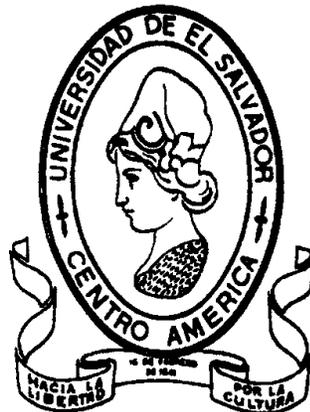


UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS AÑO 2004
PLAN DE ESTUDIO 1993



**LA DEBIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE
EMITE EL JUEZ DE PAZ EN LA AUDIENCIA INICIAL**

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO Y TÍTULO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

**PRESENTAN:
JOSÉ FEDERICO GONZÁLEZ VILLALOBOS
YURI RENÉ AMED SACA AYALA**

**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. REINALDO GONZÁLEZ**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE DE 2006

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICERRECTOR ACADÉMICO
ING. JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICERRECTORA ADMINISTRATIVO
DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL INTERINA
LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL
LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA
LICDA. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICEDECANO
LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO
LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN
LICDA. BERTHA ALICIA HERNÁNDEZ ÁGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. REINALDO GONZÁLEZ

DEDICATORIA

Este trabajo es dedicado en especial a:

Dios todo poderoso; ya que nos ha dado fuerza y perseverancia para poder seguir y terminar satisfactoriamente este trabajo y así culminar una de las metas que nos habíamos trazado en la vida.

A nuestros padres quienes nos han apoyado y dado fuerzas para alcanzar una de las metas más importantes de la vida y quienes han deseado con todo su corazón tener un profesional en la familia. Gracias padres les dedicamos este logro.

Y a nuestros hijos quienes son la razón de ser e inspiración para alcanzar logros que les permiten seguir adelante con grandes éxitos en la vida cosechando triunfos y darles una mejor existencia; así como a quienes nos han dado su amor y apoyo incondicional. Damos gracias a Dios por concedernos la dicha de tenerlos a nuestro lado.

Al Licenciado Reinaldo González; director del seminario por su amable comprensión, paciencia, tiempo y dedicación en habernos orientado para la realización del presente trabajo de graduación.

A todas las personas que de alguna manera nos apoyaron y ayudaron a alcanzar esta meta.

Gracias.

INTRODUCCIÓN

El presente documento es el resultado de la investigación realizada sobre la “Debida Fundamentación de la Resolución que emite el Juez de Paz en la Audiencia Inicial”, la cual ha sido ejecutada dentro del plan de estudios implementados en el año de mil novecientos noventa y tres, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador y que en esta ocasión presentamos como requisito para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, trabajo de Graduación que tiene como objetivo principal determinar y dar a conocer la necesidad que existe de fundamentar la resolución Judicial que emite el Juez de Paz en la Audiencia Inicial. Objetivo que se ha establecido claramente en este trabajo.

Por la naturaleza del tema ha sido necesario incluir aspectos Doctrinarios de trascendental importancia para el entendimiento del tema que ha sido estructurado en cuatro capítulos los cuales han sido desarrollados de la siguiente manera:

En el Primer Capítulo hemos abordado los Antecedentes Históricos de la Fundamentación de las resoluciones Judiciales que emiten los jueces, tomando en cuenta las perspectivas de la Doctrina Española, Perspectiva Jurídica de las constituciones políticas de mil novecientos sesenta y uno a la fecha de nuestro ordenamiento jurídico así como los Códigos de Instrucción Criminal de 1917 y Códigos procesales penales de mil novecientos cuatro a la fecha; para luego abordar el tema desde la perspectiva histórica de los modelos de procesos penales Inquisitivos, Acusatorio y Mixto.

En el Segundo Capítulo desarrollaremos todo lo relacionado a la prueba indiciaria haciendo un pequeño apartado a los Antecedentes Históricos, Definiciones, Diferencias comentarios de diferentes actores, clases de indicios, requisitos de validez y valor probatorio de los mismos, para poder entender la base por la cual los jueces de paz fundamentan sus resoluciones judiciales y así llegar al Capítulo Tercero que aborda la fundamentación de las Resoluciones Judiciales, desde el punto de vista fáctico, probatorio y jurídico; desarrollando definiciones, Objeto, Finalidad y características de las resoluciones judiciales.

En el Capítulo Cuatro hemos considerado las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de graduación, estableciendo el objeto principal de este que es la debida fundamentación de la Resolución Judicial que emiten los Jueces de Paz en la Audiencia Inicial, es necesario referirnos a dicha problemática y elaborar conclusiones de la misma para dar recomendaciones y solucionarlas.

INDICE

INTRODUCCIÓN	i
Capítulo 1	
1. Antecedentes Históricos.....	1
1.1 Antecedentes Históricos desde la Perspectiva de la Doctrina Española	4
1.2 Antecedentes Históricos desde la Perspectiva de las Constituciones Políticas y Códigos Penales que han existido en El Salvador desde 1904 a la fecha	9
1.3 Antecedentes Históricos desde la Perspectiva de los modelos Procesales Penales Inquisitivo, Acusatorio y Mixto	13
Capítulo 2	
2. La Prueba Indiciaria	21
2.1 Antecedentes Históricos	21
2.2 Definiciones	25
2.2.1 El indicio como hecho indicador	26
2.2.2 El indicio como relación de causalidad	27
2.2.3 Indicio que cambia de acuerdo con el criterio	28
2.2.4 Otras definiciones	29
2.2.5 De las manifestaciones	32
2.2.6 Anteriores al delito	33
2.2.7 El hecho indicador	35
2.2.8 El hecho indicado	40
2.2.9 Distinción entre indicio y sospecha	41
2.3 Clasificación	43

2.3.1	Importancia	43
2.3.2	Principales clasificaciones	44
2.3.3	Del indicio en particular	47
2.3.4	La fundamentación de la sentencia basada en la prueba del indicio	52
2.4	Requisito de la Prueba de Indicios	55
2.4.1	Requisitos esenciales para su validez probatoria.....	56
2.4.1.1	Unidad del hecho indicador	58
2.4.1.2	Que la ley lo admita como prueba	62
2.4.1.3	Que sean graves, precisos y concordantes.....	64
2.4.2	Relaciones entre indicio y presunción	68
2.4.3	Clases de indicios	72
2.4.4	Requisitos para la validez de la prueba por indicios	74
2.4.5	Requisitos para la eficacia probatoria de los indicios	76
 Capítulo 3		
3.	Fundamentación de las Resoluciones Judiciales	82
3.1	Definición, Concepto y Finalidad	82
3.2	Libre Valoración de la Prueba y Motivación Fáctica	100
3.3	Fundamentación Jurídica	101
 Capítulo 4		
4.	Conclusiones y Recomendaciones	113
4.1	Conclusiones	113
4.2	Recomendaciones	116
 BIBLIOGRAFÍA		117

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la antigüedad las disputas y entre ellas, las relativas al ámbito de los que hoy conocemos como Delitos y Derecho Penal, se resolvían por regla en público, en presencia del acusador, del acusado, frente a un tribunal formado como asamblea popular de la respectiva comunidad¹.

En lo que respecta a la teoría probatoria ha pasado de estar regida por un cúmulo de peritaciones no discutibles en las que imperaba la superstición y la suerte, hasta el sistema de libertad absoluta, dejando toda la cuestión en manos de la “arbitraria” decisión del juez en virtud de la llamada íntima convicción, interpretando esta expresión en el sentido mas amplio que pueda imaginarse.

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales se relaciona de manera directa con el principio de Estado Democrático de Derecho y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, es decir que el Estado como monopolizador del aparato jurisdiccional se va debilitando, en el aspecto en que las partes tienen un mejor control y vigilancia sobre las actuaciones de los jueces, ya que estos últimos deben resolver apegados a derecho; es decir apegándose a las leyes vigentes y proporcionando a los sujetos procesales una serie de instrumentos que permiten impugnar la resolución; precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las resoluciones y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia, esto significa que la función de la motivación es dar certeza y seguridad jurídica a una resolución en la cual se garanticen los

¹ Código Modelo para Iberoamérica

derechos de las partes involucradas en el proceso y el de la sociedad misma. La discusión sobre si debe seguirse el sistema de las pruebas legales o el de libre convicción, o incluso, sistemas intermedios demuestran el miedo a dejar la función de juzgar incontrolada. Por ello, el sistema de la íntima convicción tuvo en sus orígenes una gran resistencia².

El sistema de las pruebas legales reducía las posibilidades de actuar del Juez, pues se encontraba sometido, a un entramado de reglas preestablecidas que llevaban consigo la valoración pertinente de cada una de ellas. El juez debía condenar en función del resultado de las pruebas legales, con independencia de cual fuera su convicción. El iluminismo reaccionó contra esta situación que considero intolerable. Por una parte, estimaba que no se podía dejar en libertad absoluta al Juez, pero por otra parte, también pensaba que era necesario tomar en consideración la convicción judicial. La solución fue el mantenimiento de las pruebas legales y, además, el Juez estuviera convencido, la resolución sería condenatoria, de manera que un resultado desfavorable de las pruebas legales no conducía automáticamente a la condena, dado que también era precisa la convicción judicial. Este sistema derivó que en la practica existía el convencimiento judicial pero no pruebas que permitieran la condena y, de ahí que apareciera el aberrante sistema de “La absolución en la instancia” y, al tiempo, se considera preciso permitir una mayor libertad al Juez.

Esa mayor libertad aparecerá en 1789 con la Revolución Francesa; mas concretamente, fue en un Decreto de 1791 cuando instaló el sistema de la íntima convicción. Posteriormente este sistema pasaría al Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808.

² Cuadernos de Derechos Judicial. La Sentencia Penal C.G.P.I. Página 98

La introducción del sistema de la íntima convicción, consecuencia de la idea de igualdad (el testimonio de un señor ya no equivaldría al de varios siervos) supuso la total superación de las pruebas legales: Lo importante no eran las pruebas que hubieran habido, ni su naturaleza ni su cantidad sino que lo único que importaba era saber si los jurados tenían una íntima convicción a cerca de la culpabilidad del acusado. Evidentemente, este paso en la evolución, que no se produjo con jueces Profesionales sino con jurados, suscitó una importante discusión sobre si era conveniente abandonar las pruebas legales y quedarse en manos de una posible arbitrariedad. Junto al sistema de la íntima convicción, y como garantía contra la arbitrariedad, se produjo la publicidad y la oralidad³. En Alemania se reprodujo la polémica, si bien en este país el sistema de la íntima convicción no se introdujo con amplitud, que se había realizado en Francia. En efecto por medio de una decreto en 1846 para Berlín y, posteriormente, por decreto de 1849 para toda Prusia, se derogaron las reglas sobre los efectos legales de las pruebas se acordó que el Juez debía decidir la culpabilidad o la inocencia del acusado, examinando las pruebas conforme a su libre convicción, formado de los debates realizados ante él⁴.

Además se le obligó a indicar las razones que lo habían llevado hasta la conclusión que estimaba que debía adoptar. Así pues, se instaura el sistema de la libre apreciación de la prueba, pero se exige que la convicción judicial se derive de las pruebas practicadas-no siendo admisibles imprecisiones, presunciones o sospechas- y, además, se ordena que dicha convicción judicial se motive. En definitiva, se consideró que solo puede aceptarse el sistema de la libre apreciación de la prueba si se le rodea de suficientes garantías y controles⁵.

³ Cuadernos de Derechos Judicial. La Sentencia Penal C.G.P.I. Página 98

⁴ IBIDEM Pág. 98 y siguientes

⁵ IBIDEM

1.1- ANTECEDENTES HISTORICOS DESDE LAS PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

A juicio de Calamandrei, la motivación constituye el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función judicial. Y, aunque no siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad en el mas amplio sentido de racionalidad democrática al ejercicio del poder de los jueces, lo cierto es que la resolución motivada, como resultado, si ha operado en favor de ese interés⁶.

En efecto por modesto que fuere el alcance dado al deber de motivar, el simple hecho de ampliar el campo de lo observable de la decisión, no solo para los destinatarios directos de la misma, si no al mismo tiempo e inevitable para terceros, comporta para el autor de aquella la exigencia de un principio o un plus de justificación del acto, y una mayor exposición de este a la opinión⁷.

Lo prueba la histórica reacción de los jueces napolitanos, sobre la necesidad de cuya resistencia a la pragmática de Fernando IV en favor de un incipiente principio de motivación ilustra, el dato de que, años Después, tuvo que ser abolida. Pero mas en general, las propias atormentadas vicisitudes pretéritas y actuales del judgement motive, que, aunque dan sobrada razón a Cordero en su afirmación de que “el hermetismo es connatural al narcismo togado”, apuntan a un mas allá, o aun antes, que tiene que ver con la propia naturaleza del poder en general⁸.

⁶ IBAÑEZ, Perfecto Andres “acerca de la motivación de los hechos en la Sentencia Penal” ob cit. Pág. 257

⁷ IBIDEM, Pag. 257

⁸ IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

No cabe duda de que cuando se trata de un poder, de cualquier modo, absoluto; porque “el estado se desequilibra y debilita si los hombres se consideran capacitados para debatir y disputar entre sí acerca de los mandatos” de aquel. Pero tampoco el estado democrático se ve libre de esa forma de atavismo, seguramente genético. De ella da buena cuenta la conocida propensión al secreto y, en el terreno que nos ocupa, la lectura y la práctica habitualmente deductivas del imperativo de motivar las resoluciones judiciales cuando este ha hecho acto de presencia en algún texto legal⁹.

Con todo, es una evidencia que la constitucionalización del deber de motivar las sentencias, a partir de 1978 y por primera vez en la experiencia histórica de España, ha significado un cambio de paradigma¹⁰.

En efecto, en nuestro país, como en otros del entorno, la primera aparición del deber de motivar responde prioritariamente a exigencias de carácter político: se busca en él una garantía frente al arbitrio¹¹.

Que es así y que hay un sentir al respecto más o menos generalizando lo pone de manifiesto la circunstancia de que esa línea argumental encuentre eco, en la primera mitad del siglo IX, en obras de carácter eminentemente práctico, como la de Verlanga Huerta. Para este autor, “el dar los motivos de la sentencia, prueba por lo menos un sagrado respeto a la virtud de la justicia, y una sumisión absoluta a la ley. El motivar los fallos tiene ya algo de publicidad, he aquí una de las ventajas de esa práctica. Dispensar al juzgador de razonar

⁹ IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

¹⁰ IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

¹¹ IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

los decretos que de sobre la hacienda, vida y honor de los ciudadanos, es autorizarle tácitamente para ejercer la arbitrariedad¹².

No es tan claro, sin embargo, que esta dimensión de naturaleza político-general, por así decir erga omnes de la sentencia, resulte eficazmente traducida en la legislación ordinaria. Por el contrario, parece que en esta hay más bien una tendencia a entender el deber de motivar como pura exigencia técnica “Endo Procesal”, que mira hacer posible a las partes del ejercicio de la eventual impugnación¹³.

Una confirmación de esta hipótesis puede hallarse en la forma como la ley de enjuiciamiento criminal trata el tema. En efecto, una vez excluido el control casacional de los hechos el legislador se despreocupa de imponer al juez en la redacción de la sentencia alguna cautela en garantía de la efectividad del imperativo de vinculación de la convicción sobre resultados de las pruebas practicadas en el juicio¹⁴.

Así lo hizo notar Gómez Orbaneja, a cuyo entender, la expresión de ese último precepto “Sugiere indebidamente una operación íntima y secreta de que no hubiese que dar cuenta”¹⁵.

Es cierto que una orden de cinco de Abril de mil novecientos treinta y dos trató de salir al paso de la “Práctica viciosa” en que generalmente se traducía la interpretación del artículo 142 del Código Pr. Pn de España, por los tribunales¹⁶.

¹² IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

¹³ IBIDEM, Pag. 257 y siguientes

¹⁴ IBIDEM

¹⁵ IBIDEM

¹⁶ IBIDEM

Pero solo por que ella hacía “Prácticamente imposible el normal desenvolvimiento del curso de casación”. De este modo la preocupación ministerial se circunscribía a la obtención de una adecuada expresión del resultado probatorio y de un correcto deslinde entre la quaestio facti y la quaestio iuris, en tanto que elementos necesarios para el juego de control de legitimidad. Pero nada parecido en el texto de la orden, a la exigencia de que en la sentencia se hicieran explícito los patrones de valoración y el rendimiento conforme a ellos de cada medio probatorio en el caso concreto. Lo que, en el último término constituye una ulterior confirmación del criterio antes expuesto¹⁷.

Este mismo criterio encuentra también apoyo autorizado en alguna jurisprudencia de la Sala Segundo del Tribunal Supremo de España. Seguramente en ningún caso en términos tan llamativos como lo hizo la sentencia del diez de Febrero de mil novecientos setenta y ocho (Ponente Vivas Marzal), al declarar que el tribunal debe abstenerse de recoger en su narración histórica la resultancia aislada de las pruebas practicadas y como con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso o innecesario dada la soberanía que la ley le concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones; añadiendo que el tribunal no puede no debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas¹⁸.

Frente a este estado de cosas, la inclusión del deber de motivar en el artículo 120 del Código Pr. Pn de España y tres de la Constitución de España, precisamente dentro del título VI dedicado al Poder Judicial, y en su precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: La Publicidad y La Oralidad, no pueden dejar de ser significativa. Significativa y totalmente

¹⁷ IBIDEM

¹⁸ IBIDEM

coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas ultimas, junto con la de motivación son “Garantías de Garantías de carácter instrumental”, por tanto, pero condición sine quanon de la vigencia de las “primarias o epistemológicas”. del Proceso Penal, en general como vehículo del derecho punitivo¹⁹.

Es por ello que la motivación como mecanismo de garantía en un diseño procesal del género del que se expresa en la constitución Española de 1978, no puede limitar su funcionalidad al ámbito de las relaciones Inter Partes, asumiendo necesariamente una función extraprocesal²⁰.

De esta función, y de la consiguiente inserción de la sentencia en un marco abierto, se deriva la apertura de un nuevo ámbito de relaciones, que tiene como sujetos, por un lado, al Juez o Tribunal, y por otro a la totalidad de los asociados, que se constituyen en destinatarios también de la sentencia e interlocutores de aquellos²¹.

Y esto a su vez implica exigencia de naturaleza formal, pero de intenso contenido político-garantista. Por lo que la sentencia, al trascender la dimensión burocrática, demanda un estilo diverso del convencional, que tendría que concretarse, en primer lugar, en un lenguaje diferente, adecuado para el nuevo tipo de comunicación, y, probablemente, también en una nueva estructura²².

En este contexto la quaestio facti y su tratamiento en la sentencia, mas que cobrar otro sentido, puede llegar a adquirir el reconocimiento explicito del que efectivamente tienen: que es ser el momento de ejercicio del poder judicial por antonomasia. Puesto que es en la reconstrucción o en la elaboración de los

¹⁹ IBIDEM

²⁰ IBIDEM

²¹ IBIDEM

²² IBIDEM

hechos donde el juez es más soberano, más difícilmente controlable, y donde, por ende, puede ser como ha sido y en no pocas ocasiones sigue siendo más arbitrario²³.

A tenor de las precedentes consideraciones, cabe preguntarse acerca del contenido de la motivación. Tradicionalmente se ha perfilado dos propuestas. Una primera lo identifica con la individualización del iter lógico-jurídico mediante el que el juez ha llegado a la decisión; una actividad de tipo prevalentemente descriptivo²⁴.

Del anterior difiere el punto de vista que atribuye a la motivación un carácter más bien justificado que opera como racionalización a posteriori de la decisión previamente tomada²⁵.

En contraste con esas posturas, que tratan de elucidar lo que la motivación es, Ferrajoli ha reclamado recientemente para la actividad motivadora del juez un estatuto esencialmente cognoscitivo, único que puede conferir a la decisión judicial legitimidad política y validez desde el punto de vista epistemológico y jurídico²⁶.

1. 2- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS Y CÓDIGOS PROCESALES PENALES QUE HAN EXISTIDO EN EL SALVADOR DESDE 1904 A LA FECHA.

En nuestro país la fundamentación y motivación de las resoluciones judiciales que emiten los jueces, a nivel constitucional se retoma a partir de la

²³ IBIDEM

²⁴ IBIDEM

²⁵ IBIDEM

²⁶ IBIDEM

Constitución Política de 1961, en su artículo 164 que dice: “Que ninguna persona puede ser privada de su vida, de su Libertad, ni de su propiedad o posesión sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”²⁷.

Cuando habla de un juicio con arreglo a las leyes demuestra que el juzgador tiene la obligación de fundamentar o motivar sus resoluciones. De la misma manera la Constitución Política de 1966 en su artículo 164 nos vuelve a manifestar dicho precepto; pero es en la Constitución de la República de El Salvador de 1983 y específicamente en los artículos once, doce, trece, catorce y quince que establecen las bases y fundamentos en que deben de motivarse las resoluciones; tal es el caso del artículo 11 que nos dice: “Que ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la Libertad, a la propiedad y posesión ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni ser enjuiciada dos veces por la misma causa”, el juez para emitir una resolución tiene que fundamentarla en las leyes; en el artículo 12 se establece: “Que toda persona a quien se impute un delito se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio publico en el que se le aseguren todas las garantías necesarias para su defensa” en este artículo se establece que el juicio tiene que basarse en la publicidad, legalidad y cumplimiento de las garantías constitucionales²⁸.

Por lo tanto la resolución que emita el juez sobre este juicio tiene que estar fundamentada en el cumplimiento de las garantías constitucionales y procesales; el artículo 13 menciona que ningún órgano del gobierno, autoridad o funcionario podrá dictar ordenes de detención o prisión si no es de

²⁷ Constitución Política de 1950 Publicación Corte Suprema de Justicia

²⁸ Constitución de la República de El Salvador de 1983 Publicación de la Corte Suprema de Justicia

conformidad con la ley; es decir fundamentando dicha resolución en la ley y apegándose a derecho.

El artículo 14 es mas específico diciendo que únicamente le corresponde al órgano judicial la facultad de imponer penas, la autoridad administrativa podrá sancionar mediante resolución o sentencia y previo el juicio correspondiente. Toda pena surge a raíz de una resolución de un juez el cual la motivo en una serie de requisitos que exige la ley y el artículo 15 dice: “Que nadie puede ser juzgado conforme a las leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate. En pocas palabras el juzgador podrá emitir una resolución judicial de un juicio fundamentándose en una ley que haya sido creada con anterioridad al hecho delictivo.

El Código de Instrucción Criminal de 1917, en su Título XXII, desarrolla el tema de la sentencia y específicamente en su artículo 420 el cual reza: “Que en las causas criminales se pronunciará sentencias con los mismos requisitos designados para el juicio civil, conteniendo además la graduación de la pena designada por la ley que será citada”²⁹.

El artículo nos dice: “Para graduar y aplicar la pena el juez debe calificar en la misma sentencia el grado de culpabilidad del delincuente; cuando el delito no tiene impuesta una pena indivisible o determinada atendiendo para una y otra cosa a las reglas contenidas en el Libro Primero del Código Penal de 1904”; este artículo es claro en obligar al juzgador que fundamente la sentencia en el grado de culpabilidad del delincuente, pero fundamentándose en las

²⁹ Código de Instrucción Criminal de 1917

reglas del Libro Primero del Código Penal, el cual contiene las disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas³⁰.

El Código Penal sufrió reformas de 1904 y 1920, en su Título I el juzgador toma de referencia las clases de delitos y faltas, circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, circunstancias que la atenúan y agravan, además en el Título II del presente cuerpo de ley contiene el tema de las personas responsables criminalmente de los delitos y las faltas, en el Título III contiene el tema relativo a las penas; es en estos tres títulos del presente Código Penal que el Código de Instrucción Criminal de 1917 manda al juzgador a fundamentar sus resoluciones; el artículo 421 del Código de Instrucción Criminal regula el presente precepto³¹.

Se aclara mucho mas la obligación que tiene los juzgadores de fundamentar sus resoluciones con el Código Procesal Penal de 1977 (1988 en sus artículos 489 que nos habla sobre la obligación de fundamentar las resoluciones y dice: “En toda resolución en que se deba hacer valoración de la prueba el tribunal esta obligado a exponer con toda precisión los fundamentos que se tengan para concederle o negarle valor”. Además el mismo Código Procesal Penal en su artículo 505 habla que el juez debe fundamentar la sentencia cuando conoce el jurado, manifestando: “En los juicios que conozca el jurado, el veredicto de culpabilidad o inculpabilidad del procesado será la base o fundamento para la sentencia definitiva condenatoria o absolutoria la que debe pronunciar el juez dentro del termino de treinta días contados a partir de la vista publica de la causa”. El artículo 506 del mismo Código expresa sobre la fundamentación de la sentencia cuando no conoce el jurado y dice:

³⁰ Código Procesal Penal de El Salvador 1988. Pub. C.S.J.

³¹ IBIDEM

“En los juicios que no conozca el jurado, se pronunciara sentencia condenatoria cuando en el proceso exista prueba suficiente que demuestre sin dejar duda, la existencia del hecho punible y lleve al espíritu del juzgador la certeza de la verdad sobre la participación y culpabilidad del imputado en la infracción penal³².

En estos casos, así como cuando procediere sentencia definitiva absolutoria el juez pronunciara lo que corresponde dentro de los términos señalados en este Código.

1.3- ANTECEDENTES HISTORICOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS MODELOS PROCESALES PENALES INQUISITIVO, ACUSATORIO Y MIXTO.

El Sistema Inquisitivo está íntimamente ligado con la convicción libre del juez o Intima Convicción; a partir del siglo XIII la aritmética de las pruebas sustituyó al razonamiento; ya que el sistema de la prueba legal aparece dentro del sistema del proceso inquisitivo. La teoría de la prueba legal guarda íntima relación con la figura de un juez estrechamente vinculado al poder que hoy diríamos ejecutivo, y a una concepción fuertemente autoritaria del proceso, concebido a su vez como instrumento capaz de procurar una verdad no probable, sino real sobre los hechos, apta para justificar incluso el recurso al tormento; tal y como lo manifestó el autor F. CORDERO quien sitúa en el sustrato cultural del modelo inquisitivo, la convicción de que el mal existe, unida por todos partes con temibles quintas columnas, y puesto que el inquisidor lo combate todo proceso es una aberración a la legalidad de un estado de Derecho; por eso sin perjuicio de cualquier otro tipo de consideraciones que al respecto pudieran hacerse, conviene no perder de vista la idea apuntada por el

³² Código Procesal Penal de El Salvador 1988. Publicación de la Corte Suprema de Justicia

autor GIULIANI de que “el problema de la tortura fue un problema de lógica” es decir, una cuestión instrumental, de manera que si el proceso estaba preordenado a la obtención de una verdad absoluta, esta como fin, podría justificar el empleo de cualquier medio³³.

En tal perspectiva, el criterio de la prueba tasada, al establecer ciertas bases de prueba que la experiencia de mucho tiempo ha acreditado como orígenes los más seguros de certeza; en este sentido se responde formalmente al propósito de limitar el arbitrio del juez, que dotado de una libertad extrema en la indagación, quedaría no obstante, constreñido en sus apreciaciones a la predeterminación normativa del valor de las adquisiciones probatorias³⁴.

No obstante este punto de partida, lo cierto es que el modelo como no podía ser menos dió lugar a unas prácticas que condujeron a la quiebra del sistema inquisitivo. El autor VOLTAIRE en su comentario al libro de Beccaria, al denunciar la admisión de “medias pruebas que no son en realidad mas que dudas”; ya que no existen medias verdades³⁵.

Aunque la obligación de motivar las resoluciones judiciales fue una exigencia estimulada y favorecida por la cultura jurídica de la ilustración, esta, sin embargo no se manifiesta de manera unívoca en el modelo inquisitivo; así la consideración del juez no deja prácticamente espacio para la motivación en la cuestión de hecho; puesto que conceptualmente elimina cualquier libertad del juzgador³⁶.

³³ IBAÑEZ Perfecto Andrés, Ob. Cit. Pág. 277

³⁴ IBIDEM Pág. 277

³⁵ IBIDEM Pág. 278

³⁶ IBIDEM Pág. 279

La finalidad y alcance de este trabajo obligan a pasar por alto las vicisitudes del principio de la INTIMA CONVICIÓN; particularmente aquellas que desplazándolo de sus raíces originales, dan razón de su definitiva inserción en el modo de operar de las magistraturas profesionales.

En su virtud, el juzgador en el marco del juego del principio de legalidad aparecerá facultado para valorar libremente las pruebas practicadas, según su conciencia. A partir de este momento, el principio, tanto en alguna teorización doctrinal como, en la práctica, apareció extraordinariamente teñido de subjetivismo, cual si el ejercicio de esa libertad de apreciación de datos probatorios en un contexto legal fuera, más que actividad racional, una especie de momento místico, y, en cuanto tal incontrolable. AGUILERA DE PAZ un comentarista interpretó el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España como la atribución al juez de un cometido que debe desempeñar respondiendo a los dictados de la conciencia según las inspiraciones de su propio juicio acerca de la verdad de los hechos rectamente apreciados. El riesgo de tal degradación del principio no pasó desapercibido para el autor CARRARA, quien ya advirtió que “respecto al juicio acerca del hecho, el juez no tiene verdadero arbitrio, ni siquiera cuando se acepta su convicción íntima, pues siempre debe convencerse según la razón y según el proceso³⁷.”

En el Sistema Acusatorio se desarrolla un modelo normativo de motivación y esto lo tenemos en el precepto contenido en el artículo 120,3 de la Constitución Española, más que cerrar, realmente abre el problema de la motivación, porque una vez atribuido a ésta de modo inequívoco el carácter de

³⁷ IBIDEM Pág. 279 y siguientes

deber constitucional del juez, resulta inexcusable plantearse el problema de sus dimensiones, del alcance de sus exigencias³⁸.

En este sistema acusatorio esta norma de nuevo cuño, fue a proyectarse en un contexto caracterizado por la escasa cultura y la práctica todavía más pobre de la fundamentación de las resoluciones judiciales. En efecto, la sentencia penal estándar, el estilo de las resoluciones judiciales entre nosotros, estaba caracterizado por la declamación, por el hábito de la declaración apodíctica de ciertos hechos como probados, siguiendo en la forma el torturado y el torturador modelo de la francesa “Phrase Unique” redactada en jerga impenetrable siempre bien aderezada de gerundios. Es por lo que el autor AMODIO insistió en la necesidad de hacer explícito el canon de argumentación utilizado para llegar a la afirmación de haberse producido el hecho imputado. Así el Modelo Normativo de la Motivación típico del Sistema Acusatorio se desarrolló según la siguiente secuencia: “hecho probatorio – máxima de experiencia – hecho probado”³⁹.

Tales hechos, seguidamente, se declaraban, con fórmula sacramental y sin ninguna pretensión explicativa, constitutivos de una determinada infracción penal, haciéndolo como si de una derivación puramente mecánica se tratase.

Esta tradición sigue harto viva todavía en la Práctica de muchos juzgados y tribunales; aunque a partir de momentos relativamente próximos, ha comenzado a experimentar cambios cuyo relieve no sería justo desconocer. Así puede decirse que surgió dentro del sistema acusatorio una cultura de la motivación en la que, sin embargo pesa más el lastre del viejo decisionismo

³⁸ IBIDEM Pág. 288

³⁹ IBIDEM Pág. 288 y siguientes

inmotivado del sistema inquisitivo que el impulso emanado del imperativo texto fundamental; sobre todo en lo que hace referencia a la “quaestio facti”⁴⁰.

Es cierto que la relevancia de la motivación en la materia goza de autorizado reconocimiento jurisprudencial del mas alto rango; tal y como expresa al respecto la sentencia 55/1987 del Tribunal Constitucional de España (Diez Picazo), que en un tema de imprudencia señalaba la necesidad de establecer motivadamente de que manera la infracción del deber de diligencia se conecta con el resultado. Y también la Sala Segundo del Tribunal Supremo de España de fecha 20 de Febrero de 1990, en que, tras afirmar que en el campo penal la relación de hecho probado es la piedra angular, se hacía hincapié en que si no se dan razones sobre el valor que el juzgador concede a la prueba practicada y se limita la sentencia, como ha sido norma hasta tiempos recientes, ha de expresar la calificación jurídica de los hechos que se habían declarados probados mediante un razonamiento que se mantenía secreto en la conciencia de sus autores, falla precisamente la motivación en aquella parte que, sin duda, es la mas importante y constituye en muchos casos el tema único sobre el que versa el debate. (Delgado García). O la de la misma Sala (Soto Nieto, 20 de Febrero de 1991), donde se llama también la atención expresamente sobre el relieve de la motivación fáctica de la sentencia, al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia.

Pero también lo es que, no obstante lo categórico de muchos aserciones, las propias resoluciones en las que ese criterio se expresa, fácilmente pasan luego, sin solución de continuidad, a dar bueno lo que no son sino verdaderas ausencias de motivación en el caso de muchas de las resoluciones judiciales que se han venido dando durante ha existido el sistema

⁴⁰ IBIDEM Pág. 289

acusatorio; tal es el caso de la llamada motivación implícita o motivación no dicha que contaba con una franca aceptación; sobre todo cuando se trataba de supuestos de la llamada prueba directa⁴¹.

No resulta difícil adivinar que la renuncia, está quizás más que implícita a dar realidad en la práctica a exigencias de principio como la que nos ocupa, que por otra parte, se formulan con tanta firmeza, responde a criterios inequívocamente pragmáticos. Lo malo que la renuncia no es, como parece querer sugerirse, (solo) a la expresión de la motivación, sino a la motivación misma⁴².

En efecto, aunque en una consideración superficial tal vez cupiera pensar que, en casos como los comprendidos en esa formula, habría todo lo más cierta tolerancia con la reserva para el propio órgano decidor de los motivos de su opción acerca de la quaestio facti, no es así.

La exigencia de trasladar a terceros los verdaderos motivos de la decisión, lejos de resolverse en una simple exteriorización formal de éstos, retroactua sobre la propia dinámica de formación de la motivación y de la misma resolución en todos sus planos; obligando a quien la adopta a operar, desde el principio con unos parámetros de racionalidad expresa y de conciencia autocrítica mucho mas exigentes. Y es que, efectivamente no es lo mismo resolver conforme a una corazonada, que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados. Sobre todo en un sistema procesal penal acusatorio que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver contra la propia convicción moral, cuando, después de

⁴¹ IBIDEM Pág. 289 y 290

⁴² IBIDEM Pág. 290 y siguientes

un cuidadoso análisis de la prueba, aquella no encuentra confirmación plausible en esta. Por lo que el autor GIANFORMAGGIO dice: “Motivar significa justificar, y justificar significa justificarse, dar razón del propio trabajo admitiendo en línea de principio de la legitimidad de las críticas potenciales, la legitimidad de un control”. Que se da en el marco de un sistema acusatorio⁴³.

En un Sistema Mixto sabemos que existen características de los sistemas inquisitivos y acusatorios tales como la libre convicción del juez o sana crítica como comúnmente se conoce y el sistema de la prueba legal o prueba tasada; pero en este caso hablaremos de la incidencia de la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales que emiten los jueces; pero es importante establecer que el control de la toma de decisiones judiciales en el área determinada por las normas legales es un postulado de todo sistema ya sea inquisitivo, acusatorio y mixto que es el que nos atañe; y los cuales se basan en el principio de legalidad; es decir en el sistema mixto el juez para motivar una resolución judicial puede hacerlo en base a la íntima convicción o sana crítica; pero siempre y cuando lo haga dándole cumplimiento al principio de legalidad y a otro principio que determina la justificación de una resolución y del autor de ella como lo es el principio de publicidad que es por medio del cual se da a conocer a terceras personas los motivos por los cuales se resolvió en un juicio; en pocas palabras el juez puede usar la íntima convicción o sana crítica pero sin salirse de ciertos parámetros que establece la ley, dándole cumplimiento de esta manera al principio de legalidad. También el juez puede motivar su resolución basándose en la legalidad de las pruebas o prueba tasada tal y como se hace en el sistema acusatorio; pero tal motivación y valoración de la prueba debe ser razonada para poder justificar la resolución.

⁴³ IBIDEM Pág. 290 y 291

El autor J. Fernández Entralgo, ha hecho hincapié en la función preventiva de la obligación impuesta al juez de depurar su propio discurso, en una labor autocrítica, que constituirá, sin lugar a dudas, la mejor profilaxis contra posibles quebrantamientos del derecho a la presunción de inocencia, al principio de legalidad y publicidad; además ha puesto de relieve como no existe argumento válido, para limitar el alcance del deber de motivar a los supuestos en que la convicción se apoya en prueba indiciaria y la sana crítica cuando lo que está en juego es la efectividad de un derecho fundamental⁴⁴.

⁴⁴ FERNANDEZ ENTRALGO J. “La Fundamentación de las Resoluciones Judiciales” ob. Cit. Pág. 76.

CAPITULO 2

LA PRUEBA INDICIARIA

2. 1 Antecedentes Históricos

En los comienzos de la humanidad el hombre atribuía virtudes mágicas a todo aquello que no podía explicar satisfactoriamente (lo que aún hoy suele hacerse), costumbre ésta a la que no escapó ni siquiera el derecho probatorio; de ésta forma el indicio surgió a la vida jurídica como un medio mágico para identificar al responsable del hecho punible, siendo considerado todo delito como de origen taumatúrgico.

"Si se consideran las varias etapas del desarrollo del derecho procesal penal, en relación a las especiales características del sistema probatorio, es oportuno observar que cuando el proceso estuvo fundado sobre bases religiosas (proceso mágico y sacerdotal), los indicios tuvieron un carácter del todo supersticioso; se consideraba el que todo delito ha sido originado por virtudes mágicas y, con toda suerte de encantamientos y exorcismos, se busca descubrir el reo y de inducir al sospechoso a confesar."⁴⁵

El siguiente paso en el desarrollo del derecho procesal, que arrastra consigo el aspecto de las pruebas y concretamente del indicio, fue el de los llamados juicios de Dios u ordalías que el hombre dejó de lado sus rituales mágicos para permitir que "el propio Dios" se encarga de decidir quién tenía la razón y quién debía ser condenado. GIANTURCO dice "También las ordalías o

⁴⁵ GIANTURCO VITO, "Los indicios en el proceso penal" Ed. Presencia, Bogotá 1975 Trad. De Julio Romero Soto Págs. 2 y 3

juicios de Dios, se trataba de invocaciones a la presencia del Altísimo, se fundaban sobre el concepto de que la divina providencia había de salvar al inocente e indiciar al culpable; de allí las famosas pruebas del fuego, del agua, del veneno.

"De la misma manera lo era el juramento del inculpado, que si era falso, atraía sobre él y su familia la maldición celestial, pues se presuponía la creencia en la intervención coaccionante, en los asuntos de la justicia humana de la divinidad cuando el proceso asumía los caracteres exteriores del duelo y de la lucha física, en donde la razón era reconocida al vencedor, así que, venciendo el acusado, el acusador venía a ser considerado reo de calumnia, mientras que en el caso contrario, era reconocida la responsabilidad del denunciado.⁴⁶

Posteriormente, ya en el siglo XVI, se empezó a otorgarle un valor menos divino y más jurídico a las pruebas, incluso la de indicios, aún cuando con la tendencia predominante en aquella época, solía darse preferencia a métodos como la tortura para lograr la confesión.

"Las razones por las cuales se debía dar fe o negársela a un testigo eran taxativamente enunciadas y ordenadas. Las pruebas eran diferenciadas en plenas y semiplenas, los indicios se adicionaban para someter a la tortura y para condenar. La doctrina del siglo XVII distinguía los indicios según los actos procesales que ellos autorizaban.

En 1532 apareció el Código de Carolina, el cual trató en forma amplia y sistemática la prueba indiciaria, de tal forma que su empleo se generalizó por toda Europa y hoy en día se conservan algunas de las clasificaciones que allí

⁴⁶ IBIDEM Pág. 3

se hicieron. Y el Código más renombrado referente a los indicios, por la gran influencia que ejerció en todo Europa, fue la "Peinliche Gerichtsordnung" expedida en 1532 por Carlos V, con la aprobación de los pares del Imperio, para abolir los abusos que existían en el campo de la justicia penal.⁴⁷

La Carolina constituye "el primer esfuerzo completo por regular normativamente la prueba indiciaria. Se determina la suficiencia de los indicios ad inquirendum y se establece el principio de que los indicios, aun cuando sean varios y graves, no pueden llevar nunca a la condena, pero legitiman el empleo de la tortura."⁴⁸

Por lo que respecta a la enumeración de los denominados indicios comunes, la Carolina traía los siguientes:

1. La mala reputación del sospechoso;
2. El haber estado en lugares sospechosos en relación con el crimen;
3. El parecido con el autor;
4. La relación frecuente con los autores de hechos similares;
5. La probabilidad del móvil;
6. La declaración del herido o del querellante, motivada o hecha bajo juramento;
7. La huída.⁴⁹

En cuanto a los indicios especiales en los diversos crímenes o delitos, estaba particularmente indicado como suficiente, en el envenenamiento, haber comprado el veneno o el tenerlo en su poder; o bien esperar de su muerte algún

⁴⁷ REYES ALVARADO, Yesid "La prueba Indiciaria" Ed. Librería El Profesional

⁴⁸ BELLAVISTA Girolamo, ob. Cit págs. 225 y 226

⁴⁹ CABANELLAS Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Cita de LOPEZ MORENO Santiago "La prueba de Indicios" Cd. Lex Bogotá, 1980 Pág. 294

provecho o ventaja; o finalmente, observar una conducta tan mala, como para ser capaz de haber cometido el crimen.

Pero aparte de la legislación, que paulatinamente fue surgiendo en torno a los indicios, los autores que empezaron a preocuparse por el tema lograron grandes adelantos. Tuvieron una floración verdaderamente exuberante las obras de hius materiae⁵⁰ a Casonio, a Menochi, a Mascardo, etc., estudiaron las pruebas de indicios, en general y en relación a los delitos especiales y a través de numerosas distinciones escolásticas, clasificaron los indicios en graves, urgentes, leves, dudosos e indubitables; antecedentes, concomitantes o subsiguientes; próximos o remotos, propios o comunes, intrínsecos y extrínsecos, necesarios o contingentes; categorías estas reproducidas, casi de manera integral. En consideración de su insuficiencia los indicios debían estar seguidos por la confesión.⁵⁰

Tiempo después, empezó a abandonarse la práctica de la tortura y por consiguiente los indicios dejaron de ser los presupuestos para aquélla, surgiendo como prueba para adelantar los juicios e incluso para condenar. "La primera evolución histórica sufrida por la prueba de indicios fue aquella que siguió a la abolición de la tortura: se sintió entonces, la absoluta necesidad de orden público de utilizar los indicios así fueran estos aislados, para la condena y se recurrió al primer expediente de las penas extraordinarias, inflingidas "arbitrio judicis" siempre inferiores a la especial o a la medida legal, considerándose con evidente falta de lógica, como menos graves los delitos menos probados.⁵¹

⁵⁰ GIANTURCO Vito ob cit Pág. 5

⁵¹ REYES ALVARADO, Yesid "La prueba indiciaria" Ed. Librería del Profesional" Bogotá Colombia P 5

Se excluyó, por otra parte, en todo caso, de prueba simplemente indiciaria, el recurrirse a la pena capital, dado su carácter de irreparable. Cuando el derecho probatorio se acogió al sistema del libre convencimiento en la valoración de las pruebas, y además se ordenó a los jueces de derecho motivar las sentencias por ellos proferidas, llegó la prueba indiciaria a su máxima evolución, entendiéndose por ésta la que hoy en día posee, sin perjuicio de que necesariamente habrá de seguir avanzando.⁵²

La verdadera transformación de la prueba de indicios, en el derecho moderno, se dio cuando la libre valoración de las pruebas por parte del juez a los fines de la demostración de la verdad real, se asoció a la obligación del juez de darle a su juicio una justificación plena, a través de la motivación de la sentencia.

El juicio vino así a objetivarse y a sustraerse a los peligros del arbitrio ilimitado e incontrolable y su coherencia y su prudencia, su conformidad con los dictados de la experiencia y su conformidad a las reglas de la psicología y de la lógica vinieron a estar garantizadas a través de los motivos de hecho y de derecho.⁵³

2.2 DEFINICIONES

En este capítulo pretendemos únicamente analizar la llamada PRUEBA INDICIARIA en el proceso penal, su potencial para desvirtuar la presunción de inocencia, su operatividad como medio de formar la convicción de inocencia, su operatividad como medio de formar la convicción judicial en la estructura argumentativa

⁵² IBIDEM Pág. 5

⁵³ GIANTURCO Vito, Ob Cit. Pág. 5 y 6

Los diferentes criterios que siempre se han mantenido en torno de la prueba indiciaria, empiezan a hacerse patentes desde que cada uno de los autores decide ensayar una definición del indicio. Debido a la gran cantidad de diversas definiciones que pueden encontrarse, hemos decidido reunir las en cuatro grupos para su mejor estudio; en el primer incluimos a quienes lo definen como hecho indicador, en el segundo a quienes lo hacen teniéndolo como relación de causalidad, en el tercero a aquéllos que lo consideran cambiante de acuerdo con las diversas concepciones y finalmente, en el cuarto, aparecen algunas otras que por disímiles hemos agrupado con la sola idea de resaltar su existencia.⁵⁴

2.2.1- El indicio como hecho indicador

Es esta la definición que con mayor frecuencia emplean los autores. Etimológicamente, la palabra indicio viene del latín index, indicis, que muestra, que indica, formado de in, hacia, y del radical dic mostrar, y dicere, decir.

QUINTERO OSPINA: Indicio es todo hecho (rastros, señal, 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.⁵⁵

HERNANDO DEVIS ECHANDIA: Entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento

⁵⁴ REYES ALVARADO Yesid “La prueba indiciaria” Ed. Librería del Profesional, Bogotá Colombia 1984 pág. 5y6

⁵⁵ QUINTERO OSPINA Tiberio “Práctica Forense Penal – Prueba” Ed. Librería Wilches, Bogotá 1982 Tomo III Pág.48

probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.⁵⁶

La mayoría confunden la parte con el todo, porque o el indicio es el hecho a partir del cual se llega a conocer otro, o el hecho indicador es sólo uno de los elementos del indicio; pero ambas cosas no pueden ser ciertas. De tal manera que: primer grupo de definiciones parte del error lógico de confundir una parte con el todo.

2.2.2. El indicio como relación de causalidad.

FRAMARINO DEL MALA TESTA; define el indicio: "Por lo que hace a nosotros, ratificamos nuestro concepto de que indicio es el raciocinio probatorio indirecto que, mediante la relación de causalidad deduce lo desconocido de lo conocido."⁵⁷

FRANCOIS GORPHE se acoge a esta segunda corriente doctrinal con este criterio: "El indicio reside esencialmente en la inferencia que induce del hecho conocido el hecho sometido a prueba"⁵⁸

A estos autores puede hacerse crítica similar a la hecha en precedencia, que incurren en el mismo error de confundir la parte con el todo, pues ellos mismos reconocen que son elementos del indicio un hecho indicador, un hecho indicado y la relación de causalidad. Por manera que la relación de

⁵⁶ DEVIS ECHANDIA Hernando "Teoría General de la Prueba Judicial" Ed. Fidenter, Buenos Aires Argentina 1974 Tomo II, 3ª Edición Pág. 601.

⁵⁷ FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola, Ob Cit. Pág. 255

⁵⁸ GORPHE Francois, Ob. Cit. Pág. 250

causalidad no puede ser simultáneamente un elemento constitutivo del indicio y el indicio mismo.

2.2.3. Indicio que Cambia de acuerdo con el criterio.

Algunos, conscientes de la falla lógica que suponen las corrientes atrás mencionadas, han optado por una postura ecléctica, sosteniendo que existen varias definiciones de indicio y que todas ellas son válidas, de acuerdo con el criterio que para elaborar cada una de ellas se adopte.

- a) El indicio es el hecho indiciario. Es la acepción corriente, según la cual se denomina indicio al hecho indicador o indiciario, a la circunstancia que es causa o efecto del delito: la huella digital, la mancha de sangre, la fuga, etc.
- b) El indicio es la inferencia lógica. Según esta acepción, el indicio no es el hechos indicador, sino el razonamiento, la operación mental de inferencia lógica que hace el juzgador, la relación de causalidad entre el hecho indicador conocido y demostrado y el hecho desconocido que se va a probar: el delito.
- c) El indicio es todo el proceso. De acuerdo con esta acepción, el indicio comprende tres elementos: el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido, y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos.

De un mismo concepto jurídico no se deben acoger varias definiciones, máxime cuando las varias posibles son contradictorias entre sí; por eso es equivocado sostener que el indicio posee varias acepciones, todas correctas, aun cuando algunas más que otras, como lo sostienen GORPHE y RODRIGUEZ.⁵⁹

⁵⁹ REYES ALVARADO Yesid “La prueba indiciaria” Ed. Librería del Profesional, Bogotá Colombia 1984 pág. 10,

2.2.4. Otras definiciones.

GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, desarrollando la idea que de él ya expusimos: "Según este, el indicio no es el hecho indicador, ni el hecho indicado o desconocido (algunos han tomado el indicio como hecho indicado, acepción que no ha prosperado), ni la inferencia lógica, sino que el indicio es todo el proceso, con su parte objetiva (los dos hechos extremos) y subjetiva (la referencia). Esta es una acepción muy corriente, y en nuestro concepto, la más aceptable, porque, como dice CARNELUTTI, un hecho no es indicio en sí, sino que se convierte en tal cuando una regla de experiencia lo pone con el hecho a probar en una relación lógica que permita deducir la existencia o no existencia de éste.⁶⁰

"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 la presencia de otro indicado".⁶¹

Citemos un ejemplo de ésta clase de indicio, ayudados por ESPINOSA LÓPEZ: "Sería ejemplo el de la cajera a quien le es encomendada la misión de recibir dineros, cuando se discute la sustracción ilícita de ellos.

Sin embargo, entre los indicios de oportunidad para delinquir hay especialmente uno al que con toda razón se le ha brindado especial atención; es el de las huellas dactilares, que reveladas por personal especializado, demuestran inequívocamente que cierta persona estuvo en contacto directo con el objeto donde tal impresión ha sido hallada.

⁶⁰ RODRIGUEZ Gustavo Humberto "Pruebas Penales Colombianas" Ed. T emis, Bogotá 1970 Tomo II Pág. 10

⁶¹ C.S. De J. Sala de Casación Penal, Cas de Julio 27 de 1982, Sin publicar MP Dr. Alfonso Reyes

Huellas del delito.

Este indicio está constituido por los rastros que el hecho punible deja tras de sí, y que pueden ser percibidos sensorialmente; como ejemplos suyos, suelen citarse con frecuencia las manchas de sangre que se encuentran en la escena del delito y los instrumentos mismos con que se cometió la infracción.

FRAMARINO se refiere a él diciendo que "como no existen sino dos especies de modificaciones materiales que revelan el delito, de esto se derivan igualmente dos especies de indicios por modificaciones de las cosas, conviene saber, indicios por alteración e indicios por cambio de lugar. Si examinamos todos los indicios del delito que consisten en modificaciones materiales de las cosas, encontramos siempre su esencia probatoria en la alteración o el cambio de lugar."⁶²

Una de las modalidades más frecuentes de este indicio es entre nosotros la posesión de bienes robados, pues ello nos muestra con mayor o menor fuerza probatoria, que la persona que los posee ha tenido participación en el delito contra el patrimonio económico. También puede darse a estos indicios otra utilidad si se los emplea para demostrar que esa tenencia de bienes es prueba de su participación criminal pero en otro hecho punible (receptación).

Por ejemplo, cuando se tiene que un sujeto adquirió los bienes robados por un precio excesivamente bajo, puede pensarse que conocía su ilícita procedencia, siempre que "el adquirente estuviera más o menos al tanto del precio normal de esos objetos (y podría, por ello, estimar en cuánto estaba la

⁶² FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola, Ob Cit. Pág. 319 y 320

oferta por debajo del precio justo)", y siempre que, tratándose de objetos de gran valor, no los haya tenido por imitaciones baratas, pues sí por tales los compró, "el bajo precio no valdrá como indicio de que tomó conciencia de su procedencia ilícita" ⁶³

También constituye indicio de huellas materiales, el hecho de que una persona tradicionalmente pobre o de pocos recursos económicos repentinamente demuestre tener gran cantidad de dinero, mediante una vida de lujo y derroche que nunca había llevado; pero para que este indicio pueda tener fuerza probatoria, se requiere que el sujeto no sepa "dar una explicación plausible de la procedencia de esas sumas de las cuales últimamente dispone: o sí, al explicarla, indica hechos que resultan ser falsos; o si hace un relato no directamente refutable, pero a todas luces insuficiente para justificar su actual bienestar." ⁶⁴

Igualmente sirven como ejemplo de esta clase de indicio los que surgen a partir de las manchas que pueden ser recogidas en la escena del delito o en los instrumentos que se emplearon, o en las vestiduras de los sospechosos, etc; las manchas pueden ser de sangre, semen, saliva, orín o sustancias químicas o naturales; lo que en verdad interesa es que puedan ser identificadas por los peritos, en tal forma que conduzcan al juzgador a establecer el modo como ocurrieron los hechos, o la identidad de los autores; GORPHE cita un ejemplo de este indicio: "Las inferencias se desenvuelven así: la sangre del cuchillo puede ser de la víctima, no la del acusado; más, desde el momento en que no cabe otra alternativa, se deduce de ello que la sangre del cuchillo no puede ser sino la de la víctima. De ahí el indicio de que el cuchillo sirvió para

⁶³ DOHRING Erich, Ob. Cit Pág. 400

⁶⁴ IBIDEM Pág-. 369

agredir a la víctima; y si resulta de las circunstancias que sólo el acusado pudo utilizarlo en la riña, se sigue que él es quien atacó.⁶⁵

La posesión de los instrumentos con que se cometió el delito, como por ejemplo el arma homicida, o las ganzúas, o los venenos, son frecuentemente empleados como hechos indicadores para la elaboración de indicios en contra de quien los posee. Sin embargo, hay quienes dan un exagerado valor a éste indicio, como GORPHE, quien sostiene: "El hecho de descubrir sobre la persona o en el domicilio de un Individuo, así sea poco sospechoso, unos pertrechos de ladrón, basta para condenarlo, desde el momento en que quepa imputarle un hecho concreto de robo o de tentativa de él."⁶⁶

Debe tenerse en cuenta que la posesión de esos instrumentos del delito puede deberse a muchos factores por completo ajenos a la infracción penal, como puede ser la posesión de sustancias venenosas en casa de un farmacéutico o de un químico, o, simplemente, es probable que se trate de instrumentos cuyo uso es tan generalizado entre las personas que cualquiera puede tenerlo. De esta manera, el abogado debe tener especial cuidado en la apreciación de esta clase de indicio para no darle un valor distinto del que en verdad posee, una vez estudiadas las circunstancias que rodeen cada caso concreto.

2.2.5.- De las manifestaciones.

Esta clase de indicio a veces es conocida como "de actitud sospechosa"; ZWANCK, por ejemplo, le da esta denominación y se refiere a él en los

⁶⁵ GORPHE Francois Ob. Cit. Pág. 320

⁶⁶ IBIDEM Pág. 316

siguientes términos: "tiene como manifestaciones anteriores al delito, palabras amenazantes o actos preparativos; posteriormente al delito, también podemos encontrar rastros mentales o conciencia de culpabilidad, que se revelan por la emoción, la confusión y otros síntomas. "⁶⁷

Entendemos por indicio de manifestaciones, todo el conjunto de aptitudes que toma el procesado en derredor del hecho punible; comprende entonces, su comportamiento anterior y posterior al delito, por lo que se le ha subdividido precisamente en manifestaciones anteriores y posteriores al ilícito.

2.2.6.-Anteriores al delito.

De acuerdo con lo anterior, las manifestaciones anteriores al delito son conformadas por todas las actuaciones que tuvo el procesado antes del hecho punible, y que sirven para mostrar la existencia o inexistencia de su intención criminal. Estas manifestaciones pueden ser amenazas, consejos, diálogos, encuentros, planes" etc.

ELLERO sugiere diferenciar estas manifestaciones extrajudiciales con éste argumento: "Es preciso no confundir las manifestaciones judiciales con las extra judiciales: aquellas constituyen un verdadero testimonio (cuando son legítimas) y una prueba intrínseca; éstas no son más que indicios intrínsecos del delito. Reconocemos que las manifestaciones judiciales conforman un testimonio (sí cumplen con los requisitos legales) pero ello no es óbice para que a partir de ellas se pueda conformar ésta clase de indicio; bien sabemos que una de las fuentes del hecho indicador son los testimonios, por lo que no debe parecernos extraño que una amenaza proferida ante un funcionario judicial forme parte de un testimonio e igualmente sirva de hecho indicador para la

⁶⁷ ZWANCK Carlos Alberto, Cita de LOPEZ MORENO Santiago Ob. Cit. Pág. 285

construcción de un indicio; ello es perfectamente posible y normal, por lo cual debemos decir que no hay necesidad de distinguir en la configuración de éste indicio, entre las manifestaciones judiciales y las extra judiciales, pues unas y otras sirven como hechos Indicadores.⁶⁸

Los ejemplos que aquí pueden darse son muchos; mencionemos dos casos judiciales que son resumidos por GORPHE: "El asesino Rolland había dicho en un café: Antes de la noche se oirá hablar de mí por un golpe que se dará en la plaza Ladelade. Y allí fue donde, poco después, maté a su compañero."⁶⁹

"Las manifestaciones comprometedoras no son siempre tan explícitas. El napolitano MIGUEL había dicho a su mujer: Quien se canse de estar soltero, o, también de ser casado, no tiene más que casarse con una mujer de 80 años. Pues bien, la misma noche (5 de marzo de 1905), violé y asfixié a una vieja mendiga de 70 años". Respecto del valor probatorio de este Indicio, GORPHE piensa que no es muy concluyente: "Las manifestaciones anteriores al delito son las menos concluyentes; pues, por significativas que sean, nunca resulta cierto que el acusado haya llegado hasta la ejecución de sus ideas o proyectos; o que, en caso de complicidad, el tercero haya seguido sus consejos e instrucciones."⁷⁰

En verdad, para la correcta apreciación de éste indicio es preciso tener en cuenta muchos factores; por ejemplo, debe estudiarse la personalidad del sujeto que lanza una amenaza, pues hay quienes frecuentemente lo hacen y

⁶⁸ ELLERO Pietro ob. Cit. Pág. 88

⁶⁹ GORPHE Francois ob. Cit. Pág. 335

⁷⁰ IBIDEM Pág. 336

nunca las cumplen, pero también existen otros que suelen cumplir al pié de la letra su palabra.⁷¹

También es de considerar el tiempo transcurrido entre la amenaza y la comisión del hecho delictivo, pues por lo general, a medida que el tiempo avanza, las imprecaciones se van olvidando; sin embargo puede haber personas en las que permanezca por largo tiempo la intención de hacer daño y cumplir así su palabra.⁷²

2.2.7.- Hecho indicador.

a. Concepto.

En un indicio, el hecho indicador es la cosa o fenómeno que se encuentra probado dentro del proceso judicial o dentro de la etapa investigativa previa; es lo que puede denominarse la base fáctica del indicio, con la que cuenta el abogado para empezar a elaborar la prueba indiciaria.

Es requisito esencial del hecho indicador el que se encuentre plenamente demostrado pues, si recordamos lo que tantas veces hemos repetido, cuando una de las premisas del silogismo no es cierta, estaremos frente a un sofisma, vale decir en el grado de mera sospecha y no se formará el indicio. Cuando el hecho indicador no está plenamente demostrado, sería un hecho desconocido que nos llevaría a otro igualmente desconocido.⁷³

⁷¹ LOPEZ MORENO Santiago Ob. Cit. Págs. 178 y 179

⁷² DOHRING Erich Ob. Cit. Págs. 181 y 182

⁷³ FRAMARINO DEI MALTESTA Nicola Ob. Cit. Págs- 278 y 279

b.- Fuentes.

Dediquemos ahora unas páginas al tema relacionado con las fuentes de donde puede emanar el hecho indicador para dejar así en claro que no toda prueba imperfecta y no todo hecho que no pueda ser encasillado en otro medio probatorio, debe ser considerado como indicio.

QUINTERO OSPINA dice que "La prueba indiciaria puede tener su origen en cualquier circunstancia procesal de orden físico o psíquico y en cualquier medio de prueba".⁷⁴

Entonces, a nuestro juicio, las fuentes de donde puede emanar el hecho indicador que permite la construcción del Indicio son: el testimonio, las peritaciones, los documentos, las inspecciones y el indicio mismo. Antes de examinar brevemente cada uno de estos medios de prueba, recordemos con GIANTURCO que dice "Ningún valor como indicio en el derecho moderno es reconocido al rumor o a la fama pública, a las voces, es decir, corrientes en el público", a no ser que de ellas haya constancia expresa en el proceso por algún medio probatorio, agregamos nosotros.

Pero no basta con que las pruebas de donde se extraiga un hecho indicador estén tácitamente incorporadas al proceso, sino que es menester que hayan sido evaluadas y aceptadas por el funcionario, pues de nada servirían si han sido rechazadas dentro de la investigación.⁷⁵

⁷⁴ QUINTERO OSPINA Tiberio Ob. Cit. Pág. 99

⁷⁵ REYES ALVARADO Yesid "La Prueba Indiciaria" Ed. Librería del Profesional Bogotá Colombia 1984 Pág. 45

1º Testimonios

"La prueba por testigos, a través de las representaciones de los datos del hecho percibidos directamente por el testigo, revela frecuentemente elementos iniciantes, que pueden constituir la base oportuna de ilaciones conjeturales, idóneas para indicar, desde un punto de vista crítico, el hecho a probar.⁷⁶

2º Peritaciones.

"Especial importancia asume la peritación en el campo de la prueba indiciaria, en cuanto el perito no se limita a exponer los hechos por él observados y percibidos, por mandato del juez o en colaboración con el magistrado, sino que los interpreta, al responder a las cuestiones que le han sido propuestas, o por lo menos (lo que es prácticamente lo mismo), suministra al juez las reglas de experiencia científica para apreciar el significado de los indicios, testigos silenciosos del hecho, que no hablan sino a quien sabe y puede comprenderlos. "⁷⁷

Los dictámenes periciales poseen la doble función de servir para la correcta conformación de la regla de experiencia que permite la valoración del hecho indicador (como anota GIANTURCO), y a su vez, constituyen fuente de numerosos hechos indicadores.

3º Documentos.

⁷⁶ GIANTURCO Vito Ob. Cit. Pág. 45

⁷⁷ IBIDEM Pág. 45 y 46

"El documento instrumental iniciante, por el contrario, es aquel que contiene la representación de un hecho, del cual es dado argumentar otro, que interesa a los fines de la prueba de un delito que no está contenido propiamente en la escritura; se piensa, por ejemplo, en el encuentro de impresos en los cuales se haya trazado un estatuto o un proyecto político subversivo, y del cual sea dado concluir la existencia de una conspiración política."⁷⁸

4º Inspecciones.

"Los Indicios son allegados directamente por el magistrado a través de las inspecciones personales y reales y las experiencias judiciales, y los argumentos de prueba son tomados de las confrontaciones y de los reconocimientos.

"La mina de indicios que puede extraerse de la inspectio ocularis, y en general de la percepción directa del juez no tiene necesidad de ser explicada: al respecto nos basta observar cómo el objeto inmediato de la percepción se eleva, a través de la ratio del observador a medio directo de prueba crítica inferencial."⁷⁹

5º Indicios

Precisar si el indicio puede ser considerado como fuente de un hecho indicador ha sido uno de los puntos doctrinalmente más controvertidos. DELLEPIANE opina que el hecho indicador no puede probarse por medio de un indicio, sino exclusivamente valiéndose de otros medios probatorios: "Que las conclusiones sean inmediatas, lo cual debe entenderse en el sentido de que no

⁷⁸ IBIDEM Pág. 47

⁷⁹ IBIDEM Pág. 50

se haga necesario, llegar a ellas a través de una cadena de silogismos, o sea lo que los lógicos llaman un sorites.⁸⁰

Por el contrario, DOHRING es enfático al sostener que el hecho indicador puede probarse por medio de indicios: En muchos casos, el hecho se establece por medio de testigos o documentos, por inspección ocular o por reexcavación de informes oficiales, etc. Más también puede establecérselo por vía de la prueba indiciaria; en la doctrina más antigua hubo opiniones discrepantes, pero hoy apenas cabe dudas al respecto.⁸¹

Se exige como requisito de validez del hecho indicador que se halle plenamente probado, de tal forma que cualquiera que sea el medio empleado, debe considerarse cumplido el requisito, siempre que la prueba sea plena; siendo ello así, el indicio puede ser suficiente para demostrar el hecho indicante, independientemente de su carácter de leve, grave o necesario. Tal aseveración resulta evidente dado que el indicio necesario supone una conclusión absolutamente cierta a partir de premisas también verdaderas e indiscutibles, lo cual equivale a decir que conforma una prueba plena; y los indicios no necesarios, cuando son valorados en conjunto pueden alcanzar la categoría de prueba plena y, de consiguiente, demostrar en forma irrefutable un hecho indicador.⁸²

6º Deducción lógica.

Este es un elemento que en verdad no requiere de mayores explicaciones, pues basta con que la deducción sea lógicamente correcta para

⁸⁰ DELLEPIANE Antonio Ob. Cit Pág. 96

⁸¹ DOHRING Erich Ob. Cit. Pág. 322

⁸² Cfr. Infra Pág. 103

darlo por cumplido, es decir, "que la deducción del hecho, desconocido al conocido encuadre en un procedimiento lógico inspirado en el máximo rigor y en la más absoluta certeza."⁸³

Los indicios son causales o efectuales "en relación con el hecho de que la circunstancia indican ese presente como causa o efecto del hecho desconocido sobre el cual se indaga, siempre que sea un nexo de causalidad y no de simple temporalidad.

2.2. 8.- Hecho indicado.

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; es, recordando la estructura silogística el indicio, la conclusión propia de ésta figura lógica. Respecto del hecho indicado, solamente cabe hacer algunas precisiones en cuanto a su validez; en efecto, al concluir debe tenerse en cuenta si no existían otras posibles conclusiones, pues de ser ello así, la fuerza probatoria del indicio irá decreciendo.⁸⁴

RODRÍGUEZ se pronuncia en igual sentido: "El valor de la conclusión depende tanto de la plena prueba del hecho indicador, como de la contingencia o necesidad que envuelva la premisa mayor, entre sus hechos: fuga (hecho conocido, efecto) y criminalidad (desconocido, causa). Por eso se dice que toda conclusión deductiva participa de los caracteres de generalidad de la premisa mayor y de particularidad de la menor."⁸⁵

⁸³ LEONE Giovanni Ob. Cit. Pág. 436

⁸⁴ DOHRIGN Erich Ob. Cit Pág. 345

⁸⁵ RODRIGUEZ GUSTAVO H. "Pruebas . . ." Ob. Cit. Pág. 66

2.2.9.- Distinción entre indicio y sospecha

La ignorancia, en punto a indicios, es más grande y común de lo que pudiera creerse, y el indicio se confunde sobrado frecuentemente, por desgracia, con la mera sospecha.⁸⁶

Conscientes de los peligros de tal confusión, se han planteado varios métodos para distinguir el indicio de la sospecha; OSMAN MALDONADO sostiene, que la sospecha se transformará en indicio cuando guarde relación directa con el hecho principal; "Para que las sospechas sean indicios deben presentar, según la investigación realizada, una relación directa con el hecho principal, lo cual constituye la relación legítima para que la sospecha pueda adquirir la categoría de indicio y ser tomada en cuenta como tal".⁸⁷

Otros autores, consideran, por el contrario, que la sospecha no puede alcanzar a categoría de indicio por cuanto el hecho indicador no se halla suficientemente probado.

Debe ponerse especial cuidado en la diferenciación de los indicios y las sospechas; sin embargo la sospecha es un concepto que no tiene la categoría de prueba, y no la tiene por no alcanzar la perfección del indicio, se presenta cuando falta cualquiera de los elementos esenciales del indicio, es decir, cuando existen fallas en la regla de experiencia empleada para la inferencia lógica, o en el hecho indicado por errada conclusión del juicio. Así, a nuestro entender, hay sospecha no solamente cuando el hecho indicador no está plenamente probado, sino además cuando los otros elementos del indicio no se

⁸⁶ REYES ALVARADO Yesid "La Prueba Indiciaria" Ob. Cit. Pág. 53

⁸⁷ IBIDEM Págs. 54, 55, 56, 57

hallan presentes con los especiales requisitos que, según veremos adelante, deben cumplir.

La sospecha no tiene ningún valor probatorio y no debe ser empleada para tomar ninguna determinación dentro del proceso penal, so pena de incurrir en providencias injustas y de exceder los precisos límites de la prueba indiciaria.⁸⁸

El indicio en sí mismo es un hecho de la vida real cuya fuente de conocimiento puede estar en una persona o en una cosa, pero cuya operatividad procesal, mediante el método inductivo, lo convierte, más que en "un auténtico medio de prueba, en un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos".

La prueba indiciaria, en esta línea, sería una prueba indirecta, porque si el hecho a probar es distinto del hecho que se prueba, y se basaría en el método inductivo, conforme a las reglas de la sana crítica. La inducción es un argumento no demostrativo, en el que la verdad de las premisas; aunque no entraña la verdad de la conclusión constituye una buena razón para aceptarla.

Las premisas nos llevan a una conclusión más o menos probable pero nunca segura, razón por la cual se exigen jurisprudencialmente por lo general varios indicios para aumentar el escaso valor acreditativo de la verdad que en principio tiene un solo indicio.

⁸⁸ IBIDEM Págs. 57

Si un hecho conocido revela otro de una manera probable, se lo denomina indicio contingente por oposición al necesario.

Sí el hecho externo que actúa a modo de indicador se presenta como poder causal, sólo puede probar su efecto de una manera más o menos probable, nunca de modo cierto, pues en el campo de las cosas contingentes no hay causas que hayan de producir necesariamente determinado efecto, si tomamos la palabra causa en el sentido de simple poder causal.

Las manchas de sangre halladas en los vestidos de Pedro después del homicidio de Juan, no constituirán más que un indicio contingente de la responsabilidad de Pedro, del mismo modo que lo sería cualquier otro indicio consistente en modificaciones formales de las cosas. Desde el punto de vista del valor, los indicios son de dos especies: indicios necesarios, los que revelan en forma cierta una causa determinada, e indicios contingentes, los que revelan de modo más o menos probable cierta causa o cierto efecto; los primeros se fundan en una relación constante de causalidad, los últimos se apoyan en una relación ordinaria de causalidad"⁸⁹

2.3.- Clasificación

2.3.1 Importancia:

Los indicios no pueden considerarse ni apreciarse sino en cada uno de los casos particulares en que se presentan; porque los indicios varían en razón de las circunstancias.

⁸⁹ IBIDEM Pág 57, 58 y siguientes

ESCRICHE hace una tímida crítica a las clasificaciones de los indicios, con el argumento de que cada uno debe ser estudiado en forma particular⁹⁰

2.3.2- Principales clasificaciones

ESPINOSA LÓPEZ propone la siguiente clasificación de los indicios: no es labor, fácil pretender hacer una exhaustiva clasificación, nosotros para los fines propuestos y tomando como base el ordenamiento civil y penal diremos que los indicios que más utilidad nos reportan son: antecedentes, concomitantes, subsiguientes, móvil para delinquir, capacidad para delinquir, oportunidad para delinquir, leves, graves y necesarios.⁹¹

Mediatos e inmediatos.

MITTERMAIER se refiere así a ellos: Divídense también los indicios en mediatos e inmediatos: estos dan lugar a una conclusión directa en cuanto al objeto que ha de probarse, sin que sea necesario recorrer una serie de deducciones intermedias; aquellos sirven para concluir que existen otros hechos por los cuales se llega finalmente al hecho principal de la cuestión.⁹²

Anteriores, concomitantes y subsiguientes.

De acuerdo con ESPINOSA LÓPEZ, los indicios antecedentes "son los que se nos presentan antes del hecho investigado o del objeto materia de prueba. En derecho penal los altercados o riñas suscitadas minutos u horas antes del homicidio". LÓPEZ MOREN cita también como ejemplo de estos

⁹⁰ CARDOSO ISAZA Jorge Ob. Cit. Pág. 418

⁹¹ ESPINOZA LÓPEZ Luis Gerardo Ob. Cit. Pág. 179

⁹² MITTERMAIER C.J.A. Ob. Cit. Págs. 302 y 303

indicios "La compra de los instrumentos o medios necesarios para la comisión del delito".⁹³

Los indicios concomitantes son "los que se presentan simultáneamente con la infracción, como encontrar en el lugar de los hechos armas propiedad del sindicado o huellas dactilares del mismo. Para. ESPINOSA LÓPEZ los indicios subsiguientes "son los que se presentan como su nombre lo indica con posterioridad al tema materia de prueba o del ilícito consumado. La fuga de alguien al enterarse de la muerte de su víctima, compromete igualmente al fugado y sobre los tres en conjunto, escribe BELLAVISTA: "antecedentes, concomitantes, subsiguientes: entre los primeros se recuerdan las relaciones entre el indiciado y el ofendido, las precedentes amenazas, etc. entre los segundos todos aquellos indicios que acompañan la consumación del delito cualificando la intención del agente, como los instrumentos usados en el delito, el número y sitio de las heridas encontradas en la víctima, etc. por los subsiguientes, el resarcimiento del daño, la predisposición de falsas pruebas, etc."⁹⁴

Personalmente no compartimos del todo las definiciones que hasta ahora hemos transcrito de los indicios, todos los indicios surgen con posterioridad al delito, durante la investigación de cada hecho punible, pues son las autoridades judiciales las encargadas de "construir el indicio" .

Generales y Particulares.

⁹³ LOPEZ MORENO Santiago. ob. Cit. Págs. 118

⁹⁴ BELLAVISTA Girolamo "Lezioni . . ." ob .Cit. pág. 314

CARRARA escribe sobre esta diferenciación: Según éste criterio, los indicios se dividen en comunes a todos los delitos, y en propios de algún delito especial. Así, serán indicios comunes la fuga o la contumacia, porque son adaptables a todo delito, y serán indicios propios un vestido ensangrentado, por ser adaptable únicamente a los delitos de sangre, y la posesión de cuños, por ser adaptable tan solo a la falsificación de monedas.⁹⁵

Próximos y remotos

Un indicio remoto es aquel vinculado por una causa contingente, por ejemplo, los malos antecedentes del acusado.

RODRIGUEZ hace similar distinción, Se distinguen en próximos y remotos, según el grado de aproximación en el espacio y en el modo que tengan con el hecho investigado.

Podemos definir los indicios próximos como aquellos que guardan una estrecha relación con el hecho investigado, y remotos los que presentan una relación menos fuerte con respecto al delito.⁹⁶

Legales y extralegales.

LÓPEZ MORENO dice que los indicios pueden también ser legales y extralegales, conforme se hallen o no incluidos en la ley. Los indicios legales son aquellos cuyos hechos indicadores se encuentran señalados por las

⁹⁵ CARRARA Francesco Ob. Cit. Pág. 447

⁹⁶ RODRIGUEZ Gustavo Humberto "Procedimiento Penal. . ." Ob. Cit. Pág. 310

disposiciones normativas y los extralegales aquellos cuyos hechos indicadores permanecen por fuera de tal enumeración.⁹⁷

2.3.3- DEL INDICIO EN PARTICULAR

Aun cuando la cantidad de indicios que pueden aparecer en los procesos judiciales es enorme, la doctrina los ha encasillado en varios grupos para su más cómodo estudio. Es posible que en cualquier proceso nos topemos con un indicio cuyas especiales características no nos permitan incluirlo dentro de los grupos que ha construido la doctrina, pero aún así, debe ser tenido en cuenta y valorado con la misma seriedad que los demás.

Principales Indicios:

Cada autor adopta sus clases de indicios, ELLERO forma solamente tres grupos, las huellas materiales que su ejecución deja a las manifestaciones del autor y de los terceros.⁹⁸

La enumeración de JOAQUÍN ESCRICHE. "La confesión extra judicial del reo probada por dos testigos; el hallazgo de la cosa hurtada en poder de persona sospechosa que no diere razón del modo o título de la adquisición, la transición repentina de un estado de miseria o estrechez, los escritos firmados por el reo, la amenaza que poco antes del homicidio hubiese hecho algún sujeto al asesinado."⁹⁹

⁹⁷ LOPEZ MORENO Santiago, Ob Cit. Pág. 119

⁹⁸ ELLERO Pietro Ob. Cit. Pág. 68

⁹⁹ ESCRICHE Joaquín, Cita de LOPEZ MORENO Santiago Ob. Cit. Págs. 276 y 277

Escogemos para su estudio estos grupos de indicios: capacidad para delinquir, móvil para delinquir, oportunidad para delinquir, huellas del delito y manifestaciones del delito.

Capacidad para delinquir

Este indicio se refiere a la aptitud que determinada persona posea para la comisión del hecho punible; esta aptitud puede ser común a todas las personas o solamente a un grupo reducido, la capacidad para delinquir se divide en física y moral.

Capacidad física

Sobre esta clase de indicios anota FRAMARINO: "Ahora bien, hay delitos para cuya comisión no se requiere una capacidad especial del agente sino que en cuanto a ellos basta la capacidad de que disponen todos o casi todos los hombres. Para robar lo que se encuentra en la vía pública, confiado a la honradez común, no se necesita especial aptitud intelectual. Para estuprar a una niña, que por encontrarse enferma no puede resistir, no es necesaria ciertamente ninguna capacidad intelectual o física especial."¹⁰⁰

La capacidad física para delinquir se refiere entonces a las aptitudes personales de carácter físico e intelectual que poseen todos los hombres para cometer ciertos delitos, o solamente algunos para incurrir en conductas punibles que requieren especiales aptitudes; la fuerza probatoria de este indicio será más fuerte cuando el delito necesite un autor con capacidades especiales que sólo posea un número reducido.

¹⁰⁰ FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola Ob. Cit. Pág 284

Capacidad moral

La capacidad moral para delinquir hace referencia a la personalidad del sindicado; su "fuerza probatoria depende teóricamente de la mayor o menor inclinación que las personas muestren hacia el delito".

ELLERO define así este indicio: "Por capacidad moral para delinquir, que también podría llamarse índole criminosa, entiéndase aquella cualidad del ánimo propia de algunos, y en virtud de la cual éstos no solo se inclinan, sino que aparecen dispuestos a obrar mal."¹⁰¹

El estudio de la personalidad del sindicado permite formarse un concepto sobre si el sujeto imputado pudo o no haber cometido el delito. Su conducta anterior, sus antecedentes judiciales o de policía, su temperamento, su forma de reaccionar, su disposición delictiva, pueden indicar con fundamento su participación o la autoría en un ilícito.

GORPHE nos cita un caso verídico para prevenimos contra los peligros en la valoración de éste indicio: "Cabe citar, entre otros ejemplos, el caso Druax. "La mujer de Druax era borracha. En 1887 su marido y su hermano fueron encontrados muertos en sus camas, en la casa, cuando ella había permanecido allí todo un día, sin decir nada a los vecinos. Los médicos forenses, concluyeron que ambos hombres habían sido envenenados con cantaridina, fue condenada, ocho años después, se descubrió un gas tóxico que se escapaba de un horno de cal situado en la vecindad. El proceso fue revisado; y la Druax, absuelta. En este asunto los peritos indujeron a error, se había hecho hincapié en los indicios psicológicos, que tan solo constituían

¹⁰¹ ELLERO Pietro Ob. Cit. Pág. 69

sospechas, ¿Qué probaban? sencillamente, que la procesada era capaz del hecho, que parecía haber deseado verse libre de su marido y que se había mostrado, tal vez bajo el imperio de la bebida, indiferente a la muerte de los dos hombres.¹⁰²

Móvil para delinquir

Dado que todo acto humano posee motivos y el delito es comportamiento propio del hombre, necesario es concluir que todo hecho punible posee móviles; esos motivos que tiene el hombre para violar las reglas penales, son los que se denomina indicio de móvil delictivo. FRAMARINO insiste, no existe delito sin móvil.¹⁰³

Sin duda, debe existir una razón predominante que incline el ánimo a cometerla a pesar de todo. Para apreciar más la importancia que pudieran tener, resulta mejor dividir los móviles en comunes, personales, comunes-personales, de ímpetu y reflexivos, examinemos esta escisión doctrinal.

Comunes

Son aquellos que por lo general posee todo individuo, como por ejemplo la codicia, que es propia de casi todos los hombres. Este es, pues, su valor probatorio, aun cuando insistimos, éstas no son más que pautas que tendrá en cuenta el juzgador, sin perjuicio de que en cada caso concreto examine en forma particular los indicios y le asigne a cada cual el valor que considere apropiado.¹⁰⁴

¹⁰² GORPHE Francois ob. Cit. Págs. 284 y 285

¹⁰³ FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola Ob. Cit. Pág 292

¹⁰⁴ IBIDEM Pág. 308

Personales

Los móviles personales son esas especiales razones que un sujeto posee para vulnerar los derechos ajenos, y que solamente están en él o en una cantidad reducida de personas. Pero, aquí volvemos a repetir que estas son consideraciones genéricas y por tanto se debe estudiar a cada caso concreto, a cada indicio para darle el valor que particularmente posea.¹⁰⁵

Así, si de una colección de objetos preciosos ha desaparecido uno de ellos, y se quiere esgrimir contra Pedro, que es un empecinado coleccionista, el motivo indiciario que se deduce de su deseo de completar la colección, a la cual le faltaba precisamente ese objeto desaparecido, dicho motivo indiciario consiste en una relación especial entre la persona del pretendido ladrón y la cosa que en este caso ha sido robada.

De ímpetu

Se entiende que habrá un móvil de tal especie cada vez que un sujeto incurra en comportamientos delictivos, impulsado por actos violentos. Se manifiestan por actos impetuosos las pasiones que nacen de la vista de un mal próximo, ya sea pasado o futuro, reciente o inminente; tanto la pasión como la ira.¹⁰⁶

Reflexivos

¹⁰⁵ IBIDEM Pág. 303

¹⁰⁶ IBIDEM Pág. 303

Por contraposición al anterior, tendremos un móvil reflexivo cuando el autor de un delito haya estudiado las consecuencias de su actuar y resuelto comportarse contra derecho. En el móvil reflexivo la persona tiene tiempo suficiente no solamente para decidir si delinque o no, sino además para escoger la forma como llevará a cabo su hecho doloso. Ejemplos: la codicia y el odio.¹⁰⁷

Oportunidad para delinquir.

El indicio de oportunidad para delinquir se refiere a las especiales circunstancias de tiempo y lugar en que se encontraba determinada persona con respecto al objeto material del delito, y en razón de las cuales podía cometer el hecho punible. "Por ocasión u oportunidad se entiende un determinado conjunto de circunstancias favorables en un momento dado, para los medios de ejecución".¹⁰⁸

ELLERO le definió diversamente: "Entiéndase por ésta la condición especial en que el acusado se encontraba, ya por sus cualidades personales, ya por sus relaciones con las cosas, y merced a la cual resulta para él más o menos fácil la perpetración del delito."¹⁰⁹

2.3.4- La fundamentación de la Sentencia Basada en la Prueba de indicios.

El juicio de inferencia o proceso inductivo en que consiste la prueba de indicios ha de expresarse en la fundamentación fáctica de la sentencia.

¹⁰⁷ IBIDEM Pág. 305

¹⁰⁸ BENTHAM Jeremías Ob. Cit.. Pág. 355

¹⁰⁹ ELLERO PIETRO Ob. Cit. Pág. 79

Se trata de que el tribunal valore el significado de los indicios en su relación, con el hecho a probar, de modo que a partir de la prueba de aquellos quede también probada la realidad de éste, sin que en ese ejercicio lógico deban tener influencia las valoraciones subjetivas del tribunal. Si existe la posibilidad razonable de una solución alternativa, se aplicará la más favorable al acusado de acuerdo al principio in dubio pro reo.

La cuestión de la racionalidad de la inferencia no es baladí para el control de una sentencia penal en vía casacional o de amparo, desde la perspectiva del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 12 Cn). Dicho control consistirá en verificar si se produjo una actividad probatoria de cargo, si dicha actividad fue desarrollada por los acusadores, porque no corresponde al imputado la carga de probar su inocencia; si la misma tuvo lugar en un juicio oral y público, con respecto, en consecuencia, de la inmediación, la contradicción y las demás garantías procesales; y si los medios probatorios utilizados se han obtenido respetando los derechos individuales que la Constitución reconoce y garantice a todos los ciudadanos.

Toda esa verificación de la prueba como instrumento o medio probatorio será necesaria para entender, en su caso, desvirtuada la presunción de inocencia, de naturaleza iuris tantum, porque admite su conversión en la declaración de que el imputado es penalmente responsable del hecho de que se le acusa.

Es posible controlar en casación o amparo "si el juzgador ha condenado desde la certeza o si, por el contrario, lo hizo desde la duda".

Dicho control se efectúa comprobando si la sentencia está debidamente fundamentada conforme con las reglas de la sana crítica (art. 162), adquiriendo

semejante comprobación particular importancia en el supuesto de que sólo se disponga de prueba indiciaria, cuando existe un alto grado de eficacia en la investigación, ya que entonces será indispensable verificar si nos encontramos ante una verdadera prueba de indicios o, por el contrario, ante meras sospechas o conjeturas sin base racional suficiente para la condena.

De esa necesidad deriva la obligación de fundamentar jurídica y facticamente las sentencias, constituyendo un vicio de las mismas que habilita para la casación (y el recurso de amparo) el "que falte, sea insuficiente o contradictoria la fundamentación de la mayoría del tribunal; se entenderá que la fundamentación es insuficiente cuando solamente se utilicen formularios, afirmaciones dogmáticas, frases rutinarias o se utilice como fundamentación el simple relato de los hechos o cualquier otra forma de reemplazarla por relatos insustanciales; asimismo, se entenderá que es insuficiente la fundamentación cuando no se han observado en el fallo las reglas de la sana crítica, con respecto a medios o elementos probatorios de valor decisivo".

Tomás y Valiente, expresa la conclusión de que el derecho a la presunción de inocencia conduce:

- A la exigencia de que el juez penal exprese el razonamiento de su certeza sobre los hechos que resulten probados a raíz de pruebas indiciaria;
- Además de dicha "garantía formal", a la exigencia complementaria de que el contenido de la motivación no sea "arbitrario, irracional o absurdo", a juicio del tribunal.¹¹⁰

La motivación o fundamentación de la sentencia "en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento

¹¹⁰ REYES ALVARADO Yesid "La prueba Indiciaria" Ob. Cit. Págs. 142 y siguientes

jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración.

2.4.- Requisitos de la prueba de indicios

- Que el hecho base o delictivo esté acreditado por prueba directa.
- Que la autoría se infiera de hechos indiciarios plenamente probados y racionalmente conectados con el hecho delictivo, debiendo excluirse las meras sospechas o conjeturas.
- Que no se trate de un único indicio, sino de una multiplicidad de ellos, en función de las circunstancias de cada caso, aunque son imaginables situaciones excepcionales en las que un único indicio podría ser suficiente para la condena.
- Que no existan conraindicios exculpatorios (coartadas) que hagan dudar de la virtualidad incriminatoria del indicio. Sin embargo, la coartada o conraindicio utilizado por el imputado en su defensa, una vez que se acredita su inconsistencia o falsedad, se convierte en indicio o fuente de prueba indirecta o circunstancial.
- Que el tribunal sentenciador, por último, exponga el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho punible y de la culpabilidad del acusado. Ese juicio de inferencia, que debe realizarse según las reglas de la lógica y del criterio humano, según las reglas de la sana crítica.¹¹¹

¹¹¹ IBIDEM Pág. 63

La diferencia entre el indicio y las presunciones legales y de derecho es, pues, en cuanto a su fuente, a la persona encargada de su construcción, pues por lo que hace a su estructura básica, son fenómenos jurídicos idénticos; podemos entonces concluir que la distinción es más formal que sustancial y que en un plano meramente teórico es perfectamente válida la equiparación de los conceptos en cuanto a su base estructural se refiere.¹¹²

2.4.1-Requisitos esenciales para su validez probatoria.

Ahora que conocemos la definición de indicio y comprendemos la estructura lógica que posee, solamente nos resta conocer sus requisitos esenciales de validez para comprenderlo a cabalidad y, posteriormente, ocupamos de la valoración de este medio probatorio. Es indispensable determinar cuáles son sus elementos esenciales porque eso nos permite -una vez más- rechazar el criterio que aún algunos sostienen en el sentido de que toda prueba imperfecta es un indicio o de que todas las pruebas se reducen a indicios.¹¹³

Por ejemplo, DELLEPIANE dice que "En efecto, así como se puede sostener, y lo hemos explicado hace un instante, que la prueba de indicios se resuelve siempre en las llamadas directas o naturales en cuanto todos los hechos circunstanciales, para que puedan servir de base a deducciones y constituir indicios, necesitan comprobarse por inspección ocular, confesión, etc. de la misma manera es posible también demostrar que todas las pruebas llamadas directas o naturales se reducen, en último análisis, a la prueba de indicios."¹¹⁴

¹¹² IBIDEM Pág. 63

¹¹³ IBIDEM Pág. 63

¹¹⁴ DELLEPIANE Antonio Ob. Cit Pág. 52

DEVIS ECHANDIA, en forma acertada, combate tan extrema posición doctrinal así: "Hemos dicho varias veces que es un grave error, frecuente sin embargo, considerar indicios a las pruebas imperfectas o incompletas, que no alcanzan a formar el convencimiento del juez, como uno o varios testimonios sin suficiente razón de la ciencia del dicho, un documento no auténtico, un dictamen técnico insuficiente, una confesión extrajudicial dudosa, etc."¹¹⁵

En cuanto a cuáles son los presupuestos de validez también los criterios doctrinales han sido muy variados; citemos a modo de ejemplo la opinión de CABANELLAS:

1. Que el cuerpo del delito conste de manera directa o inmediata.
2. Que los indicios sean varios cuando menos, anteriores al hecho y concomitantes con él.
3. Que se relacionen con el hecho primordial que se investiga.
4. Que no son equívocos.
5. Que sean directos, de modo que conduzcan lógicamente al hecho de que se trate.
6. Que sean concordantes.
7. Que se funden en hechos reales y probados, y nunca en otras presunciones e indicios.¹¹⁶

DELLEPIANE Menciona los siguientes requisitos:

- Que se hallen igualmente probados por pruebas directas;
- Que sean graves y precisos, y varios cuando no puedan dar lugar a deducciones concluyentes, como fundadas en leyes naturales que sufran excepción;

¹¹⁵ DEVIS ECHANDIA Hernando Ob. Cit. Pág. 620

¹¹⁶ CABANELLAS Guillermo Cita de LOPEZ MORENO Santiago Ob. Cit. Pág. 296

- Que sean independientes entre sí, esto es, que no constituyan momentos sucesivos de un solo proceso o hecho accesorio y que no tengan el mismo origen en cuanto a su prueba;
- Que sean concordantes, esto es, que se acuerden o coordinen entre sí, de modo que produzcan un todo natural, lógico y coherente.¹¹⁷

Para su mejor estudio, hemos dividido en forma distinta los requisitos del indicio, condensándolos en sólo tres, a saber: que exista unidad del hecho indicador; que la ley lo admita como prueba; que sean graves precisos y concordantes. Examinemos entonces cada uno de estos presupuestos comúnmente mencionados por la doctrina.

2.4.1.1.- Unidad del hecho indicador.

Se refiere este presupuesto a la circunstancia de que un mismo hecho indicador no puede conducir sino a la formación de un único indicio, aun cuando esté probado de diversas maneras; de esta forma, verbigracia, a pesar de que por medio de muchos testimonios se confirme la presencia de una persona en el lugar del delito y de que allí hayan sido encontrados varios objetos de dicho sujeto, solamente tenemos que el hecho indicador está suficientemente probado de distinta forma, y surgirá un único indicio.

CARRARA menciona este requisito así: "Con tal que el hecho esté probado en sí mismo, tendrá siempre el mismo valor tanto si lo prueban dos testigos como si lo prueban diez, y es un sofisma vicioso el pretender multiplicar los indicios al multiplicar las pruebas de un solo hecho; éste será siempre el mismo, y será siempre uno solo, aunque sea probado por un ejército de

¹¹⁷ DELLEPIANE Antonio ob. Cit. Pág. 111

testigos." y el doctor ROCHA ALVIRA lo enuncia en forma similar: "Cuando muchos indicios se refieren a uno solo y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forman plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento"¹¹⁸

MITTERMAIER razona así sobre el particular: "Sólo se consideran como tales, entre el número de los inicios, aquellos que se apoyan en circunstancias distintas e independientes; de manera que un mismo hecho no puede tenerse en cuenta más que para una sola vez, y aunque presente diversos aspectos o pueda tener una aplicación o significación múltiple, no constituye nada más que un solo indicio."¹¹⁹

En cuanto a éste primer requisito del indicio, la doctrina es uniforme, pues todos los autores lo reconocen y describen en términos similares; en efecto, parecidas consideraciones nos ofrecen GIANTURCO, DELLEPRANE, RODRÍGUEZ, FRAMARINO, DEL MALATESTA, LÓPEZ MORENO y DOHRING.¹²⁰

Nuestra Corte Suprema de Justicia también se ha referido al punto en varias oportunidades; así lo hizo en providencia de septiembre 20 de 1937 en un caso de homicidio, en el cual varias circunstancias demostraban solamente que el sindicado estaba enamorado de su víctima: "Como puede ver la H. Corte, los hechos enmarcados con los números 1°,2°,3°,4°,5° Y 7°, caso de estar probados, constituyen en realidad una serie de indicios encaminados a probar un solo hecho, o sea el de que Lino Olivares estaba enamorado de su

¹¹⁸ ROCHA ALVIRA Antonio Ob. Cit. Pág. 18

¹¹⁹ MITTERMAIER C.J.A.ob. Cit. Pág. 315

¹²⁰ REYES ALVARADO Yesid "La prueba Indiciaria" ob. Cit. Pág. 66

hermana. Aclaramos que aquí no fue muy claro el máximo Tribunal, pues no se trata de que varios indicios prueben un solo hecho, sino a la inversa, varios hechos (pruebas judiciales) confluyen para demostrar un único hecho indicador y formar solamente un indicio.

En otra oportunidad dijo también la Corte: "Como puede apreciarse del examen anterior, exhaustivo por lo demás, casi todos los indicios analizados pueden reducirse a uno solo, pues provienen en su generalidad de un mismo testimonio, el de la señora María Libia Isaza viuda de López, también ofendida, circunstancia ésta que quita mucho de su valor moral y legal a un testimonio humano producido en tales condiciones." Aquí también debemos aclarar que el simple hecho de que varios indicios hayan sido formados con base en un solo testimonio no quiere decir necesariamente que se trata de un indicio confirmado de varias maneras; la Corte no se refiere entonces con precisión al fenómeno de la unidad del indicio, puesto que de un testimonio bien pueden surgir diversos hechos indicadores y de consiguiente a partir de un solo medio probatorio pueden crearse varios indicios.¹²¹

En providencias recientes la Corte volvió sobre éste punto: "aspecto fundamental del indicio como prueba es el de su unidad, al que se refiere nuestro estatuto procesal penal cuando señala que las circunstancias o momentos referentes a un solo hecho indicador, constituyen un solo indicio; conforme a este principio de universal aceptación, de un hecho indicador solamente puede surgir un indicio; las más frecuentes dificultades que en su desarrollo se presentan, derivarse de la confusión entre hecho indicador y circunstancias o momentos que lo integran y que en veces se toman como otros tantos hechos indicadores; estos son la forma que con objetiva autonomía

¹²¹ IBIDEM Pág. 66 y 67

apunta hacia la persona con la que se conecta materialmente, aquellos son datos que lo nutren y conforman, pero que no tienen por sí mismos el poder unívocamente orientador del hecho iniciantes.¹²²

Veamos finalmente unos ejemplos que nos ilustran mejor sobre el problema de la unidad del indicio; LÓPEZ MORENO nos cita éste: "A. salió de su casa armado y cautelosamente a la una de la madrugada. A las dos estuvo en acecho en un sitio próximo, al en que poco después se cometió un robo con homicidio en la persona de C. He aquí dos hechos realmente distintos: el salir de su casa armado y el encontrarse de igual manera en un sitio próximo al en que se cometió el crimen. Pero ¿pueden constituir dos indicios diferentes? en manera alguna, pues el segundo se halla en dependencia con el primero, y ambos no expresan más que una sola relación: la de lugar y tiempo.

DOHRING relata el siguiente caso: "Sobre un hombre pesa la sospecha de haber incendiado dolosamente su finca rural para cobrar un seguro. Los indicios que lo sindicán como culpable son: Su situación económica era mala. Los acreedores ya habían amenazado con pedir el remate judicial. La finca había sido asegurada contra incendio poco antes, por una suma insólitamente elevada, cuando antes la heredad no había estado cubierta por seguro alguno.¹²³

Dada la mala situación económica del imputado, no era de esperar que pudiera abonar las primas por mucha tiempo. Y efectivamente, muy pronto incurrió en mora. El 30 de noviembre el seguro habría caducado por incumplimiento del pago de la prima. Y dos días antes la finca fue puesta en

¹²² IBIDEM Pág. 67

¹²³ LOPEZ MORENO Santiago, Ob cit pág 213

llamas. “Aunque todos estos indicios contienen ciertas claves reveladoras, en el fondo sólo señalan que, por su mala situación económica y por el apremio en que lo colocaba su morosidad, el imputado tenía un poderoso interés en que su heredad fuera arrasada por el fuego. Pero ninguno de ellos indica que hubiera hecho preparativos o cometido la acción. Todos ellos juntos, no reforzados por ningún otro, no tendrían gran peso ni mucho menos alcanzaría a constituir una prueba de culpabilidad.”¹²⁴

2.4.1. 2.- Que la ley lo admita como prueba.

Al mencionar como requisito del indicio el que la ley lo admita como prueba, no nos referimos -como sí lo hace la mayoría de la doctrina- al indicio mismo, pues en nuestro procedimiento penal está legalmente reconocido el indicio como un medio válido de prueba. Este requisito debe referirse al hecho indicador, el cual sí debe estar aceptado por la ley para poder edificar sobre él un indicio.¹²⁵

Por ejemplo, el Código Penal Colombiano en su artículo 148 inciso 30 señalaba que los documentos empleados para probar el enriquecimiento ilícito no podían ser usados en contra del sindicado para iniciar otras investigaciones; sin embargo, la H. Corte Suprema de Justicia (con providencia de septiembre 9 de 1982, M .P. Dr. Manuel Gaona Cruz; Sin publicar) declaró inconstitucional esa parte de la norma citada, por considerarla violatoria del artículo 16 de la Constitución Nacional. Se trataba entonces de un evento en el que tales documentos no podían tenerse como hechos indicadores para la construcción de un indicio en contra del empleado oficial, por prohibición legal.¹²⁶

¹²⁴ DOHRING Erich Ob. Cit. Pág. 350

¹²⁵ REYES ALVARADO Yesid “La Prueba Indiciaria” Ob. Cit. Pág. 68

¹²⁶ IBIDEM; Pág. 68 y 69

El artículo 156 de nuestro estatuto procedimental penal prohíbe "agregar al expediente escritos anónimos" y "hacer de ellos algún uso procesal, salvo que constituyan elemento material de una infracción o que su fundamento se atribuyan al procesado", con lo cual establece una cortapisa respecto de su utilización como hechos indicadores y el artículo 317 del Código Penal Colombiano, señala con relación a los delitos de injuria y calumnia, que para probarlos no se admitirá nada "sobre la imputación de cualquier hecho punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo, o cesación de procedimiento, excepto si se tratare de prescripción de la acción", ni "sobre la imputación de hechos que se refieran a la vida sexual, conyugal o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y el honor sexuales." En estas hipótesis la legislación penal ha erigido igualmente una talanquera en relación con las fuentes del hecho indicador.¹²⁷

¿Pero ocurriría similar cosa en el evento de las pruebas nulas? pensamos que sí, porque cuando se declara la nulidad de una prueba es porque se han omitido ciertas formalidades legales y, de consiguiente, se ha menguado el derecho de defensa del sindicado y restado equidad al proceso penal. Si el legislador y el funcionario judicial consideran que una prueba no debe ser tomada en cuenta por nula, sería incorrecto tomarla entonces como base para construir otra prueba, es decir, como hecho indicador del indicio.¹²⁸

Sería burlar el espíritu del legislador que ha pretendido proteger a las partes mediante la declaratoria de nulidad de algunas pruebas. Así, cuando la ley ha prohibido expresamente probar determinados hechos o utilizar ciertos medios probatorios, o lo ha hecho indirectamente previendo para ello las

¹²⁷ IBIDEM Pág. 69

¹²⁸ IBIDEM Pág. 69

declaratorias de nulidad de la prueba, no se cumplirá este segundo esencial requisito del indicio.

2.4.1.3.- Que sean graves, precisos y concordantes.

Este es un requisito frecuentemente mencionado en los libros que se ocupan de la prueba indiciaria, aunque no siempre se hace con los mismos términos; así, aun cuando usualmente se habla de que deben los indicios ser graves precisos y concordantes, a veces se menciona sólo su gravedad concordancia y convergencia, o su conexidad, o, finalmente, su univocidad.

ESPINOSA LÓPEZ, por ejemplo, dice que "El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso. Y el doctor ROCHA ALVIRA, opina que "la gravedad (lo que pesa, lo que importa) mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador; la precisión conduce a algo inequívoco como consecuencia; y la conexidad o concordancia, a que lleven a una misma consecuencia."¹²⁹

No creemos que la gravedad de los indicios sea un requisito esencial, por cuanto se trata solamente de una de las varias categorías que con base en su apreciación pueden mencionarse; en efecto, y como adelante se analizará, los indicios pueden ser necesarios, graves o leves, así que éstos últimos sin ser graves, poseen la categoría de indicios; incluso varios indicios leves pueden llegar a tener gran fuerza probatoria, suficiente para dictar providencias judiciales de fondo, repetimos, sin ser graves.¹³⁰

¹²⁹ ESPINOZA LOPEZ Luis Gerardo Ob. Cit. Pág. 233

¹³⁰ REYES ALVARADO Yesid Ob. Cit. Pág. 70

Si se acepta que la precisión es requisito esencial del indicio, tendremos que concluir que cuando un indicio no nos conduzca a consecuencias inequívocas, pierde su categoría de medio probatorio. Pero, resulta que solamente los indicios necesarios -por si solos- conducen a conclusiones inequívocas, pues los denominados contingentes sólo brindan posibles conclusiones, meras probabilidades, y sin embargo nadie les niega su carácter de indicios. En síntesis, a nuestro juicio, y dadas las consideraciones anteriores, ni la gravedad ni la precisión deben ser tomados como requisitos para la conformación del indicio.¹³¹

Ahora bien, en relación con la concordancia, GUERRERO dice que ella se da entre varios indicios cuando se encuentra "los unos con los otros, de manera que tengan conexión entre sí y se relacionen sin esfuerzo." Y QUINTERO OSPINA se refiere al mismo elemento en la siguiente forma: "La concordancia quiere decir que los hechos indicadores estén encadenados o en íntima conexión con el hecho por probar, que, dentro de ese fin, esos hechos no se confundan, rechacen o contradigan unos con otros, que cada uno de ellos en forma lógica y por distinta vía confluyan a lo que se quiere demostrar."¹³²

DELLEPIANE distingue la concordancia de la convergencia, diciendo que "la primera se refiere a los indicios o hechos indicadores, la segunda a las deducciones o inferencias indiciarias. Son estas, son las deducciones o inferencias formadas con los indicios las que convergen o concurren a un mismo punto, esto es, a una misma conclusión, por ejemplo: fulano es el autor.

¹³¹ IBIDEM Pág. 70

¹³² QUINTERO OSPINA Tiberio Ob. Cit. Pág. 108

En cuanto a los indicios o hechos indicadores no convergen propiamente, sino que, en su calidad de partes accesorias de un todo, como hechos parciales o modalidades circunstanciales de un mismo suceso, concuerdan entre sí, esto es, ensamblan los unos con los otros, de manera a constituir un hecho natural, lógico, coherente.¹³³

Define también la convergencia QUINTERO OSPINA diciendo que ella "se refiere a que en forma inequívoca todas las inferencias o deducciones conduzcan racionalmente a las mismas conclusiones, que concurren a un mismo fin, por ejemplo, a señalar al autor o cómplice del robo".¹³⁴

Y, GUERRERO cambia la denominación de concordantes y convergentes por la de unívocos, "es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas".¹³⁵

Para BELLA VISTA, se debe "desconfiar de un solo indicio positivo y, en el caso de pluralidad de indicios, buscar la concordancia y la convergencia en la conclusión del silogismo indiciario".¹³⁶

LEONE sostiene que para obtener "un correcto, riguroso y controlable procedimiento lógico de deducción de un hecho desconocido, se tiene sobre todo la exigencia de la concordancia de los indicios".¹³⁷

El considerar como elemento constitutivo del indicio la concordancia, convergencia o univocidad, parte del supuesto de que deben existir varios indicios; en efecto, para que se pueda hablar de univocidad, convergencia o

¹³³ DELLEPAINE Antonio Ob. Cit. Pág. 89

¹³⁴ QUINTERO OSPINA Tiberio Ob. Cit. Pág. 108

¹³⁵ GUERRERO Walter Ob. Cit. Pág. 426

¹³⁶ BELLA VISTA Girolano "lezioni". Ob. Cit. Pág. 313

¹³⁷ LEONE Giovanni Ob. Cit. Pág. 436

concordancia debe haber más de un objeto o fenómeno, de lo que resulta que según éste criterio, para que exista un indicio deben existir varios; como puede observarse, el razonamiento no parece ser muy lógico. Y, además, aun cuando GUERRERO piensa que "La condición de que los indicios sean varios es explicable, pues es necesario evitar los errores en la administración de justicia", lo evidente es que a veces basta un solo indicio para hacer plena prueba y tomar decisiones de fondo como la misma sentencia condenatoria. Con base en las dos consideraciones precedentes, reiteramos nuestro criterio en el sentido de que no debe exigirse ni directa ni indirectamente la pluralidad de indicios para poder considerarlos individualmente como tales, de donde se sigue que no es éste un requisito esencial para la conformación del indicio, a pesar de lo que diga la doctrina mayoritaria.¹³⁸

Igualmente deben considerarse los estados emocionales de quien profiere amenazas, pues si ellas son lanzadas en momentos de gran obnubilación o pasión extrema, es muy probable que cuando llegue la calma queden por completo olvidadas, salvo excepcionales casos; por el contrario, si alguien amenaza a otro en forma serena, tomándose su tiempo y disfrutando calmadamente de sus palabras, es mucho más probable que esté decidido a cumplir.

El lugar en que hayan sido proferidas las amenazas tiene también alguna importancia, pues si se han hecho delante de mucha gente y en alta voz, es posible que se trate de un sujeto charlatán cuyas palabras no envuelven mucha seriedad; pero se hacen privadamente hay mayores posibilidades de que se trate de alguien que está dispuesto a cumplirlas.¹³⁹

¹³⁸ REYES ALVARADO Yesid. ob. Cit. Pág. 72

¹³⁹ IBIDEM Pág. 73

2.4.2.- Relaciones entre indicio y presunción

La diferenciación o semejanza que pueda existir entre los indicios y las presunciones ha sido de los temas más controvertidos entre los autores de pruebas penales. Algunos se inclinan por pensar que se trata de conceptos iguales, en tanto que otros creen que son dos figuras completamente autónomas y que por tanto debe evitarse su confusión; finalmente, hay quienes establecen diferenciaciones entre las mismas presunciones, para concluir que solamente algunas de ellas pueden ser identificadas con los indicios.¹⁴⁰

Probablemente las discrepancias sobre este interesante punto surgieron cuando los antiguos tratadistas decidieron incluir la presunción como un medio probatorio más, de carácter indirecto; de esta forma, se decía que las pruebas indirectas podían ser de dos clases: o indicios o presunciones. Aun cuando hoy en día algunos suelen mencionar todavía la presunción como medio probatorio, pensamos que se trata de un criterio ya devaluado cuando menos frente al derecho penal, en el que las presunciones no pueden servir para motivar ninguna clase de providencia, ni pueden ser controvertidas por las partes para quitarles o sumarles valor; las presunciones que suelen emplearse en derecho penal se han creado para guiar el procedimiento y mantenerlo dentro de los principios de equidad.¹⁴¹

Como quiera que ya tengamos conocimiento de lo que es un indicio, ocupémonos del significado de las presunciones para poder realizar más fácilmente la comparación entre las dos figuras. DELLEPIANE dice respecto a

¹⁴⁰ IBIDEM Pág. 52 y 53

¹⁴¹ IBIDEM Pág. 53

la presunción: "presunción, que tanto quiere decir como grande sospecha, dicen las partidas. Tal estado de ánimo autoriza a veces a tomar provisoria o anticipadamente como cierta la conclusión, como lo denota la etimología de la voz presunción (de proe y sumo, tomar antes, sumitur pro vero).¹⁴²

La doctrina ha clasificado las presunciones en dos grupos, a saber, las legales y las de derecho, permitiendo que en ellas se presente prueba en contrario, y exigiendo que las de derecho constituyan un aserto inmodificable.

Son conceptos iguales

La primera corriente doctrinal sostiene que los indicios y las presunciones son conceptos identificables; no obstante, no todos quienes sostienen este criterio están de acuerdo en cuanto a la forma como se lleva a cabo esa identificación y de otra parte, hay quienes creen que en todo caso la estructura del indicio es idéntica a la de la presunción y que pueden emplearse indiferentemente ambos conceptos; y alguna otra corriente sostiene que siendo sustancialmente iguales el indicio y la presunción, se diferencian exclusivamente por la persona que las crea, pues el indicio surge de la operación mental del funcionario en tanto que las presunciones son establecidas por el legislador .

OSMAN MALDONADO dice que los Indicios son las presunciones homines (mas correcto es inducciones), o sean las deducciones que el juez saca de hechos conocidos, mientras que las presunciones propiamente dichas son las deducciones que el juez saca de la ley, o sean consecuencias de la ley.

¹⁴² DELLEPIANE Antono Ob. Cit. Pág. 82

MANZINI sostiene que son los diferentes indicios de las presunciones relativas, pero cuando estas son de carácter absoluto, pueden equipararse con los indicios; el indicio se diferencia de la presunción relativa porque el dato genérico y probable agrega el específico y cierto; al abstracto une lo concreto.¹⁴³

Son conceptos diferentes

Esta tendencia doctrinal es la más generalizada y se encarga de negar rotundamente la identidad entre indicios y presunciones, aun cuando algunos de los autores reconocen, en todo caso, que guardan algunas similitudes en cuanto a su estructura.

Las presunciones no constituyen una prueba, son la conclusión a la que arriba el juez en base del análisis de los indicios probados en el proceso.

CARLOS ALBERTO ZWANCK distingue así las nociones de indicio, presunción y circunstancia: Bien puede decirse que solo media una distinción de puntos de vista, en relación al mismo objeto, cuando se hable de indicios, presunciones y circunstancias: uno expresa más bien la cosa que sirve de signo (indicio); otro, el hecho en que se basa la inferencia (Circunstancia); y en .fin, el otro, la relación lógica (presunción). Sin embargo jurídicamente hablando, la presunción, es un concepto reservado para los casos en que existe dispensa de prueba.¹⁴⁴

DEVIS ECHANDIA sostiene que los indicios son base de la presunción porque suministran las premisas a partir de las cuales esta surge; para él; la

¹⁴³ OSMAN MALDONADO Pedro Ob. Cit. Pág. 140

¹⁴⁴ Wzanck Carlo A. Ob. Cit. Pág. 281

presunción es una regla de experiencia y el indicio es un mero hecho; la presunción simple, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. 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 identifique, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, para aquellos son hechos y está el razonamiento conclusivo. ESPINOSA LÓPEZ centra la diferencia entre los conceptos, en el hecho de que el indicio supone la construcción de una deducción, mientras la presunción también es una deducción pero hecha por la ley; de lo expuesto se deduce que no es lo mismo, el indicio que la presunción, porque realmente para llegar al indicio hay que hacer una inferencia lógica terminando en la deducción, en tanto que la presunción, esa deducción esta plasmada en la ley, luego hay razones mas que suficientes que nos permiten hacer la distinción entre una y otra figura.¹⁴⁵

FLORIÁN dice que se encuentra mucho mas descomplicado en el tratamiento del problema, que parece no revestir mayor importancia para él; sin embargo; por ahora conviene observar que la diferencia entre indicios y presunciones no tiene valor practico 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 puro ejercicio dialéctico, que no conduce a ningún resultado.¹⁴⁶

¹⁴⁵ DEVIS ECHANDIA Hernando Ob. Cit. Pág. 696

¹⁴⁶ FLORIAN Eugenio ob. Cit pág 128 y 129

2.4.3.- Clases de Indicios:

* Indicios de capacidad física o síquica del agente para la comisión del delito, que pueden jugar un papel destacado cuando por el tipo de delito se requieren determinadas condiciones de fuerza física, de habilidad técnica, de preparación intelectual.

* Indicios de capacidad moral o de propensión al delito del agente, que se inferirán de los antecedentes penales del imputado con sentencias firmes, siendo más discutibles el juego que al respecto pueden tener los antecedentes policiales.

* Indicios de oportunidad, que hacen referencia a la posibilidad de la autoría, habida cuenta del momento concreto, lugar hora circunstancias, coparticipación, etc, que caracterizaron la comisión del hecho delictivo.

* Indicios de manifestaciones o declaraciones efectuadas en un primer momento y a lo largo del procedimiento de las que resulten contradicciones que eventualmente puedan ayudar a la constitución de un indicio. Es lo que cierta doctrina denomina contraindicios; alegaciones defensivas del imputado que luego se demuestran falsas por prueba directa o indirecta.

El comportamiento procesal del imputado tendente a eliminar pruebas, a sobornar a policías y empleados judiciales, a fugarse del lugar de detención, etc.

* Indicio del móvil, es decir, la existencia de causa o motivo en el imputado para la comisión del hecho delictivo.

* Indicios materiales u objetos que se encuentran en poder del imputado, tales como armas, disfraces, objetos provenientes de un delito contra la propiedad.

* Indicios biológicos del imputado, que aparecen en la escena del crimen, como las huellas dactilares, semen, sangre, pelos, etc., que permiten hacer casi

concluyentes pruebas periciales, por lo que son indicios de mayor significación incriminatoria.

* Indicios relativos a la forma de actuación o al modus operandi, "de tal suerte que la reiteración de conductas delictivas de forma semejante y en concretos lugares, por parte de uno o varios sujetos, pueden dar lugar a que la acreditación de la participación de todos o alguno de ellos en uno de los delitos sirva de indicio o de autoría para los restantes, la validez procesal de la referida prueba como modo de valoración judicial está implícita en la fórmula de la sana crítica, de la que forman parte las leyes de la lógica deberán someterse los jueces para valorar y fundamentar la prueba en las resoluciones que emitan.¹⁴⁷

Por lo general en los escritos de proposición de prueba se mencionarán solo las pruebas directas acreditativas del indicio (declaración del imputado, testifical, pericial, documental), existen algunas exigencias formales que deben observarse: Los hechos base que configuran los indicios deben incluirse en la relación de hechos del escrito de acusación

También, podrá modificarse el relato de hechos incluyendo nuevos indicios durante la vista pública, en cuyo caso "se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión de la vista para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

Durante la fase de discusión final y cierre del debate (artículo 353 CPP), el fiscal, querellante y defensor deberán razonar sobre la prueba de indicios, estableciendo la conexión lógica que, en su opinión, existe entre los hechos base (indicios) y el hecho consecuencia (hecho delictivo)

¹⁴⁷ DEVIS ECHANDIA Hernando ob. Cit pág. 312, 313 y 314

El tribunal sentenciador, como veremos a continuación, tiene la obligación ineludible de fundamentar de manera particularmente amplia aquellas sentencias cuyo fallo radique, total o parcialmente, en la prueba de indicios ya que ese razonamiento será clave para entender o no desactivarlo el derecho a la presunción de inocencia del inculpado y, por tanto, podrá ser objeto de evaluación en los eventuales recursos de casación y amparo, que son los únicos viables contra los fallos condenatorios de los tribunales de sentencia.¹⁴⁸

2.4.4.- REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LA PRUEBA POR INDICIOS

Cumplidos los requisitos examinados en el número anterior, podrá decirse que en el proceso existen indicios del hecho investigado; pero para que el juez pueda considerarlos como un medio de prueba es indispensable que constituyan una prueba válida y para ello es necesario que además se cumpla lo siguiente:

Que las pruebas del hecho Indicador o Indiciario hayan sido decretadas, practicadas o presentadas y admitidas, en forma legal. El indicio es una prueba que necesita ser probada, y, por lo tanto, si los medios empleados para este fin (testimonios, documentos, inspecciones, confesiones, dictámenes de expertos) adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su adopción. ordenación, admisión o práctica, el juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia, el hecho indiciado le será procesalmente desconocido.

¹⁴⁸ DEVIS ECHANDIA Hernando “compendio de pruebas Judiciales” ob cit pág. 313

La invalidez de aquellas pruebas deja sin valor el indicio que de ellas puede resultar. Para subsanar el vicio deben repetirse las pruebas, si todavía es procedente hacerlo.¹⁴⁹

Que no hayan utilizado pruebas ilícitas o prohibidas por la ley para demostrar el indicio. En el requisito anterior se contempla la ausencia de vicios en el procedimiento de la prueba prohíba, su practica en general o por el hecho especial que constituye el indicio. En estos casos el juez no puede reconocerle valor alguno a esa prueba, ni al indicio que de ella resulte.¹⁵⁰

Que no exista una nulidad del proceso, que vicie las pruebas del indicio. Puede suceder que las pruebas del hecho indicador estén libres de vicios en cuanto a los dos aspectos anteriores pero que formen parte de un procedimiento nulo para otras razones y que la causa de esta nulidad deje sin valor esa prueba. El resultado será entonces el mismo: Que el indicio que de esta surja, carecerá de valor. La parte interesada y el Juez deberá proveer a la ratificación de esas pruebas si es procedente, o a su repetición, para solucionar este problema.¹⁵¹

Que la ley no prohíba investigar el hecho indicador. Cuando por razones sociales morales o de otra índole, la ley prohíba investigar un hecho, las pruebas que por error del Juez practiquen sobre este quedan viciadas de nulidad, por objeto ilícito. Por consiguiente el juez no puede reconocer valor alguno al indicio que resulte de un hecho que la ley prohíba investigar, ni a los indicios que si bien consisten en hechos cuya prueba esta permitida, tienen por objeto demostrar la existencia de otro hecho cuya investigación

¹⁴⁹ IBIDEM pág 313 y 314

¹⁵⁰ IBIDEM Pag. 315

¹⁵¹ IBIDEM Pag. 315

prohíba la ley. Así ocurre por ejemplo respecto a la concepción del hijo de mujer casada con un hombre distinto de su marido, en vida de este, a solicitud de una tercera persona.¹⁵²

2.4.5.-REQUISITOS PARA LA EFICACIA PROBATORIA DE LOS INDICIOS.

Una cosa es que existan indicios procesalmente validos del hecho desconocido que se investiga y otra muy distinta que esos indicios tengan eficacia probatoria para que el juez declare la existencia o inexistencia de aquel hecho; es decir, tal como ocurre con cualquier otro medio de prueba la de indicios plena y validamente establecidos, puede resultar insuficiente o ineficaz para otorgarle al Juez la certeza que necesita sobre el hecho que investiga.¹⁵³

Todo indicio tiene alguna significación probatoria, debido a la conexión lógica que lo relaciona con el hecho desconocido que se investiga, pero, salvo cuando se trate del caso, excepcional de un indicio necesario, ese contenido probatorio varía respecto de cada uno y del conjunto formado por varios, desde el mínimo hasta el máximo grado en escala imposible de predeterminar.¹⁵⁴

Los resultados dependen fundamentalmente de la preparación del juez y del método adecuado o inadecuado que siga para precisar su valor probatorio.

El principio de que mientras el juez no tenga certeza sobre el hecho, no puede considerarlo probado, rige siempre, cualesquiera que sean los medios empleados para verificarlos, en toda clase de procedimientos. Y para que esa

¹⁵² IBIDEM Pag. 315

¹⁵³ IBIDEM Pag. 316

¹⁵⁴ IBIDEM Pag. 316

certidumbre pueda ser adquirida con fundamento en los indicios que aparezcan plena y validamente probados, son indispensables los siguientes:

La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado. Cuando se trata de probar simples hechos jurídicos, la prueba por indicios es siempre conducente, tal como ocurre con la de testigos. Pero cuando se trata de actos jurídicos, pueden existir algunas restricciones legislativas al empleo de este medio de prueba, las cuales son frecuentes en los sistemas de tarifa legal, pero también en los de libre valoración, e inclusive en el proceso penal se presentan algunos casos de limitación a la conducencia de esta prueba, es porque se trata de actos jurídicos para cuya existencia o validez deja la ley una formalidad o un documento, o porque para ciertos efectos jurídicos se exige una prueba especial.¹⁵⁵

Que esté descartada razonablemente la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente, por otra de la casualidad o el azar. La fuerza probatoria de los indicios depende de la mayor o menor firmeza de la conexión causal que existe entre ellos y el hecho desconocido que se investiga. Por consiguiente existe la posibilidad de que se trate de una falsa conexión, creada por obra del azar, el juez no puede fundar sólo en ellos su convencimiento porque no serán una prueba plena.¹⁵⁶

Que se haya descartado razonablemente la posibilidad de la clasificación el hecho indiciario por obra de terceros o de las partes. Es otro requisito implícito en la exigencia legal de la plena prueba del hecho indicador. Está posibilidad es mejor que la anterior y la del traslado del cadáver de la

¹⁵⁵ IBIDEM Pag. 317

¹⁵⁶ IBIDEM Pag. 318 y 319

víctima del delito a un lugar diferente; huellas de sangre estratégicamente colocadas; utilización de manos ajenas o su colocación donde incriminen a un inocente, alineación de los mojones o señales de un lindero.¹⁵⁷

Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador y el indicado. Este requisito rige tanto para el indicio necesario, como para el contingente, apenas cambia el carácter de ese vínculo de causalidad, que en el primero es constante e ineludible por lo que uno sólo engendra la certeza, al paso que en el segundo es apenas ordinario y corriente, porque corresponde al modo natural de ser, y, por lo tanto, solo significa una probabilidad de grado mayor o menor según las circunstancias de cada caso, sin embargo, la concordancia y la convergencia de varios indicios contingentes pueden elevar esa probabilidad hasta convertirla en certeza, porque esa relación de causalidad aparezca para ser cierta, respecto de cada indicio en particular y con mayor razón de su conjunto. El examen de este requisito debe hacerse con la ayuda de la lógica, basada en las reglas generales de la experiencia, que forman parte del patrimonio cultural del juez cuando se trata de indicios comunes en las reglas técnicas que le suministren los peritos.¹⁵⁸

Que se trate de una pluralidad de indicios, si son contingentes. Puesto que esta clase de indicios, se basa en los principios de la causalidad y la analogía, de acuerdo con la manera ordinaria o corriente como se suceden ciertos hechos físicos o actuales de las personas es lógico que uno sólo representa apenas un argumento de probabilidad, mas o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga.

¹⁵⁷ IBIDEM Pag. 320

¹⁵⁸ IBIDEM Pag. 322

Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones le nieguen el valor de plena prueba al indicio contingente único, así sea muy grave, en oposición a lo admitido, lógicamente para el indicio necesario. Pero al juez le corresponde definir cuando dos o más constituyen plena prueba, sin que pueda fijarse previamente su número. Y debe ser una pluralidad real de indicios autónomos o separados, y no aparente; lo último se presenta cuando varios hechos constituyen en realidad un solo indicio, porque son apenas sucesivos momentos o partes integrantes de una misma circunstancia o del mismo acontecimiento, como cuando se aprueba que el sindicato odiaba a la víctima de un homicidio, que lo había agredido en una ocasión y que en otra lo amenazó de muerte, porque apenas constituyen el indicio de la enemistad.¹⁵⁹

Que varios de los indicios contingentes sean graves, concurrentes o concordantes. Puesto que los indicios no se cuentan, no basta que aparezcan probados en número plural; es indispensable que examinados en conjunto, produzcan la certeza sobre el hecho investigado, y, para que esto se cumpla, se requiere que varios sean graves, que concurren a indicar el mismo hecho y que administren presunciones que converjan a formar el convencimiento en el mismo sentido. El olvido de esto constituye error de derecho. Si varios indicios son leves o de poco valor probatorio porque la relación de causalidad con el hecho indicado ni es clara ni precisa, de su conjunto tampoco podrá resultar la certeza necesaria para que el juez base en ellos su decisión. Pero uno o varios leves pueden concurrir con otros graves y en conjunto dar la seguridad indispensable para constituir plena prueba.¹⁶⁰

¹⁵⁹ IBIDEM Pag. 322

¹⁶⁰ IBIDEM Pag. 323 y 324

Que no existan conraindicios que no puedan descartarse razonablemente. Si son varios indicios graves, pero no concurrentes, concordantes y convergentes hacia un mismo hecho resulta disminuido o desvirtuado totalmente, según la importancia de la oposición que entre ellos exista. De ahí que otro de los requisitos para la eficacia de esta prueba, es la ausencia de conraindicios, y de motivos informantes de las inferencias que de ellos se obtienen, que le quiten convicción a los primeros. Se entiende por conraindicios los hechos indicadores de los cuales se obtiene una inferencia contraria a la que suministran otros indicios.¹⁶¹

Que se han eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos informantes de la conclusión adoptada. Es muy frecuente que un mismo hecho indiciario se preste a diversas inferencias que conduzcan a distintos resultados por ejemplo, el hecho probado de que en determinada máquina se haya elaborado la misiva utilizada para un chantaje o una extorsión, puede significar que esta fue escrita por el dueño de esa máquina, por alguno de sus empleados o por un tercero que visito la oficina donde se encontraba.¹⁶²

Que no existan pruebas de otra clase que afirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos. Es otro requisito elemental y se basa en la misma doctrina y en los textos legales mencionados en los puntos anteriores. Esa prueba en contrario puede ser simplemente informativa de los hechos indiciarios o puede demostrar plenamente otro hecho opuesto al indicado por aquellos, en ambas hipótesis, si no puede desecharse razonablemente esa otra prueba, de acuerdo con una sana crítica severa y

¹⁶¹ IBIDEM Pag. 325

¹⁶² IBIDEM Pag. 326 y 327

global, todas las adiciones al proceso, la indiciada perderá su mérito probatorio.¹⁶³

Que se pueda llegar a una conclusión más precisa y segura, basada en el pleno convencimiento o la certeza del juez. Si luego de examinar los anteriores requisitos, el juez se encuentra perplejo o inseguro sobre la verdad del hecho.¹⁶⁴

¹⁶³ IBIDEM Pag. 328

¹⁶⁴ IBIDEM Pag. 328

CAPITULO 3

FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

3.1 DEFINICIÓN, CONCEPTO y FINALIDAD

La exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, se relaciona directamente con el principio del estado democrático de derecho, convirtiéndose en una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional; apoyada esencialmente en la constitución y leyes penales; precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La constitución requiere que el juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional, los fundamentos de la sentencia, se deben dirigir también, a lograr el convencimiento, no solo del acusado, sino también de las otras partes del proceso respecto de la correcta decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal para lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad.

Por otra parte como es generalmente conocido se privaría en la practica a la parte afectada por aquella del ejercicio efectivo de los recursos que la pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Solo si la sentencia esta motivada es posible que los Tribunales que deban atender el tramite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del derecho y al Tribunal constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del Art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa que ejerció la potestad jurisdiccional "sometido únicamente al imperio de la Ley", de la forma que lo establece 117.1 de la constitución.

Una verificación de esta naturaleza solo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentar la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes.¹⁶⁵

Tal es el caso del artículo 130 del código procesal penal que expresa que es obligación del juzgador o tribunal fundamentar bajo pena de nulidad, las sentencias, los actos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresa con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas; así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso la fundamentación de las resoluciones.

Por tal razón es que la función de la motivación o fundamentación de la resolución judicial, tiene como fin permitir el control de la actividad jurisdiccional. En este sentido el juzgador debe esforzarse para aplicar la ley de un fallo imparcial y libre de toda arbitrariedad de lo contrario la resolución judicial no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos ni permitiría el control correspondiente a otras instituciones por vías de recursos.

Cuando hablamos de la motivación de las resoluciones judiciales estamos hablando de la existencia de un silogismo judicial en el que son distinguibles la premisa mayor, la premisa menor y la consecuencia. La

¹⁶⁵ Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal C.G.P.J. Pagina 98-99

motivación o fundamentación constituye el porqué de la decisión pero no la forma de llegar a ella. La motivación o fundamentación de la resolución judicial constituye, por tanto, como regla general una explicación posterior a la decisión.¹⁶⁶

El deber de motivar las resoluciones judiciales tiene como razón fundamental la de facilitar el control de las resoluciones judiciales y la actividad jurisdiccional: tanto para otros tribunales mediante vía de recursos como para las partes que han intervenido en el proceso y el resto de la sociedad.

Si el juez explica las razones de su decisión es posible controlar si efectivamente esa resolución se encuentra apegada a derecho y dentro de la lógica racional y la legalidad o si, por el contrario, dicha decisión es consecuencia de la arbitrariedad; este control de la actividad judicial, permite hacer realidad no solo la interdicción de la arbitrariedad, sino que al mismo tiempo, garantiza la práctica del principio de igualdad, pues la fundamentación de la resolución judicial expone razones, interpretaciones y tomas de decisión que vincularan en cierta medida al juez o tribunal superior a la hora de dictar futuras sentencias.

La razón circunscrita al control de la actividad judicial son dos: por una parte la motivación o fundamentación debe regirse a lograr el convencimiento del acusado y demás partes del proceso sobre la corrección y justicia de la decisión judicial: y por otra parte la motivación al mostrar los razonamientos de la decisión, posibilita a la parte procesal la interpretación de los recursos. Estas dos últimas razones; aunque pueden parecer correctas, requieren de alguna matización; por ejemplo: "mas que hablar de "convencimiento " debe llamarse

¹⁶⁶ Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal C.G.P.J. Pagina 113-114

"explicación"; ya que para el acusado, y demás partes procesales y la sociedad en general, la motivación o fundamentación de la resolución judicial, no es mas, que una explicación de la decisión tomada por el juez; mediante la motivación o fundamentación se trata de explicar que no hay arbitrariedad en la decisión, sino razones legales que conducen a la resolución que se adopta.¹⁶⁷

Cuando hablamos de fundamentación o motivación uno de los mas grandes problemas que surgen, es el de determinar "que" debe ser objeto de motivación, "como" debe llevarse a cabo la motivación y "con que amplitud" es necesario motivar una resolución judicial para cumplir con lo establecido en el articulo 130 del C.PR. PN, por lo que es necesario afirmar que una resolución judicial ha de ser completa en todos sus aspectos y suficiente para contestar a la pregunta relativa de el porque una persona ha sido absuelta o condenada, de manera que en su caso otra persona que tuviera que juzgar el supuesto pudiera llegar a idéntico resultado; y eso solo es posible si se excluye la arbitrariedad en la formación de la resolución y se la somete a la obligación de ajustarse a lo que se derive de la lógica, las reglas de la experiencia y a la publicidad del razonamiento.

Tomando en cuenta los textos citados y las diferentes opiniones de los juristas que hemos abordado en este apartado, para nosotros la definición de la fundamentación de la resolución Judicial que emite el Juez de paz en la Audiencia inicial es: " Es explicar detalladamente cada una de las razones y motivos que el Juez adopta o toma de base; y así poder dar ciertos pasos intelectuales que lo conducen a un resultado del porque se tomaron esos pasos y se llego a esa decisión. No basta enunciarlos o describirlos; hay que analizarlos.

¹⁶⁷ Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal. C.G.P.J. Pagina 99

FUNDAMENTACIÓN

Art. 130.- Es obligación del juzgador o tribunal fundamentar bajo pena de nulidad las sentencias, los autos y aquellas providencias que lo ameriten. La fundamentación expresará con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba.¹⁶⁸

La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes no sustituirán en ningún caso a la fundamentación.

Comentario

La fundamentación o motivación de las resoluciones judiciales es la explicación que realiza la propia resolución judicial de las razones por las que se ha llegado a una conclusión de hecho o derecho y en consecuencia por qué se ha adoptado una determinada decisión. Y el art. 3 CPP al enunciar como uno de los principios básicos del proceso el de imparcialidad de los jueces obligan a estos a establecer en las actuaciones las circunstancias que perjudican o favorecen al imputado y cuando tomen decisiones añade el precepto- deberán fundamentar tales circunstancias y las pruebas de cargo y descargo. Esa obligación de fundamentar aparece configurada como una garantía para evitar la parcialidad de los jueces y por ello la arbitrariedad.

¹⁶⁸ Comentarios al Código Procesal Penal C.N.J.

El art. comentado reitera la obligación de fundamentar y exponer con claridad en qué consiste ésta al indicar que la fundamentación deberá expresar con precisión los motivos de hecho y derecho en que se basan las decisiones tomadas así como el valor que se otorga a los medios de prueba. Los motivos de hecho son aquellos sucesos que se producen fuera o dentro del proceso y que producen determinadas consecuencias jurídicas. Los motivos de derecho, las razones o previsiones legales que determinan la producción de estas consecuencias. En cuanto que los hechos son sucesos cuya efectiva realización debe constatar, la motivación de la resolución exige también que se exprese el valor que el tribunal ha atribuido a las pruebas o elementos capaces de demostrar en el proceso la existencia de los referidos sucesos; y también el razonamiento de inferencia que ha llevado a establecer a través de dichas pruebas la existencia cierta del acontecimiento.

La motivación tiene por lo tanto la finalidad de explicar por qué se produce una determinada resolución, cuales han sido las razones que han llevado al juez a adoptarla a fin de constatar que no incurrió en arbitrariedad. Tiene también una función de control, pues la explicación del proceso racional que ha llevado al juzgador a tomar una determinada resolución permite que por otro tribunal superior puedan constatar la consistencia de los razonamientos empleados y si el juez ha incurrido en error o incluso en arbitrariedad. La falta de motivación produce por ello perjuicio al derecho de defensa ya que difícilmente puede combatirse una resolución si se ignora las causas por las que ésta se produjo. En este sentido concurre en las resoluciones que debiendo fundamentarse no lo han sido, el requisito que para la declaración de nulidad exige el Art 233 CPP.

La resolución no fundada en la medida en la que adolece de un defecto esencial puede ser declarada nula. Es particularmente ilustrativo el art. 362

CPP, que considera vicio de la sentencia que habilita la casación la falta de fundamentación de la sentencia y expresamente enuncia cuando se entiende que la fundamentación es insuficiente: cuando se utilicen formularios afirmaciones dogmáticas o se utilice por fundamentación el simple relato de hechos o cualquier otra forma de reemplazada por relatos insustanciales.¹⁶⁹

Actos Definitivos e Irreproducibles

En el proceso penal la regla es que la prueba sólo se constituye en el juicio o, más propiamente, en la vista pública, sometida al control judicial y al contacto inmediato y contradicción de las partes. Por tanto, el reconocimiento de validez a ciertos actos no practicados de esa manera, forma parte de los elementos que el juez tomará en cuenta para decidir el caso, sólo puede ser la excepción.

Esa excepción tiene como fundamento el interés público que rige en el proceso penal, o sea su importancia independientemente de la voluntad de los sujetos particulares que en el interviene, ya que se persiguen un fin esencial para el Estado y la convivencia social pacífica: descubrir lo que realmente pasó en el caso que se juzga y sancionar o imponer la pena correspondiente. Sin embargo, ello también significa que en su realización se restringe el derecho de defensa del imputado y por eso importa mucho conocer los casos en que tales excepciones son admitidas.

¹⁶⁹ Idibem

Definición

Todas las excepciones a la “prueba en juicio” constituyen los llamados “actos definitivos e irreproducibles”. Se llaman así porque pueden incorporarse a la vista pública sin necesidad de mejorarse o repetirse, pues la ley así lo permite.

Además, no se pueden llevar a cabo en idénticas condiciones. Así por ejemplo, la inspección policial en la escena del delito, un peritaje que destruye o agota la evidencia sobre la cual se practica, el reconocimiento en rueda de personas que se le practica al imputado, la declaración de un testigo que está a punto de morir o que debe salir del país, etc.

Se reconocen tres tipos de actos definitivos e irreproducibles: la prueba preconstituida, los actos de suma o grave urgencia y los anticipaos de prueba.¹⁷⁰

Pruebas preconstituida

La normativa procesal penal no contiene una regulación propia de esta clase de prueba. Es decir que no establece ninguna diferencia entre lo que se entiende como prueba preconstituida en el proceso civil y lo que puede calificarse así dentro del proceso penal. Por ello, la definición debe ser común a ambos campos normativos. En ese sentido, prueba preconstituida son actos realizados o practicados antes del inicio del proceso. Esta definición, limita a la prueba documental y específicamente instrumental. Por ejemplo, la certificación

¹⁷⁰ Revista Judicial Folleto Informativo C.N.J. Escuela de Capacitación Judicial

de una partida de defunción, la escritura pública de propiedad de un inmueble, los estados financieros de una empresa.

La prueba documental, es entendida en dos sentidos:

- a) Como toda manifestación escrita del pensamiento, o sea los instrumentos o documentos (públicos, auténticos o privados)
- b) Como otras formas de expresión del pensamiento que no sean por escrito (una fotografía, una grabación en video)

Según el Art. 330 No 4, cuando el CPP utiliza la expresión “prueba documental” lo hace en el primero de estos sentidos (pues regula que se incorporará “por lectura”), o sea para referirse exclusivamente a los instrumentos y no a otro tipo de objetos ilustrativos de un acto humano.

Actos de suma, grave o extrema urgencia

Los actos definitivos e irreproducibles de suma urgencia son aquellos que necesariamente deben realizarse de forma inmediata para el mayor éxito de la investigación, pues de ellos depende su eficacia. Como consecuencia lógica de esa “urgencia”, en dichos actos no es posible, y la ley no lo exige, permitir la presencia del defensor, el imputado, la víctima y en definitiva, de todas las partes. Entonces, ellos se realizan sin control judicial ni de otros sujetos del proceso.

En general, están referidos a actos practicados al inicio de la investigación, en cumplimiento de las atribuciones policiales reguladas en los Arts. 241 No 3 y 244 inc. 1º CPP en algunos de estos casos, la ley permite que dichos actos sean incorporados a la vista pública mediante la lectura de las

actas en que se hacen constar Art. 330 No 4 CPP. Por ejemplo: la inspección policial en la escena del delito y la requisita personal o de vehículos.

Por otro lado, hay ciertos reconocimientos médicos forenses que se practican sin control judicial ni de las partes y se debe precisamente a la urgencia grave o extrema que su propia naturaleza exige para que no sea inútil su realización. Por ejemplo: El reconocimiento médico legal de genitales de una mujer violada, para que no desaparezcan las manchas de semen o se pierdan los vellos púbicos del autor; la autopsia, para que no se pierdan los signos que permitan establecer la causa y tiempo de la muerte. Hay otros en los que la urgencia está determinada por la ubicación del acto en la estructura del proceso penal y su relación con los plazos legales. Es decir, que la información resultante precisa ser obtenida antes de cierto tiempo, por su relevancia para fundar una decisión judicial que permita el avance de dicho proceso. Esto ocurre, por ejemplo con algunos informes que elaboran los miembros de la División de Policía Técnica y Científica.

En estos casos, no obstante su calidad de acto de suma urgencia, la incorporación a la vista pública no puede ser mediante la simple lectura, sino a prueba pericial. Art, 346 CPP. Esto se sostiene porque distinto de los actos de intervención policial en la escena del delito, en caso de estos reconocimientos e informe, la ley no prevé su incorporación por mera lectura ya que en su realización hubo restricciones para el control judicial y de las partes, este debe propiciarse aunque sea posteriormente, cuando no dispone un procedimiento específico de incorporación de elementos, admite que se haga según el medio de prueba mas parecido, en estos casos, dicho medio es interrogación de peritos. Entonces, lo procedente es ofrecer como prueba la declaración del médico o técnico, para que en la vista publica se controle la veracidad e idoneidad del informe. Este documento puede ser ofrecido para que el

declarante lo consulte durante el interrogatorio en todo caso, ante cada acto concreto, aunque sea de suma urgencia, hay que agotar la posibilidad de permitir la presencia del juez y de las partes.¹⁷¹

Anticipos de prueba

Son también actos definitivos e irreproducibles pero, a diferencia de los anteriores, no presentan una urgencia extrema para que su realización sea efectiva o útil. En consecuencia, se puede y se debe procurar que tanto el juez como las partes estén presentes durante su realización, pues sólo así tendrá valor de prueba en la vista pública.

Como puede observarse, el nombre de estos actos deriva precisamente de la necesidad de anticipar las condiciones de la vista pública. A ello se refiere el Art. 270 CPP, al decidir sobre la autorización de estos actos, el juez debe tener muy presente que ellos implican restringir derechos de las partes (las obliga a controlar un acto de prueba teniendo menos información previa o con su estrategia menos desarrollada, que si se realizara durante la vista pública) y formas importantes del juicio (el control directo del juez que valorará esa prueba para dictar sentencias en el caso). Por ello, en la evolución de las solicitudes de anticipos de prueba debe inclinarse por limitar su utilización a los casos en que sea indispensable.

Hay supuestos en que se practican sin necesidad. Por ejemplo, cuando se repite durante la instrucción un informe técnico o un reconocimiento médico que se realizó al principio como acto de suma urgencia, para judicializarlo. El personal experto de instituciones estatales u oficiales, permanentemente

¹⁷¹ Idibem

dedicados a aplicar sus conocimientos especializados para ayudar a la administración de justicia, no requiere cumplir con el procedimiento y formalidades ordinarias de la prueba pericial.

Esto se afirma porque:

- a) tiene un vínculo funcional permanente con el fiscal;
- b) el procedimiento de incorporación de sus datos a la vista pública puede ser mediante su declaración experta, según ya fue propuesto. En consecuencia en la vista pública serán juramentados. El juramento es un medio de presión moral para que actúen verazmente. No es indispensable para otorgar relevancia a los informes durante la instrucción, ni su ausencia impide que se deduzca responsabilidad penal a quien actué falsamente;
- c) la posibilidad de solicitar su sustitución porque se la idoneidad del experto o su informe (recusación), existe si se ofrece como medio de prueba durante la etapa de análisis de los resultados de la instrucción (fase intermedia del proceso)

Además hay que recordar que las operaciones a que se refieren tales informes se practican bajo una grave urgencia, reconocida en la ley como justificación para obtener información válida, aunque no sea en el juicio propiamente dicho. Tomando en cuenta esto, si la incorporación a la vista pública mediante la declaración experta se vuelve difícil (por disposición física del técnico o médico, por interferencia de audiencias de diversos casos o con el trabajo ordinario pericial) puede aplicarse lo regulado en el Art. 330 Inc 2º CPP. Por supuesto, siempre que el informe se haya elaborado de conformidad con la normativa aplicable y su contenido no sea objeto de controversia entre las partes. En todo caso, la incorporación como prueba no significa dar por establecidas los hechos que el informe contiene. La valoración de esos datos debe ser realizada posteriormente.

Las repeticiones de prácticas periciales (técnicas o médicas) realizadas a título de judicialización, atenta contra el uso eficiente del tiempo en el proceso. La instrucción formal no debería servir para ratificar ante el juez actos que el encargado constitucional de la investigación ya realizó. Las formalidades (como la designación, el nombramiento y el juramento) son medios instrumentos, no fines en sí mismas. Cuando un acto pericial del instituto de medicina legal y de la división de Policía Técnica y Científica, los propósitos de esas formalidades no son aplicables y por tanto, ellas tampoco.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ACTIVIDAD PROBATORIA

Nada más apropiado que invocar la interpretación que del 24.2 CE impuso el TC y a cuyo rebufo se situó -qué remedio- el TS. En la STC 3111981 se prescribía que para «desvirtuar la presunción de inocencia es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado».¹⁷²

Pero la fórmula «mínima actividad probatoria de cargo» se prestaba - suele pasar- a significados diversos. En concreto a tres, como acredita el progresivo entendimiento que de esa expresión ha sostenido el TC. No se trata, aclaro, de tres versiones incompatibles entre sí. Al contrario, la segunda necesita de la primera como condición de posibilidad, y la tercera de las dos anteriores por idéntica razón. Comprobémoslo. La «mínima actividad probatoria de cargo» implica, de entrada, que haya pruebas inculpatorias (si no, queda descartada la «actividad probatoria»); supone, además, que las pruebas existentes sean incriminatorias (de lo contrario, no sería de «cargo»); y,

¹⁷² IGARTUA SALVARRIA Juan “La motivación de las Sentencias Penales ob. Cot. 142 y 143 y 144

finalmente, se sobreañade que las pruebas sean suficientes para destruir la presunción de inocencia (porque, de otro modo, no se llegaría al «mínimo» exigible de la actividad probatoria).

Un breve alto antes de proseguir. Quizás alguien me discuta que el adjetivo «mínima» (referido a la cantidad de «actividad probatoria de cargo») debe entenderse no (o no necesariamente) como «suficiente» sino como «alguna»; de modo que bastaría «alguna actividad probatoria de cargo» para destruir la presunción de inocencia. Tal objeción, lingüísticamente plausible, con todo no se tiene en pie si nos remitimos a la época en la que el TC ha perfilado ya su idea al respecto. Aludo a la STC 174/85 en la que, aun a la vista de pruebas indiciarias incriminatorias, se otorga el amparo porque en la sentencia recurrida falta el razonamiento inferencial que enlaza los indicios con el hecho que debe probarse. Es decir, hubo sí alguna actividad probatoria de cargo, pero no la suficiente a los ojos del TC y en perfecta sintonía con el TC, el mismo Presidente de la Sala 28 del TS aclara que «si hubo o no prueba de cargo es algo que se relaciona con el tema de la suficiencia».¹⁷³

Continúo. Determinar si ha habido o no la dichosa «mínima actividad probatoria de cargo» se desmiga, por tanto, en un triple juicio: respectivamente sobre la existencia, la congruencia y la suficiencia de las pruebas. Seguramente nos llevaría lejos desentrañar la naturaleza de cada uno de estos juicios, pero, de cualquier modo, debe descartarse que al menos el tercero de ellos (el juicio de suficiencia) esté exento de elementos valorativos. En un castellano menos opaco: cuando el tribunal de instancia estima que hay prueba de cargo suficiente, está realizando ya un ejercicio de valoración sobre el material probatorio; y cuando el TS casa una sentencia o el TC concede el amparo

¹⁷³ Ibidem pág. 144 y siguientes

porque la actividad probatoria no alcanza el mínimo exigido, ¿qué otra cosa hace sino valorarla distintamente que el tribunal de instancia?

Por descontado, no es lícito que el TS o el TC suplanten por las buenas la valoración de instancia por la suya propia. Deben razonar por qué juzgan insuficiente la producción probatoria a los efectos de emitir un fallo condenatorio.

Y repárese, también, que en asunto de pruebas, no todo está irrecuperablemente mediatizado por la participación directa en la vista; pues los magistrados del TS o del TC que ponderan si ha habido o no suficiente actividad probatoria no la han presenciado personalmente; conocen los datos a través de los papeles.

Pero sea lo que fuere de ello, es otra la valoración que el TS considera incontrolable (que no se puede o no se debe controlar). Recuérdese que en el tríptico analítico diseñado por el TS -según se vio páginas atrás-, la «mínima actividad probatoria de cargo» es la primera estampa. Pero la valoración genuinamente insindacabile -como diría un italiano-- es la que viene en tercer lugar, como colofón de lo que el juez de instancia ha percibido inmediatamente (que se da el segundo momento).

Pese a que tamaña construcción me parece excesivamente artificiosa, me atenderé a ella sólo por finalidades dialécticas. Aceptaré, por tanto, diferenciar la operación valorativa que entraña determinar si ha existido o no actividad probatoria suficiente, por un lado; y por el otro, la valoración plenaria y

última que concluye en la condena o en la absolución de un sujeto concreto (la referenciada en el art. 741 LECr).¹⁷⁴

Decisión y Justificación

Todo el mundo admite que justificar una decisión judicial es el cometido central de la motivación en las sentencias. Ahora bien, hay que remar muy contra corriente para defender que la justificación (la motivación de una sentencia) obedece a una dinámica a lo mejor distinta -y sin ninguna escandalera- del proceso mental que conduce a la búsqueda de una decisión. Y es que tanto la jurisprudencia más granada (la del TC y TS) como la doctrina dominante permanecen todavía cegadas por la concepción psicologista de la justificación (motivación), según la cual ésta describiría el proceso mental del juez y la decisión quedaría válidamente justificada (motivada) en cuanto fuera la adecuada descripción de un proceso mental lógica y jurídicamente correcto. Por eso, la *communis opinio* sigue sin ver la referencia entre el itinerario mental que recorre el juez para convencerse de que fulanito de tal es autor de un delito y las razones con las que aquel trata de acreditar la racionalidad de su convencimiento.¹⁷⁵

Afortunadamente, se viene haciendo camino el enfoque que -de la mano de la iusteoría más solvente, en mi opinión he preconizado líneas arriba. La motivación consistiría en justificar decisiones y no en describir procesos mentales y queda fuera de toda duda -al menos para mí- que ésta no es una de esas *questiones disputatae* sobre las que caben discrepancias defendibles. El paralogismo al que aboca la idea de la justificación (motivación) como

¹⁷⁴ *Ibidem* pág. 144 y siguientes

¹⁷⁵ *Ibidem* pág. 144 y siguientes

descripción de un proceso mental queda ejemplarmente verificado en una sentencia en la que -esta vez- el TC se pilla los dedos clamorosamente. En la STC 55/1987 se examinaba una demanda de amparo en base a que un determinado juez no motivó debidamente su decisión. Y el Alto Tribunal otorgó el amparo solicitado porque «en casos como el presente se hace manifiesto que la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión no ha alcanzado un grado suficiente de expresión». ¿Ah, sí? ¿Y cómo les consta eso a ustedes, señores magistrados?

La tesis psicologista de la justificación (motivación) carece, encima, de toda operatividad porque lo que posibilita el convencimiento de las partes, los recursos, el control en casación, etc., es, a la postre, el vigor o la endeblez de las razones que esgrime un juez o un tribunal. Importa un bledo que esas razones hayan sido pensadas antes, durante o después de tomada la decisión. Por ello, hay que salir al paso de la temerosa sospecha de que, a veces, los jueces justifican sus decisiones ex post, como si esto fuera un comportamiento tramposo (C21), Seamos claros. Tensando el argumento: qué más da que el juez condene a un individuo movido por el afecto/desafecto hacia el acusado si, después, logra motivar su decisión con razones inapelables. Cargar las tintas sobre la sinceridad y la honestidad del juzgador revela –intuyo un complejo de inferioridad, una resignada desvalorización del razonamiento judicial: es decir, ya que en el proceso se pueden justificar las soluciones más dispares (y disparatadas), por lo menos se debería exigir del juez algunas virtudes morales.

Pues bien, mantengo aquí que la catadura moral del juzgador no hace bueno o malo ningún razonamiento justificatorio. La valía de las razones no depende de la probidad de quien las sustente (no se me escapa que postura

tan radical debería templarse un poco con los oportunos matices; pero prefiero cargar las tintas para resaltar algo que suele pasar desapercibido).¹⁷⁶

Por si faltara algo, la susodicha concepción psicologista de la justificación (motivación) se acompaña encima de otra contraindicación, ya que propicia las alucinaciones de confundir molinos con gigantes, esto es, de ver problemas imaginarios. Es lo que les ha pasado, entre otros muchos y sin menoscabo del respeto y admiración bien merecidos a dos presidentes; uno (que lo fue) del TC y otro (actual) del TS. El uno, al enumerar las dificultades inherentes «a la explicitación del razonamiento concerniente a la valoración de la prueba», especifica que «la primera creo que puede plantearse en los órganos penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez pueda recorrer para llegar a la certeza, aun apreciando unas mismas pruebas y aun llegando a la convicción de la culpabilidad del acusado». El segundo, ante el presumible aluvión de detalles que exigiría al tribunal explicar pormenorizadamente el iter de su convencimiento, aconseja no ser puntilloso en la exteriorización de su convicción íntima «porque en un tribunal colegiado...no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de la culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra, por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no sé cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos» Hombre, no; no es eso.

Se da por descontado -con fundamento- que los humanos compartimos algunas facultades (la razón sobre todo) por mucho que nuestras biografías y experiencias personales sean la mar de variopintas y diversas. Por eso, cuando los asuntos adquieren una dimensión civil, es decir social -como acontece con el ejercicio jurisdiccional han de ser gestionados por procedimientos inter

¹⁷⁶ Ibidem pág. 146 y siguientes

subjetivamente controlables. Ningún matemático equivocaría la demostración de un teorema, o ningún científico-empírico la verificación de un aserto, con una página de su diario personal o con una historia de vida. Ni se me pasa por la cabeza que un equipo de historiadores a quienes se encomiende la investigación de un hecho (p. ej. si Oswald disparó contra Kennedy en Dallas), se descolgara caricaturizando bastante, lo reconozco-con este informe: «La comisión considera que así fue, pero como los distintos miembros de la misma hemos llegado a este convencimiento a través de singulares procesos mentales, se nos pone en un aprieto si se nos exige que exterioricemos en una única crónica lo que ha pasado por nuestros cerebros». Vamos, sería inaudito. Pues aquí rige la misma regla.¹⁷⁷

3.2. Libre Valoración De La Prueba Y Motivación Fáctica

La libre valoración de la prueba exige, como consecuencia necesaria, la motivación fáctica de las sentencias penales. Esta debe entenderse no desde una concepción psicologista, como la descripción del iter o proceso/s mental/es seguidos por el juzgador para formar su convicción acerca de los hechos objeto del proceso, sino como la justificación de la decisión judicial. Es la cara externa de la valoración. La motivación se erige, así, en la justificación de la decisión previamente adoptada por el Tribunal u órgano sentenciador, y se traduce en la exteriorización de aquellas razones "razonables" (buenas razones) que el órgano jurisdiccional ofrece para mostrar la corrección o aceptabilidad de su decisión. En palabras de TARUFFO "la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la exposición de un razonamiento justificativo mediante el que el juez muestra que la decisión se funda sobre

¹⁷⁷ Ibidem pág. 146 y siguientes

bases racionales idóneas para hacerla aceptable. La motivación es, pues, una justificación racional elaborada ex post respecto de la decisión, cuyo objetivo es, en todo caso, permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión".

La distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, elaborada en el campo de la epistemología, aplicada al ámbito de la valoración probatoria permite superar la concepción psicologista de la motivación. La valoración de la prueba comprendería dos procesos: uno decisión y otro justificatorio.¹⁷⁸

Contrariamente a lo que tradicionalmente se viene sosteniendo, la inmediación, como la exigencia de relación "in-mediata" o directa, sin intermediarios, entre el Juez y las fuentes originarias de prueba, no es un método para el convencimiento del juez, esto es, un método de valoración probatoria, sino una técnica para la formación de las pruebas, un método de captación de datos efectivamente observables y constatables para su posterior valoración racional. Esta concepción de la inmediación posibilita el control de la valoración probatoria por parte de las instancias judiciales.

3.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

Los hechos declarados probados deben subsumirse dentro de unas categorías jurídicas, valorando los hechos y circunstancias que han concurrido para que ese resultado se produzca y si la persona procesada es responsable o no del delito que se le imputa. El juez debe fundamentar su resolución en los fundamentos de derecho, debiendo incluir una explicación lógica acerca del

¹⁷⁸ Revista Judicial C.N.J. Pagina 61 y siguientes

razonamiento realizado a través del cual ha llegado a la certeza de que, estos hechos que anteriormente han sido declarados probados son los que en realidad han ocurrido, exponiendo y valorando la prueba en la que se apoya, haciendo constar esas circunstancias en un fundamento jurídico: para hacer constar en otro fundamento lo relativo a la participación del acusado en el hecho posible; ya que se deben valorar las pruebas practicadas hasta llegar a la convicción a través de un razonamiento lógico y así llegar a lo estimado acreditado como lo es; El delito cometido, la participación del imputado en el hecho delictivo y las circunstancias modificativas.¹⁷⁹

Pero en el desarrollo de este razonamiento debe rechazarse el simple formalismo legal aplicando mecánicamente las calificaciones jurídicas a los hechos enjuiciados; ya que se debe de explicar razonablemente el porque se llega a esa conclusión de modo que sea entendido por los ciudadanos, valorando los hechos probados, la personalidad del acusado, explicando las circunstancias modificativas que concurren en el caso concreto y el porque se impone una determinada pena, evitando de esta manera la arbitrariedad y haciendo entendible para el imputado o acusado el porque se le impone esa pena o el porque se resuelve de esa forma, al no cumplir con esto el juez se expone al control que se ejerce mediante vía de recursos; para establecer si el juez en su resolución judicial ha cumplido o no con el principio de legalidad.¹⁸⁰

La calificación jurídica hecha en la acusación, en este caso en el requerimiento fiscal es un elemento que vincula al juzgador. En la resolución judicial emitida por el juez no puede considerarse una decisión judicial sobre hechos que no hayan sido planteados en la acusación o requerimiento fiscal; ya

¹⁷⁹ CASADO PÉREZ José María “La Prueba en el Proceso Penal Salvadoreño” Ob. Cit pág 142 y 143

¹⁸⁰ Cuadernos de Derecho Judicial. La Sentencia Penal C.G.P.J. Pagina 294

que en una sentencia no se pudiera considerar una pena mas grave a la contenida y solicitada en el escrito de acusación, en cuanto que en nuestro ordenamiento jurídico penal rige el principio acusatorio; tampoco puede condenarse a una persona por un delito distinto al establecido o imputado en el requerimiento fiscal o acusación; así mismo no pudiera apreciarse o resolverse sobre un grado de participación mas grave al establecido en el requerimiento o acusación; es decir que tiene que existir congruencia entre lo solicitado en la acusación y lo resuelto por el juez.¹⁸¹

Mas sin embargo; si existiere manifiesto error sobre la conducta delictiva o ilícito penal establecido en el requerimiento o acusación por no haberle dado la calificación jurídica correcta, el juez puede proponer en su resolución judicial una nueva calificación jurídica que recoja el contenido legal del hecho punible conforme a la valoración de la prueba. De todos es conocido que el juicio penal es contradictorio y que la conformidad realizada de forma expresa por el acusado y su defensor supone que la resolución carece de base contradictoria; ya que tanto en los hechos probados, en la calificación jurídica y en el fallo debe recogerse lo acordado por las partes; aunque existen excepciones sobre procesos penales que no toman en cuenta el principio de contradicción; y es en el caso de procedimientos abreviados y otras salidas alternas al proceso en el cual el defensor y el imputado se ponen de acuerdo con el fiscal o acusador y víctima y previa autorización del juez se resuelve conforme lo acordado por ambas partes quienes manifestaran su conformidad por la resolución dictada.

No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes el juez estime que carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o

¹⁸¹ Cuadernos De Derecho Judicial La Sentencia Penal C.G.P.J. Pagina 295

de su perceptiva atenuación; el juez resolverá en los términos que proceda; previa audiencia de las partes; claro fundamentando las razones y circunstancias que lo llevaran a eso.

La fundamentación jurídica de la resolución emitida por el juez, toma mayor relevancia cuando este toma su decisión o emite su fallo que es la razón de ser de la sentencia y toda resolución judicial siendo su consecuencia ultima, con la formulación de la condena o absolución del acusado en base a los argumentos usados en la motivación; especialmente en los fundamentos jurídicos; los cuales deben constar en caso de condena; así como la participación que el imputado haya tenido, el delito que se declara cometido, la individualización de la pena, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; así como lo referente a la responsabilidad civil y las costas procesales.

Es de carácter obligatorio que el juez ha de resolver en el fallo toda cuestión jurídica o pretensión de carácter sustantivo mantenida por las partes procesales, y si el juez no lo hiciera la sentencia incurriría en incongruencia omisiva careciendo de fundamentación jurídica.

Cuando hablamos de la fundamentación de la Resolución Judicial desde la perspectiva legal estamos hablando de los artículos del Código Procesal Penal, que definen la fundamentación y explica la forma de las resoluciones; en este caso hablaremos de tres artículos que para nosotros son los mas importantes y estos son el artículo 130,360 Y 361 del Código Procesal Penal.

Que la nulidad y sus efectos; esta claro que una resolución Judicial que carece de Fundamentación será nula y por lo tanto podrá ser revocada mediante los recursos que establece este Código; y el artículo 362 del C. Pr.

Pn. trata sobre los vicios de la sentencia y estos causan una omisión de Fundamentación; es decir toda resolución Judicial que este viciada no esta debidamente fundamentada.

La fundamentación o motivación es un requisito interno de las resoluciones judiciales, como la congruencia o la claridad, que es más exigible cuanto mayor sea el contenido decisorio de la resolución, por lo que es en las sentencias donde alcanza su máxima expresión.

La fundamentación de las resoluciones judiciales se concibe como un requisito insoslayable y obligatorio para los jueces y tribunales para lograr una aplicación razonada del derecho que exprese las razones que han llevado a adoptar una determinada decisión y no otra en el conflicto que todo proceso supone.

Es así que la fundamentación constituye una obligación judicial dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, cuya inobservancia se sanciona con la nulidad de la resolución que por vía de recurso para que haya de ser impugnada judicialmente por este motivo; por lo demás, y lejos de toda retórica, la fundamentación ha de alcanzar la categoría de derecho fundamental incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues esta solo se hace efectiva cuando frente a la arbitrariedad se impone una respuesta de fondo que resulte razonada.

La Doctrina y Jurisprudencia trata de la exigencia legal, como señala el Tribunal Constitucional español (SSTC 237/1997, de 22 de diciembre, 36/1998, de 17 de febrero), solo puede entenderse cumplida cuando se facilite al justiciable "las razones por las cuales se adopta la decisión hecha y que hace

constar en su parte dispositiva", puesto que deben exteriorizarse en la fundamentación de la resolución las razones determinantes del fallo.

Además, el razonamiento debe concretarse tanto en lo atinente a la prueba practicada, como a la norma jurídica aplicable, incorporándose a través de la valoración de la prueba los hechos cuya acreditación será la premisa de que deba partirse para la aplicación del derecho que, por la sumisión del juez al imperio de la ley, no podrá ser caprichosa sino precisamente razonada.

Así mismo, la Doctrina y Jurisprudencia trata sobre el FUNDAMENTO DEL DEBER DE MOTIVACIÓN y dice que el Tribunal Constitucional español menciona que la motivación introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder publico (STC 237/ 1997, de 22 de diciembre), y ha de tenerse en cuenta que solo a través de ella puede garantizarse la sumisión del juez al ordenamiento jurídico, pues la exteriorización de la fundamentación permite conocer si se ha respetado o no esa insoslayable vinculación que es garantía del adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por otra parte hace posible la confianza de los ciudadanos en los Tribunales de Justicia, lo que abunda en el buen funcionamiento del Estado de Derecho, al tiempo que de cara a las partes en el proceso permite su convicción sobre la corrección de la decisión de enjuiciamiento penal si se debe.

Finalmente permite ejercer debidamente el derecho de defensa ya que solo si se conocen las razones que han llevado a una determinada decisión pueden ser estas debidamente impugnadas por vía de los recursos oportunos, controlándose así la actividad jurisdiccional y alejándola de la arbitrariedad, de modo que la resolución no sea un mero acto de poder si no, sobre todo, un acto de la razón fundado en derecho de acuerdo a las reglas legales. Además la Doctrina y Jurisprudencia hace mención de la EXTENSION DE LA

MOTIVACION de la siguiente manera: El artículo 130 del C. Pr. Pn. sanciona con la nulidad la falta de fundamentación de las resoluciones, indicando que "habrá de expresarse con precisión los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones tomadas, así como la indicación del valor que se le otorga a los medios de prueba". La extensión de la motivación dependerá en cada caso de la medida de lo suficiente, concepto desde luego indeterminado que la casuística se ocupara de colmar en función del objeto del pleito, pues la necesidad de fundamentar es tanto mayor cuanto mayor sea la afectación de derechos que la resolución determine, siendo en el ámbito penal en que puede afectarse a la libertad de las personas, donde con mas amplitud o exhaustividad debe cumplirse este mandato legal. La STC español 184/1998 de 11 de noviembre considera suficientemente motivadas" aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir la ratio deciden si se ha determinado aquella"; no se exige así un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las perspectivas que las partes pueden tener de una cuestión, aunque como ya hemos indicado en la afectación de derechos fundamentales que determina el extrema se el celo en la expresión de las razones que conducen a la privación de libertad, o a que pueda entenderse desvirtuada la presunción de inocencia constitucionalidad amparada.

Igualmente es exigible una mayor concentración extensión en la fundamentación de aquellos supuestos en que el órgano judicial se aleje o separe de un criterio anterior, pues solo la expresión de las razones que justifican tal cambio de criterio permiten evitar la afectación del principio de igualdad en la aplicación del derecho. Por ultimo la ley rechaza que la fundamentación pueda sustituirse por "la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los requerimientos de las partes", lo que supone

la imposibilidad de la motivación por remisión, a lo que ha de añadirse el repudio que merece la fundamentación estereotipada o a través de formularios o impresos de formulas genéricas que a menudo la practica viene imponiendo de forma perniciosa, pues pese a que pueda admitirse en supuestos en los que se trate de dar respuestas a peticiones idénticas a otras ya resueltas en el proceso, es lo cierto que en ningún caso puede el juez escudarse en la acumulación de trabajo para acudir a estas formulas, pues puede indicarse que solo la fundamentación merece este nombre cuando es individualizada y ofrece una respuesta concreta al conflicto planteado.

De la perfección técnica de dicha actividad, de naturaleza absolutamente arreglada, depende, en efecto, por una parte, el éxito de la persecución penal y por otra, la garantía del goce de la libertad y de los valores de justicia y seguridad jurídica que proclama el artículo primero de la constitución de la república.

La experiencia histórica enseña, al respecto, que cuando las instituciones del estado encargadas de la prevención, investigación y castigo del delito fracasan en su cometido, se produce un aumento de la inseguridad ciudadana, que da lugar a la reaparición de sistemas primitivos de autodefensa personal o grupal, expresión máxima de la debilidad del estado. Por el contrario, cuando se impone la eficacia a cualquier costo surge para la mayoría, una insoportable situación de inseguridad jurídica, producto de una actividad no sometida al derecho, es decir, arbitrario, de los órganos encargados de la persecución penal y se requiere, pues, un equilibrio en la realización del juspuniendi, por parte del estado, cuyos órganos han de cumplir de manera rigurosa las "reglas del juego" que condicionan el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y mas en concreto, las

relativas a la actividad probatoria que tienen lugar en el marco del proceso penal.¹⁸²

La prueba formalizada de los hechos y presunción delictivos se configura así, podríamos decir, en la actividad esencial del proceso en la conditio sine qua non de su eficacia, como instrumento de control social y de garantía personal, de aquí la enorme importancia teórica y práctica del estudio de la misma, que presenta, desde una perspectiva general y como en cualquier otro proceso jurisdiccional, las cuestiones básicas de su concepto y naturaleza, de los principios jurídicos-procesales que la rigen el objeto sobre el que recaen, del reparto de la obligación de probar o carga de la prueba, del procedimiento probatorio y de la valorización o apreciación y motivación o fundamentación de la misma. Siendo la prueba procesal la institución jurídica que tiene por finalidad aportar los datos al juez que le permitan satisfacer la pretensión para lo que bastara una resolución fundada en derecho que responda, afirmativa o negativamente, a la reclamación o pretensión deducida en el proceso.

La motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales tiene, entre otras, una función o razón de ser de extraordinaria importancia: se trata de la función de control.

El legislador se resiste en dejar en manos del juez un poder de tal entidad como es el determinar y valorar lo sucedido. En efecto, si examinamos la evolución del derecho probatorio llegamos a la conclusión de que el control sobre el juez ha estado presente en múltiples polémicas y la decisión sobre el control ha condicionado importantes reformas.

¹⁸² Ibidem Pág. 296 297 y siguientes

La discusión si debe seguirse el sistema de las pruebas legales o el de libre convicción, o incluso sistemas intermedios demuestra el miedo a dejar la función de juzgar incontrolada. Por ello el sistema de la íntima convicción tuvo en sus orígenes una gran resistencia.

El sistema de las pruebas legales reducía las posibilidades de actuar de el juez, pues este se encontraba sometido a reglas preestablecidas que llevaban consigo la valoración pertinente de cada una de ellas. El juez debía condenar en función del resultado de las pruebas legales, con independencia de cual fuera su convicción. El iluminismo reaccionó contra esta situación que considero intolerable. Por una parte, estimaba que no se podía dejar en libertad absoluta al juez, pero por otra parte, también pensaba que era necesario tomar en consideración la convicción judicial.

La solución fue el mantenimiento de las pruebas legales, pero aunándolas con el convencimiento judicial. Cuando el resultado de las pruebas legales fuere condenatorio y, además el juez estuviera convencido, la sentencia seria condenatoria de manera que un resultado desfavorable de las pruebas legales no conduciría automáticamente a la condena, dado que también eso precisa la convicción judicial. Este sistema derivó que en la práctica existía el convencimiento judicial pero no pruebas que permitieran la condena y de ahí que apareciera el aberrante sistema de "la absolución en la instancia" y, al tiempo, se considerase preciso permitir una mayor libertad al juez.

La introducción del sistema de la íntima convicción, consecuencia de la idea de igualdad, supuso la total superación de las pruebas legales: lo importante no eran las pruebas que hubieran habido, ni su naturaleza ni su cantidad o calidad sino que lo único que importaba era saber si los jurados tenían una íntima convicción acerca de la culpabilidad del acusado.

Evidentemente este paso en la evolución, que no se produjo con jueces profesionales sino con jurados, suscitó una importante discusión sobre si era conveniente abandonar las pruebas legales y quedarse en manos de una posible arbitrariedad, junto al sistema de la intima convicción y como garantía contra la arbitrariedad, se introdujo la publicidad y la oralidad.

A raíz de todo esto se derogaron las reglas sobre los efectos legales de las pruebas y se acordó que el juez debía decidir la culpabilidad o la inocencia del acusado examinando las pruebas conforme a su libre convicción, formada de los debates realizados ante él.

Además se obligó a indicar las razones que lo habían llevado hasta la conclusión que estimaba que debía adoptar; así, pues, se instaura el sistema de la libre apreciación de la prueba, pero se exige que la convicción judicial se derive de las pruebas practicadas, no siendo admisibles impresiones, presunciones o sospechas, y además también se ordena que dicha convicción judicial se motive o fundamente. En definitiva, se consideró que solo puede aceptarse el sistema de la libre apreciación de la prueba, si se le rodea de suficientes garantías y controles. Por lo que es de gran importancia la necesidad de mostrar como se llega a la determinación de los hechos probados, sino que, por el contrario, se parte ya de ellos y lo que dicho artículo indica que debe realizarse es la calificación jurídica correspondiente de dichos hechos, por lo que al juez le compete determinar los hechos que han de ser la base para fundamentar su resolución sin que esa soberana facultad que la ley otorga, tenga otros límites que los de la conciencia del juez.

Sin embargo en la actualidad no se mantiene el sistema de la intima convicción, ni la doctrina ni la jurisprudencia aceptan un sistema de absoluta

libertad en la apreciación de la prueba; sistema que no solo incide en la valoración de las pruebas, sino que llega incluso al ámbito de su plasmación.

Con este sistema se aprecia en consecuencia las pruebas practicadas con el fin en su caso de llegar a una íntima convicción, pero no necesitará plasmar en la resolución como ha llegado a tal conclusión, sino que simplemente reflejará la conclusión. En otras palabras a los "hechos probados".

El juez debe llegar por su convencimiento íntimo, pero en la sentencia solo aparecerán estos. Por lo que estamos en presencia de una clara inconstitucionalidad de este preceptos ya que el juez al emitir su resolución judicial tiene que contener la motivación o fundamentación completa en todos sus aspectos y suficiente para contestar a la pregunta relativa el porque un sujeto ha sido absuelto o condenado, de manera, que, en su caso otra persona que debiera juzgar el supuesto pudiere llegar a idéntico resultado.

Para dar una mejor explicación a la Fundamentación o Motivación probatoria que el juez debe plasmar en la resolución judicial es necesario desarrollar a groso modo el tema de la actividad probatoria, empezando con el concepto de prueba procesal penal, finalidad de la actividad probatoria. valoración de la prueba, sistemas de valoración de la prueba, aspectos teóricos y doctrinarios así como algunas acepciones de algunos autores y juristas reconocidos, de la Prueba Indiciaria y Presunción que son en las que el Juez de Paz fundamenta la resolución judicial que emite después de la Audiencia Inicial.

CAPITULO 4

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

A) En nuestro ordenamiento Jurídico existe la necesidad de motivar las sentencias dictadas, tanto en base a los principios constitucionales como en los artículos de nuestros Código Penal y Procesal Penal de modo que sea comprensible por las partes y la opinión pública, explicando y resolviendo todos los puntos objeto de debate y dando a conocer el motivo de la resolución con explicación clara, congruente y precisa en los razonamientos jurídicos, justificando jurídicamente la decisión adoptada, hasta llegar a la formulación jurídica de la Resolución Judicial que emiten los Jueces de Paz en la Audiencia Inicial, pues de otro modo se produciría indefensión y se vulneraría el principio de Tutela judicial efectiva.

B) Decíamos sobre la doctrina constitucional en materia de Presunción de Inocencia y Prueba indiciaria que en este trabajo son de gran importancia debido a que sobre estos puntos es que los jueces de Paz resuelven en las Audiencias Iniciales; ya que, no pueden entrar a conocer de lleno sobre las pruebas y para eso tenemos un conjunto de ideas y las acompañamos de un breve comentario.

Primera: Es la propia naturaleza del derecho procesal penal la que hace necesario contar con la prueba indiciaria. Ya que es una actividad hostil contra su admisión podrá conducir a la impunidad y provocaría en último término, una gran indefensión social. Ciertamente en cuanto al planteamiento general, pero se traslada la responsabilidad de su recogida, admisión, valoración y explicación al órgano jurisdiccional ya suficientemente sobrecargado y con la deficiencia de

medios conocida. A destacar la idea de especial esfuerzo y responsabilidad que supone para jueces y Tribunales.

Segunda: El principio de presunción de inocencia puede enervarse mediante la prueba por indicios, siempre que sea tal y de cargo. La prueba indiciaria tiene que ser legalmente una prueba, no una colección de sospechas, lo cual suscita una tensión científica entre criminología y Derecho Procesal que se resuelve en un problema de límites teóricos y de relaciones con la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República que requeriría para solucionar fricciones, una mas amplia formación y comunicación de los profesionales implicados en la materia. Además hay que respetar escrupulosamente las garantías procesales cuya inobservancia apareja la Nulidad de toda Resolución Judicial. Y por otro lado, para ser "de cargo", una prueba ha de contener los elementos incriminatorios precisos respecto de la participación del acusado, con independencia del resultado que merezca su valoración del acto del juicio oral.

Tercera: El Juez de Paz a de motivar, exteriorizando de forma expresa y clara, el razonamiento lógico que le ha llevado a establecer el nexo causal entre el hecho base y la consecuencia culpabilística obtenida. El artículo 30 del Código Procesal Penal impone a los jueces la obligación de motivar suficientemente sus resoluciones judiciales para que no sean arbitrarias, irracionales y absurdas vulnerando el derecho de todos a un proceso con todas las garantías. Esto es particularmente importante en la sentencia y en este caso en la Resolución Judicial que emite el Juez de Paz en La Audiencia Inicial, cuyo contenido debe abarcar no sólo la subsunción, del hecho probado conforme a las normas que se aplican, sino también la valoración de la prueba, fundamentación física, y razonamientos que conducen al fallo o decisión a fin de permitir apreciar si tales probanzas tienen un rango procesal de verdaderas

pruebas de cargo practicadas con todas las garantías y aptas para tener una resolución apegada a derecho.

C) Es fácil discernir de todo lo expuesto, que el deber que establece el artículo 130 del Código Procesal Penal de motivar las resoluciones judiciales como salvaguarda del derecho a la tutela jurídica efectiva garante de la seguridad en los poderes públicos, ha tenido y sigue teniendo cada vez con mayor amplitud, su reflejo en las resoluciones penales, garantizando así, como tiene declarado la jurisprudencia constitucional. La vinculación de los jueces y Tribunales al principio de Legalidad, el interés general de conocer el motivo de sus decisiones y la posibilidad de verificar las mismas por medio de los recursos pertinentes; sin embargo se aprecia también una clara confusión Jurisprudencial por no decir "reticencia" al llevar al mandato constitucional hasta sus ultimas consecuencias. Por un lado al existir resoluciones contradictorias sobre determinados aspectos que podrían vulnerarlo (así sobre la teoría de la desestimación implícita, o de la discrecionalidad absoluta). Por otro lado al limitarse de criticas sobre tales deficiencias y finalmente por un criterio aunque loable en cuanto a la practica, criticable en cuanto a su fondo y deficiencias mediante su subsanación por vías de recursos.

Entendemos sin que por ello se ataque el principio subyacente de discrecionalidad judicial, que jueces y Tribunales deben, Por imperativo constitucional, Motivar o fundamentar en la forma mas extensa posible sus resoluciones en todos los puntos. Con lo que se salvaría así la critica que ha llevado en ocasiones a considerar el arbitrio judicial como arbitrariedad.

4.2. RECOMENDACIONES

Habiendo tenido la oportunidad de involucramos directamente en el tema en cuestión es necesario mencionar las posibles soluciones a la problemática que surge debido a la falta de fundamentación de las resoluciones que emiten los Jueces De Paz en la Audiencia Inicial. Por lo que recomendamos:

- a) Capacitar a los Jueces de Paz sobre legislación Constitucional para el momento en que fundamenten su resolución que estén apegados a esta legislación y así garantizar el debido proceso, así como los derechos individuales y garantías constitucionales del imputado.
- b) Que los Jueces de Paz den un estricto cumplimiento al artículo 130 del Código Procesal Penal, en el sentido que toda fundamentación legal, doctrinaria, teórica y basada en la Sana Crítica debe de asentarse en el Acta que contiene la Resolución de la Audiencia Inicial.
- c) Dar cumplimiento al artículo 87 del Código Procesal Penal y así poder garantizar el respeto a los derechos del imputado.
- d) Recomendamos al Consejo Nacional de la Judicatura y Corte Suprema de Justicia proporcionar bibliografía actualizada a los Jueces de Paz para que se preparen mejor y fundamentar debidamente las resoluciones que emiten.
- e) Recomendamos a los Jueces de Paz que se apeguen a los Indicios que arrojan los Actos Iniciales, Diligencias Iniciales de Investigación y así fundamenten mejor sus Resoluciones que emiten de la Audiencia Inicial.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

BELLAVISTA Girolamo “Indizi” nella enciclopedia del diritto, ed Giuffe, Milano Tomo XXI. 1971

BELLAVISTA Girolano, “Lezioni di diritto processuale Penale” ed. Gluffre Milano 8ª Edizione. 1982

BENTHAM Jeremias, “Tratado de las pruebas judiciales” ed. Europa América, buenos Aires, Trad. De Manuel Osorio Florit Vol I. 1959

CARDOSO ISAZA, Jorge “Pruebas Judiciales” ed. Librería del profesional, Bogotá, 4ª Edición.1982

DELLEPIANE Antonio “Nueva Teoría de la Prueba” ed. Tenis Bogotá 7ª Edición. 1972

DEVIS ECHANDIA Hernando “Teoría General de la Prueba Judicial” ed. Fidenter, Buenos Aires Tomo 11 3ª Edición. 1974

DOHRING Erich “La Prueba” ed. Jurídica Europa América Buenos Aires, Trad. De Tomás a Benzhat. 1972

ELLERO Pietro “De la certidumbre en los Juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal” ed. Reus Madrid, Trad. De Adolfo Posada. 1968

ESPINOZA LOPEZ Luis Gerardo “Derecho Probatorio – Curso Teórico Práctico (Jurisprudencia y doctrina) ed. Librería del Profesional, Bogotá 1982.

FERNÁNDEZ ENTRALGO J. “La Fundamentación de las resoluciones”, Madrid 1989

FLORIAN Eugenio “De las pruebas Penales” ed. Temis Bogotá, Tomo I, 2ª Edición. 1976.

FRAMARINO DEI MALATESTA Nicola “Lógica de las pruebas en materia criminal” ed. Temis Bogotá trad. De simón (arrejo, vol. I 2ª Edición). 1978.

GIANTURCO Vito, “Los indicios en el proceso Penal” ed, Presencia Bogotá Trad. De Julio Romero Soto. 1975.

GORPHE Francois “La Apreciación Judicial de las Pruebas” La Lex. Buenos Aires 1967.

GUERRERO Walter “La prueba en materia penal” Ed. Universitaria Quito, 1982.

IGARZUA SALAVERRIA “La Motivación de la Sentencia Penal”, Valencia 1995

LEONE Giovanni “Manual de diritto processuale penali” ed. Eugenio Jovene, Napoli XI edizione. 1982.

LOPEZ MORENO Santiago “La Prueba de Indicios” ed. Lex Bogotá 1980.

MITTERMAIER Carl Joseho Antón “Tratado de la prueba en materia criminal” Ed. Reus Madrid 8ª Edición. 1929.

OSMAN MALDONADO Pedro “Pruebas Penales y Problemas Probatorios” Ed. Tenis Bogotá 1980.

PERFECTO Andrés Ibáñez “Acerca de la Motivación de los hechos en la sentencia penal”, 1992

QUINTERIO OSPINA Tiberio “Práctica Forense Penal” Pruebas ed. Librería Wilches, Bogotá, Tomo III. 1982

REYES ALVARADO Yesid “La Prueba Indiciaria” Ed. Librería del Profesional Bogotá Colombia 1984.

ROCHA ALVIRA Antonio “La Prueba inicial” publicaciones universidad Externado de Colombia, Bogotá 1978.

LEGISLACIÓN

Código Modelo para iberoamérica, 1998

Código de Instrucción Criminal de 1917

Código Procesal Penal de El Salvador 1988 Púb. CSJ

Comentarios al Código Procesal Penal CNJ, San Salvador, 1998

CASADO PÉREZ José María “La prueba en el Proceso Penal Salvadoreño”, San Salvador, C.S.J., 2001

Constitución Política de 1950 Publicación Corte Suprema de Justicia, 1950

Constitución de la República de El Salvador de 1983 publicación de la CSJ, 1983

Cuadernos de Derecho Judicial “La sentencia penal” Publicada por el consejo nacional de la Judicatura, 1992