

El indicio grave de responsabilidad *

Hernando Londoño Jiménez **

Lo de la "gravedad del indicio" resulta ser un calificativo sobre el cual no se pueden suministrar derroteros precisos para su acertada calificación. Todo depende de la prueba en que se haya originado, de la estrecha relación de causalidad que tenga con lo que se trata de averiguar, como también del buen juicio apreciativo que se tenga sobre el mismo. Es por lo tanto una valoración subjetiva, en la cual el criterio para clasificarlo de esa manera estriba en su seriedad y fuerza de convicción. ANTONIO ROCHA ALVIRA ha dicho que "la *gravedad* (lo que pesa, lo que importa) mira al efecto serio y ponderado que los indicios produzcan en el ánimo del juzgador"¹. Es la prueba mínima para poder dictar una medida de aseguramiento.

Por lo anterior, no podemos compartir el criterio de YESID REYES ALVARADO cuando sostiene que "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, los indicios pueden ser necesarios, graves o leves, así que estos 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"². Por nuestra parte, no nos resulta fácil admitir que la suma de indicios leves puedan llegar a reemplazar procesalmente al indicio grave. Si gramaticalmente la palabra "leve" significa de

* Capítulo del *Tratado de derecho procesal penal*, tomo II, próximo a publicarse.

** Miembro de las comisiones redactoras del Código Penal y de Procedimiento Penal, lo mismo que del Código Penal Tipo para América Latina.

¹ Cita de YESID REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, Bogotá, Edic. Librería del Profesional, 1984, pág. 70.

² REYES ALVARADO, ob. cit., pág. 70.

poca importancia, de escasa trascendencia, no parece lógico que varios indicios merecedores de dicho calificativo, por su sola multiplicidad, puedan llegar a producir una plena convicción³. Aunque no faltan autores que, como LESSONA, consideran que de un conjunto de indicios leves puede obtenerse una plena prueba⁴.

De todas maneras, la gravedad del indicio está fundamentalmente relacionada con la intensidad de su conexidad con el hecho que se trata de probar, que de él pueda extraerse la inferencia lógica que conduzca, que indique por medio de un análisis lógico-crítico, bien sea el hecho punible en sí, al autor del mismo y a sus partícipes. Desde luego que su función también está destinada a demostrar la inexistencia del delito, la inocencia del procesado o alguna causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad.

Esa gravedad del indicio también se puede considerar desde el punto de vista de su eficacia probatoria, como cuando está purificado de toda falsificación y engaño, que no sea obra de la casualidad o del azar, que no sea susceptible de contraindicios que puedan eliminar o disminuir su fuerza probatoria. En síntesis, que cuando después de haber podido superar todos los interrogantes que en contrario se pueda hacer el juzgador, este llegue a una conclusión de tranquilizante seguridad en sus decisiones, fundada en la certeza moral a que hubiere llegado, plenamente convencido de haber procedido según los dictados del derecho, los postulados de la justicia y la voz de su conciencia⁵.

Un indicio, verbigracia, que en principio tiene plena característica de gravedad, es el de las huellas digitales dejadas en el lugar del crimen, por medio de la cual se concluye con la identificación de la persona a quien corresponden. Pero se trata de una prueba que debe ser valorada en su exacta significación, pues suele ocurrir

³ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA (*Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 600) dice a este respecto: "Durante todo este proceso analítico y lógico, hay que tener presente que los indicios, como los testimonios, se pesan y no se cuentan; con la salvedad de que, en nuestro proceso civil, los contingentes deben ser por lo menos dos. De la suma de varios o muchos indicios aparentes o sin valor propio, no puede resultar ninguna prueba, y de un conjunto de indicios leves puede inferirse una prueba incompleta, que, sumada a otras, sirva para llegar a la convicción plena, pero por sí solos no pueden suministrarla, ni siquiera tomados en conjunto, porque no excluyen lógicamente las demás posibilidades que de ellos mismos se infieren".

⁴ Cita de DEVIS ECHANDÍA, *Compendio...*, ed. cit., pág. 600.

⁵ PIERO CALAMANDREI (*Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1956, pág. 357) nos da el siguiente conmovedor ejemplo: "Un anciano magistrado, sintiéndose morir, oraba serenamente en su lecho:

"«Señor, quería al morir estar seguro de que todos los hombres a quienes he condenado han muerto antes que yo, porque no puedo pensar en que deje en las prisiones de este mundo, sufriendo penas humanas, aquellos que fueron encerrados por orden mía. Querría, Señor, cuando me presente a tu juicio, encontrarlos en espíritu en el umbral para que me dijeran que saben que yo los juzgué según justicia, según lo que los hombres llaman justicia. Y si con alguien, sin darme cuenta, he sido injusto, a él más que a los otros quisiera encontrar allí, a mi lado, para pedirle perdón y decirle que ni una vez al juzgar, olvidé que era una pobre criatura humana esclava del error, que ni una sola vez, al condenar, pude reprimir la turbación de la conciencia, temblando ante una función que, en última instancia, puede ser solamente tuya, Señor»".

que apenas indique la presencia del acusado en el lugar de los hechos, pero en tiempo anterior a la consumación del ilícito y por ninguna razón relacionada con el crimen. Por eso aconseja VALENTÍN SILVA MELERO: "Por lo que se refiere a las huellas dactilares, se ha establecido que los tribunales deben tenerlas en cuenta como método de identificación personal; pero se aconseja cautela en las conclusiones derivadas de esta prueba indiciaria, en evitación de posibles errores"⁶.

En cambio, las manchas de sangre en los vestidos del presunto victimario, en procesos por homicidio, es una prueba que a veces confunde a noveles instructores, cuando del examen científico correspondiente resulta que concuerda con el mismo grupo sanguíneo de la víctima. Esa simple coincidencia jamás puede constituir un indicio grave, por ser infinita la cantidad de personas que tienen los mismos caracteres fisiológicos en la sangre. Desde luego que, acompañada de otros elementos probatorios, puede contribuir a la certeza judicial sobre el cargo que se imputa. Antes, por el contrario, cuando el resultado del examen arroja la conclusión de un grupo sanguíneo diferente, sí constituye un serio indicio, pero de inocencia⁷.

VICENZO MANZINI, cuando se refiere a esta prueba, precisa: "Los resultados de esa averiguación pueden ser por sí solos decisivos a los fines de la prueba solamente cuando sean negativos, esto es, tales que excluyan que dos o más individuos pertenezcan al mismo grupo. En cambio, si son positivos, pueden muy bien concurrir con otros elementos a suministrar la certeza, pero no pueden suministrarla por sí solos, precisamente porque con ellos solo se puede llegar a establecer la pertenencia del individuo o individuos a un determinado grupo, lo que es insuficiente para la identificación personal o para otro fin probatorio"⁸.

⁶ VALENTÍN SILVA MELERO, *La prueba procesal*, t. I, Madrid, 1963, pág. 309. En nuestra experiencia profesional conocimos un caso de la típica coartada falsa: contra un sindicado que había dejado sus huellas digitales en la escena del crimen, se ordenó su captura cumplida un tiempo después. En la indagatoria negó el hecho, aduciendo como argumento que en la fecha y hora del delito se encontraba detenido a órdenes de un funcionario de policía en otra ciudad del país. El juez de instrucción, a pesar del grave indicio de las huellas digitales, solicitó información al respecto de aquel funcionario, quien en respuesta confirmó lo dicho por el sindicado. Ante este hecho, se decretó una inspección judicial sobre el libro radicator de detenidos en aquella ciudad, la que dio por resultado que el único espacio que aparecía con borronadura era aquel en que figuraba dicho sindicado, de lo cual se concluyó que se había suprimido el nombre del verdadero detenido en aquella fecha, para colocar en su lugar, en connivencia con los empleados de esa Inspección de Policía, el del sindicado que quiso engañar a la justicia.

⁷ SILVA MELERO (ob. cit., pág. 309) expresa: "Los experimentos fundados sobre firmes bases científicas, en general deben ser considerados como elementos subsidiarios y no decisivos, a los fines de la certeza judicial. Tal consideración merecen los llamados grupos sanguíneos para la identificación de una persona, que por sí solos no pueden considerarse suficientes, dado que lo único que permiten establecer es que un individuo pertenece a determinado grupo, lo que es insuficiente para su identificación. En cambio, este sería un indicio de gran importancia de carácter negativo si se acredita que la sangre no pertenece al grupo del inculpado, con lo que existe un elemento importante para excluirle, con fundamento, en esta consideración. En definitiva, la prueba indiciaria puede ser óptima o pésima, según la perspicacia y sentido crítico del juez".

⁸ VICENZO MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, Caracas, Ediciones de Cultura Jurídica, 1987, pág. 213.

Todo esto nos lleva a pensar, con muchísima angustia jurídica, si cabe la expresión, sobre la manera tan frecuente como se confunde el indicio con la conjetura y la sospecha dentro del proceso penal. Es lo que ocurre cuando no se tienen muy presentes todos los elementos constitutivos del indicio, o cuando simplemente se hace abstracción de calificar la prueba indiciaria, para en su lugar sustituirla por la que subjetivamente considera el funcionario apta para sus pretensiones dentro del proceso.

Cuando se habla de sospecha se está haciendo referencia a una situación determinada que es más producto de la imaginación que de la realidad, de algo que tiene la característica de la duda, de una especie de presunción amenazada del riesgo de ser equivocada. Por apelar a ella dentro del proceso penal y servir de fundamento para decisiones judiciales en contra del "sospechoso", son demasiado frecuentes los errores judiciales, cuando con esa base se ha atropellado la libertad individual y conculcado así las garantías del debido proceso. Esta es por lo tanto una gravísima aberración del proceso penal, causa del inhumano hacinamiento en las prisiones, factor preocupante de tantas consecuencias dañinas en la vida familiar y social de los detenidos y motivo sensible de tan frecuente desdibujamiento de la imagen de la justicia.

Una clara distinción con el indicio lo hizo la casación italiana, cuando sentenció: "Mientras las suposiciones constituyen meras conjeturas, subjetivas, con las que se trata de intuir un dato de hecho no contenido en la percepción, y las dudas son estados de ánimo destituidos de lógica y coherente correspondencia entre circunstancias directamente comprobadas, los indicios presuponen en cambio la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirecta pero lógicamente el hecho que hay que probar mediante un proceso deductivo, con la misma certeza que da la prueba directa".

Un momento muy especial en el que se debe deslindar la sospecha del indicio, es en la etapa de indagación preliminar, establecida fundamentalmente para determinar si ha tenido o no ocurrencia el hecho materia de la averiguación, si está descrito en la ley penal como delito, de lo cual dependerá que se abra o no la correspondiente investigación. Teniendo el funcionario un tiempo más que suficiente para clarificar dicha situación, no debería entonces hacer el tránsito de una etapa a la otra, por la simple sospecha de haberse cometido una infracción a la ley penal o por la

⁹ Cita de MANZINI, ob. cit., pág. 483. Un ejemplo, no ya teórico sino práctico, de la diferencia entre sospecha e indicio, lo trae ANTONIO DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 81: "El inculpado presenta en la mano una herida que, por su forma y carácter, parece producida al cometerse el delito, pues en este ha habido fractura de cristales y las heridas del sujeto son, al parecer, ocasionadas por vidrios: he ahí una sospecha. El inculpado prueba suficientemente cómo se produjo la herida, o, a lo menos, que ya estaba herido antes del momento en que se cometió el delito: la sospecha se disipa, el indicio cae. Si no consigue el inculpado probar nada o hay motivos para creer que miente, la sospecha se fortifica; demuéstrase que el inculpado falsea la verdad, que las heridas debieron producirse como se pensaba: la sospecha se intensifica adquiriendo el valor de un juicio más fundado, transformándose en una presunción. El rastro, por su parte, se eleva a la categoría de un verdadero indicio".

identificación por mera sospecha del presunto autor de los hechos¹⁰. Se debe agotar, por lo tanto, cuando surjan las dudas al respecto, la etapa de indagación preliminar, para evitar así la apertura de investigaciones penales en las cuales ya no sería procedente un auto inhibitorio, sino una cesación de procedimiento o sentencia absolutoria, con la consiguiente pérdida de tiempo para la justicia penal. Todo esto en el supuesto de que la sospecha se mantenga como tal¹¹, sin que por otras pruebas se fortalezca hasta convertirse en un verdadero indicio grave.

Por todo esto no se puede compartir el criterio de ALMAGRO NOSETE, para quien la prisión provisional puede adoptarse en tanto existan *sospechas* de responsabilidad criminal contra determinada persona; ni el de la legislación alemana, para la cual son necesarias "sospechas muy fundadas"; ni el del Convenio Europeo, en el que, de acuerdo con sus términos, para la detención preventiva apenas se requieren "razones para sospechar"¹². Para justificar nuestro desacuerdo con estas posiciones doctrinarias y legislativas, bastaría con remitirnos a la definición que de la palabra "sospecha" trae el Diccionario de la Lengua Española y a la definición que de "indicio" nos suministra nuestra ley procesal penal, avalada por lo que ha sido tesis pacífica en la doctrina de autores nacionales y extranjeros¹³. Son entonces criterios jurídicos y extrajurídicos los que sirven para establecer una neta diferenciación de dichos términos.

Se podría por lo tanto concluir con el pensamiento de ASENCIO MELLADO, cuando para fijar los alcances de la palabra "sospecha" en relación con los vocablos "motivos" o "indicios", dice: "Tal expresión, por tanto, y a diferencia de las anteriores, conlleva un razonamiento o apoyo real menor, ya que, por un parte, no exige su fundamentación en un dato fáctico real, lo que la distingue de los indicios y, por otra parte, no exige una cuasicerteza, como los motivos, de tal fuerza que induzca al sujeto a actuar en un sentido determinado, sino que la sospecha es una aprehensión o imaginación de una posible realidad, una simple conjetura o suposición"¹⁴.

¹⁰ KLAUS TIEDEMANN y otros, *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Edit. Ariel, S. A., 1988, pág. 170: "En cuanto a su contenido, el principio de legalidad se encuentra limitado por el hecho de que tienen que existir *concretos indicios fácticos* de un hecho punible. Suposiciones vagas no son suficientes para una inculpación jurídico-penal. Al lado de ello, prevé la ley tan numerosas quiebras de la obligación de acusar que el contraste con el «principio de oportunidad» seguido por algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, se hace bastante difuso".

¹¹ DELLEPIANE, ob. cit., pág. 81: "En resumen: la sospecha es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto, en un indicio (*latu Sensu*) que requiere verificarse. La sospecha, sola o acompañada a otras sospechas, puede servir de punto de partida para una pesquisa, justificar una indagación a persona determinada; pero nunca ser fundamento para una condenación".

¹² Cfr. JOSÉ MARÍA ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, Madrid, Edit. Civitas, S. A., 1987, pág. 115.

¹³ Cfr. JORGE ARENAS SALAZAR, *Crítica del indicio en materia penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, págs. 42-43, y DELLEPIANE, ob. cit., págs. 80, 83, 87.

¹⁴ ASENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 114.

Ahora, en cuanto a que ese "indicio grave" que exige la ley para poder proferir una medida de aseguramiento tenga que ser de la *responsabilidad* del procesado, contiene que nos detengamos en el verdadero alcance de esta expresión y en el requisito exigido, ya que no siempre se la ha entendido en su exacto significado jurídico. Para nosotros dicha expresión es comprensiva de todos los elementos del delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Es que, si al juez le estuviere vedado avanzar provisionalmente juicios valorativos sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, ello querría decir que la detención preventiva podría justificarse sobre bases de exclusiva responsabilidad objetiva, como sería el tener en cuenta exclusivamente, para ordenar la medida cautelar, la conducta típica del sindicado, esto es, la simple realización del hecho material, lo que sí equivaldría a la ostensible violación del principio sobre presunción de inocencia.

Igualmente se caería en el mismo error si solo se pudiera detener preventivamente con fundamento en solo dos elementos del delito, la tipicidad y la antijuridicidad, siendo a nuestro parecer también necesaria la culpabilidad, como garantía de seguridad jurídica en favor del procesado. Si esto no pudiera ser así, no vemos cómo, científicamente, el juez se pudiera desempeñar cuando para dictar un auto de detención se ve precisado a hablar de hecho punible culposos, dolosos o preterintencional. Y cuando se le solicita una excarcelación, o la revocatoria de un auto de detención, con expresa referencia a esos tres grados de culpabilidad, necesariamente tiene que referirse a ellos, bien para admitir o rechazar la solicitud¹⁵.

Sin embargo, eminentes juristas han tomado partido por la tesis contraria, como LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, quien la defendió apasionadamente diciendo que "el

¹⁵ En la Comisión Redactora del Código propusimos el siguiente artículo con su correspondiente exposición de motivos, así: "«Artículo. Habrá lugar a dictar auto privativo de la libertad cuando existiere un grave principio de prueba por escrito que sea suficiente para darle al juez la racional convicción de que se ha cometido un hecho típicamente antijurídico y de que el sindicado es el supuesto culpable de él como autor o cómplice». El ideal que se busca con esta norma no es otro distinto a que el juez de instrucción se compenetre con la idea de que para poder privar de la libertad a una persona a quien se le ha hecho la imputación de un hecho punible, debe hacerse con suficientes y serios elementos de juicio. Es una norma que busca proteger al máximo la libertad individual. Pareciera que con ella se contradice o viola el principio sobre presunción de inocencia, pero a nuestro juicio es todo lo contrario. Si el objetivo de la investigación ha sido dirigido a indagar sobre la realización del hecho típico con sus elementos descriptivos y normativos, lo mismo que sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, es apenas lógico que el auto por medio del cual se va a resolver la correspondiente situación jurídica debe avanzar juicios de valor sobre esos tres elementos del delito, bien para admitirlos o negarlos, con la consecuencia en el primer caso de la privación de la libertad, y en el segundo con la libertad inmediata. Es que si al juez le estuviere vedado avanzar provisionalmente juicios valorativos sobre la antijuridicidad y la culpabilidad, querría decir que la detención preventiva podría justificarse sobre bases de exclusiva responsabilidad objetiva, como sería al tener en cuenta únicamente, para la medida cautelar, la conducta típica del sindicado, esto es, la simple realización del hecho material, lo que sí equivaldría a la ostensible violación del principio sobre presunción de inocencia. Igualmente se caería en el mismo error, si solo se pudiera detener preventivamente con dos elementos del delito, la tipicidad y la antijuridicidad, siendo nuestro parecer que también es necesario un indicio sobre la culpabilidad como garantía de seguridad jurídica en favor del sindicado..." (Acta núm. 15, febrero 20 de 1985).

juez de instrucción debe *limitarse*, por un lado, a probar la existencia del *tipo*, como carácter descriptivo, y a recoger, con escrupulosa imparcialidad, todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho, y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar la primera, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la segunda, que requiere un juicio de culpabilidad"¹⁶. Pero una filosofía de esta naturaleza no puede servir a un Estado de derecho, no puede inspirar el ordenamiento jurídico que se precie de estar fundado sobre principios liberales y democráticos.

Desde luego que para la economía del procedimiento resulta apenas lógico que lo primero que debe establecerse es si el hecho que ha dado origen al comienzo de una averiguación se subsume en abstracto dentro de un determinado tipo penal. Establecido el hecho típico, seguirá la indagación sobre el autor y los partícipes, para luego continuar con la prueba sobre las probables antijuridicidad y culpabilidad. Si estas dos últimas circunstancias no pudieran entrar en un juicio de valoración por parte del juez instructor, se estaría pretendiendo que bastaría la sola imputación o atribución del simple hecho material para considerar al sindicado como sujeto pasivo de la acción penal, merecedor de una medida de aseguramiento. De igual manera, en la fase instructora del proceso penal estarían complementamente abolidas la excarcelación y la cesación de procedimiento por causales de justificación del hecho y de inculpabilidad.

Si lo anterior pudiera ser así, estaríamos colocados jurídicamente en una legislación violatoria de todos los más sagrados principios que tutelan la libertad individual, porque significaría que el acusado tendría que permanecer *sub judice* hasta la sentencia definitiva, para que solo en este momento procesal, generalmente demasiado tardío, se le excluyera de toda responsabilidad penal. Nosotros nos negamos a admitir que sea correcta la interpretación que en dicho sentido le ha dado JIMÉNEZ DE ASÚA a cierta legislación y doctrina que él analiza en el sentido antes anotado. Es así como, al comentar la legislación argentina en donde se habla de que para dictar una detención preventiva se requiere que "haya indicios suficientes de responsabilidad del sujeto" o "indicios vehementes de culpabilidad", el jurista ibero dice que "es a nuestro entender in cuestionable que no se ha empleado aquí ese término en su rigurosa acepción restringida de nexo personal por dolo o culpa entre el acto y el autor, sino en el más amplio e impreciso de imputación o atribución del agente"¹⁷. Esto vendría a significar que, de una manera antijurídica y falta de toda razón, esa legislación procesal les habría dado a las expresiones "responsabilidad" y "culpabilidad", una significación diferente de la del derecho penal material.

El insigne maestro, con dicho criterio, ha querido perfilar la figura del juez instructor como la de un simple recolector de pruebas, con poder omnímodo y

¹⁶ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., 1965, pág. 931.

¹⁷ *Ib.*, pág. 934.

arbitrario para poder privar de la libertad a una persona con la exclusiva prueba de la objetividad del hecho material tipificado como delito, sin que le sea permitido, para fundamentar la incriminación o para excluirla, entrar en un juicio valorativo sobre la antijuridicidad y la culpabilidad. Según él, la afirmación o la negación de dichas circunstancias está reservada para la sentencia. Su pensamiento es claro al respecto: "Cosa distinta es que al instruir el sumario el juez recoja todas las pruebas que sean necesarias para hacer esos juicios, objetivo el uno y subjetivo el otro, sobre la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del agente. El juez reunirá, pues, todas las pruebas para que la *instancia sentenciadora* pueda hacer esos juicios valorativos que no le incumben al instructor, a quien le corresponde principalmente el *proceso cognoscitivo*"¹⁸. Si esto se dijera para reivindicar el principio de la presunción de inocencia y defender con él la tesis de no poderse privar de la libertad a una persona sino hasta la sentencia en que se la declare culpable, no merecería tan rotunda protesta.

Para dicho autor, que con inmensa sabiduría e ilustración supo construir un grandioso monumento jurídico penal, las causales de justificación del hecho deben ser irrelevantes en la etapa de instrucción: "Igualmente es falso que el juez de instrucción debe abstenerse de procesar cuando se ha producido la muerte de un hombre en legítima defensa. En este caso sí que hay tipicidad, pero no antijuridicidad: el juez procesa porque no valora, y recoge las pruebas de la agresión ilegítima y de la defensa necesaria para que el Tribunal sentenciador valore los hechos"¹⁹. Si para sostener esto ha malinterpretado algunas legislaciones, como la argentina y la española, se habría desgarrado las vestiduras de haber conocido la legislación colombiana que implícitamente prohíbe inclusive la captura de la persona que hubiere actuado en cualquiera de las circunstancias de justificación del hecho y de inculpabilidad. En este caso, el juez instructor simplemente cita para una indagatoria. Fuera de la previsión legal que consagra nuestra ley, cuando permite la excarcelación en los casos de exceso en las causales de justificación.

Pero lo más desconcertante de la tesis que venimos analizando es que su autor, para sostenerla fervorosamente, asegura que es una doctrina que trasciende del mero campo especialista de los cultivadores del derecho penal para asumir el porte de una máxima de derecho público y de garantía de los derechos del hombre. Lo dice por la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, proclamados por la Revolución Francesa, cuando se dijo que al procesado no se le tendrá por culpable mientras no se le condene; de igual manera en la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, aprobada por las Naciones Unidas en el año 1945, en la que se consagró: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias a su defensa".

Con base en estos principios universales, dijo el ilustre tratadista: "Tras de esta universal y solemne proclamación es obvio que el juez instructor no puede

¹⁸ *Ib.*, pág. 934.

¹⁹ *Ib.*, pág. 936.

hacer valoraciones de antijuridicidad, salvo en los casos en que sea imprescindible realizarlas porque el tipo contenga *elementos normativos sensu strictu*. Y aun así, cuidándose de que esa valoración no trascienda como enjuiciamiento. Dar al juez del sumario otro papel, sería vulnerar el apotegma de derecho público y ahora de expresa categoría universal"²⁰. Sobre esto, no negamos que la privación de la libertad en la etapa de instrucción de cierta manera viola el principio de la presunción de inocencia que debe asistir a todo procesado. Pero preferimos que esto sea así, de manera provisional, mientras llega la etapa del juzgamiento o antes, a que el juez de instrucción no pueda hacer esas valoraciones sobre la antijuridicidad y culpabilidad, a los fines de negarlas, con la consecuencia procesal de librar al indiciado de una detención preventiva injustificada a todas luces.

A nuestro juicio es más ostensible la violación del principio de presunción de inocencia cuando se priva de la libertad a una persona con base exclusiva en la tipicidad del hecho²¹, o sea, en la presunta responsabilidad objetiva, que cuando para hacerlo se acude al apoyo de juicios valorativos de antijuridicidad y culpabilidad. Si no fuera así, habría que proscribir de los códigos de procedimiento las causales de excarcelación por estas razones, al igual que en el Código de las penas el principio rector de la exclusión de la responsabilidad objetiva. En la primera hipótesis se estaría presumiendo una responsabilidad penal por la simple realización del hecho típico, no obstante existir pruebas sobre la justificación del hecho o la inculpabilidad, mientras que en la segunda se estaría dentro de la misma presunción, de carácter transitorio, pero con fundamento en pruebas sobre probable antijuridicidad y culpabilidad. En este caso indudablemente se garantizan en mejor forma la libertad individual y el derecho de defensa, por cuanto el sindicado, desde el mismo momento de decretarse la medida de aseguramiento en su contra, tiene la oportunidad de contrarrestar los cargos en dichos aspectos, bien para establecer una culpa en lugar del dolo, o para que se disminuya el grado de culpabilidad en la conducta dolosa.

Es también evidente que con la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA se quebranta el principio universal *in dubio pro reo* por cuanto, pudiéndose decretar la prisión provisional con base en la prueba objetiva del hecho típico, sería irrelevante a los fines de la libertad del acusado toda duda que se presentara en la etapa instructora sobre las circunstancias de antijuridicidad o inculpabilidad. Las causales eximentes o modificativas de la responsabilidad, según la inadmisibles tesis, quedarían postergadas para el momento de la sentencia, lo que de por sí no solo afectaría la economía del procedimiento, sino que sería un acto de la más refinada injusticia.

²⁰ *Ib.*, pág. 938.

²¹ El mismo autor (ob. cit., pág. 939) radicaliza así su posición sobre este punto: "Es evidente, en suma, que el juicio de valoración de la antijuridicidad y el juicio de reproche de la culpabilidad no corresponden al Instructor, sino a los jueces o tribunales que sentencian. Solo está obligado el juez que instruye a comprobar la existencia de los hechos de carácter típico y de sus elementos, de modo objetivo cuando el tipo es de mera descripción objetiva, y subjetivamente cuando en él se hallan elementos subjetivos de lo injusto. Tan solo en aquellos tipos en que existen elementos normativos *sensu strictu*, deberá el Instructor valorar la conducta frente a la norma, de manera provisional (Función valorativa)...".

Analizando este aspecto de la controversia en la doctrina, ASENCIO MELLADO asume una posición ecléctica, aunque inclinándose más por la tesis defendida por nosotros. Dice al respecto: "Ambas posturas extremas, si bien no carecen de fundamento, deben ser rechazadas en virtud de toda una serie de consideraciones que abogan por una solución intermedia. De este modo, y aunque es cierto que no le es atribuido al juez de instrucción una labor cognoscitiva, pues ello implica siempre el contradictorio que en el proceso penal solo se da en toda su extensión en el juicio oral, no lo es menos que el negarle cualquier actividad de este tipo, como señala GIMENO, sería contrario a la propia norma procesal que, en determinados momentos, exige valoraciones sobre la culpabilidad y a un principio de economía procesal, ya que, en la práctica, se dan casos en que la falta de responsabilidad penal queda evidenciada desde el primer momento. Por todo ello, entendemos más oportuno mantener una posición ecléctica que intente conciliar ambas posturas extremas"²². Esa posición está referida a la legislación española en el sentido de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no han de ser tenidas en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional en lo referido a la modificación de la pena *in abstracto* que corresponde imponer al sujeto pasivo de la medida cautelar²³, por cuanto dicha legislación atiende fundamentalmente, para efectos de la detención preventiva, al criterio objetivo de la gravedad del delito.

Tanto directa como indirectamente, la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA ha sido objeto de muy severas y juiciosas impugnaciones. Y no era para menos, por haber tenido la osadía de respaldarla con los principios liberales proclamados por la Revolución Francesa en su histórica "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, y por la "Declaración Universal de Derechos Humanos" de las Naciones Unidas en el año 1948, de ninguna de las cuales se puede concluir la aberración jurídica tan fervorosamente defendida por el ilustre maestro²⁴.

Uno de los autores que directamente enjuicia su posición al respecto es RAMÓN BRIONES ESPINOSA, quien al enfrentarlo dice que "si se afirma que para procesar basta la objetividad del hecho, con abstracción de cualquiera otra consideración, resultaría que se estaría aplicando en realidad una presunción de antijuridicidad y culpabilidad, que no aparece en modo alguno razonable y que atentaría contra «el principio de inocencia», porque esta comprende no solo el no haber cometido el hecho, sino también el no ser culpable de él"²⁵. Sin embargo, el tratadista español, como se hizo notar antes, para eludir los claros y jurídicos alcances de la legislación de su propio país, cuando habla de "indicios vehementes de culpabilidad" para poder detener provisionalmente, niega que dicha expresión tenga la acepción

²² ASENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 74.

²³ Cfr. ASENCIO MELLADO, ob. cit., pág. 75.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA (ob. cit., pág. 936) dice: "Esta tesis la hemos defendido con tanto entusiasmo como reiteración y creemos que por su sentido liberalismo debiera ser aceptada por cuantos son partidarios del régimen democrático y liberal".

²⁵ RAMÓN BRIONES ESPINOSA, *El procesamiento en relación con la antijuridicidad y la culpabilidad*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1972, pág. 53.

restringida de nexo personal por dolo o culpa entre el acto y el autor, sino en el más amplio e impreciso de imputación o atribución al agente. Tesis que de ser admitida en cualquier legislación del mundo significaría, ni más ni menos, la institucionalización de la injusticia dentro del proceso penal, con la nefasta consecuencia de que las prisiones resultarían colmadas de inocentes, hasta cuando un tardío juzgamiento reconozca lo que se pudo haber reconocido desde la etapa sumarial, es decir, para poner algunos ejemplos, que se obró en legítima defensa, en estado de necesidad, en estricto cumplimiento de un deber legal, en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, por caso fortuito, por insuperable coacción ajena, por la convicción errada e invencible de que se está amparado por una causal de justificación y por la misma convicción errada e invencible de que no concurre en la acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal, según nuestra legislación penal²⁶.

Pero antes de JIMÉNEZ DE ASÚA, la tesis había sido defendida en un congreso internacional de criminología realizado en Chile, por parte de DANIEL SCHWEITZER, quien sostuvo: "Que se compruebe, por prueba semiplena al menos, la existencia de un hecho real que revista los caracteres del tipo legal descrito en la ley, es como debe interpretarse a mi juicio la palabra delito. No deben investigarse en el trámite inicial de la prisión preventiva todos los caracteres del delito, sino tan solo los que conciernen a la tipicidad"²⁷. Tamaño exabrupto tenía que producir, como realmente produjo, la reacción de destacados criminólogos y juristas que asistían al citado congreso, entre los cuales merece citarse a SEBASTIÁN SOLER, ALFREDO MOLINARIO²⁸, CLARÍA OLMEDO²⁹, ALFREDO VÉLEZ MARI, CONDE y MANUEL LÓPEZ REY.

La teoría antes transcrita encierra la más descarnada y cruda presunción de culpabilidad en la etapa de instrucción del proceso penal, por cuanto sostiene que

²⁶ BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 61) expresa: "... Si solo se analiza la conducta típica, no puede llegarse a conocer el carácter de inocente o culpable del imputado, ya que podría haber incurrido en la conducta típica (este solo hecho no nos da ningún elemento de juicio sobre la culpabilidad; solo nos da el carácter indiciario de la antijuridicidad que posee la tipicidad, y que permite formarse una idea sobre la legitimidad o ilegitimidad del acto) y ser culpable o inocente".

²⁷ Cita de BRIONES ESPINOSA, ob. cit., pág. 54.

²⁸ Cita de BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 58): "Me parece que la pretensión de reducir las funciones del juez de instrucción a lo que se ha dado en llamar elementos subjetivos del tipo, como máximo, importa un verdadero exceso de formulismo, que no solo va en desmedro de la dignidad que inviste al juez de instrucción, que es tan juez como cualquier otro, sino que importa algo todavía más grave: un verdadero atentado de lesa humanidad, cuya consecuencia menor es mantener a un individuo sujeto a un proceso penal y a las molestias y a los inconvenientes que eso implica, por la sola circunstancia de que se reúnan todas las condiciones requeridas por el tipo. Francamente me parece que es llevar la técnica demasiado lejos".

²⁹ En cita de BRIONES ESPINOSA (ob. cit., pág. 59) dice CLARÍA OLMEDO: "Debe exigirse que aparezca como posible la comisión de un hecho delictuoso, no bastando con que aparezca encuadrado en un tipo legal; debe mostrarse como una conducta antijurídica y culpable, que sea perseguible y no exenta de pena. Por lo tanto debe quedar excluida a priori toda posibilidad de que concurra alguna causal de sobreseimiento".

EL INDICIO GRAVE DE RESPONSABILIDAD

para fundamentar una prisión preventiva únicamente es necesaria la prueba de la tipicidad. Es decir que para el derecho esta primera etapa procesal no tendría que ocuparse del hombre destinatario de la norma penal, sino del *hecho* abstractamente tipificado como delito, con lo cual se renegaría del principio universal sobre presunción de inocencia, además del de la duda en favor del reo. Con tan extraña y absurda teoría nunca en la etapa sumarial podría haber un sindicado "inocente", porque, para poner el ejemplo del homicidio, todos serían dolosos o culposos y sin posibilidad de hacer valer ninguna causal de exclusión de la antijuricidad o de la culpabilidad³⁰.

Volviendo a nuestro procedimiento penal, cuando en él se habla del "indicio grave de responsabilidad" para poder dictar medida de aseguramiento, debe entenderse con dicha expresión una referencia a la totalidad de los elementos del delito, pero únicamente como probabilidad de los mismos, ya que ni la tipicidad misma exige la plena prueba³¹. En este punto conviene decir que en acatamiento al principio de legalidad, el hecho por el cual se procede tiene necesariamente que estar descrito en la ley penal como delito, porque si es exigencia imprescindible para efectos de una sentencia condenatoria, lo debe ser igualmente para una medida de aseguramiento.

No se requiere entonces una certeza sobre la responsabilidad, sino sobre los indicios que apuntan a la misma, ya que si no pudiera ser así, muy excepcionalmente se podría proferir una medida de aseguramiento en los comienzos de una instrucción penal. Sobre este particular, ASENSIO MELLADO dice: "El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho consiste, en el proceso penal, en un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena.

"Por tanto, el *fumus boni iuris* no hace referencia a una situación de certeza sobre la responsabilidad criminal de una persona, pues es obvio que a tal situación solo se puede llegar en la sentencia definitiva y tras el correspondiente juicio oral desarrollado con todas las garantías derivadas del contradictorio"³².

³⁰ FERNANDO TOCORA LÓPEZ ("Los procedimientos garantistas: Sobre todo un modelo oficial", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 43, Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 75) dice: "En América Latina ha habido esa lamentable tendencia judicial de investigar solamente, o por lo menos prevalentemente, lo desfavorable al procesado. Y si tenemos en cuenta que la mayoría de los acusados son personas de escasos recursos económicos y hasta culturales, cuya defensa se legitima con el apoderado de oficio o de pobres, cuya realidad es meramente simbólica, tendremos que su suerte estará finalmente echada. Los clamores de algunos inocentes, de haber obrado en estado de necesidad o por cualquier otra causal de justificación o inculpabilidad, pero principalmente aquella, serán detenidos por los jueces, quienes privilegiarán la investigación sobre la autoría y la tipicidad para deducir imperturbablemente la violación del ordenamiento penal. Miles de personas encerradas en las prisiones han sido condenadas injustamente por no haber podido probar el estado de necesidad en que obraron, o a veces la legítima defensa, o el error invencible en que actuaron. Estando detenidos preventivamente quedaron maniatados para demostrar probatoriamente su situación de inocencia. Los jueces por su parte se conforman con un encajamiento silogístico de la tipicidad para deducir su responsabilidad..."

³¹ Cfr. TIBERIO QUINTERO OSPINA, *Lecciones de procedimiento penal colombiano*, t. I, Bogotá, Edit. Jurídicas Wilches, 1987, pág. 571.

³² ASENSIO MELLADO, ob. cit., pág. 108.

Por lo anterior, cuando se escribe sobre esta materia, no se puede sino pensar en esas censurables costumbres judiciales que, haciendo indebidos prejuicios desde la simple medida de aseguramiento, se toman la licencia para anticipar innecesariamente afirmaciones rotundas sobre la culpabilidad del procesado, dándola por plenamente establecida en los autos. De *lege ferenda*, debería existir una causal de recusación del juez que así procediera, porque categóricas aseveraciones en dicho sentido solo son justificadas en una sentencia condenatoria. Si el mismo juez que debe calificar el mérito del sumario procede de esa manera, o, más grave aún, si le corresponde dictar la sentencia, ya por ese solo motivo no es suficiente prenda de garantía, por la muy humana inclinación que podría tener a ratificarse en sus puntos de vista.

Esa misma crítica se hacía a la judicatura de los tiempos de CARRARA, cuando al requisito de los "indicios indudables" para poder detener provisionalmente se le daba una artificiosa extensión y alcance, de graves repercusiones dentro del proceso penal: "Recuérdese que CARMIGNANI reprobó como hiperbólico y falaz el predicado de *indudables*, que, en el lenguaje común de la práctica, suele muy a menudo dárseles a los indicios. Si con esta fórmula de *indicio indudable* se quiere expresar que el hecho que constituye el indicio está apodícticamente probado en sí mismo, la idea puede corresponder a la verdad; pero si con ella se quiere expresar que un indicio puede no dejar ninguna duda acerca de la culpabilidad del acusado, *esto sería falso*, como advierte CARMIGNANI, por ser imposible que un indicio baste para tanto. Y yo agrego que, como es muy fácil que las personas superficiales entiendan esta fórmula en el segundo sentido, la expresión de *indicio indudable* debe proibirse del lenguaje como peligrosa"³³. Es obvio que no debería existir dicho peligro, porque el calificativo de "indudable" claramente está referido es al indicio y no a la culpabilidad.

En cuanto se refiere ya a un principio de prueba sobre la probable culpabilidad del sindicado, para efectos de la medida de aseguramiento (conminación, caución y detención preventiva), es aspecto que no se puede poner en duda en la doctrina procesal moderna. Por lo que se refiere a las legislaciones, creemos que también sea esa la posición de los códigos de procedimiento penal que se encuentran en la vertiente ideológica de los principios liberales respetuosos de la libertad individual y del debido proceso. El nuestro se encuentra en esa misma dirección cuando habla de "indicio grave de responsabilidad", palabra esta última que trae consigo el ingrediente de la "culpabilidad".

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en la legislación argentina, la misma que para su equivocada tesis interpretó mal el profesor JIMÉNEZ DE ASÚA, según se analizó antes. En cambio, con meridiana claridad y juicioso criterio, JOSÉ I. CAFFERATA NORES, al analizar los alcances de la misma legislación sobre los requisitos para poder proferir un auto de detención preventiva, ha dicho: "No puede haber encarcelamiento procesal (del cual no se discute su carácter de medida precautoria) sin que exista *un mínimo de pruebas de culpabilidad*. No basta la mera existencia de una *imputación*: se requieren ciertas pruebas que evidencien el *fumus boni iuris*,

³³ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1957, págs. 451-452.

es decir, la aparente existencia del derecho que se requiere proteger con la medida precautoria; el derecho del Estado de castigar, mejor llamada potestad represiva. Y como esta solo existirá frente a la culpabilidad comprobada, su *aparición* exigirá también una *culpabilidad aparente*: es decir, pruebas mínimas de cargo (pero pruebas al fin)³⁴. Son razones que convencen desde el primer momento, por cuanto tratándose la detención preventiva de una simple medida cautelar, la ley no debe exigir la plena prueba de la responsabilidad. Porque si esta pudiera afirmarse desde dicha etapa procesal, estaría anticipándose un inconveniente juicio de culpabilidad del exclusivo resorte de la sentencia³⁵.

De otro lado, la legislación italiana no deja lugar a la más mínima duda sobre un principio de prueba de la culpabilidad para poder proceder a la detención provisional, ya que exige la presencia de "indicios suficientes de culpabilidad", según el art. 252 del procedimiento penal, aunque para CARNELUTTI habría sido mejor hablar de "razones suficientes"³⁶. Por su parte, MANZINI, al referirse a la misma disposición, dijo: "La reunión de suficientes indicios de culpabilidad a cargo de alguien por parte del magistrado instructor, es condición necesaria y suficiente para que se pueda emitir un mandato o una orden contra quien se sospecha autor de un delito, y en determinados casos, para ordenar su arresto o detención"³⁷. De esta transcripción pudiera inferirse que hasta para emitir una orden de captura se necesita la prueba allí citada, lo que de ser cierto sería, a nuestro juicio, una exigencia legal que podría traer algunos trastornos para la eficacia de la investigación. Lo decimos porque la prueba de la culpabilidad es un aspecto que generalmente aflora al proceso una vez que la persona imputada de un hecho punible rinde su indagatoria y se plantea el contradictorio con las pruebas que surjan de la actividad desplegada por las partes. Desde luego que cuando la situación contraria sea evidente *prima facie*, es decir, cuando desde un principio aparezca la probabilidad de una causal de justificación o de inculpabilidad, cualquiera sea el delito que se investiga, el juez no debería proferir una orden de captura, sino una simple citación para indagatoria, como lo tiene previsto el art. 400 de nuestro procedimiento penal. Lo cual quiere decir que no obstante esa situación jurídica favorable del acusado, de todas maneras se hace necesario vincularlo como sindicado al proceso penal, para posteriormente ampararlo con una cesación de procedimiento.

³⁴ JOSÉ I. CAFFERATA NOREZ, "Puntos para insistir en materia de eximición de prisión y excarcelación", en *Excarcelación y eximición de prisión* (Jornadas de la Sociedad Panamericana de Criminología), Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986, pág. 3.

³⁵ MANZINI (ob. cit., pág. 487), en cita 36, al referirse a la legislación italiana dice: "Cuando el Código de procedimiento penal exige *suficientes indicios de culpabilidad* para llegar a un determinado acto, se entiende que se debe tener no una exhaustiva demostración de la culpabilidad, sino solo la verosimilitud de la acusación".

³⁶ FRANCESCO CARNELUTTI (*Derecho procesal civil y penal*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1981, pág. 187): "Ninguna providencia de custodia preventiva se puede adoptar si no existen «suficientes indicios de culpabilidad a cargo de aquel contra el cual la providencia se emite», donde la palabra indicio no es usada técnicamente como prueba crítica, sino más bien como razón; la fórmula exacta sería: *razones suficientes* no tanto para considerar al «juzgado» culpable, las cuales no pueden ser adquiridas más que con el proceso definitivo, sino para *considerar probable su culpabilidad*".

³⁷ MANZINI, ob. cit., pág. 487.

¿Es absoluta la prohibición de excarcelar contenida en el artículo 441 del Código de Procedimiento Penal?

Iván Velásquez Gómez *

Con el criterio de que cuando el tenor literal de la norma es claro no puede el intérprete desatenderlo con el pretexto de consultar su espíritu, la Corte Suprema de Justicia ha limitado notablemente el instituto de la libertad provisional al examinar la prohibición contenida en el art. 441 del Código de Procedimiento Penal¹. Tal posición constituye un verdadero y peligroso retroceso de la Corte tanto en materia de hermenéutica como en relación con la excarcelación, si recordamos —para citar un ejemplo— que en vigencia del decreto 409 de 1971 la máxima corporación, contrariando la literalidad del num. 5° del art. 453, admitió que la libertad provisional podía concederse no solo al momento de calificar el mérito del sumario sino también en cualquier estado posterior del proceso².

Importa ahora, para los propósitos de este trabajo, examinar brevemente el problema de la interpretación de la norma antes de abordar lo atinente a la prohibición del citado art. 441.

* Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Medellín.

¹ Auto de enero 31 de 1989, con ponencia del Dr. Rodolfo Mantilla Jácome. Tal posición fue reiterada en auto de octubre 11 de 1989, con ponencia del Dr. Lisandro Martínez Zúñiga.

² El num. 5° del art. 453 permitía la excarcelación caucionada "cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario, aparezca que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial".