunal puntualiza en "el rastro del delito de estafa"... En relación con esta prueba alega el recurrente que el Tribunal encontró cuatro indicios, donde solamente existe uno, el de las huellas del delito, derivado de un experticio Grafotécnico dudoso por que se opone a otro que igualmente obra dentro del proceso y que proviene del Instituto de Medicina Legal.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el caso en comento, que del examen del párrafo en que el Aquo hace la síntesis de la prueba indicial, no se desprende de la presencia física de la procesada en el lugar donde se encontraban los cheques y su manipulación por razón del ejercicio de sus funciones, hayan sido tomados como indicios propios, sino como demostración del indicio de oportunidad para delinquir, es decir los medios que te

nía a su alcance que lo llevaron a cometer el ilícito ... la situa ción se concreta, pues a clarificar si solamente obra un indicio en contra de la procesada (el de las huellas materiales del deli to) o sí, además, está el de oportunidad para delinquir; y si en uno u otro casos, ello constituye fundamento jurídicamente váli do de fallo condenatorio ... En cuanto al indicio de las huellas del delito es consecuencial en cuanto nace de la consumación del hecho punible a tiempo que el de oportunidad para delinquir es de carácter antecedente por que apunta, como ya se indicó, a las condiciones en que se encontraba el sujeto para perpetrar el he cho delictivo.

El indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce o sea el indicador y el que se quiere conocer media un nexo probable crea do por la dependencia inmediata con el fenomeno principal o 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 confirmarse a un sim ple proyecto. El juicio de probabilidad depende pues de grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimien tos". (Cas. 26 de mayo de 1971).

Como ejemplo del indicio necesario podemos traer el caso venti lado en el juzgado Primero Superior de Bogotá, cuando en aque

llos despachos se conocía también, por competencia, de los de litos contra la propiedad y es el referente a Jaime Zamora Mo yano,-nombre que damos por si se desea verificar- a quien se le condenó con base en el indicio necesario, tratado sobre las huellas dactilares. Se investigó el ilícito de hurto de unas joyas que se encontraban en un cofre, por lo que se practicó dactilos cópia sobre el mencionado mueble y las huellas papilares allí encontradas fueron sometidas a peritación por expertos en la materia, y confrontación con el archivo de identificación, deter minándose que correspondían a las del mencionado sujeto; lo que llevó a la justicia a aceptar y proferir el correspondiente fallo de responsabilidad penal contra Zamora Moyano, ante la expre sión de esa tajante realidad, producto del examen de la perita ción y de la confrontación, teniendo en cuenta que el indicio nece sario constituye plena prueba y no fue refutado.

El honorable Tribunal Superior de Bogotá, en sala de Decisión y con ponencia del Magistrado Julio E. Rozo Rozo, expuso en a quella época sobre la huella digital, lo siguiente: "... Pertenece casi al mundo de la prehistoria el empleo de la huella digital pa ra identificación de la persona. Hace ya más de cinco mil años que en Mesopotamia solía imprimirse la huella del dedo pulgar en los ladrillos, donde se consignaban los manuscritos, para ase gurar de esa forma la perenne autoría. Desde luego que fue hasta

fines del siglo XIX (1891) cuando el argentino Juán Vucetich elevó la dactiloscopia al rango que hoy tiene. Siendo a manera del nombre antropológico del ser humano y sirviendo como medio de identificación individual en todos los países, inclusive en el nuestro, según lo observan los peritos.- En esta labor se ha contado con los importantes estudios de Berakell y Fran hijo, entre otros. Todo esto debido a que las huellas papilares --crestas-- acusan las siguientes principales características: variedad de dibujos papilares, individuales y especificidad, inmutabilidad, perennidad, innalterabilidad, posibilidad y facilidad de clasificación. De ahí que el profesor Balthamard haya podido predicar que para hallar dos huellas semejantes, sería menester como mínimo una población mayor de la total del globo terráqueo y un número de siglos representado por dos, seguido de 43 ceros, lo que es practicamente imposible. De lo contrario es lógico que el sistema de identificación caería por el suelo, como castillo de naipes. Es por ello que el Tribunal ha sostenido en más de una oportunidad que en el estado actual de la ciencia probatoria, las huellas dactilares, recogidas en condiciones adecuadas, constituyen el único indicio necesario, a la luz de lo consagrado en el artículo 231 del Código de Procedimiento Penal.

De lo anterior nos damos cuenta con facilidad que por más que hayan indicios y se relacionen y junten, el interesado tendrá que

establecer el nexo que se quiere demostrar presentandose en consecuencia la duda. Por otra parte el indicio necesario, como se señaló en el ejemplo de las huellas dactilares, el derecho le da un calificativo y por razones fundamentales y especialmente de seguridad del proceso y de la utilización de ciertos medios o técnicas que se imponen para averiguar el hecho controvertido. El indicio por naturaleza nunca puede ser plena prueba, se le va a considerar así por razones agenas a su misma naturaleza, como cuando el derecho lo acepta o porque el juzgador lo toma así. Llega a constituir plena prueba o cuando el derecho le dá ese carácter por razones así señaladas, quiere ello decir que quien hace el nexo es el derecho al cual debe someterse el juzgador.

Si el Juez debe juzgar es decir para condenar debe tener la plena prueba o sea el elemento que le dá la certeza, de ahí aparece el problema de sentencias condenatorias con base en indicios (en realidad sea uno, como el indicio necesario) o sean varios (concurso de indicios), en verdad ni el uno ni los otros pueden llevar a la certeza, porque el nexo creado entre el hecho indicador y el hecho indicado, así esten ubicados por razones válidas, siempre el nexo va a ser de probabilidad y nunca de certeza.

En el derecho no se quiere decir que nuestro Código de Procedimiento penal como en las legislaciones donde se admite el indicio constituya una equivocación jurídica, por cuanto el derecho debe

corresponder a exigencias sociales concretas, si se tiene en cuenta que una de sus funciones sociales es la garantía de su aplicación y en este sentido puede y debe apelar a medios para garantizar su estabilidad. En el caso de los indicios que por naturaleza llevan a la probabilidad, el derecho puede dar el nexo entre el hecho indicador y el hecho indicado y en este sentido la persona encargada de administrar la justicia basaría su certeza no en el convencimiento personal o sea en la relación hecho indicador sino en la autoridad de la norma que es la que podríamos decir ha hecho el nexo. o sea que el derecho señala que las sentencias condenatorias deben basarse en plena prueba y en la certeza, sin embargo el mismo derecho prescribe que se pueden dictar sentencias condenatorias con base o en el indicio necesario o en el concurso de indicios, lo cual es contradictorio. Otra cosa es que esta contradicción se salva solamente desde el punto de vista de la eficacia y garantía del derecho y no porque correspondа a la lógica.

En todo caso podemos concluir que la certeza que en este caso pide el derecho no nace ya para la persona que juzga en concreto de que hay relación de prueba, sino que la certeza si la vamos a ver es una aceptación del dictámen de la norma. Por lo tanto al determinar el derecho que las sentencias condenatorias se deben dictar con base en la certeza, desde el punto de vista de la naturaleza

del indicio no se podrán admitir sentencias condenatorias con base en indicios.

5.2. RELACION ENTRE EL INDICIO Y LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

De todos es conocido el principio universalmente aceptado que la inocencia del sindicado se presume mientras no se demuestra lo contrario, este es un presupuesto indefectible de toda investigación penal, significa que es al Estado a quien corresponde demostrar que el sindicado es responsable del delito que se le atribuye y que esto debe suceder sólo cuando se [illegible] plenamente cierto de ello. Debe proferirse la absolución del procesado cuando falten pruebas de los hechos, por no constituir estos delito, por no estar demostrada la participación en ellos del acusado o concurrir alguna circunstancia eximente de la responsabilidad. Hace relación al pronunciamiento definitivo en el fallo que declara la inocencia del reo y le exime de toda responsabilidad, aún cuando el efecto personal sea el mismo, moralmente existe un matiz cuando la absolución expresa que obedece a la falta de pruebas tan sólo.

En materia penal existe una suposición que aún no escrita en la ley o los códigos, no resulta menos fundamental: es la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda

beneficia al acusado y éste debe ser tratado como inocente, hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por eso los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ellos tienden los legos sin más que la acusación fiscal.

La base la podemos encontrar en lo que a través de los siglos ha constituido una prerrogativa del derecho y es su unión con la justicia. El dar a cada cual lo que le corresponde encuentra una peculiar realización en el Derecho, pues al ser la norma jurídica fuente de derechos y obligaciones, sólo de la unión entre la norma y el actuar de las personas se pueden determinar los derechos y obligaciones de éstas. Aquí radica la garantía de realización de la justicia por parte del hecho, en que si la situación o el comportamiento encajan dentro de la descripción prescritiva de la norma la consecuencia, en términos de derechos y obligaciones, no puede ser otra que aquella prevista por la misma normatividad.

En el campo penal no sólo no se disminuye el alcance de estas consideraciones, sino que por el hecho de que en éste campo la implicación personal es mucho más profunda, el alcance de tales consideraciones se hace más profundo. El riezgo de la injusticia en el derecho penal debe reducirse al máximo por ser directo, el cuestionamiento personal de los sujetos. La presunción de inocen

cia es por tanto un recurso lógico de justicia, para garantizar que el castigo y censura social del individuo recaerán sobre és te ante su voluntaria y cierta violación de la norma.

Como se vió anteriormente la presunción y el indicio estan muy relacionados hasta el punto de que se pueden confundir entre sí y cuando se habla de la presunción de inocencia se pueden consi derar que son más exactamente indicios de inculpabilidad o de descargos, son hechos y son procesos lógicos, juicios, racioci nios que concluyen en una afirmación que deja sin eficacia los cargos. Si el indicio es un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho, la presunción de inocencia es un he cho del que se infiere lógicamente la existencia de un hecho opo nible al que se quiere demostrar, siendo la defensa y presenta ción demostración de argumentos y hechos que desvirtúen o debi liten las pruebas de cargo; se relacionan con el hecho desconoci do, el delito, la autoría o la responsabilidad y además con el he cho indicador al cual pretende devirtuar o debilitar o destruir , deduciéndose facilmente que la función de la presunción de ino cencia es destruir o desvirtuar la existencia del hecho indicador o su significado o su conclusión, debilitando al indicio correspon diente.

Ahora bien, en la diferenciación o semejanza que pueda existir

entre los indicios y las presunciones de inocencia, nace exclusivamente por la persona que las crea, pues el indicio surge de la operación mental del funcionario, en tanto que la presunción de inocencia es establecida por los principios generales del derecho o sea que el juez la debe sacar de la Ley, la doctrina o la jurisprudencia; pero no se debe olvidar que estas dos figuras tienen en común al menos los elementos estructurales: un elemento objetivo que es el hecho conocido; un mismo procedimiento lógico de elaboración del hecho conocido.

Si la presunción de inocencia es en el campo penal un presupuesto de garantía de justicia, el indicio que por naturaleza no demuestra sino que indica la existencia del hecho que se pretende probar, lleva a desembocar en la presunción de inocencia. Esta última sólo desaparece ante la demostración de la culpabilidad. Si la naturaleza del indicio se detiene en indicar, la relación que se crea entre éste y el hecho a probar no es de causalidad sino de probabilidad y este nexo se determina con base en la deducción que el juez hace. Por tanto el margen de que esa relación no sea real, permanece como una constante del indicio, que juega a favor de la presunción de inocencia, porque ante la no certeza la presunción no es la de culpabilidad.

5.3 LA EXIGENCIA DE LA CERTEZA PARA LA SENTENCIA CONDENATORIA.

La certeza es el estado más perfecto del conocimiento afirmativo, si se tiene en cuenta el fin de la tranquilidad social a que debe estar encaminada la pena, adviértase al punto que la pena no puede servir para esa finalidad sino cuando se castiga a quien es verdaderamente culpable.

La pena que recae sobre un inocente turba la tranquilidad social más de lo que la ha perturbado el delito que se trata de castigar, ya que cualquiera piensa que puede ser, en un caso dado, victima de un error judicial.

Si en mínima parte despertamos en la conciencia social dudas acerca de la justicia aplicando la injusticia en la pena, esto no será ya seguridad para los hombres honrados, sino fuente de perturbación de esa misma tranquilidad que ella está obligada a restablecer; no será ya una defensora del derecho, sino una fuerza respetable, que a su vez puede abatir al derecho inerme.

Si se pudiese imponer penas aún a quien no es verdaderamente culpable, más que la agresión a nuestros derechos por parte del individuo, nos llenaría de temor la agresión por parte de la ley. A las fuerzas del individuo que ataca se le pueden oponer, al fin y al cabo, las fuerzas del individuo agredido, pues se trata de lucha de hombre a hombre. Pero lo que infundiría terror aún a los más resueltos sería que la ley misma consumara agresiones contra nues

tros derechos, pues todos sentirían que la sociedad entera, bajo el falso nombre o bajo el falso emblema de la justicia pública, podría de un momento a otro dejar caer su peso sobre el indivi duo y triturarlo, a la manera del trigo bajo la acción del podero so engranaje de un molino.

El símbolo adecuado de la justicia ya no sería una matrona con la frente olímpicamente serena y con su balanza para pesar las acciones humanas, sino que aparecería a los ojos de los hombres, bueno o malos, como una diosa terrible, mostruosamente ciega y sorda a la verdad; en su rostro se verían la líneas y las sombras con que la imaginación de los antiguos solía caracterizar la terri ble e impenetrable figura del Fatum.

Por lo tanto, la posibilidad de condenar sin tener la certeza de la culpabilidad del reo despojaría a la pena de su auténtico fundamen to, que es la defensa del derecho, y la tornaría enemiga del fin mismo de la tranquilidad social, al cual debe tender. De modo que la pena, tanto por el principio que la inspira como por el fin al cual se dirige, no puede legitimamente imponerse sino cuando se ha logrado la certeza de la responsabilidad penal.

Todas las pruebas plenas generan certeza; pero, acaso la certi dumbre que nos produce no es mayor en unas que en otras.
Lo que en nuestro concepto no puede aceptarse, entonces, es la

imperfección en la prueba de la premisa, en el hecho indicador. Aceptarla sería consagrar un principio que riñe con la lógica, darles validez demostrativa a los llamados artículos de fe, dar le cabida jurídica a la certidumbre subjetiva como suficiente pa ra la comprobación, que no es autentica certidumbre porque no se ha apoyado en las calidades objetivas de las cosas y los he chos.

Negar la certeza es reconocer la incapacidad de conocer la ver dad objetiva y material; o es negar autenticidad a lo que es obje tivo, o considerar que la sentencia, y el proceso en general, solo es un conjunto de razonamientos abstractos sin contacto con la rea lidad concreta.

La sentencia del juez es la síntesis que pone término al proceso, en cuanto resuelve el conocido problema del sometimiento de un hecho concreto a una incriminación abstracta de la ley penal, se apoya sobre elementos de hecho y derecho. Estos elementos cons tituyen el impulso y la base de la sentencia y si es condenatoria el elemento primordial es la certeza, es decir la clara, segura y firme convicción de la verdad, es decir la ausencia de dudas, se llega al convencimiento por parte del juzgador traduciendose en la apreciación que hace de las pruebas. De todo lo anterior se concluye que para poder proferir una sentencia condenatoria debe

haber en la mente del juzgador la certeza plena que el procesado es responsable del hecho materia de investigación y que como consecuencia de ello se hace acreedor a una sanción previamente establecida por la ley.

5.4. INSUFICIENCIA DEL INDICIO PARA UNA SENTENCIA CONDENATORIA.

Como se ha sostenido para que el indicio constituya pruba, debe ser probado de manera cierta de ello se sigue, en general, que el indicio no puede ser probado mediante otros indicios, porque de ordinario los indicios son contingentes, y por esto no pueden dar certeza de lo que tienden a probar. Para admitir la posibilidad de que un indicio sea probado satisfactoriamente por otro indicio, es menester hacer referencia a la hipótesis de que el indicio que prueba sea necesario.

Un solo hecho indicador no puede producir sino un solo indicio. Si multiplicamos las diferentes pruebas del mismo hecho indicador, el indicio se fortificará subjetivamente cada vez más, pero objetivamente, en cuanto a su contenido probatorio, seguirá siendo el mismo indicio. Lo anterior es cierto, aun cuando las diversas pruebas demuestren partes diversas de único hecho que prueba, o momentos distintos, siempre que la prueba de esas diferentes partes del hecho indicador no se refieran sino a la prueba de

ese hecho.

Si alguno vio a Pedro cuando salía precipitadamente de su casa; otro lo vio atravesar, a la carrera, una plaza, y un tercero testigo lo vio cuando saltaba a un coche que partió al galope; esos tres testimonios sólo sirven para dar fe de un solo hecho indicador, que es la fuga; y este hecho indicador, aunque sea probado en muchas formas, no puede constituir sino un solo indicio.

La prueba indirecta adquiere peso procesal y valor en ligazón con otras pruebas.

La conexión mutua de las pruebas indirectas debe ser tal que todas ellas constituyan los eslabones de una misma cadena; si se desprende un solo eslabón, se disgrega toda la cadena, pierde también la categoría de indicio cada una de las pruebas por separado, Por tanto debe haber un sistema de pruebas indirectas, y no un conglomerado de indicios dispersos, sin conexión mutua interna.

Las pruebas indirectas deben estar en armonía, tanto entre sí como con el hecho principal a probar.

Las pruebas indirectas deben estar tan fundamentadas que su

concatenación general no se pueda eliminar, hace saltar, ni una sola de ellas por medio de una prueba contraria (contraprueba); de esta última conclusión se desprende la siguiente:

El conjunto de las pruebas indirectas que sirven de base a una versión (acusatoria o absolutoria, es indiferente) * Por eso, es preciso admitir que la tarea fundamental en la aplicación de las pruebas indirectas es, además de la argumentación de un versión dada, la exclusión de cualquier otra versión antagónica. De ahí que el instructor, el acusador, el defensor, y el procesado estén obligados, al emplear las pruebas indiciarias a oponer todas las versiones posibles atendidas las circunstancias del asunto, y a probar la realidad y fundamento de la versión en que ellos estiman necesario insistir.

El mayor peligro en el empleo de las pruebas indiciarias es el espíritu tendencioso y la preconcepción. Las pruebas indiciarias pueden constituir una fuerza enorme pero es necesario emplearlas con probidad, objetivamente, sin forzarlas, sin acoplarlas artificiosamente.

Las pruebas indiciarias son rasgos sueltos, fragmentos de hechos, retazos de acciones e ideas. Es necesario reunir estos retazos y fragmentos en un todo único, compararlos unos con otros y con otros hechos, especialmente con los contrarios a los indicios; es

preciso hacer un análisis y síntesis, reducirlos a un sistema, a un conjunto armónico, las pruebas indiciarias, al ser reducidas armónicamente a un sistema, crecen hasta convertirse en una fuerza terrible e incontrolable, se transforman en una cadena de pruebas que rodean al acusado con una muralla infranqueable, de la que sería imposible huir. Más para esto, los indicios deben ser la fuente de su origen. Deben estar ligados entre sí de un modo lógico y engarzados en todos sus eslabones.

En un momento dado el indicio puede hacer plena prueba de la responsabilidad del acusado y conducir a una sentencia condenatoria injusta, dado que solo cuando la premisa mayor es una ley que no admite excepción, con la inferencia se revestirá el carácter de deducción rigurosa, pero solo ocurre en ciertos casos. Así por ejemplo, cuando tomamos como premisa mayor de una inferencia el principio de que el que posee objetos hurtados, es quien los sustrajo, y de aquí concluímos la culpabilidad, en un hurto, de una persona determinada que posee objetos robados (hurtados), la conclusión no es légitima, por ser demasiado absoluta, en cuanto la posesión pudo tener una causa lícita, compra, donación, etc. Podríamos llegar a una conclusión cierta, limitando el alcance de la proposición, diciendo, por ejemplo, que la posesión de objetos hurtados es indicio de culpabilidad, siempre que el poseedor no justifique una posesión legítima?

Evidentemente no, pues la proposición sería todavía demasiado extensa. No todo lo que es cierto y legítimo puede ser probado: un inocente estará a veces imposibilitado de probar el hecho que infirme o destruya el indicio que lo perjudica. Ocurre a veces que la posesión es vergonzante o delictuosa por otro concepto: se trata por ejemplo de un regalo hecho a una mujer casada por un amante, y esta razón es suficiente para que el poseedor no dé explicación alguna o no la dé satisfactoria; sin contar con que a veces, se calla, o por temor, o por no comprometer a un tercero, que no siempre tampoco es culpable.

De lo anterior claramente se concluye que los indicios no pueden considerarse separadamente unos de otros, sino en forma coherente, o como se dijo antes, son los eslabones de una cadena : unidos forman el todo, separados a nada conducen. El indicio se valora por el juzgador con el concepto de relación que tiene el uno con respecto del otro, en forma tal que la suma de ellos pueda inferirse la existencia o realización de un hecho determinado.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha dicho: que cuando uno de los hechos considerados como indicios carecen en absoluto de todo valor demostrativo o no guardan verdadera relación con el hecho incriminado, es claro que por numerosos

que se supongan esos llamados indicios, en realidad no lo son: y el valor de ellos sería nulo, por que la suma de muchos ceros no pasará de cero. Pero tampoco sería lógico considerar absolutamente aislado cada uno de los hechos indicios, con total independencia de los otros, pues en esta clase de pruebas el reconocimiento del hecho que se trata de demostrar no podría obtenerse sino por la coordinación de los indicios entre sí y por la relación entre el conjunto de ellos y el hecho cuya existencia pueden ellos probar, ya que la convergencia de los indicios sobre un mismo punto no puede atribuirse comunmente a la causalidad. De ahí que esos indicios sean pruebas incompletas, no se deduce que carezca en absoluto de todo valor, pues la misma ley reconoce que pueden dos o más pruebas incompletas ser plena prueba si reune determinados requisitos. Casación C.S.J. Sala Penal. Diciembre 1974.

Este razonamiento de la Corte es muy lógico, debemos tener en cuenta sin embargo que si bien la convergencia de indicios no sea obra de la casualidad, la demostración real del hecho escapa igualmente, aunque las razones sean fundadas y estables por que la suma de indicios sigue manteniendo el estado de probabilidad, sometido a que un nuevo hecho revelador o también un indicio destruyan la coherencia o convergencia del conjunto de indicios probados.

El juez es soberano para la apreciación y valoración de los indicios y sus conclusiones e inferencias las realiza de un modo esencialmente personal, sin más restricciones que su criterio debe estar dependiente a las normas generales de la sana crítica de las pruebas en materia judicial. Si se trata de la prueba de indicios los falladores tienen un campo de apreciación muy amplio, en donde la conciencia juega un papel decisivo.

Queda así sometida a la conciencia del juez la valoración de la prueba indiciaria, sin más restricciones que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida tarifa de pruebas.

CONCLUSIONES

El procedimiento penal nos aparece como un proceso lógico, de análisis y síntesis, que permite conclusiones firmes, mediante el manejo racional de datos, sobre la violación de la norma penal.

Es evidente que esta idea del procedimiento penal se desprenda de la consideración de la gravedad que para las personas significa ser calificada socialmente como indeseable o al menos como peligrosa. El sentido de la justicia en éste campo es mucho más profundo por el hecho de que en él se "maneja" la personalidad o atributos fundamentales de la persona humana, u en último término se cuestiona su actuar y esto por sus mismos semejantes.

Esto nos lleva a afirmar que es fundamental, imprescindible para la persona llamada a verificar jurídicamente el comportamiento de los demás, el convencimiento sobre la ilícitud de los mismos. Sólo con base en él, el juez puede proceder a sentenciar la culpabilidad e imponer el castigo. Esto quiere decir por tanto que

la duda se aplica en favor del inculpado.

Al colocarnos en el término de un proceso penal y en el sentido de condenatorio, verificamos inmediatamente que en él se llegó a la afirmación de que se verificó la descripción operada por la norma penal. En otras palabras el enunciado de la norma se aplicó a un determinado sujeto. La conveniencia de esto último se obtuvo a través de una serie de pasos que se reflejaron en la reunión de pruebas que travaron el nexo entre la norma, el comportamiento y su autor.

Esto no significa otra cosa que demostrar que se obtuvo la plena prueba y la certeza. En este orden de ideas, el indicio sólo crea nexos de probabilidad, en cuanto el nexo que se crea entre el hecho indicador y el hecho indicado no es obra de la misma realidad, sino fruto de la operación del sujeto que lo estudia o maneja.

La lógica crea o da fundamento a lo racional, pero no da el convencimiento, el cual puede variar ante la adquisición o en presencia de nuevos elementos o inclusive distinta valoración. No queda otra conclusión que pretender la certeza con base en indicios, es pretender conformar la realidad con base a consideraciones mentales.

El indicio da siempre margen a la duda y en este sentido vemos

muy difícil que una persona a través de él adquiera ese estado de tranquilidad que da la certeza.

El problema de la eficacia del derecho toma dimensiones de consideración ante nuestra posición de la insuficiencia y en cierto sentido contradictorio recurso a los indicios como base para sentencias condenatorias. El sentido de la certeza y su exigencia implican disminución en la eficacia del Derecho ?. Este nos parece que sería un problema abierto a partir del presente trabajo. Intentamos en todo caso señalar una inquietud y esperamos que haya suscitado alguna reflexión positiva.

BIBLIOGRAFIA

ALZATE NOREÑA, Pruebas Judiciales, Editorial Temis, Bogotá, 1969.

ANDREIEV, I. Problemas lógicos del conocimiento cientifico, Editorial Progreso, Moscú, 1984.

BELLAVISTA, Girolano Lesiones de Derecho Procesal Penal, Editorial Giuffre, Milan 1982.

BENTHAM, Jeremías Tratado de Legislación, Editorial Reus, Madrid, 1979.

CABANELA, Guillermo Diccionario Jurídico, Editorial Buenos Aires, 1978.

CARNELUTTI, Francesco Teoría General del Delito. Ediotial Revista, Madrid, 1941.

CARRARA, Francisco Teoría de la Tentativa y de la Complicidad. Editorial Madrid, 1887.

DEI MALATESTA, Framarino Lógica de las Pruebas en Materia Criminal, 3 edición, Editorial Temis, Bogotá, 1981.

DELLEPIANE, Antonio Nueva Teoría de la Prueba, 9a. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

DEVIS ECHANDIA, Hernando Teoría General de la Prueba Judicial, Editorial Alberti, Buenos Aires, 1981.

ELLERO, Pietro — De la Certidumbre en los juicios Criminales, Editorial Reus, Madrid, 1968.

FLORIAN, Eugenio — De las Pruebas Penales, Editorial Temis, Bogotá, 1982.

GOMEZ DUQUE, Luis F. — Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1980.

GUASP, Jaime — Derecho Procesal Civil, Editorial Reus, Madrid, 1962.

GUERRERO, Wlater — Prueba en Materia Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

LEONE, Giovanni — Manual Procesal Penal, Editorial Eugenio Jevene, Napoli, 1982.

LOPEZ MORALES, Jairo — Código de Procedimiento Penal Colombiano. Editorial Jurídica, Bogotá, 1985.

MANZINI, V. — Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial Buenos Aires, 1982.

MENDOZA PALOMINO, Alvaro. — Filosofía del Derecho, Conferencias Mecanografiadas, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 1982.

MITERMAIER CARL, J. Anton — Tratado de la Prueba en Materia Criminal, Editorial Reus, Madrid 1929.

NARANJO VILLEGAS, Abel — Filosofía del Derecho, 4a. Edición, Editorial Bedouth, Medellín 1975.

ORJUELA HIDALGO, Gustavo — Derecho Procesal Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1964,

PEREZ, Luis Carlos — Tratado de Derecho Penal, Editorial Temis, Bogotá, 1975

RODRIGUEZ, Gustavo Humberto — De las pruebas Penales, Editorial Temis, Bogotá, 1976.

ROCHA ALVIRA, Antonio — La Prueba Indicial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1978.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Reus, Madrid, 1965.

REALIZADO

POR

INVERSIONES

AJOVECO

S.A.