

LA PRUEBA INDICIARIA Y SU MANEJO JURISPRUDENCIAL

DR. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO

La verdad, esa necesidad existencial y casi orgánica de la humanidad, no es atributo de la realidad sino del juicio que permite establecer si la noción ideológica concuerda con la objetividad. Pero como ella dimana del conocimiento de los hechos, es mediante la prueba, como se conquista y materializa, porque el hombre y mucho menos el jurista jamás pueden contentarse con la creencia en su existencia puramente metafísica.

La prueba está al servicio de los derechos en forma que estos no pueden ejercerse ni ser reconocidos sino cuando y en la medida en que son probados. La prueba, entonces, es el alma y nervio del proceso y la que dinamiza y convierte en éxito o en fracaso el juzgamiento, permitiendo considerar el juicio como un verdadero teorema.

En este cometido, el indicio juega un papel preponderante sobre todo en el campo penal, donde, como afirma Carnelutti *"El delito es un trozo del camino, del cual quien lo ha recorrido trata de destruir las huellas..."*. *Las pruebas sirven, precisamente, para volver atrás, o sea para hacer o, mejor aún, para reconstruir la historia. ¿Cómo hace quien, habiendo caminado a través de los campos, quiere recorrer en sentido contrario el mismo camino? ¿Sigue las huellas de su paso"*¹.

Por eso, con razón se ha dicho que sin el indicio habría que borrar de los códigos muchos delitos porque serían indemostrables, pues de ordinario se consuman en la sombra, donde sus huellas no quedan impresas en la

¹ Las Miserias del Proceso Penal. Ediciones Europa-América, 1959, pág. 72

retina de ningún espectador ni en la explícita constancia de un documento, sino tan sólo en el mudo testimonio de un hecho fenoménico. Otro tanto ocurriría con el elemento subjetivo del tipo, cuya naturaleza espiritual lo hace inasible, siendo necesario acudir a criterios de inferencia para su demostración, resultantes obviamente del indicio.

Como ejercicio mental para a partir de un hecho conocido concluir la probable o segura existencia de otro desconocido, el indicio es tan antiguo como el *homo sapiens*, porque desde el momento en que se dio el intelecto humano surgió el razonamiento lógico y con él lo que ahora se conoce probatoriamente como el indicio.

Lo relativamente nuevo de esta fuente del conocimiento es, entonces, su admisibilidad como prueba, sobre todo en el proceso penal, porque si bien los romanos bajo la denominación de "indicia" o "signa" le dieron importancia para la demostración en asuntos netamente civiles, se la negaron en el ámbito penal donde no fue admitida como prueba autónoma, toda vez que su carácter intelectual e indirecto lo presentaba como un medio de conocimiento inseguro que despertaba desconfianza.

El surgimiento de la indagación como método para buscar la verdad le abrió campo en la Edad Media a la sistematización de las pruebas, tarea en la cual la Iglesia Católica jugó un rol importante con el derecho canónico; y con esa reglamentación legal también se benefició el indicio.

Pero fue la Constitución Criminal Carolina de Alemania, considerada como el primer código penal de la Edad Media, la que reguló en detalle los indicios, aunque negándole la capacidad de fundamentar una condena, Servían, sí, para que con base en ellos (Vgr. La mala reputación, la presencia en el lugar de los hechos, etc.) el juez acudiera a la tortura del sospechoso para provocar la confesión, que a la sazón era considerada como la reina de las pruebas (*regina probatorum*), y una vez obtenida ésta, apoyada en los indicios, constituía plena prueba.

Sin embargo, fue la supresión de la tortura como método para procurar pruebas lo que se constituyó en el punto de partida para aceptar el indicio como medio de convicción autónomo, fiable aún como soporte único para condenar, con tal de que no fuera a la pena capital.

Debe recordarse aquí el caso de Pedro Tasca, llamado "el panadero de Venecia" y conocido también como "Fomaretto", quien en el año 1509

fue juzgado con fundamento en indicios y condenado a la horca por homicidio; pero tras descubrir luego de su ejecución que era inocente, se dispuso que en lo sucesivo, antes de proferir una sentencia de muerte, el comendador debía decirles en voz alta a los jueces: "*acordaos del pobre panadero*".

Posteriormente se creó toda una doctrina del indicio, determinándose claramente su naturaleza y eficacia por autores de la importancia de Jeremías Bentham, Francesco Carrara, Pietro Ellero y posteriormente Antonio Dellepiane, quienes consideran que todas las pruebas se reducen al indicio.

Recordemos que estos autores, junto con Mittermaier, Framarino y Gorphe defienden su carácter de medio de prueba autónomo en condiciones de igualdad con los demás; y que en contra de esta corriente, entre otros, están Camelutti, Florián y Leone, para quienes el indicio en lugar de un medio de prueba es objeto de la misma, porque si se lo considera como un razonamiento lógico presupone la existencia de pruebas que le den solidez a la inducción o a la deducción que de él se haga, toda vez que para que el indicio sea válido es imprescindible que el hecho indicante o indicador esté probado, entonces lo que hace ese razonamiento es darle contenido, significación, o lo que es lo mismo, valor a los verdaderos medios de prueba que son los que sustentan la inferencia lógica.

Para estos la conclusión es clara: si el indicio debe ser demostrado, no es medio de prueba sino objeto de prueba, y el medio de convicción será aquel con el cual se demuestra el hecho indicador.

Quienes defienden el indicio como medio de prueba autónomo aducen que señalarlo como objeto de prueba es confundir la parte con el todo, toda vez que si para estructurarlo se requiere que el hecho indicante esté probado, con ello no surge más que una parte del conocimiento, porque a partir de ese momento empieza la construcción lógica que tiende a demostrar otro hecho desconocido que es el indicado, siendo esa totalidad la que constituye el indicio.

Ciertamente, en la formación de este medio hay algo que es objeto de prueba, pero no es el indicio en sí como unidad de conocimiento, sino el hecho indicante o indicador que constituye sólo parte de su estructura.

Para esta corriente el indicio no es una simple actividad reflexiva o evaluativa de los demás medios, como piensan los que le niegan su carácter de prueba autónoma, porque ello llevaría a confundir la actividad crítica valorativa, que debe realizarse respecto de todos los elementos de convicción, con la actividad lógica cognoscitiva, merced a la cual, a partir de una circunstancia fáctica conocida, se infiere la existencia de otra desconocida.

En nuestro medio, cabe recordar que si bien en el código recientemente derogado el legislador no plasmaba con toda claridad la autonomía del indicio como medio de prueba *per se*, sobre todo por la confusa redacción del artículo 248 que tras afirmar que "*son medios de prueba: la inspección, la peritación, los documentos, el testimonio, la confesión*", con omisión *ex profeso* de los indicios, luego dice que estos "*se tendrán en cuenta al momento de realizar la apreciación de las pruebas siguiendo las normas de la sana crítica*", con lo que pudo dar pábulo para entenderlos como "*actividad del raciocinio sobre un medio de prueba*" o como "*juicios de valor que permiten realizar conclusiones que tiene valor probatorio*"; lo cierto es que la comisión redactora de tal estatuto discutió el tema y en forma unánime adoptó el indicio como medio de prueba, criticando de paso al profesor Giovanni Leone por negarle su autonomía como elemento de convicción, de cuyo pensamiento se dijo incluso que estaba en contravía de la tradición latina, que su posición "*es poco menos que una flor exótica dentro del concierto teórico, y que apunta igualmente hacia una anglosajonización de las pruebas en nuestro medio, lo que igualmente desdibuja la noción y el concepto de indicio*".

Pues bien, sobre esta controversia, cuando todavía la redacción del código sobre el punto era confusa según se acaba de ver, la Corte Suprema de Justicia por conducto de la Sala de Casación Penal tomó partido a favor del indicio como medio de prueba autónomo.

Fue así como dijo: "*Resulta estéril pretender como descubrimiento dialéctico-probatorio, en este segmento, la consagración de una variante legislativa que se traduce en considerar el indicio, no como medio de prueba, sino como 'actividad del raciocinio sobre un medio de prueba' o 'juicios de valor que permiten realizar conclusiones que tienen valor probatorio', pues esto tiene que decirse también y con igual sentido, de la pericia, de la confesión, de los testimonios...*". Y más adelante agrega: "*La prueba de indicios, como amplia categoría de medios jurídicos para hacerse a la*

*verdad, se muestra par de otras recogidas por nuestro estatuto: inspección judicial, testimonio, confesión, pericia, documentos*².

Mucho se ha discutido si el razonamiento lógico, es decir el ejercicio de la inteligencia para constituir la fuerza suasoria del indicio se da por el método inductivo, por el deductivo o por el analógico.

Recordemos que en la deducción el razonamiento va de lo general a lo particular, pues lógica y analíticamente el intelecto pone de presente la relación existente entre los conocimientos que ya ha adquirido. Quiere ello decir que en la inferencia deductiva la conclusión tiene menor grado de generalidad que las premisas de donde proviene.

En cambio, por el método inductivo se llega al conocimiento de propiedades universales partiendo de casos particulares. La conclusión en este evento tiene mayor cobertura que las premisas que la originan. Así, cuando se infiere que ocurrido en determinadas condiciones un hecho ocurrirá en todos los casos en que se den esas mismas condiciones, el razonamiento es inductivo.

Por su parte, la inferencia analógica lleva al conocimiento por la trasfencia de una parte de la relación de una premisa a la otra. Para Dellepiane la inferencia indiciaria es analógica *"puesto que consiste en una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa"*³.

En este orden de ideas, en la inducción se va del caso a la ley general; por el contrario, en la deducción se pasa de la ley general al caso; y en la analogía se comparan dos leyes generales o dos casos particulares.

La lógica dialéctica enseña que entre deducción e inducción hay un conflicto permanente, pero en la relación *"entre las inferencias inductivas y deductivas hay una correspondencia recíproca tan estrecha como la que se tiene entre síntesis y análisis"*, porque *"lo que se concluye deductivamente sirve de punto de partida para inferencias inductivas, y, recíprocamente, la inferencia deductiva está condicionada por la conclusión inductiva que le sirve de base"*.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 22-10-93. M.P. Gustavo Gómez Velásquez.

³ DELLEPIANE, ANTONIO. Nueva teoría de la prueba, Santafé de Bogotá, 1994, Editorial Temis, pág. 59.

Esa mutua e inseparable conexión entre la deducción y la inducción es la que permite practicar inferencias válidas, según Elí de Gortari, *"Ya que deducir es lo mismo que concluir y, por lo tanto, la inducción es una forma de la deducción, pero, al mismo tiempo, inferir no es otra cosa que inducir y, en consecuencia, la deducción es una manera de practicar la inducción. Así la inducción y la deducción son solamente fases diferentes, pero no separadas, del proceso de investigación"*⁴.

Es pues la inferencia indiciaria "una síntesis racional y dialéctica, de la conclusión deductiva producida en su conflicto con la inducción previa, en la cual se apoya, sin que la analogía sea indiferente sino punto de apoyo para la inducción como para la deducción"⁵.

De esta manera, en el indicio, la inferencia va de la regla de la experiencia al caso particular, como en el silogismo de las premisas se llega a la conclusión, por lo que en este aspecto hay un ejercicio deductivo, pero a la regla de la experiencia se llega también por un razonamiento inductivo.

La inferencia lógica no es, entonces, solamente inductiva ni exclusivamente deductiva, sino deductiva-inductiva, inductiva-deductiva.

Pero el razonamiento indiciario, si bien exige una operación mental como la del silogismo, su estructura no se agota en éste ni su explicación se encuentra exclusivamente en la lógica formal sino en la lógica concreta o dialéctica, o sea, no la que se ocupa del pensamiento solamente en sus formas, sino la que lo estudia como reflejo del mundo objetivo o en correspondencia con los conceptos que ofrece la realidad, porque como bien lo explica el profesor Parra Quijano: "El indicio no es un hecho neutro, sino un hecho que por estar dentro de determinadas circunstancias muestra otro; de tal manera que el hecho indicio nunca es solo, sino que siempre está circunstanciado"⁶.

Precisamente la Corte, sobre la lógica que se conjuga en la elaboración de la inferencia, ha dicho que *"trasciende la simple formalidad en la rectitud*

⁴ ELI DE GORTARI. Lógica dialéctica. México, Fondo de Cultura Económica 1956, págs.232 y 233.

⁵ GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, Pruebas Penales Colombianas. Edit. Temis, Bogotá, Tomo II, 1970, pág.63.

⁶ JAIRO PARRA QUIJANO. Tratado de la Prueba Judicial. Indicios y Presunciones, Tomo IV, cuarta edición. Ediciones Librería del Profesional, pág. 33.

del pensamiento rumbo al conocimiento de la verdad, Aquí la lógica no se agota en la simple constatación de postulados, como si el derecho penal fuera una ciencia exacta. La lógica de la que se habla es la lógica jurídica condigna al Estado contemporáneo, social y de derecho, vinculada necesariamente a valores jurídicos y sociales y que por tanto consulta el sentido y alcances de los bienes jurídicamente tutelados y sobre todo el fin de protección de las normas que reglamentan la conducta humana para hacer viable la vida en comunidad”⁷.

El ejercicio deductivo-inductivo, inductivo-deductivo a la luz de las reglas de la experiencia, se cumple en la apreciación de todos los medios de prueba para ponderar su capacidad suasoria, por lo que en su práctica puede el juez incurrir en errores de juicio, pero la oportunidad para estos dislates es posterior a la producción de la unidad de investigación, por lo que el desatino no anida en la estructura del medio ni afecta su materialidad sino que surge y produce su disfuncionalidad en la estimación que de él hace el intérprete.

No sucede lo mismo con el indicio, donde la consideración de la regla de la experiencia es presupuesto para llegar al conocimiento del hecho que se quiere demostrar, por lo que forma parte de su estructura como un elemento “*prius*”, según lo denomina el profesor Parra Quijano⁸.

Es por ello que antes de contemplar el indicio para su valoración, es decir al momento de su construcción, entre otros desatinos, el funcionario judicial también puede transgredir la regla de la experiencia dando lugar a la formación de un error en ese ejercicio del intelecto.

En este orden de ideas, como unidad de investigación y medio de convicción, según lo ha definido la jurisprudencia, “el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, 23-11-00. M.P. Edgar Lombana Trujillo.

⁸ Obra citada, pág. 23.

con otros acaecimientos fácticos, que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido”⁹.

Así pues, si entendemos el indicio como una estructura lógica comprendida por: 1º) Un hecho físico o psíquico causal o efectual que, por ser conocido, debe estar demostrado (hecho indicante o indicador); 2º) Un juicio que afirma o niega la relación de causalidad entre el hecho conocido y el que se quiere demostrar, que es desconocido (inferencia lógica); y 3º) Una conclusión; que consiste en el conocimiento del hecho que era desconocido (hecho indicado); debemos admitir que en cualquiera de los tramos de su construcción como también posteriormente en su valoración, se puede incurrir en yerros que de reflejarse en la sentencia darían lugar a que ésta fuera impugnada por violación indirecta de la ley sustancial.

Y como algo novedoso, ahora, con el Código de Procedimiento Penal recientemente puesto en vigencia (Ley 500 de 2000), si los errores se reflejan en la medida de aseguramiento o en las decisiones que afecte a la propiedad, posesión, tenencia o custodia de bienes muebles o inmuebles, proferidas por el Fiscal General de la Nación o su delegado, estas medidas están sujetas al control de legalidad por parte del juez competente, en decisión contra la cual no procede recurso alguno (art. 392 C.P.P.).

No obstante, en algunos anida el equívoco de que para la Corte el indicio sólo es atacable en casación cuando el vicio afecta la inferencia lógica, creencia que sustentan en el fallo donde se dijo: “... si lo que el censor combate es ‘la prueba indiciaria’, hay que reiterar que esta clase de prueba sí es impugnable por esa vía de error de hecho, siempre y cuando se ataque no la prueba en sí (fuente del indicio) sino la ‘inferencia lógica’ en que consiste dicha clase de prueba, según el artículo 302 del Código de Procedimiento Penal. Resulta claro –agrega el acotado pronunciamiento– que si el Juzgador tuerce la lógica o se aparta ostensiblemente de las reglas de la experiencia (en las cuales ‘todo indicio ha de basarse’, como lo dice expresamente la citada disposición), incurre en un falso juicio de identidad, esto es, en un yerro de hecho”¹⁰.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, 26-10-00. Rdo. 15610, M.P. Fernando Arboleda Ripoll.

¹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 4-09-91. Rdo. 5808. M.P. Guillermo Duque Ruiz.

Como se dijo antes, la jurisprudencia de la Corte reconoce ahora que el indicio es pasible de errores demandables en casación en cualquiera de los tramos de su estructura lógica, y si bien aún considera que el único yerro susceptible de presentarse en la inferencia lógica es el que tiene que ver con el razonamiento desasido de las pautas de la sana crítica, denominado en el fallo en comentario falso juicio de identidad y más recientemente conocido como falso raciocinio, debido a que mientras en aquella modalidad del error de hecho el desatino se presenta en la fase senso-perceptiva, intensificando o reduciendo materialmente el contenido de la prueba como actitud meramente descriptiva y no prescriptiva del juzgador, en ésta la falencia se origina en el pensamiento lógico, o sea cuando la apreciación del mérito del ejercicio inferencial contradice de manera manifiesta las reglas de la sana crítica; lo cierto es que respecto de los demás momentos del indicio también puede presentarse una cualquiera de las modalidades del error de hecho o de derecho, este último sólo en la forma de falso juicio de legalidad, porque el de convicción, por no existir en penal una tarifa probatoria, es prácticamente imposible su configuración.

Lo anterior significa que con relación al hecho indicante bien podría darse un error fáctico por falso juicio de identidad o de existencia, bien por omisión ora por suposición de la prueba que sustenta el hecho conocido.

A este respecto, con reiteración ha dicho la Corte que coherente con la estructura lógica de la prueba indiciaria, *"la censura puede orientarse hacia cualquiera de los momentos de su construcción, es decir, a los elementos de convicción que soportan el hecho indicador, a la operación mental de inferencia del dato indicado o a la estimación individual o conjunta de su poder suasorio, por lo que ha menester de parte del recurrente el señalamiento de cuál de estos pasos es el que se duele del error, de qué especie es, pues eventualmente podrían ser de diversa naturaleza, y cómo por su incidencia en el fallo se obtuvo una decisión que debe ser reemplazada por otra que rinda homenaje a la legalidad, lo que en esencia constituye el tema central de la casación"*¹¹.

Es que si el hecho indicador ingresa al torrente probatorio inexorablemente a través de otro medio de convicción conforme es la

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal 30-09-99. Rdo. 11083. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

exigencia del artículo 286 del C. de P.P. en la medida en que el hecho indicante debe estar probado, sin duda la prueba indiciaria puede atacarse por fallas en esa primera fase de su conformación, pues ante la evidencia de que el fontanar del dato indicante es un medio materialmente cuestionable, bien por falso juicio de legalidad, ora por falso juicio de existencia o de identidad, de ser fundadas las censuras, como lo ha dicho la Corte, ya no interesaría advertir *“la índole y características del desarrollo de la inferencia lógica (sana crítica o persuasión racional), porque con bases tan viciadas la consecuente reflexión no podrá representar nada bueno y, por tanto, ésta tendrá que correr igual suerte de desprestigio e improcedencia, resultando efectivas las censuras montadas sobre esas realidades, sin necesidad de incursionar en el campo de las deducciones, inferencias o resultados”*¹².

Este pronunciamiento fue ratificado días después cuando se reiteró que *“El indicio es un medio de prueba que permite el conocimiento indirecto de la realidad. Supone la existencia de un hecho indicador que debe encontrarse demostrado a través de cualquiera de los medios probatorios autorizados por el Código de Procedimiento Penal, del cual es derivable la existencia de otro hecho mediante un proceso de inferencia lógica.*

Como prueba que es, cuando se alegan en casación defectos en su apreciación como fundamento de la violación de la ley sustancial, la vía de ataque debe ser la indirecta y en tal medida es obligación del recurrente señalar el tipo de error en el cual se incurrió, su modalidad y si el mismo se predica del hecho indicador, de la inferencia lógica o de la manera como los indicios se articulan entre sí, es decir, su convergencia, concordancia y fuerza de convicción por su análisis conjunto.

Si la equivocación se predica del hecho indicador y se toma en consideración que debe estar demostrado con otro medio de prueba, los errores susceptibles de plantearse son tanto de hecho como de derecho.

De hecho, porque la prueba de la circunstancia conocida pudo haberse supuesto; o porque pudo haberse dejado de apreciar otro medio demostrativo que la neutraliza o disolvía; o porque se tergiversó su contenido material haciéndola decir algo que no decía; o porque el proceso de

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, 13-02-95. M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

valoración que condujo a la afirmación de la premisa a partir de la cual se hará luego la inferencia, se apartó de los principios de la sana crítica.

De derecho, porque el juzgado pudo haber admitido y valorado como prueba fundante del hecho indicador alguna irregularmente aportada al proceso y por lo tanto inválida. Como en ningún caso la prueba indiciaria está dentro del proceso penal sometida a tarifa legal, es obvio que frente a ella la modalidad de error de derecho conocida como falso juicio de convicción no es susceptible de ser propuesta a través del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, cuando el error se predica de la inferencia lógica, ello supone –como condición lógica del cargo– aceptar la validez de la prueba del hecho indicador, ya que si ésta es discutida sería un contrasentido plantear al tiempo algún defecto del juicio valorativo en el marco del mismo ataque. Existe la posibilidad, no obstante, de refutar el indicio tanto en la prueba del hecho indicador como en la inferencia lógica, sólo que en cargos distintos y de manera subsidiaria.

La inferencia lógica, entonces, es atacable en casación. Pero en atención a que la misma es el resultado de un proceso intelectual valorativo, la única vía posible para hacerlo es el error de hecho por transgresión ostensible de los principios de la sana crítica. La hipótesis supone, por lo tanto, la aceptación del hecho indicador y la demostración de que el juzgador realizó un juicio de valor en contravía de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica o de las reglas de la experiencia. Así las cosas, para que el cargo quede correctamente formulado es imprescindible concretar el error y demostrar cómo ha sido transgredida o desconocida una ley científica, un principio de la lógica (que no niegue ni desconozca la unidad del ser) o una regla constante de la experiencia común o captada y practicada en medios especializados en una determinada materia. Se precisa, además y ello es obvio, la fundamentación correspondiente a la trascendencia del error.

La Sala ha sido reiterativa en lo precedente y también ha señalado que cuando de atacar dicho medio probatorio en casación se trata, no puede desconocerse que por su naturaleza misma su valoración es de conjunto, siendo el vínculo que surge entre los diferentes indicios (su concordancia y convergencia) el que hace que la conclusión crezca desde la probabilidad hasta constituir certeza. En consecuencia, aunque el ataque a los hechos

*indicadores debe ser independiente, ello no significa en manera alguna que el conjunto indiciario, cuya fuerza de convicción depende de que se le estime globalmente, pueda dejar de ser enfrentado por el demandante*¹³.

Y sobre este último punto, vale decir de la apreciación del indicio, que según el artículo 287 del C.P.P. debe hacerse "en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con los medios de prueba que obren en la actuación procesal", la jurisprudencia ha sido rigurosa para preservar la seriedad y validez de la prueba circunstancial.

Es así como ha reconocido que en esta última fase también podrían darse atentados contra el escrutinio lógico de dicho medio probatorio y por ende vicios *in iudicando* constitutivos de errores de hecho, toda vez que la "valoración integral del indicio exige al juez la contemplación de todas las hipótesis confirmantes e invalidantes de la deducción, porque sólo cuando la balanza se inclina seriamente hacia las primeras y descarta las segundas, puede afirmarse la gravedad de una prueba que por naturaleza es contingente. Rechazar la otra posibilidad lógica que puede ofrecer un hecho indicador, sin cerciorarse de que ella en realidad haya sido objeto de examen y desestimada expresa o tácitamente por el juez, sólo porque éste ya tiene sus propias conclusiones sin atención a un juicio lógico integral, sería alentar un exceso de omnipotencia contrario al razonable acto de soberanía judicial en la evaluación de la prueba, que consiste precisamente en el ejercicio de una discrecionalidad reglada en la valoración probatoria. Un reparo de esa índole perfectamente podría caer dentro de los caracteres del falso juicio de identidad por omisión relevante en el examen lógico-crítico de la prueba indiciaria"¹⁴.

Es por ello que la connotación de levedad o gravedad del indicio no corresponde a nada distinto al control de su seriedad y eficacia que realiza el funcionario judicial sopesando las distintas hipótesis explicativas de la deducción para establecer jerarquías según si por conducto del medio de convicción se llega al conocimiento triunfante alcanzando la certeza o apenas permite una aproximación a ella de mayor o menor grado.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 20-10-99. Rdo. 11113, M.P. Carlos E. Mejía Escobar.

¹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 17-04-97. Rdo. 9573. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

Se trata de una simple ponderación lógica que permite asignar el calificativo de necesario al indicio en donde la correspondencia entre el hecho indicante y el indicado sea absoluta, es decir, cuando entre ambos se revela una relación causal explicativa única y excluyente; de grave o vehemente al indicio contingente cuando el hecho indicador se perfila como la causa *más probable* del hecho indicado; de leve, cuando se presenta sólo como una de varias causas *probables*, y podrá darle la menguada categoría de levísimo cuando deviene apenas como una causa *posible* del hecho indicado¹⁵.

Esta ha sido la posición tradicional de la Corte sobre la estimación del indicio, pues en el año 71, con ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez, había dicho: *"el indicio es grave cuando entre el hecho que se conoce (indicante, indicador o causal) y el hecho que se quiere conocer (consecuencial o indicado), referente al delito o a la responsabilidad del agente, media un nexo probable, creado por la dependencia inmediata con el fenómeno principal, o por una cadena causal fuertemente acentuada, o por la exterioridad reveladora de su composición. Probable es lo que puede ocurrir fácilmente, pues se funda en razones serias y estables, a diferencia de lo posible, que puede tomar forma o no, ejecutarse o confinarse a un simple proyecto. El juicio de probabilidad depende, pues, del grado en que puedan sucederse racionalmente los actos y los acontecimientos"*¹⁶.

Y más recientemente sobre el punto expresó:

"Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. 08-05-97. Rdo. 9858. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de mayo 26 de 1971.

*nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece*¹⁷.

Ahora bien, a partir del criterio de que los indicios son partes de una verdad totalizada, a manera de piezas de un rompecabezas, su examen y ponderación, ha de hacerse en forma imbricada, es decir relacionando unos con otros para buscar su convergencia, coherencia y congruencia, en aras de confrontar la fuerza demostrativa que de modo objetivo resulta de su valoración conjunta con el resto del acervo probatorio.

Precisamente, para dar cabida a la verificación de este mandato legal en la fundamentación de las sentencias, la Corte ha ampliado el interés para impugnarlas extraordinariamente cuando éste surge de la exigencia de haber llevado a la segunda instancia el punto específico sobre el cual luego versa la demanda de casación.

En efecto, respecto de la identidad entre los puntos que fueron objeto de la apelación de la sentencia y los que luego son aducidos como cargos en el recurso extraordinario, en tratándose de la causal primera por violación indirecta de la ley sustancial debido a errores probatorios y en consideración a que en la sentencia el análisis de las pruebas debe ser conjunto, recientemente la Corte aclaró una jurisprudencia suya para extender el interés para recurrir en casación aun cuando el debate en la segunda instancia hubiera versado sobre pruebas distintas a aquellas que se quiere atacar en la sede extraordinaria.

Se trataba de resolver la demanda donde una de las censuras era por violación indirecta de la ley sustancial, supuestamente por haber incurrido el tribunal en un error de hecho por falso juicio de identidad al cambiar el contenido de una necropsia, con el antecedente de que en la sustentación del recurso de apelación que dio lugar a la intervención funcional del *ad quem* se advertía que ningún cuestionamiento había formulado la defensa a la referida prueba técnica, porque los reproches al fallo de primer grado se circunscribieron a aspectos puntuales de la prueba testimonial para ver de conseguir que el tribunal desconociera el valor probatorio dado por el *a-quo* a los asertos de un deponente considerado como fundamental en la imputación de autoría material bajo cuyo auspicio se profirió la condena.

¹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 26-10-00. Rdo. 15610, M.P. [Fernando Arboleda Ripoll](#).

En ese contexto, con apego al principio de limitación previsto en el artículo 217 del estatuto procesal penal vigente a la sazón, se creía que el defensor no estaba habilitado para demandar en casación por un motivo distinto al aducido ante la segunda instancia, porque la Corte en dos pronunciamientos anteriores había dicho que *"no es posible que por vía de casación se acusen errores del Tribunal en que no podía estar incurso al ejercer una competencia alinderada por el específico objeto revelado en la sustentación del apelante"*¹⁸, o porque *al no haber sido tema de controversia apelacional, no pueden dar ocasión a errores del fallador de segunda instancia susceptibles de enmienda en sede casacional*¹⁹.

Pues bien, en fallo reciente la Corte precisó el alcance de estos pronunciamientos en el sentido de que la supuesta ausencia de impugnación vertical sobre una específica prueba no la margina de la controversia casacional, porque *"el genuino sentido de la restricción para acceder a la impugnación extraordinaria no puede estar basado en el equivocado entendimiento de que los términos "errores del tribunal" o "específico objeto" hacen relación a una yuxtaposición automática y no a una identidad temática entre los yerros denunciados en la apelación y acusados luego en la casación, pues esto llevaría al falso postulado de que la controversia en esta última sede se reduce a los errores sobre los medios aislada y específicamente impugnados en la sustentación del recurso ante el ad quem, olvidando que el cometido de esta dialéctica no es el insular e inerte ataque a una prueba por la prueba misma, sino el ejercicio epistemológico de la argumentación sobre lo que es objeto del conocimiento para procurar un fin sustantivo de favor, como sería por ejemplo la absolución del acusado, siendo esto último lo que para los efectos de la identidad temática entre el recurso y la casación constituye el alcance o señala en definitiva el verdadero sentido de las expresiones "errores del tribunal" o "específico objeto" a que ha aludido la Corte.*

Sobre el punto, en el ámbito de la causal primera por la vía de la violación directa, con ponencia del Magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote (sentencia del 14 de diciembre de 1999 Rdo. No. 12.343), ya la Sala había precisado que la correspondencia en el objeto entre una y otra impugnación

¹⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 22-09-99. Rdo. 10.510. M.P. Carlos A. Gálvez Argote.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 20-04-99. Rdo. 11.449. M.P. Dídimo Páez Velandia.

no es mecánica o producto de una constatación puramente formal, en términos de comparación de la nomenclatura jurídica dada al fenómeno en la alegación de segunda instancia y en la demanda de casación, sino que debe ser una identidad sustancial, sin que importe que al supuesto fáctico o jurídico se le hagan derivar consecuencias diversas o se le den enfoques distintos.

En esta ocasión la tesis no sólo se reitera sino que se hace extensiva al segundo apartado de la causal primera, o sea a la violación indirecta de la ley sustancial, en los términos que se vienen de exponer, pues para el caso que ahora ocupa la atención de la Corte el objeto de impugnación tanto en la apelación como en la casación es la autoría, que en ambos momentos se cuestionó, sin que la identidad de este fenómeno sustancial pueda desvirtuarse por el hecho de que la censura a su demostración se circunscribió a esta o a aquella unidad de investigación, tanto menos cuando si en la sentencia "las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto" (artículo 254 C.P.P.), la demanda que pretenda derruirla deberá atacarla también en forma conglobante porque de no hacerlo así se corre la contingencia de que la decisión impugnada pueda sostenerse en los demás medios de convicción no glosado"²⁰.

Entonces, desde el punto de vista de la prueba circunstancial, en desarrollo de esta jurisprudencia, ahora el demandante está legitimado para atacar en casación los errores cometidos con los indicios por los sentenciadores de primer y segundo grado, con tal de que el actor hubiera promovido la apelación contra el fallo discutiendo la prueba, independientemente de que sean los mismos indicios u otros medios de convicción los glosados en la segunda instancia.

Decía el abogado norteamericano Lee J. Loevinger: "Casi todos los hombres admiten que no son hermosos. Muchos reconocen que no son fuertes. Pero ninguno confesará que no procede con lógica", y concluye: "Los hombres se disculpan con frecuencia de su falta de memoria, pero nunca por causa de su juicio".

Esto, obviamente, no significa que siempre seamos respetuosos de la sindéresis o de la lógica, porque la realidad nos enseña otra cosa; por eso

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. 29-01-01. Rdo. 12723. M.P. Jorge Ambal Gómez Gallego.

solemos decir que el buen juicio o el sentido común, es el menos común de los sentidos, y si el indicio se construye o se valora de espaldas a los postulados de la lógica, no sólo le tendemos una trampa a la razón sino que haremos del juzgamiento un ejercicio fementido, deleznable y, a fuer de ello, arbitrario y despótico.

Como formidable instrumento para conquistar la verdad, al indicio se le debe respeto; más en una sociedad como la nuestra donde las relaciones interpersonales han hecho crisis y el déficit es de credibilidad, siendo el envilecimiento del testimonio uno de sus correlatos. Pero la importancia de la prueba circunstancial es proporcional al rigor lógico con que se acometan su construcción y análisis en ejercicio de la jurisdicción, para que como en la Italia de 1509, previo a la emisión de un fallo, no tengamos que evocar con remordimiento a Fornaretto, "el panadero de Venecia".

