

PRESENTACIÓN

Más que grata sorpresa me ha obsequiado Dagoberto Charry al encargarme la presentación de esta obra: es una tarea que acepto realizar con gusto –pues entiendo que su actitud es claro homenaje de sentida amistad– y con mucha honra, toda vez que el autor pertenece a la elite que transita por derecho propio en el parnaso que habitan quienes integran el procerato procesal colombiano.

La obra contiene *Apuntamientos sobre pruebas judiciales* y constituye la tarea investigativa final para culminar con éxito la *Maestría en Derecho Penal* que se dicta en la Universidad Externado de Colombia.

Tres carriles diferentes –pero unidos en lo ideológico– se advierten en el trabajo que aquí presento: uno, relativo al desde siempre reprobable *indicio de mentira o de mala justificación*; otro, referido a la *casación* y, finalmente, otro más, que estudia la necesidad de existencia de una *mínima actividad probatoria* en proceso en el cual se debate pretensión penal, todo en homenaje a lograr una irrestricta vigencia del principio constitucional de inocencia, muchas veces olvidado en nuestro continente.

Para no alejar en demasía al lector de lo importante de este libro, dejo sólo un par de ideas acerca de cada uno de tales carriles.

Desde una antigua concepción minúscula de la voz *indicios* (vistos sólo como signos, señales, rastros o huellas –habitualmente mal denominados *presunciones* por los civi-

listas o con el nombre más genérico de *circunstancias* por los ingleses—), y gracias a una constante prédica conceptual expansiva de la doctrina seria en materia probatoria —en la cual brilla con señera luz propia el inolvidable maestro de todos nosotros, Hernando Devis Echandía—, en la actualidad se entiende por *indicio* cualquier hecho, natural o humano, simple o compuesto a partir del cual el juez pueda razonar argumentos que le permitan llegar a una *convicción* y, gracias a ella, a la formulación de una presunción *hominis*.

Por tanto, desde que se acepta que los jueces fallan a partir de la *convicción* que obtienen acerca de las más variopintas circunstancias, *indicio* es más que una huella: por ejemplo, el dicho de un testigo, la opinión de un perito, la confesión de un hecho por quien resulta perjudicado por ello, etcétera.

Hasta hace relativamente poco tiempo se aceptaba que los jueces hacían un análisis razonado de los elementos convictivos utilizando al efecto el método inductivo o el deductivo.

Es bien sabido que, a partir de la adopción del modelo ternario tan bien explicado por el conocido metodólogo Juan Samaja, se abandonó el sistema binario que sólo relacionaba el *caso* con la *norma*, para adoptar otro que utiliza la norma y el caso pero añadiéndole en el análisis las *circunstancias* que rodean el caso.

Desde entonces, se acepta la existencia de tres métodos: los ya conocidos *inductivo*¹, *deductivo*² y otro más denominado *abductivo*³ que es, precisamente, el que utilizan habitualmente los jueces —y aun sin saberlo— en todas sus sentencias.

¹ Se entiende por *inducción* el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que permite predecir la *regla* (o norma) que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de un *caso* determinado.

² Se entiende por *deducción* el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida. Actualmente se

En esa tarea, y como alternativa propia del sistema inquisitivo, que ve en el proceso un método de *investigación* y no de *discusión*, cual lo ha imaginado todo constituyente en América latina, desde largo tiempo atrás se ha hecho mérito de la *coartada*⁴ presentada en el proceso por un imputado penal.

Es obvio que tal tarea riñe en su legitimidad con el *estado de inocencia* que asegura la Constitución: nada debe hacer el inculpado penal en pro de convencer al juez acerca de su inocencia.

No obstante, durante los últimos siglos se ha visto a la declaración indagatoria como un *medio de prueba* y no como lo que realmente es: un *medio de defensa*.

Por tal razón se ha *indagado* desde siempre al imputado y, cuando él ha sostenido argumentos exculpatorios improbados, se ha tildado de mentirosa a la coartada utilizada al efecto. Y ello ha servido al juez para lograr la convicción de su responsabilidad penal. Eso es, precisamente, el *indicio de mentira*, que Charry describe, analiza y critica acerbamente en esta obra.

Como se comprende fácilmente, todo ello ha sido y es ilegítimo a la luz de la Constitución y lo será más, mucho más desde ahora en adelante, ya que se ha abandonado en lo penal el deplorable método inquisitorial y se ha adoptado su contrario, el acusatorio.

Es de toda claridad que este último sistema ve al proceso como un medio pacífico de debate cuasidialéctico (en rigor, es un debate dialogal y argumentativo) entre dos sujetos habitualmente desiguales en su naturaleza, fuerza, etc., pero que se igualan jurídi-

explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los *rasgos* (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una *regla* a un caso determinado.

³ El moderno término *abducción* refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un caso perteneciente a una *regla* a partir de ciertos *rasgos* (o características) determinados

⁴ Se denomina *coartada* el argumento de inculpabilidad que utiliza el reo penal para justificar su inocencia, alegando hallarse en un lugar lejano y distinto de aquel en el cual se cometió el delito que le imputa al tiempo de su ejecución.

camente a la hora de la discusión merced a la imparcialidad del juzgador que, por ostentar tal calidad, muestra una clara ajenidad o neutralidad⁵ tanto en la actividad de procesar cuanto en la de sentenciar respecto de quienes litigan,

Esto no es casual: en toda América, y tal vez por manejar otros valores más importantes (la vida, la libertad, la honra, etc.) que los que habitualmente defienden los civilistas (patrimonios y, ocasionalmente, relaciones de familia), los penalistas se han convencido espontánea, pronta y rápidamente de la notable perversión que se halla ínsita en el sistema inquisitorio y se han volcado en masa hacia la adopción lisa y llana del sistema acusatorio con todas las consecuencias que acarrea tal elección, particularmente en lo que atañe a la sensible reducción de los poderes del juez en la formación del material de convicción que conlleva lógica y jurídicamente el método vigente..

En la misma tónica interpretativa basa Charry su postulación de que debe existir siempre una *mínima actividad probatoria de parte* que posibilite la convicción necesaria para condenar a un reo en una determinada y concreta actuación judicial.

Es menester señalar acá que resulta obvio que en proceso penal los jueces no deben decretar jamás prueba oficiosa so pretexto de poder lograr la clara conciencia convictiva necesaria para fallar. Y ello, pues la Constitución –que en todos los casos han jurado respetar y hacer respetar– así lo impone, salvo que tengan la única finalidad de beneficiar al reo.

En efecto, si sólo pueden ordenarse en caso de *duda* (supuesto claro de *carencia de convicción*), devienen asaz improcedentes en el campo de lo penal en razón de que tal duda autoriza sin más a decretar la *absolución del imputado*, por simple aplicación del antiguo brocárdico *in dubio pro reo*.

⁵ Ser *neutral* es no ser ni uno ni otro.

Por lo demás, ya se ha demostrado con argumentación matemática su notoria improcedencia e inconstitucionalidad. Veamos: si el juez tiene dudas acerca de la existencia del hecho o de la culpa del imputado, por ejemplo, debe absolver sin más conforme con el elemental y básico principio que muestra y acepta el *constitucional estado de inocencia de todo ciudadano*.

Si no lo hace y pretende salir de la duda mediante el resultado de una eventual *prueba oficiosa*, parece obvio que la intención del juez al declararlas *es lograr siempre la posibilidad de una condena*, con lo cual muestra una clara *parcialidad* que destroza la idea del debido proceso.

En efecto: si las ordena y

- a) no se practican, la situación queda inalterada y el juez persiste en la duda y *debe absolver*;
- b) si se practican y resultan anodinas para el resultado de la causa, el juez también persiste en la duda y *debe absolver*;
- c) si las practica y, a la postre, resultan favorables al reo, o sale de la duda a favor de él o, a lo sumo, continúa persistiendo en la duda y *debe absolver* a base de ella.

Como se ve hasta aquí, en tres de los cuatro escenarios posibles el juez que duda debe absolver después de obtener resultado adverso en la prueba buscada, de la misma exacta manera en que habría debido hacerlo en el supuesto de no ordenarla oficiosamente; finalmente,

- d) si las practica y salen en contra del reo, el juez logrará al fin la convicción buscada y, a base de ella, podrá pronunciar una condena. ¿No parece así claro que dicta tales medidas sólo para posibilitar la condena y, con ello, no resulta ya obvia su inconstitucionalidad?

Podrán o no compartirse esos argumentos. Pero creo con firmeza que nadie podrá sostener su incoherencia lógica

Idéntica reflexión cabe hacer acá en cuanto a los postulados defendidos por Charry respecto de la necesidad de la existencia de prueba de cargo en lo penal.

Finalmente: personalmente soy contrario al recurso de casación, que no logró ingresar en la Argentina hasta hace muy pocos años, en tiempos en los cuales se importaron instituciones extrañas a la tradición y al sentir jurídico nacional.

Y las razones que desde siempre he tenido para opinar en contra de este medio de impugnación existen en Colombia a la luz del estudio serio, profundo y detenido que hace Charry en la obra, donde revela tener opiniones no diferentes de las ya expresadas.

El autor es académico importante, abogado batallador, orador de fuste y escritor que hace gala de una rara virtud: *piensa el Derecho*.

Y este libro es la inevitable consecuencia de esa actividad.

Por ello, y al tiempo de congratularlo por el esfuerzo realizado en la obtención de este logro magnífico, hago votos para que continúe transitando por esas sendas en pos del mejoramiento del sistema de Justicia en toda América.

Que bien lo necesita.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO
ROSARIO, ARGENTINA, SETIEMBRE DE 2009.