

LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal*, Partes General y Especial, tomo V, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 585.

El Dr. LUIS CARLOS PÉREZ ha venido publicando periódicamente su obra *Derecho penal* —partes general y especial—, y recientemente la Editorial Temis ha editado el tomo V, que es la culminación de tan elaborado trabajo, el cual está dividido en cinco títulos, a su vez subdivididos en capítulos. Los cinco títulos tratados en el tomo V del libro hoy reseñado, corresponden a los títulos XI al XV del Código Penal colombiano.

El primero corresponde a los delitos contra la libertad y el pudor sexuales, y consta a su vez de cuatro capítulos, refiriéndose en primera instancia a los bienes jurídicos tutelados; en él se hace un bosquejo general de cómo se llegaron a adoptar la libertad y el pudor sexuales como bienes jurídicos objeto de protección, abordando tópicos tales como el atraso científico en cuestiones sexuales, la libertad sexual en lucha contra los patronos, y concluye afirmando: “Los hechos punibles que la perturban —la vida sexual humana— han de describirse, investigarse y juzgarse despojándolo de la trascendencia infundida por los arcaísmos mentales que hicieron de la reproducción una actividad rodeada de misterios” (pág. 4).

Delitos de violación sexual, es el tema del segundo capítulo. Aquí se hace un recuento histórico de la represión del delito de violación sexual y se alude al acto sexual violento, al acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, específicamente tratando los temas del estado de inconsciencia procurado, la relatividad de los estados de inconsciencia y las condiciones de inferioridad psíquica.

Es de destacar en este acápite, la humana y valiosa defensa que el autor hace de los derechos sexuales de la mujer cuando se refiere a los actos violentos entre cónyuges, como que después de resumir las diferentes posiciones sobre el tema, sienta su posición afirmando: “Es delictuosa la conducta del marido que viola a su mujer, y son inadmisibles las circunstancias intermedias en las cuales pueda haber culpabilidad o no” (pág. 44).

En tercer lugar se ocupa del estupro, los actos carnales abusivos y las causas de agravación; pasando luego al tipo del acceso carnal abusivo con menos de 14 años y refiriéndose a este polémico tema alude a la irracionalidad de las fórmulas sobre inmadurez sexual de adolescentes.

Finalmente aborda el estudio del proxenetismo y sus diferentes clases, puntualizando que a través del tiempo han existido “voces altas” en pro de la alcahuetería en lo que se refiere a este delito, y específicamente cita a CERVANTES en el *Quijote*.

“Delitos contra la integridad moral” es la denominación del título XII, que está compuesto de tres capítulos. En el primero de ellos reitera como bien jurídico tutelado la dignidad, y precisa cómo debe entenderse el término “integridad moral”; sin embargo considera que el concepto de dignidad conviene más que el de integridad moral, pues “este se presta a falsos o erróneos entendimientos”.

Prosigue refiriéndose a la honra, el decoro y el honor como bienes derivados de la dignidad, y enfatiza que la integridad es protegida en todo caso, sin que sea dable entonces la diferenciación entre gentes con patrimonio moral y gentes sin él, para protegerlas o no en su integridad moral; por lo tanto, concluye, la dignidad no es un derecho sino un atributo.

La injuria se examina en el segundo capítulo, definiéndola como "las imputaciones que deshonren a otra persona cualquiera fuere el medio empleado" (pág. 119); la injuria es, pues, un ataque a la dignidad ajena.

Para el autor el elemento psicológico de esta conducta es el *animus injuriandi*, aunque advierte que la apreciación de dicho ánimo se debe tomar "con el sentido más natural de las palabras, según el lugar donde se pronuncian... la extracción del agente, su grado de cultura... así como las condiciones ordinarias de vida" (pág. 124).

El último capítulo es el que trata de "La calumnia y de las normas comunes con la injuria"; en él establece diferencias y similitudes entre las dos figuras y afirma que en la calumnia "el hecho punible atribuido ha de ser perfectamente determinado" (pág. 136). Las eximentes de punibilidad es otro tema abordado en esta sección, haciendo énfasis en el fenómeno de la retractación.

El título XIII está referido a los delitos contra la vida y la integridad personal, dividiéndolo en siete capítulos para hacer un mejor estudio de tan delicado tema.

El primero se ocupa de los bienes jurídicos tutelados, que en este título son la vida y la integridad personal. Exponiendo el primero de los bienes jurídicos mencionados, afirma que hubo un "enorme esfuerzo de las formaciones históricas para llegar al reconocimiento de la vida como bien radical y supremo" (pág. 162). En torno a la integridad personal, concluimos con el autor que una denominación más correcta y ajustada a la realidad de esta sección sería la de "Delitos contra la vida y la integridad física de las personas".

El acápite segundo está dedicado al estudio de la figura del homicidio. Es importante resaltar que en esta sección el autor analiza la culpabilidad del homicida y concluye: "en los albores de la penalidad regimentada no interesa nada la culpabilidad del homicida" (pág. 178); se pasa entonces a describir cómo a través de los tiempos se ha evolucionado de una atribución homicida ilimitada hasta la culpabilidad del acto.

Después de exponer con amplia claridad la figura ya mentada, en el capítulo tercero se refiere al homicidio agravado, clasificando las agravantes por grupos, así: agravante por parentesco; el homicidio como medio para otros objetivos; agravantes por circunstancias posteriores al homicidio; homicidios con medios catastróficos; agravantes por precio y promesa remuneratoria; agravantes por motivos abyectos o fútiles; agravación por sevicia; agravantes por aprovechamiento de inimputables; agravante por indefensión e inferioridad de la víctima.

El análisis de lo que el profesor PÉREZ denomina "Otras clases de homicidios", está contenido en la sección cuarta del título arriba mencionado, empezando con el estudio del homicidio preterintencional. Es allí donde plantea la discusión sobre la preterintención, citando la posición de varios autores; asimismo hace alusión a la polémica sobre las agravantes específicas en la preterintención homicida en el Código del 36, lo que no ocurre en el sistema vigente (pág. 237).

El homicidio por piedad es otra clase de delito examinado, lo mismo que la inducción o ayuda al suicidio, enfatizando que dicha inducción o ayuda han de ser eficaces y efectivas. La muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, es otra de las figuras estudiadas.

Culminando, aborda el homicidio culposo, haciendo un breve análisis sobre las agravantes específicas para ese tipo de delito y de la pena accesoria interdictiva.

"Lesiones en el cuerpo y en la salud del hombre" es la denominación del aparte quinto; allí asegura que en la Antigüedad esta clase de delitos se castigaba de un modo talional, sin tener en cuenta los hoy denominados "elementos subjetivos de la culpabilidad"; solo a partir del siglo XIX comenzó a vislumbrarse una aproximación a la moderna concepción de la culpabilidad en este punto.

El profesor PÉREZ considera errónea la denominación dada a estos delitos —lesiones personales—, pues hay ataques a otros bienes

diferentes de la vida y la integridad personal que también lesionan a las personas, por lo cual deberían denominarse "lesiones en el cuerpo o en la salud de la persona". El candente y actual tema del aborto es abordado en el penúltimo capítulo de esta sección, en el que hace un balance de los argumentos en pro y en contra de la incriminación del aborto, y llega a formular una conclusión del siguiente tenor: "La enorme cifra oscura de este delito obliga a indagar la conveniencia de eliminarlo" (pág. 299).

Semejante enfoque es producto de la concepción que tiene de la mujer: "la mujer no es una incubadora, ni su vientre es foro para resolver intereses ajenos... es una persona con los atributos de libertad y dignidad... rindiéndose ante estos atributos y derechos, la ley debe concederle capacidad de escoger entre la continuación del proceso embrionario o la suspensión... sin coerciones ni tratamientos especializados" (pág. 303).

El séptimo capítulo es el que alude al abandono de menores y desvalidos, analizando las agravantes específicas de este tipo penal, como también las atenuantes del mismo.

Luego aborda los "Delitos contra el patrimonio económico", tema del título XIV del estatuto represor. En el primero de los capítulos se detiene sobre el bien jurídico tutelado, afirmando: "la ley colombiana no reprime los ataques al patrimonio, sino precisamente al patrimonio económico" (pág. 336); hace además una elaboración detallada de lo que debe entenderse por la propiedad, así como su significación en el derecho penal y civil, para concluir que "es más adecuado hablar de propiedad y no de patrimonio..." (pág. 345).

En la segunda sección examina el hurto simple. El análisis de la figura comienza con el estudio del apoderamiento como resultado del hurto, pero no es cualquier tipo de apoderamiento, es aquel que signifique "una modificación de su esfera de custodia" (pág. 375) por parte del tenedor, poseedor o dueño, según el caso.

En seguida se ocupa del hurto calificado, cuya característica es la violencia entendida como aplicación de fuerza física, o la violencia moral como la amenaza. Analizando cada una de las modalidades del hurto calificado se refiere al insidioso, al cometido con violación domiciliaria, al realizado utilizando llaves sustraídas o falsas y con ganzúas e instrumentos similares. A continuación, en el acápite cuarto, expone las clases de hurtos agravados y atenuados; hace un breve pero profundo análisis sobre cada una de las modalidades del hurto agravado (art. 351 C. P.). En relación con los hurtos atenuados, menciona específicamente el de uso y el efectuado entre conductores; y aludiendo a la falsedad en marcas de ganado, precisa: "la norma debió insertarse en otro lugar del estatuto represor" (pág. 421).

En el capítulo siguiente aborda "La extorsión", asegurando que, a diferencia de los demás delitos de este título, esta figura goza de una especialidad jurídica, pues "el mal futuro y el lucro futuro son la esencia de la extorsión" (pág. 431). Por otro lado menciona las agravantes de este tipo; y concluye su análisis con la forma extorsiva denominada "chantaje" que "no es sino una conducta extorsiva con constreñimiento psicológico" (pág. 437).

En el capítulo sexto examina el delito de estafa, afirmando que "los bienes jurídicos afectados por el delito de estafa son el patrimonio económico... y la buena fe en las relaciones civiles y mercantiles" (pág. 442). A renglón seguido analiza cada uno de los elementos de la figura y distingue entre perjuicio y provecho.

"El fraude mediante cheque" es examinado en el VII capítulo. El autor encuentra varias conductas contenidas en este supuesto de hecho, a saber: a) emisión ilegal del cheque, b) transferencia ilegal del cheque, y c) bloqueo del cheque.

El aparte octavo está dedicado al abuso de confianza, y después de un breve análisis sobre los antecedentes de la figura en nuestro medio, enumera cuatro elementos básicos pa-

ra su configuración: el fraude; custodia de la cosa; desplazamiento de la esfera de custodia del bien mueble y la entrega fiduciaria. Los hechos punibles analizados a partir del capítulo noveno, que está dedicado al estudio de las defraudaciones, son: en el capítulo X las usurpaciones, en el XI el daño en bienes ajenos, y el XII contiene las disposiciones comunes a los delitos contra el patrimonio económico.

El último título del libro lo dedica a las disposiciones generales (título XV C. P.), o la aplicación extensiva del Código Penal del 80, la vigencia de leyes especiales, el tránsito de legislación y la derogatoria.

Con orgullo ponemos punto final a la reseña de esta ilustrativa e interesante obra que, estamos seguros, llenará el vacío que en materia de derecho penal especial se evidencia en nuestro medio. Esperamos haber abarcado los lineamientos generales de tan valioso trabajo y humildemente nos atrevemos a ofrecerla al maestro como un homenaje a su obra que ha enriquecido notablemente el campo del derecho penal colombiano.

LINA ADARVE CALLE, estudiante  
Facultad de Derecho U. de A.  
Abril de 1987.

GERHARD WALTER: *Libre apreciación de la prueba*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, 413 páginas.

Recientemente la Editorial Temis dio a la publicidad la traducción que el profesor de la Universidad de Buenos Aires, TOMÁS BANZHAF, ha hecho de la obra *Freie Beweiswürdigung*, publicada por la J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979, escrita por el profesor WALTER como tesis de habilitación profesoral en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Everardo Carlos de la ciudad de Tübingen.

A continuación haremos una apretada síntesis de tan interesante trabajo para nuestros lectores.

El capítulo I está dedicado a una "Introducción", en la cual expone los motivos y la finalidad de la investigación.

Luego, en el capítulo II aborda las bases históricas del derecho probatorio, donde afirma que para poder desentrañar el verdadero sentido de la apreciación de la prueba se hace menester dar una mirada a cada uno de los momentos históricos, para descubrir de ese modo que la historia del derecho probatorio y de la apreciación de la prueba es la misma del proceso en sí.

De ahí que en el período preclásico (en el proceso romano) no haya existido una teoría de las pruebas legales, como tampoco el principio de la libre apreciación; puede hablarse más bien de un eclecticismo, porque al juez frente a las pruebas le correspondía alguna valoración para el juzgamiento. Pero, de otro lado, era vinculante el juramento de las partes y preponderante la prueba documental; empero, también hubo un progresivo abandono de los principios procesales, lo cual impedía, obviamente, la apreciación libre de las pruebas.

En la época clásica, en cambio, rigió una justicia ejemplar, o por lo menos así se presenta, pues afloró el principio de la libre apreciación de la prueba; el proceso era público, oral, con la inmediatez del juez y además se oía a ambas partes; todo ello orientado a que por medio de la investigación se descubriera la verdad. Mas con la aversión al testimonio *unus testis*, la abolición de los principios de oralidad e inmediatez y la aparición de la tortura, se llegó a la decadencia de esta época.

Como fenómeno opuesto al proceso romano clásico aparece el *italo-canónico*, en el cual lo que gobierna el trámite procesal es la rigidez doctrinaria y el dominio de la inquisición. Y, pese a pretenderse que la prueba influyera en la convicción del juez, estaba preestablecida "la convicción" a que se podía llegar por los

distintos medios de prueba; el proceso no se realizaba pública ni oralmente. Con todo ello se apuntaba más a una teoría de las pruebas legales.

En relación con el proceso canónico rigió inicialmente como principio la libre apreciación de la prueba, pero "el temor a la subjetividad del juez condujo a su decadencia" (pág. 44).

En cuanto al proceso germánico, encontramos que en la época primitiva los únicos medios de prueba eran el juramento, el duelo y el juicio de Dios, sin que fuera viable considerar la existencia de la apreciación de la prueba, como tampoco del procedimiento probatorio.

Sin embargo, el proceso germánico es de interés para el estudio de la temática de la obra, sobre todo cuando desaparecen los medios de prueba denominados "espirituales", salvo el juramento, siendo reemplazados por los documentales, permitiendo que las partes prueben sus afirmaciones y logrando que el juez se convenza de la verdad mediante la inmediatez en la práctica de las pruebas. Se logra así la libre apreciación de la prueba, mediante un debate oral que cuenta con la presencia del juez. Todo esto ocurría esencialmente para el proceso civil, pues en el penal, aunque se pretendía que el juez fuera convencido de la verdad material, se emplearon los más criticables sistemas para obtener la confesión, sin la que no se concebía la condena; por ello se utilizó la tortura, que resultaba favorecida con el procedimiento secreto.

De la anterior evolución, a manera de conclusiones, plantea el autor las siguientes inquietudes.

Una vez superadas las ideas primitivas del juicio de Dios, en el que no era posible investigación alguna, se impuso en el Estado Romano (época clásica) la confianza en la razonabilidad del juez individual, confiándosele resolver litigios: "El juez romano buscaba la verdad guiándose solamente por la voz de su razón" (pág. 94).

Sin embargo se cayó de nuevo en la desconfianza hacia la judicatura, resistente a la omnipotencia de la tiranía, lo cual condujo a que los jueces se sujetaran a las normas lega-

les como límite para la averiguación de los hechos. Con razón afirma el profesor WALTER que "solo cuando se comprendió lo defectuosas que son las disposiciones legales apriorísticas para comprobar un cuadro de hechos, y cuando se comprendió que había otras posibilidades para defenderse de la arbitrariedad judicial, resurgió el principio de la libre apreciación de la prueba" (pág. 94).

Lo anterior significa que el imperio de la libre apreciación de la prueba depende de la forma como se valora al juez, pues en la medida en que se desconfía de él vienen los límites a la libertad de comprobación de los hechos; sin embargo, como dice el autor: "Todos los intentos de limitar o de conducir al juez en la investigación mediante cualesquiera reglas de prueba, estaban condenados al fracaso. Solo insertando la libre apreciación de la prueba en un tejido de principios procesales de garantía y de control se puede obtener tanto una salvaguardia para un posible reconocimiento de la verdad, como también una garantía contra el abuso de esa libertad por parte del juez. El debate y la recepción de la prueba orales e inmediatos, la audiencia de los interesados, la posibilidad irrestricta de poder valerse sin obstáculos de todos los hechos y circunstancias que vengan a cuento para constatar la verdad, o sea la prohibición de implantar un *numerus clausus* en los medios de prueba y de poner limitaciones a estos, son principios que garantizan una apreciación verdaderamente libre de la prueba. El principio del deber de fundamentar el fallo y así mismo la publicidad del procedimiento son garantías suficientes para aplacar la desconfianza hacia la omnipotencia de un juez. Esos principios existieron siempre cuando la apreciación de la prueba no estaba reglada y desaparecieron tan pronto como entraba a reinar la teoría de las pruebas legales" (págs. 94-5).

En el capítulo II, expone el catedrático alemán las "Bases para la apreciación de la prueba: la libre convicción". Justamente es allí donde se capta que en Alemania impera en

casi todos los ordenamientos procesales el principio de la libre apreciación de la prueba, aceptándose que para el proceso civil es suficiente que el hecho sea preponderantemente verosímil, en tanto que para el proceso penal el principio está gobernado por el *in dubio pro reo*. No obstante, y a pesar de todo, la jurisprudencia y la doctrina han aventurado toda suerte de teorías; estimándose, de ese modo, que la convicción como presupuesto de la libre apreciación está constituida por la conciencia de un alto grado de verosimilitud determinado, quedando marginada cuando se reconoce que por lo limitado de la mente del hombre no es afirmable la existencia de un saber absolutamente seguro de un hecho, pues siempre será posible la abstracta factibilidad del error. De ahí se sostuvo que al juez le era suficiente un grado de verosimilitud tan alto "como fuera en todo caso asequible". Así mismo, sostuvo luego la jurisprudencia que se requería una certidumbre subjetiva carente de dudas para la convicción del juez.

Después de un muy bien logrado análisis jurisprudencial, el distinguido autor destaca las posiciones más relevantes adoptadas por los distintos tribunales, anotando la aceptación de la "convicción" o certidumbre —valoración subjetiva con ausencia de dudas—; la verosimilitud rayana con la certeza, y la verosimilitud preponderante, tomadas como requisitos para verificar los hechos fácticos. De esta manera la primera (convicción o certidumbre) era aceptada por los tribunales ordinarios, administrativos y sociales, solo para casos específicos y primordialmente aquellos de causalidad hipotética.

Del mismo modo, según da cuenta el texto, se ocupó la doctrina alemana de la exigencia legal relacionada con la libre apreciación de la prueba, exponiendo la más diversa gama de teorías; y, con base en que a la mente humana solo es asequible la verdad relativa, se estimó que a la convicción de la verdad con respecto a la comprobación de un hecho se llega a través de la convicción firme y personal del juez, como lo sostienen algunos, mien-

tras que otros aducen que lo requerido es la verosimilitud rayana con la certeza, de tal manera que solo es constatable el hecho a través de una verosimilitud suma. Como afirma el profesor WALTER, "El juez que juzga según esa fórmula, lo hace diciéndose: en la medida en que yo, como ser humano, puedo comprobarlo, ocurrió así" (pág. 165).

Igualmente, concluía la doctrina que a la convicción se llegaba por la verosimilitud preponderante, resultando posible el control por terceros, pues para la decisión es suficiente una "verosimilitud grande".

No obstante los distintos criterios doctrinarios y jurisprudenciales y atendiendo, además, a que la libre apreciación de la prueba y por ende la libre convicción deben gobernar todos los procedimientos de derecho privado y público, debe anotarse, el interés del Estado frente al derecho penal se expresa en la presunción de inocencia y por ello no resulta suficiente la mera verosimilitud, en tanto que esta puede ser viable en casos de derecho privado o por lo menos distintos al penal. Con esto se concluye que para la libre convicción es indispensable mirar la materia subyacente en cuanto al derecho procesal.

Así mismo, cabe anotar que las pruebas de causalidad traen consigo algunas dificultades en materia de la libre convicción, dado que esta causalidad se colma en la responsabilidad y se agota en la violación al deber de conducta o con la vulneración física del bien jurídico, para lo cual se concluyó que era suficiente la simple verosimilitud. Algunos autores exigían que esta rayara con la certeza y otros que por lo menos fuera preponderante, mientras que en tratándose del derecho penal se exige la verdad, dado que para él impera el principio del *in dubio pro reo*, por cuanto el juez solo puede pronunciar condena apoyándose en la culpabilidad del autor; de ahí que la sentencia solo pueda tener soporte en la convicción del juez en el sentido de que el acusado es culpable. Por ello, la responsabilidad desaparece cuando haya dudas acerca de la causalidad.

A la libre convicción y a la exigencia de la prueba se opone el principio de "prueba por presunción simple" y sus variantes; pero este tipo de prueba no es apto como base de apreciación, pues queda marginada de la auténtica libertad del juez, por lo que parece aconsejable la inversión en la carga de la prueba.

Cuando el legislador establece, para la libre apreciación de la prueba el convencimiento de la verdad, dicho aspecto resulta de obligatoriedad y pudiera ser inadmisibile cualquier intento de reducir ese modelo; sin embargo, para que sea viable, debe imperar tal reducción, de manera excepcional en algunos casos, y específicamente cuando se trata de causalidad hipotética en donde la interpretación debe ser muy estricta. Pero también en casos de prueba por presunción simple, dado que a estos debe aplicárseles la inversión de la carga de la prueba sería arbitrario, por lo cual debe acudir mejor a la verosimilitud preponderante.

Luego, en el capítulo IV, en amplia y elocuente exposición, sostiene el autor que como bases para la formación de la convicción se cuenta con el saber privado del juez, de manera que él debe extraer su convicción del contenido de los debates y del resultado de la recepción de la prueba. Aunque se ha negado el aprovechamiento del saber privado del juez, solo a excepción de que ese saber corresponda a hechos de los que esté obligado a testificar, en lo demás, es lógicamente viable que alcance a convencerse con aquellos que fuera del proceso conoce, como es el caso de los llamados "hechos notorios". Así mismo, sería indiferente que dicho saber haya llegado por su calidad de juez, por la cultura general o por las relaciones sociales e interpersonales: "Al juez no le está permitido por razones fáciles de descubrir, ser al mismo tiempo testigo y juez" (pág. 314).

De otro lado, afirma el autor, no puede adoptarse el principio de la libre apreciación de la prueba para la estimación, valoración y recepción de los medios de prueba, puesto que la libertad en esa actividad del juez no resiste limitante en la determinación de la base de convicción. Pero, igualmente, es necesario desechar la calidad y cantidad de medios

de prueba que deba adoptar para la libre apreciación; pues, es precisamente este principio el antípoda de las pruebas legales y entonces puede aprovechar cualquier medio, "puesto que el juez era ahora libre para decidir cuáles y cuántos medios de prueba eran necesarios y suficientes para convencerlo, la liberación con respecto a la situación anterior no fue solamente una "libertad de apreciación". Esa libertad de aprovechamiento significa que, en principio, se podía probar cualquier tema de prueba con cualquier medio" (pág. 317). Pero lo que se ha venido indicando se resuelve teniendo en cuenta que la libre apreciación de la prueba empieza cuando los hechos y circunstancias han sido suficientemente aclarados.

También, y frente a este principio que venimos tratando, habrá de considerarse que "el principio del Estado de Derecho garantiza una pretensión de justicia y por lo mismo un derecho a la prueba", de manera que al legislador no le es dable excluir medios de prueba, so pena de desdibujar el principio de la "libre apreciación" y en ese caso es al juez y no al legislador a quien corresponde juzgar si un medio es confiable o discutible, a través del caso concreto. Las pruebas deben ser sin límites (*open end*) puesto que frente a la libertad de apreciación todos los elementos son útiles para determinar la verdad. Sin embargo, es lícito limitar el derecho a la prueba, por excepción en materia penal, especialmente cuando se trate del testigo; pero, por regla general, este derecho solo estaría salvaguardado en la medida que los medios no estén supeditados a un *numerus clausus*.

Finalmente, en el capítulo V, dedicado a las "consideraciones finales", dice que el principio de la libre apreciación de la prueba también tiene sus límites, y es así como en primer lugar debe apuntar a la apreciación de los hechos. De otro lado, se limita en cuanto convencimiento de la verdad, supuesto que no es una finalidad en sí mismo, sino un auxiliar para realizar el derecho material y la averiguación necesaria para tal fin. Pero también se limita, y de manera muy primordial, con la obligatoriedad de fundamentación, porque no se con-

cibe la libre apreciación de la prueba como libertad para que el juez decida arbitrariamente, sino que es indispensable la fundamentación para que sea viable la repetición mental de la verdad allí expuesta; también, a este límite, se apareja el de la reexaminabilidad del aspecto fáctico de la decisión, bien con respecto al curso de apelación, ora frente al de casación que por naturaleza implica la revisión de la exactitud del contenido de la decisión.

Por último, se sostiene que para la existencia del principio de la libre apreciación de la prueba, este debe desarrollarse, necesariamente, a través de la oralidad, la publicidad del procedimiento y la inmediación: "Una apreciación de la prueba verdaderamente libre, que merezca ese nombre y que no esté simplemente contenido en una ordenanza procesal como credo falso, tiene por presupuestos necesarios que exista el contacto inmediato y oral entre jueces, por un lado, y las partes y los demás medios de prueba, por el otro. Solo sobre esta base, juntamente con la publicidad del procedimiento establecida como principio, estará salvaguardado al máximo el éxito del juez en la búsqueda de la verdad. Conviene recordar que el deseo de favorecer la investigación fue lo que generó la idea de la libre apreciación de la prueba. Los tres principios mencionados son, pues, las columnas de un edificio cuyo techo lo constituye la libre apreciación de la prueba" (págs. 363 y 364).

A lo anterior se suman otras garantías indispensables para que sea eficaz el principio de la libre apreciación de la prueba como son, justamente, el derecho de ser oído en juicio o "pretensión de audiencia jurídica", para evitar de ese modo cualquier fuente de error con la exposición unilateral de una de las partes en el proceso; la imparcialidad del juez.

La obra que el lector tiene ante sí es de extraordinarias calidades científicas, y ha significado un grande y meritorio esfuerzo su elaboración. El autor no solo ha tenido en cuenta los aspectos históricos en materia de procedimiento, sino que profundiza con extrema seriedad la doctrina y jurisprudencia alemanas, así como la de otros países, para demostrar detenidamente cada uno de los principios y reglas que deben ser tenidos en cuenta para el sistema de la libre apreciación de la

prueba. Advierte, muy elocuentemente, que no es concebible analizar esta materia desde el ángulo de uno cualquiera de los distintos procedimientos (civil, penal, laboral, fiscal, etc.), sino que es indispensable hacerlo a través de un examen conjunto.

Demuestra, además, cómo la filosofía de la libre apreciación de la prueba no se agota en la convicción del juez que descansa meramente en la verosimilitud, así esta sea preponderante o, quizás, rayana con la certeza, sino que es necesario para llegar a la verdad de los hechos, que es la asequible a la mente humana.

En lo que al derecho procesal penal colombiano respecta, la obra aparece de suma utilidad, tanto más si se tiene en cuenta que conforme se alcanza a inferir de la ley 52/84 (ley de facultades para expedir un nuevo estatuto procesal penal), lo que el legislador pretendía según los literales d) y h) del art. 1º no era otra cosa que la implantación del sistema de la libre apreciación, lo cual supondría un estatuto de corte eminentemente acusatorio. Pues, de un lado, se aspiraba a un sistema probatorio ataviado de la oralidad: "Sistema de actuación procesal que elimine en lo posible la escritura"; y, del otro, que fuera suficiente para la libre y racional convicción del juez.

Sin embargo, a través del articulado del decreto 50/87, vemos que muchas de sus normas establecen una tarifa legal de pruebas, lo que parece inconciliable con la libre apreciación, pues si esta se apoya en la libertad del juez no solo en la apreciación sino también en la elección de los medios y elementos de convicción, allí no se daría luz verde a dicho sistema. Pero más significativo aún resulta el hecho de que en el estatuto no se cristalice una orientación procesal determinada, ni siquiera con una mira marcada hacia el proceso acusatorio o hacia el inquisitivo.

Esperamos que los estudiosos sabrán evaluar en todo su alcance tan importante y trascendental obra, en buena hora vertida a la lengua española, ávida de trabajos como este.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ  
Juez 6º Superior de Medellín.  
Profesor de Derecho Penal Comparado  
Universidad de Medellín.  
Abril de 1987.

ESTA REVISTA SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN  
LOS TALLERES GRÁFICOS DE NOMOS  
IMPRESORES EL DÍA 14 DE  
SEPTIEMBRE DE 1987.

LABORE ET CONSTANTIA