

# Librería Austral

DE

I. E. ULLOA

DIRECCION TELEGRAFICA:

IEULLOA.

Código A. B. C. 5a. Ed.

Casilla 49—Teléfono 1-6.

CUENCA

ECUADOR

SUD

AMERICA

**ESTA LIBRERIA**, la única en su género en las provincias australes, surte de libros a casi todas las Bibliotecas del país, Universidades, Colegios y Escuelas. Tiene relaciones con casas editoras de Europa, Norte América, México, Colombia, Perú, Chile, la Argentina, etc.

LA MEJOR NOVELA

LOS CUENTOS PRESTIGIOSOS

LA HISTORIA HASTA NUESTROS DIAS

LA ULTIMA EXPRESION CIENTIFICA

NUEVAS ORIENTACIONES DEL TEATRO

Exposición constante de muestrarios pertinentes a los ramos de nuestro negocio;

Aceptación de depósitos, comisiones, &, para la venta y propaganda de libros americanos y extranjeros;

Servicio de canjes de obras nacionales con obras extranjeras;

Centro de suscripciones y agencias de los principales periódicos y revistas de Hispano América;

Servicio de corresponsalia, contratación de anuncios, envíos de gráficas, etc.

CIENCIA, ARTE, LITERATURA, VARIEDAD

Objetos de Bazar, Papelería, Estampería,

I. E. ULLOA

Librería Austral



LUIS MALO

REVISTA  
DE LA  
UNIVERSIDAD  
DE  
CUENCA

8574

Nº 9º  
SINOPSIS

- 1—Tratado Sintético de Ciencia del Derecho Penal.—Atrelio Agullar Vázquez  
2—Génesis y evolución Histórico—Filosófico concepto de pena y Estudio Histórico—dico de la prueba, en materia criminal.—sar Astudillo. 3073  
3—Discurso.—Alfonso Moreno-Mora.

Mayo de 1933.

Cuenca—Ecuador S. A.

Tip. de la Universidad

## REVISTA DE LA UNIVERSIDAD DE CUENCA

Nº 9º

## NOTAS

La Revista de la Universidad de Cuenca se canjea con toda clase de publicaciones nacionales y extranjeras.

Esta revista cuenta con la colaboración de los Profesores de la Universidad.

De las opiniones emitidas en los trabajos que publica la revista son responsables sus autores.

Se hará reseña crítica-bibliográfica de las obras que se reciban dos ejemplares, las mismas que serán destinadas a la Biblioteca de la Universidad.

No se devuelve originales.

Canjes, correspondencia, etc. impersonal dirijase a UNIVERSIDAD, apartado Nº 18.

Mayo 1933

# Tratado Sintético de Ciencia del Derecho Penal

(Continuación)

## CAPITULO SEGUNDO

### *Párrafo Primero*

*La Ley Penal en su eficacia extensiva o dinámica.*

NÚMERO VEINTITRÉS.

Los elementos de análisis del problema planteado son éstos:

- a) La ley penal y su imperio en el tiempo;
- b) La ley penal y su imperio en el espacio;
- c) La ley penal y su imperio sobre las personas; y,
- d) La ley penal y su imperio sobre los hechos.

### *Párrafo Segundo*

I

*La Ley Penal y su imperio en el tiempo.*

NÚMERO VEINTICUATRO.

La vida es un fenómeno temporalmente limitado por la fecundación que la inicia y la muerte que la termina.

mina son sus dos límites en el tiempo. La norma jurídica, —fenómeno de la vida social— nace y desaparece siguiendo esa misma ley; y, su órbita temporal de actividad, iniciándose en el momento en que comienza a regir, concluye en el instante en que tal vigencia termina.

La vida de la norma jurídica, en general; y, por tanto, la de la Ley Penal, decurre, pues, entre la promulgación que le dá el ser y la terminación o derogación que la destruye.

## II

### *La retroactividad de la Ley Penal*

#### NÚMERO VEINTICINCO.

Por lo anteriormente dicho, las leyes, por regla general, no pueden aplicarse sino a los hechos ocurridos dentro de los límites de su órbita temporal.

La técnica jurídica, precisa y determina los casos de excepción en que el Legislador puede conceder a las leyes efecto retroactivo o ulterior.

#### NUMERO VEINTISEIS.—

En materia penal —como antes ya lo dijimos— el principio de la no retroactividad de las leyes, es, a juicio de los historiadores del Derecho Penal, obra de una reacción individualista, tendiente a garantizar los derechos del delincuente.

La Ley Penal —salvo las excepciones que luego se apuntarán— no tiene efecto retroactivo: impera únicamente dentro de los límites de su órbita temporal. Tampoco tiene efecto ulterior o posterior a su terminación o a su derogación.

Tal principio se funda en los tres dogmas del Derecho Penal, al decir de Saldaña:

- a) Dogma de la infracción;
- b) Dogma de la imputación; y,
- Dogma de la punición.

Los tres dogmas, nos ocupamos en los números diez

y seis y diez y siete de este Tratado.

NÚMERO VEINTISIETE.

En cuanto al problema de la retroactividad, es necesario subrayar las siguientes diferencias entre la ley penal y la ley civil; diferencias estas precisadas por casi todos los tratadistas del Derecho Penal:

“Mientras en materia civil la cuestión de la retroactividad de la ley es una regla de interpretación judicial de la misma; en materia penal es un principio constitucional del que el Legislador no debe sustraerse”. [Rovira].

NÚMERO VEINTIOCHO.

Las excepciones a que nos referimos en el párrafo veintiseis de este Tratado y que, según Pessina, fueron adoptadas en el Congreso Napolitano de 1819, son las siguientes:

a) La Ley Penal nueva no tiene efecto retroactivo cuando es más severa que la anterior; y,

b) La Ley Penal nueva tiene efecto reatroactivo cuando es más benigna que la anterior.

Los derechos inalienables de la personalidad del delincuente se hallan garantizados por tales excepciones, esencialmente humanitarias, que son las que rigen la resolución de los distintos problemas que pueden suscitarse en el caso del concurso o colisión de leyes penales, como veremos más adelante.

III

*El concurso o colisión de leyes penales.*

NÚMERO VEINTINUEVE.—

Como corolario del anterior problema, emana el del concurso o colisión de las leyes penales, que mira al imperio temporal de las mismas:

Dicha colisión o concurso, puede ocurrir:

a) Entre leyes penales propiamente dichas; y,

b) Entre leyes de trámite penal.

NÚMERO TREINTA.—

El concurso de leyes penales propiamente dichas acepta estas modalidades:

- a) Concurso de leyes penales en lo referente al delito;
- b) Concurso de leyes penales en lo referente a la sanción;
- c) Concurso de leyes penales en lo referente a la prescripción de la acción penal; y,
- d) Concurso de leyes penales en lo referente a la prescripción de la sanción.

NUMERO TREINTA Y UNO.

El concurso de leyes de trámite penal, a su vez, tiene estos aspectos:

- a) El referente al procedimiento penal propiamente dicho; y,
- b) El referente a la competencia jurisdiccional de los jueces.

NÚMERO TREINTA Y DOS.

Las modalidades aceptadas en el número treinta de este Tratado, contienen estos extremos, cuya enumeración tomamos de Rovira:

- a) En lo referente al delito y a la pena:
  - 1.—En el momento de aparecer la modificación en la nueva ley, no ha sido juzgado todavía el delito cometido bajo el imperio de la ley antigua;
  - 2.—En el momento de aparecer la modificación en la nueva ley, está tramitándose el juicio sobre un hecho ocurrido bajo el imperio de la ley anterior;
  - 3.—En el momento de aparecer la modificación en la nueva ley, el delito cometido bajo el imperio de la ley anterior, ha sido juzgado y sobre él ha recaído sentencia irrevocable;
  - 4.—Caso de la existencia de una ley penal inter-

media, entre aquella bajo cuyo imperio se cometió el delito y aquella que debe aplicarse al tiempo de sentenciar la causa;

5.—Caso en que la ley nueva modifica la manera de ejecutar la condena establecida en la ley anterior bajo cuyo imperio se cometió y se juzgó el hecho delictuoso; y

6.—Caso en que la nueva ley tiene caracter interpretativo. Todas estas situaciones apuntadas suelen resolverse haciendo fiel aplicación de los principios sentados antes acerca de la retroactividad de la ley penal.

b) En lo referente a la prescripción de la acción penal o de la sanción, respecto de lo cual se han presentado estas teorías:

1.—La de quienes sostienen que ha de aplicarse, en todo caso, la ley penal más antigua;

2.—La de quienes sostienen que ha de aplicarse, siempre, la ley penal nueva;

3.—El sistema de Merlin o intermedio; que no aplica ninguna de las dos leyes y establece una verdadera arbitrariedad doctrinaria para dirimir la colisión o concurso; y, [N. 5]

4.—La de quienes afirman que debe aplicarse, siempre, la Ley Penal más benigna para el delincuente; parecer éste, con el que nosotros comulgamos.

#### NÚMERO TREINTA Y TRES.

En cuanto al porvenir que espera a la cuestión de la retroactividad de las leyes penales, casos de concurso de las mismas, etc., etc., bástanos con transcribir las palabras que siguen, de un ilustre tratadista: "La duración del tratamiento debe acomodarse a lo que cada individuo delincuente ha menester para su completa humanización...; y, si en una palabra, estos son los nuevos derroteros de la Ciencia, no hay para que decir hasta qué extremo serán inútiles muchas de las cuestiones promovidas hasta ahora con motivo de la retroactividad de las leyes penales; y, hasta qué punto se irá simplificando el complicadísimo estudio referente a las mismas".



*Párrafo Tercero*

I

*La Ley Penal y su imperio en el espacio.*

NÚMERO TREINTA Y CUATRO.

A la parte elemental o propedeútica de la Ciencia General del Derecho, pertenecen los siguientes enunciados que nos servirán de base, para el buen éxito en la investigación del problema planteado;

a) Dentro de la Comunidad Internacional, cada Estado es una entidad autárquica, con vida propia y Legislación específica;

b) Sin embargo, por esa misma Comunidad Internacional y por la arraigada tendencia hacia la formación de la Sociedad Universal, cada Estado, como guarismo dentro de aquella Comunidad, se halla vinculado con los demás del Orbe, por múltiples razones de orden jurídico, económico, comercial, etc., etc.; por las que el concurso recíproco y la recíproca cooperación no pueden faltar, para el cumplimiento de los fines que los Estados persiguen. Por sobre todas esas relaciones, flota la norma jurídico-internacional que las rige; aun cuando no cuente con el órgano de la función coactiva, que asegure eficaz e inapelablemente su imperio;

c) Empero, la norma jurídico-internacional que rige la vida de relación de los Estados, es tan necesaria como aquella cooperación y ayuda de que antes hemos hablado, multifásica y trascendental;

d) Entre los mútuos intereses que reclaman preferente atención por parte de todos los Estados de la Tierra, se halla el cumplimiento de la Justicia Penal, que asegura el de la norma jurídica, garantía de la existencia del agregado. Este interés, entre otras razones, nace del cosmopolitismo del delito que, por la facilidad de la dispersión de los ELEMENTOS que lo forman, reclama la ubicuidad de la ley penal, para la restauración del orden; y,

e) Del autarquismo, soberanía o independencia de

los Estados, emana la territorialidad de sus leyes; y de la necesidad de la vida y de la norma internacionales, procede la urgencia de que la justicia penal se cumpla, mediante la asistencia recíproca de dichos Estados.

NÚMERO TREINTA Y CINCO.

Con tales precedentes, nos es posible determinar los elementos de análisis del problema planteado, así:

- a) La Ley Penal y el territorio;
- b) Extraterritorialidad de la Ley Penal; y,
- c) Extradición de delincuentes.

II

*La Ley Penal y el territorio.*

NÚMERO TREINTA Y SEIS.

Tanto la Ley Penal, como las demás, que rigen las múltiples relaciones de los hombres dentro de la convivencia, son obra del Estado: de él emanan y sobre él recaen.

Es por esto que todas esas leyes, la penal inclusive, imperan y deben ser dictadas para el área dentro de la cual le es posible asegurar su imperio al Estado que las dicta. Proceder de manera contraria sería emitir normas llamadas a ser impunemente burladas o transgredidas. Por esto se dice, que las leyes de cada Estado son eminentemente territoriales; o que, imperan sólo dentro de los límites de su territorio.

NÚMERO TREINTA Y SIETE.

Mas la palabra territorio tiene en la técnica de la Ciencia del Derecho Penal, una acepción más lata y comprensiva que la constante en el Diccionario de la Lengua; entendiéndose por ella:

- a) Los mares;
- b) Los navíos;

- c) El espacio aéreo;
- d) Los lugares en que ondea la bandera nacional; y,
- e) El territorio propiamente dicho.

Respecto de cada uno de estos elementos, se ha menester sentar reglas especiales, en lo referente al problema que nos ocupa. [N. 6]

NÚMERO TREINTA Y OCHO.

- a) Los mares.

Respecto de ellos acéptase esta división:

- 1.—Alta mar;
- 2.—Mar territorial; y,
- 3.—Mar litoral.

Los principios que conjuntamente a los tres elementos de la anterior enumeración, aceptan los tratadistas, son los que siguen:

El principio de la comunidad y libertad de los mares; en general no siendo potestativo a ningún Estado de la Tierra ejercer soberanía en todos los mares;

El principio que constituye la excepción del general anterior, respecto de los mares territorial y litoral. La potestad de la Ley penal de cada Estado, respecto de dichos mares, se ejerce, principalmente, respecto de los delitos de policía de los mares y contra la hacienda pública. En lo que dice referencia a los delitos llamados comunes, es menester tomar en consideración los conceptos que siguen.

NÚMERO TREINTA Y NUEVE.

- b) Los navíos.

Respecto los cuales, se ha adoptado esta división:

- 1.—Navíos de guerra; y,
- 2.—Navíos mercantes.

Los tratadistas han adoptado estos principios:

En el Derecho Internacional, los navíos, junto con los pasajeros y tripulantes, son considerados como una extensión del territorio del Estado al que pertenecen; de modo que, los actos delictuosos que dentro de ellos se cometieran, se juzgan y sancionan de conformidad con

la ley penal de dicho estado. Este principio, tiene su más rigurosa aplicación cuando el navío se halla en alta mar; y varía cuando el mismo se encuentra en aguas jurisdiccionales de otro Estado;

Considerados los navios de guerra, como fortalezas flotantes del Estado al que pertenecen, los delitos que en ellos se perpetran han de ser juzgados y sancionados con sujeción a la ley del Estado que representa el pabellón que los cubre; excepcionándose, tanto los delitos comunes cometidos por los tripulantes en tierra, como los actos de pasajeros y tripulantes, que infringen las leyes dictadas para la protección de las leyes fiscales del Estado en cuyas aguas jurisdiccionales se encuentre el navío;

Respecto de los navios mercantes, varían las reglas de la jurisdicción penal de los Estados, de conformidad con la materia de la actividad delictiva: cuando se trata de actos transgresores del régimen interno del navío, impera la ley del país al que éste pertenece; y, cuando se trata de actos que comprometen la seguridad exterior, imperan las leyes del Estado al que pertenece el mar en que el buque se encuentra. Sin embargo, dice un tratadista: "la costumbre seguida por la generalidad de los Estados, es la establecida por la jurisprudencia marítima francesa, según la cual el derecho de jurisdicción sobre los buques mercantes extranjeros sólo puede ejercitarse: 1º cuando la infracción fué cometida a bordo, por una persona o contra una persona que no forma parte de la tripulación; 2º cuando la infracción, cometida por una persona o contra una persona de la tripulación, compromete la tranquilidad del puerto; 3º cuando se reclama el auxilio de la autoridad local"; y:

Cuando se trata de refugio de delincuentes en buques extranjeros, caso en el cual hay que distinguir: si el navío es mercante, el Estado al que el prófugo pertenece puede proceder a su captura, sin llenar las formalidades de la extradición; pero, tiene que sujetarse a éstas, si el navío es de guerra.

NÚMERO CUARENTA.

Entendiéndose por espacio aéreo territorial "la columna perpendicular de aire que cubre el propio territorio y los mares territorial y litoral", debemos apuntar que, acerca de la naturaleza jurídica del espacio aéreo, se han sujetado a la consideración de la crítica científica las siguientes teorías:

a) La de quienes creen que el aire no es susceptible de apropiación por parte de ningún Estado de la Tierra.

b) La de quienes creen que cada Estado tiene plena jurisdicción sobre la columna de aire que cubre su territorio; y,

c) La de quienes, combinando los dos sistemas anteriores, defienden la doctrina llamada de las zonas, según la cual el espacio aéreo está dividido en dos zonas superpuestas: del aire territorial y del aire libre, de las que, la primera pertenece al Estado subyacente y la segunda es completamente libre.

Como es obvio, de conformidad con cada una de estas teorías, varía el concepto respecto al derecho de los Estados sobre la atmósfera; y, consiguientemente, al régimen jurídico de la aerostatación.

Aceptada por nosotros la tercera de las teorías enunciadas, denominada ecléctica, en cuanto a los susodichos derechos de los Estados sobre el espacio aéreo y el régimen jurídico de la aerostatación, conviene distinguir:

a) Si los Estados están en tiempo de guerra; o,

b) Si se encuentran en época de paz.

Y, para cada una de esas situaciones, se sentarán reglas especiales, según sea la clase del aeróstato; o sea, si éstos son: públicos—que pueden ser, a su vez, militares o civiles—o privados.

Sobre tales antecedentes, y, salvando lo que al respecto puede establecerse en los tratados internacionales, el común sentir de los tratadistas, se encuentra sintetizado en las siguientes líneas que pertenecen a don Isaac Rovira y Carreró: "Imperio de la ley penal en el espacio aéreo. De cuanto hasta aquí llevamos dicho con referencia a los derechos que de una manera ge-

neral corresponde a los Estados sobre el espacio aéreo, dedúcese con toda evidencia que la voluntad soberana de cada Estado, y, por tanto, el imperio de su ley penal se ejercita y extiende sobre la atmósfera que lo rodea en orden a los delitos y faltas que de una manera especial afectan a la conservación y defensa del propio Estado, o sea el derecho de proteger sus intereses tanto físicos como morales, de rechazar todo mal presente y de prevenirse contra el peligro de futuros perjuicios; tales son, entre otros, los delitos de espionaje, contrabando, infracción de las disposiciones sanitarias, infracción de las disposiciones relativas a la locomoción aérea (prohibición de circular a determinada altura, aterrizajes, partidas...etc.), y al funcionamiento de la telegrafía sin hilos". "Respecto a los delitos comunes, continúa el ilustre autor, el derecho penal de la zona aérea ya no puede ser en todos los casos el mismo del Estado subyacente. Es indudable que este derecho regirá cuando se trate de un crimen cometido a bordo de un aeróstato por un súbdito o contra un súbdito de dicho Estado, y que el mismo derecho será de observar cuando el hecho punible se produce desde lo alto contra la tierra o desde ésta contra el aeróstato. En cambio, estamos conformes con Sperl respecto a que -en tesis general- el lugar del delito (cuando éste se cometió a bordo de un aeróstato en marcha y no se trata de los delitos antes mencionados) no implica una relación jurídica sino puramente geométrica con el Estado subyacente. En esta hipótesis, ni la paz pública del referido Estado, ni las personas o bienes de sus súbditos han sufrido detrimento alguno digno de ser tenido en cuenta, a no ser que el aeróstato aterrice en el mismo Estado, en cuyo caso deben las autoridades de éste instruir las primeras diligencias y proceder a la captura del culpable para su extradición o entrega al Estado directamente interesado en el crimen". (N<sup>o</sup> 7)

NÚMERO CUARENTA Y UNO.

a) Los lugares en que ondea la bandera nacional. Singularmente el problema se refiere a los casos

de tránsito del Ejército de un Estado, por el territorio de otro; y, se rige, por el apotegma: "Donde está la bandera, allí está la Nación del ejército que la lleva"; excepcionándose, además de lo que puede estipularse en los tratados internacionales, los casos en que el ejército de un país, transita el territorio de otro, previa autorización del Gobierno de éste; y, cuando dicho tránsito se verifica en estado de beligerancia.

NÚMERO CUARENTA Y DOS.

c) El territorio propiamente dicho.

A este respecto, han de tomarse en cuenta tanto los principios sentados en los párrafos anteriores, como los que constan del siguiente.

III

*Extraterritorialidad de la Ley Penal.*

NÚMERO CUARENTA Y TRES

La cuestión a averiguarse en este párrafo, puede formularse así: ¿Cuál es el límite de la autoridad de la Ley Penal de cada Estado, en concurrencia con la de los demás Estados?—Se ha suscitado este problema en el campo de la técnica, por la infinidad de casos en que los elementos del delito, que dice Liszt, se encuentran dispersos en varias jurisdicciones, originándose la necesidad de precisar cuál es el Estado cuya ley penal debe aplicarse para el juzgamiento del delito y sanción del delincuente.

NÚMERO CUARENTA Y CUATRO.

Estas son las teorías que se han ideado para satisfacer la pregunta que queda formulada:

a) La teoría territorial; según la cual la ley penal de un Estado se aplica sólo a las infracciones cometidas dentro de su territorio, concediendo a este vocablo el significado comprensivo antes indicado;



b) La teoría de la personalidad de las leyes penales que, asimilando la Ley Penal a la civil, defiende que el individuo está sujeto a las leyes penales del Estado al que pertenece, en donde quiera que se encuentre;

c) La teoría del principio real que, combinando las dos anteriores, acepta que la Ley Penal es territorial [impera en el territorio del Estado que la dictó] y, personal (se aplica a cierto número de transgresiones de ella cometidas fuera del territorio nacional); y,

d) La teoría de la universalidad del Derecho de Castigar; según la que la ley penal de un país cualquiera, eminentemente territorial, debe también aplicarse al autor de una infracción grave, sin consideración a las circunstancias del lugar en que el hecho fué cometido, ni a la nacionalidad de su autor.

La última de las teorías indicadas, es la que generalmente se encuentra aceptada, pero con las siguientes limitaciones:

a) El Estado tiene derecho a sancionar a sus súbditos por los delitos que éstos cometan en el extranjero;

b) El Estado tiene, además, el derecho de sancionar a los extranjeros que, fuera de su territorio, cometan infracciones que atenten contra su vida política o económica; y

c) La extradición de delincuentes debe aceptarse por todos los Estados de la tierra, dentro del concepto que le corresponde, de acuerdo con la técnica.

#### IV

#### *Extradición de delincuentes*

##### NÚMERO CUARENTA Y CINCO.

Seis son los elementos de investigación de este problema, a saber:

- a) Concepto y utilidad de la extradición;
- b) Fundamento de la extradición;
- c) Sujeto pasivo de la extradición;



- d) Materia de la extradición;
- e) Procedimiento de la extradición; y
- f) Efectos de la extradición.

NÚMERO CUARENTA Y SEIS.

- a) Concepto y utilidad de la extradición.

Rovira y Carreró, de conformidad con las doctrinas de Calvo, Carraud y Degois, define la extradición, diciendo: "Un acto de asistencia internacional mediante el cual el Gobierno de un país dentro de cuyo territorio se refugia un procesado o un condenado, [país de refugio] por el Gobierno de otro país, hace entrega del prófugo a las autoridades de este último [Estado requirente] para que la Ley Penal del mismo pueda serle aplicada de una manera eficaz".—Saldaña la define: "Una forma de cooperación penal internacional, una inteligencia de los Estados en la lucha contra el delito".

"La asistencia jurídica internacional, dice Von Liszt, llena las lagunas resultantes de la limitación del dominio de la ley penal en el espacio. Uno de los actos de esta asistencia [no el único, pero sí el más importante] es la extradición de los criminales fugados, acusados o condenados".—Refiriéndose al derecho de asilo territorial, dice Beccaria: "Los asilos son abrigos contra las leyes, invitaciones a delinquir, desde el momento en que se da la esperanza de evitarlas. ¿Es útil que las Naciones se devuelvan sus criminales? Seguramente: la persuasión de no encontrar ningún lugar sobre la tierra donde el crimen pueda quedar impune, sería el medio más eficaz de prevenirlo".

NÚMERO CUARENTA Y SIETE.

- b) Fundamento de la extradición.

En el campo de la técnica se han suscitado varias doctrinas respecto del fundamento de la extradición; las mismas que se han clasificado así:

- a) La de quienes combaten la legitimidad intrínseca de la extradición;

b) La de quienes, impugnándola en principio la aceptan en la práctica, por razones principalmente utilitarias; y

c) La de quienes defienden la legitimidad intrínseca de la extradición fundándose, bien en que "el deber de la extradición surge de la solidaridad universal para el cumplimiento de la justicia" [Bluntshli]; bien, en que ella se basa en el mismo principio en que se funda el derecho de castigar" [Saldaña].

#### NÚMERO CUARENTA Y OCHO.

##### c) Sujeto pasivo de la extradición

Por la generalidad de los conceptos emitidos, parece que los Estados estuviesen obligados a entregar a todos los individuos que acusados o condenados por el Gobierno de otro país, se refugien dentro de sus fronteras. Mas, salvando los principios relativos a la materia de la extradición, que se sentarán después el concepto general indicado, sufre las siguientes modificaciones:

a) La que emana en el caso de existir una sola demanda de extradición, dentro del cual puede, a su vez, ocurrir: o que el refugiado sea súbdito del país requirente, o que lo sea del de refugio; y

b) La que surge del caso de existir varias demandas de extradición, dentro del que puede suceder: o que varias naciones soliciten la extradición de un mismo sujeto por sendos delitos cometidos en ellas o que concurren las demandas del país en que se perpetró el hecho punible, con la de aquel a que pertenece el sindicado o sentenciado; o, en fin, que el sujeto pasivo de la extradición se halle al tiempo de la demanda procesado o condenado por el Gobierno del país de refugio.

#### NÚMERO CUARENTA Y NUEVE.

##### d) Materia de la extradición.

¿Cuáles son los delitos que pueden dar origen a la extradición de su autor? La pregunta se refiere a la materia de la extradición.

NÚMERO CINCUENTA Y CINCO.

Todas las prerrogativas indicadas pueden ocurrir, además, dentro de dos aspectos:

- a) Del que se refiere a las leyes penales propiamente dichas; y
- b) Del que se refiere a las leyes de trámite penal.

*Párrafo V*

*La Ley Penal y su imperio sobre los hechos.*

NÚMERO CINCUENTA Y SEIS.

Estudiado este problema por algunos tratadistas de la Ciencia del Derecho Penal dentro del Capítulo referente a la eficacia intrínseca de la ley penal y colocado, por otros, entre las nociones generales previas al estudio de la Asignatura; preferimos nosotros concederle este lugar por razones de exégesis.

NÚMERO CINCUENTA Y SIETE.

Dentro de tan importante y difícil cuestión, se o-rilla y trata de resolver una contienda secular; y, al mismo tiempo, explicar todo un conjunto de principios que miran a lo que podríamos llamar la materia de la Ley Penal, una vez que ellos se relacionan con los actos del hombre sobre los que dicha Ley puede recaer.

NÚMERO CINCUENTA Y OCHO.

El orden de investigación es el siguiente:

- a) El derecho de sancionar; y,
- b) Los actos humanos que deben ser motivo de sanción.

NÚMERO CINCUENTA Y NUEVE.

El concepto, respecto de la idea del derecho de

sancionar y de su fundamento, varía de conformidad con el criterio de las Escuelas; y, la cabal comprensión de tales elementos, requiere el estudio de estos enunciados:

- a) El concepto del derecho de sancionar;
- b) El fundamento intrínseco de dicho derecho; y,
- c) La necesidad imperiosa de su ejercicio por medio del Estado.

La defensa social que, siéndolo de la norma jurídica, lo es del equilibrio del agregado y de la convivencia es, para nosotros la clave de esta cuestión. No aceptamos, por absurdo e infundado, cuanto arguyen en contrario las escuelas causalistas retribucionistas. Al fin, el delito—como quiera que se lo explique y sea cual fuese el concepto que merezca en lo relativo a su esencia—perturba el orden y este tiene necesidad de ser restaurado, mediante la acción preventivo—represiva del Estado respecto del sujeto activo de la acción transgresora.

#### NÚMERO SESENTA.

Mas, ¿cuáles son los actos humanos sobre los cuales debe recaer la acción pública restauradora, que entraña, al mismo tiempo, impostergable necesidad social, precisamente por la normalidad del delito como fenómeno de la vida colectiva?; o sea, ¿cuál es el alcance de la ley penal respecto de los actos del hombre?

Y la secular contienda a que nos hemos referido antes, versa respecto de la contestación a esas interrogaciones.

Ahora, sólo planteamos el problema que, con mayor acervo de datos, procuraremos resolver cuando desarrollemos la teoría del delito.

Empero, para mayor precisión indicamos que tal problema se relaciona:

- a) Al concepto intrínseco de delito; y,
- b) A la relación y diferencia de la Ética con la Ciencia del Derecho Penal, en cuanto al acto antisocial o dañoso.

NOTAS

(N<sup>o</sup> 3).—He aquí otras definiciones:

1.—Aramburu.—“Es forma reflexiva de la norma jurídica, que sólo satisface la necesidad a que responde cuando en el tiempo expresa las exigencias presentes de la conciencia pública y en su actuación se compadece con el fondo real que los hechos por ella presentes exteriorizan”.

2.—Berner.—“La voluntad del Estado, expresada según la Constitución, respecto al tratamiento de los delitos”.

3.—Crivellari.—“La declaración legalmente hecha por la autoridad legítima, de aquellas acciones u omisiones que lesionan la seguridad pública y de las penas con que ha de castigarse al autor de ellas”.

4.—Pessina.—“La necesaria manifestación de la conciencia jurídica de un pueblo con respecto a la punición del delito”.

5.—Rossi.—“La declaración del poder soberano por medio de la cual da a conocer cuáles son los actos que prohíbe y cuáles los que ordena, amenazando a los contraventores con un mal que se llama pena”.

6.—S. Idaña.—“La Ley Penal sanciona—define y prohíbe—los delitos—dificulta los delitos—imponiendo necesaria y oficialmente penas”.

[N<sup>o</sup> 4]. El parecer de otros tratadistas, al respecto, es éste:

“Es de absoluta necesidad para la conservación del orden social” Caravantes—“Es una exigencia política” Carrara.—“Es una consecuencia de la acción tutelar del Estado”. Romagnosi.—Además, se han propuesto diversos medios para conseguir que la ley sea conocida por todos; entre ellos, los siguientes: introducir la enseñanza del Derecho en las Escuelas; imponer a los jueces la obligación de instruir en el Derecho, gratuitamente, a los ciudadanos y especialmente a quienes son iletrados; convertir a la prensa en órgano del Legislador para la enseñanza del derecho y conocimiento de las leyes; repartir profusamente las leyes impresas entre los ciu-

dadanos, etc. etc.—Como se ve, tales medidas no se contraponen entre sí.—Sin creer que con ello el problema queda resuelto, entendemos que toca semejante labor a las Universidades Populares; y, que debe ser uno de motivos de la Extensión Universitaria, entre nosotros establecida.

[Nº 5]. Algún autor, explica así la teoría de Merlin "Sea—dice—por ejemplo, 10 años el tiempo antiguo, 20 el término nuevo y 6 los años transcurridos desde la comisión del delito hasta la promulgación de la nueva ley. Llamando R a la resultante de la proporción tendríamos:

$$10 : 20 :: 6 : R$$

y.....  $R = \frac{20 \times 6}{10} = 12$

La resultante de la indicada proporción es en este caso de 12 años y la diferencia entre dicha resultante y el término [20 años] marcado por la nueva ley es de 8 años, que son los que faltan al culpable para que se cumpla la prescripción de su delito". El mismo ejemplo, justifica la arbitrariedad de la teoría que explica.

[Nº 6]. Denomínase mar territorial "el formado por los golfos, radas, bahías y en general las aguas que están rodeadas por las posesiones de un sólo Estado".—Entiéndese por mar litoral "la zona de agua comprendida entre la línea de la costa y otra línea ficticia trazada paralelamente a cierta distancia de la anterior y que se considera como límite extremo de las fronteras marítimas de cada país".

Para determinar la extensión del mar litoral, una vez que tiene como uno de sus límites una línea ficticia, trazada paralelamente a la de la costa, se han indicado varios sistemas: el de Grocio, según el que la soberanía del Estado ribereño alcanza hasta donde puede ejercerla de hecho; el que fija la línea ficticia mediante un tiro de cañón disparado desde la costa; el que fija en tres millas marítimas dicha extensión; y el

que la fija en seis millas marítimas, en toda la extensión de la costa y a partir desde la línea de la más baja marea.

[Nº 7]. Para la fijación de la zona aéreo-territorial, se han indicado tres fórmulas: la que sienta que la potestad del Estado subyacente sobre la atmósfera que la cubre, alcanza hasta el punto desde el que no sea posible por parte de los demás Estados realizar actos de espionaje; la que establece que la indicada soberanía va hasta donde el Estado pueda conservarla mediante la defensa; y la que quiere que se establezca aquella zona, para los efectos del ejercicio de la soberanía de los Estados subyacentes, de una manera uniforme y convencional entre todos ellos

(Continuará)

A. AGUILAR VÁZQUEZ.

Génesis y evolución Histórico-Filosófica  
del concepto de pena y Estudio  
Histórico-Jurídico de la prueba,  
en materia criminal.

---

Tesis previa al grado de doctor en Jurisprudencia.

---

EXPOSICION SINOPTICA

Preliminar.—La evolución es ley universal.—El Derecho penal no podía sustraerse a la influencia de dicha ley.—La Pena.—Períodos de la Pena: Venganza, Talión, Composición, Analogía y proporción.—La Pena según la Escuela Clásica.—La Pena de acuerdo con la Escuela Positiva,

---

De los medios de certeza.—Génesis de la prueba.—Prueba testimonial.—Prueba instrumental.—Pruebas reales.—Pruebas personales.—Breve enumeración de otra clase de pruebas.—De las Presunciones.—De los Indicios: Indicio del móvil para delinquir—Indicio de la capacidad para delinquir—Indicio de las huellas materiales del delito—Indicio de las manifestaciones anteriores al delito—E Indicio de las manifestaciones posteriores al delito.

---



---

## PRELIMINAR

No menospreciéis nada por insignificante que parezca. Granos de arena forman las montañas, momentos los años, nonadas la vida.

(YOUNG).

Convencidos de que existe la valía de lo mínimo, confiados en la benevolencia con que el Profesor mira siempre los ensayos de sus discípulos y deseando cumplir, cuanto antes, con el deber, hemos puesto un paréntesis a las fatigas cotidianas que impone la lucha por la vida, para efectuar este pequeño trabajo que, si es resultado de las faenas de un tiempo relativamente corto, es también compendio de varias privaciones y no pocas inquietudes.

Nada nuevo tiene, ni puede tener esta tesis, no sólo por la falta de preparación que, ingenuamente, confesamos, sino, y sobre todo, porque, quizás con mucha razón, se ha dicho que nada nuevo hay bajo el sol, que todo se repite por raro que sea y que todo existe desde antes de antes hasta después de después; pero, aunque nada nuevo vais a encontrar en dicha tesis, sin embargo, aspiramos que os dignéis aprobarla, fijándoos como, con una buena dosis de voluntad y entusiasmo, hemos procurado suplir la falta de preparación a que antes nos referimos.

No desearíamos prolongar esto que llamamos preámbulo, porque, si bien es cierto que, a veces, el prefacio es mejor que la obra, y la vida misma se ha con-

siderado como prefacio de la muerte, no es menos cierto que el tiempo de que disponemos es muy limitado, motivo por el cual aquí deberíamos terminar este prólogo; mas, antes de hacerlo, conviene advertir que durante nuestra exposición no tratamos probar lo que no necesita de prueba, como puede decirse respecto de que la evolución es ley universal y generadora de las innumerables modificaciones y múltiples ventajas que le son inherentes; pero que si queremos partir del principio de que, siendo la evolución una ley que, por su universalidad, se refiere a todo lo que existe y, en consecuencia, a todas y cada una de las ramas del vastísimo saber humano, el Derecho Penal que es una de estas ramas, no podía, como no podrá posteriormente, sustraerse a la influencia de dicha ley, para luego considerar que entre las diversas reformas, que a causa de la influencia en cuestión, se han llegado a implantar en esta materia, tenemos las relativas a la pena y, a los medios de certeza como elementos indispensables para la formación del criterio judicial y fundamento de toda sentencia; medios de certeza que están constituidos por las pruebas y las presunciones que es el objeto de nuestro breve estudio.

## La evolución es ley universal

Hemos dicho anteriormente que no tratamos probar lo que no necesita de prueba, al referirnos a que la evolución es ley universal; porque es incontrastable que, a través de la rotación infinita de las cosas, en los ciclos desmesurados del tiempo y del espacio, la humanidad ha dado un salto asombroso y titánico hacia su perfeccionamiento, impelida por la virtualidad del dinamismo mental; porque es indubitable que las tinieblas ignaras propias del mundo infantil, hoy se han disipado, en parte, con el fanal de la idea, que es relámpago del cerebro, y que ha sido diestramente expuesto por los genios de diferentes épocas, por los hombres representativos, como diría Emerson, por los superhombres, como los llama Nietzsche; y porque es innegable también que esta mutación maravillosa es de una amplitud tal que abarca al Universo todo.

Mas, si esto es evidente, no lo es menos que, de acuerdo con la ley de causalidad, llamada: sucesión necesaria, por David Hume, debe existir el por qué de esta metamorfosis, y, para explicarla basta fijarnos en la naturaleza intrínseca de las cosas y recordar la célebre teoría de Heraclito que sostiene: no ser el agua, el aire ni lo indefinido, como afirman sus antecesores, sino el movimiento, el origen de la materia y sus transformaciones; que todo se reduce a un dinamismo universal y constante; que todo es y no es, porque todo pasa y deviene; que reconoce la inestabilidad eterna y la estabilidad de esta misma inestabilidad; que explica todo por las transfor-

maciones del fuego viviente y del fuego pensante y por la propiedad que tienen las cosas, en virtud de la cual, pasan para volver y vuelven para pasar, proclamando así el "devenir" que, posteriormente, Hégel convierte en ley de sistematización y en el que Fonillée funda su teoría de las "ideas fuerzas"; pero podrá decirse que el devenir de Heráclito ha sido refutado ya, por filósofos que, como Zenón de Elea, aseguran que nada se mueve, que nada deviene y que todo existe de una manera perpetua, a lo que contestaremos que, en cambio, muchos filósofos del siglo XVIII y hasta contemporáneos, no hacen sino reproducir la doctrina de Heráclito de Efeso, y para probarlo ahí está el francés Diderot que considera a la naturaleza como un todo en el que los individuos son sus partes, afirmando que nacer y morir no es sino cambiar de forma, de manera que la vida es para él algo así como una fermentación. Luego si hay quienes todo lo explican por la ley ineludible del dinamismo ¿Cómo no convenir en que el progreso de los pueblos, y, por consiguiente, el de sus leyes e instituciones, que bien pueden mirarse como parte del todo universal, se debe al movimiento, al devenir, a la transformación que es evolución y ley suprema de vida y de muerte? Y que, fundándose en esto, se ha dicho que "la mónera se transforma en organismo superior, el instinto en alta conciencia filosófica y la horda en sociedad civilizada"—presentando así—"en la triple esfera de la biología, psicología y sociología fenómenos de indiscutible transformación".

Ahora bien, el movimiento, a su vez, puede y debe tener un principio o causa eficiente y directriz del mismo; pero como el objeto principal de nuestro estudio no es el de las lucubraciones filosóficas, nos contentaremos con partir del concepto de que aún cuando hay principios eternos e inmutables como resulta al tratarse de las verdades apodícticas o axiomáticas. (Ejemplo: dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí, la parte es menor que el todo, etc.), existen también un sinnúmero de cosas mutables y, por lo mismo, sujetas a la evolución, lo cual se halla corroborado por

la relatividad del conocimiento humano de que nos habla Hamilton fundándose en la relación del objeto pensado y del ser pensante, de manera que lo conocido bajo determinadas circunstancias es relativo y nó absoluto; idea que se ha expresado diciendo: "nada hay absoluto en el mundo y si algo hay absoluto, esto consiste en que todo es relativo". Por tanto, si esto es verdad ¿Cómo afirmar de un modo absoluto que el movimiento y la evolución es el origen de todo? Cuando el mismo significado de estos términos sería inconcebible sin pensar en una existencia anterior; puesto que una cosa para que pueda moverse, desarrollarse o pasar de un estado a otro, es indispensable que previamente exista; mas, si no se puede asegurar que la evolución es el origen de todo sin incurrir en un gravísimo error, tampoco se puede desconocer que al incesante dinamismo y germinar de las ideas que rápidamente se han transformado en doctrinas y hechos, se deben las incontables variaciones que, al correr de los siglos, se han verificado en todo orden de cosas contribuyendo necesariamente al perfeccionamiento relativo del género humano; de otro modo ¿Cómo explicar? la diferencia inconmensurable que existe entre el momento actual llamado "siglo de las luces", y la tenebrosidad espantosa que se pierde en la antigüedad más remota, respecto de la que bien pudo decirse que el mundo es un minotauro, puesto que se alimentaba del mito y se retorció bajo la tutela de la superstición y no, por cierto, de la superstición que según Gustavo Mendizábal significa super ciencia y, por lo mismo, está por encima de la ciencia, sino de la superstición absurda, primitiva, abstrusa, contraria al buen sentido y a la moral.

¿Cómo explicar sin recurrir a la evolución las modificaciones, derivaciones y progreso de que han sido objeto la religión, la moral, la política, la ciencia, la industria, etc.?

Ya que es innegable que, al politeísmo primitivo sustituyó el panteísmo y el monoteísmo; que el Brahmanismo indú y su Trimurti fueron modificados por el

Budismo, como nos demuestran los libros más antiguos de la India tales como el Dharma Sastra (Código de Manú), los Puranas, el Bhagava-Gita, el Lilita Vistara etc., que del brahmanismo y budismo propios de la raza aria, derivó el culto de Zoroastro, como nos prueba el Zeu-davesta y los dioses Ormuz y Ahriman que, más o menos equivalen al Vizhnu y Siva de los indios; que del mosaísmo y del cristianismo de la raza semítica, derivó el mahometismo; y que hasta el cristianismo dió origen al catolicismo y al protestantismo de los que este último se debe a Martín Lutero llamado Skya Muni o Buda del Cristianismo por haberlo reformado lo mismo que Buda el brahmanismo; y que el protestantismo, a su vez, obedeciendo a la ley general de la transformación, se subdividió en diferentes sectas, como la de los luteranos, calvinistas independientes, pietistas, anabaptistas, etc., con Enrique VIII, Züinglio, Calvino y otros. Creemos, así mismo, que no habrá quien niegue que la moral primitiva fundada en el egoísmo y que, como la de los papuarios mencionados por Guillermo Ferrero, razonaba así: "¿Qué es el Bien?"—"¿Qué es el mal?"—"Bien es cuando yo robo la mujer de otro, Mal cuando otro roba la mía", se ha convertido en una moral más pura gracias a las enseñanzas de Jesús de Galilea, "Libertador del género humano", cuya doctrina estriba en el amor, caridad, misericordia, fraternidad, y solidaridad humanas.

Para probar que la Política ha sido también objeto de modificaciones, es suficiente fijarse las varias formas de gobierno que ha adoptado, tales como la monarquía [forma normal], la monarquía absoluta personificada por Luis XIV que decía: "El Estado soy yo", la tiranía (forma anormal), que es degeneración de la anterior, el cesarismo, el imperialismo y el despotismo, palabra que deriva de las latinas: des potestas (más allá de la ley o del poder) y que significa el poder que manda por sólo su voluntad sin sujeción a ley ni norma alguna, la monarquía templada o constitucional; la aristocracia [forma normal] que consiste en el gobierno de los nobles y está representada por los Doux

de Venecia; la oligarquía (forma anormal) que resulta como exageración de la precedente; y por fin la democracia [forma normal], o sea el gobierno del pueblo para el pueblo, y que tiene, a su vez, el peligro de convertirse en olocracia (forma anormal), en cuyo caso ya no aspira el bien de la comunidad o de los gobernados, sino de los gobernantes; y eso sin contar con muchas otras formas de gobierno, de las que mencionaremos tan sólo la poliarquía, la mesocracia, la teocracia, la hierocracia, etc. Todo lo cual manifiesta que han habido cambios sucesivos y transformaciones frecuentes.

Que las ciencias han variado es igualmente indiscutible y para justificarlo ahí están: la Astronomía que hoy desecha por absurdo e imposible el sistema de Tolomeo y sus análogos que consideraban al cielo como una bóveda de cristal y el sol, la luna y las estrellas, como lámparas suspendidas de dicha bóveda, que gracias a Copérnico, Galileo y Képler reconoce ya la teoría heliocéntrica y aún de ésta comienza a dudar. La Química moderna, hija legítima de la alquimia antigua, que renunciando buscar la piedra filosofal, sostiene principios como el de Lavoisier que dice: "nada se crea y nada se destruye", y que se ha perfeccionado hasta hacer realizables grandes descubrimientos como los del sabio Pasteur, relativos a la profilaxis, hidrofobia y cristalización de gérmenes contagiosos; los de Marcelino Berthelot, fundador de la termoquímica, de la síntesis artificial de las composiciones orgánicas por medio de cuerpos elementales etc. La Física que antes aceptaba el arco iris como signo de que no se repetiría el diluvio universal y que ahora lo explica como un simple fenómeno producido por la descomposición de la luz; y que ha progresado muchísimo con los descubrimientos de Edison, los trabajos de madame Curie, etc. La Fisiología que no admite la posibilidad de que las plantas hayan existido antes que el sol. La Zoología y la Botánica con la continua adopción de nuevas clasificaciones e importantes principios como el del transformismo indicado por Diderot, afirmado por Lamark y confirmado por Darwin, el cual explica mediante la selec-



ción natural el perfeccionamiento de las especies y de los individuos. La Biología con sus teorías, descubrimientos y aforismos, entre los que citaremos el de Harvey que dice: "omne vivo ab ovo" [todo lo que vive procede del huevo], el cual ha sido sustituido por el aforismo alemán: "omni célula ex célula" y que asegura no ser el huevo, sino la célula el origen de la vida, con la teoría de la autogonía que, en la actualidad, se considera imposible dentro de la embriología, con la de Hækel que explica la vida mediante las plastides o plastidulas o el sárcodo, con el descubrimiento de las móneras efectuado por el mismo Hækel en Niza y el año 1864; el de las vesículas u óvulos de Graaf verificado en 1671; el de los zoospermos o espermatozoides, llamados por Bufón hombres miniatras, realizados por el estudiante alemán Luis Hamn y posteriormente llamados micro y macro gametos; y muchos otros que han servido para la implantación de principios de indiscutible valor como el de la herencia condensado en la fórmula: "Qualis pater, talis filius". La filosofía que, con sus diversas escuelas y diferentes sistemas, ha llegado a conclusiones tan benéficas hoy, como desconocidas antes, sobre todo con los filósofos del siglo XVIII, de los que citaremos a Condilá que recurre a la sensación para explicar sus tesis, Locke que agrega la reflexión a la sensación, Russeau que considera al pueblo como el único soberano y establece el verdadero concepto de soberanía, diferenciando el significado de los términos: soberano, gobierno, Estado y Nación; y todos los demás llamados semi-espiritualistas como Montesquie, Voltaire, Tourgot, etc., los cuales, si bien, en lo especulativo, no van más allá del materialismo inglés, en lo social, realizan muchas innovaciones y preparan el campo para una verdadera revolución política.

Y así como éstas todas las demás ciencias, cuya simple enumeración sería demasiado extensa, han progresado unas más, otras menos, pero ninguna que, conozcamos ha permanecido estacionaria.

Por último es indubitable que la industria tenía



que incrementarse como resultado del adelanto de las ciencias y de los incontables inventos efectuados, con los que se ha conseguido no sólo disminuir, sino hasta suprimir las distancias, facilitar el aprendizaje, la locomoción y aún la producción de nuevos inventos, entre los que mencionaremos la imprenta cuya utilidad manifiesta es ta que no hace falta hablar de ella, la locomotora que se debe al inglés Stephezon, los automóviles de monsieur Cougnot y el ingeniero francés Serpellet, la bicicleta de Ernest Micheaux, la construcción de los eolos o aviones que volvió realizables los deseos de Leonardo de Vincens y Clemente Ader, relativos a usurpar a las aves el dominio de los espacios, el invento del vapor verificado por Fulton y aplicado en 1803, por el inglés Wat, a los buques; inventos que modificaron por completo la locomoción y aumentaron poderosamente el desarrollo de las industrias, ya que, a las facilidades proporcionadas por ellos, se deben agregar las que resultaron de la invención de aparatos como el telégrafo con hilos, construido en Ginebra en 1774 por el francés Lesage; el telégrafo sin hilos descubierto posteriormente por el italiano Guillermo Marconi; el teléfono acústico de Gautey, perfeccionado por Fronment, mediante el teléfono eléctrico; el fonógrafo y las muchísimas y preciosas aplicaciones de la electricidad que se deben a Edison; el cinematógrafo de los hermanos Lumière, la máquina de cocer que data de 1804 y fue perfeccionada por Stone y Anderson; la dactilografía que se inició en 1714, época en que el inglés Mill inventa la máquina de escribir y tantos otros inventos, para cuya enumeración detallada se necesitaría escribir verdaderos volúmenes, y, que tenían indispensablemente que modificar las industrias y contribuir a su evolución.

De todo lo dicho, se deduce que la evolución es ley universal; pero antes de pasar adelante, es preciso advertir que no siempre significa progreso o perfeccionamiento sino también, en consecuencia, retroceso, o sea la regresión a que se refiere Veismman; y esto es tan cierto que, para simbolizarlo gráfica y elocuentemente

se ha ideado la espiral de Vico, y la línea ondulada de Goethe.

Habiendo visto que la evolución es ley universal, es evidente que el Derecho Penal no podía sustraerse a élla y para confirmar esto creemos suficiente recordar la diferencia que existe entre el concepto antiguo y el actual del hecho punible; en efecto, al tratarse del derecho represivo, se distinguen dos escuelas principales que son: la tradicional o clásica y la psicopatológica o positiva, de las que la primera, en cuyas conclusiones se funda nuestro Código Penal y los de la mayor parte de las naciones, considera el delito como obra de la libertad o libre albedrío, y la pena impuesta, en virtud del derecho de castigar, como función de defensa jurídica, mientras que para la psicopatológica el acto antisocial [delito, según la escuela antigua] es el resultado de fuerzas o causas biológicas que existen en el individuo y en el medio (factores endógenos y exógenos o mesológicos), y el tratamiento (pena, según la escuela tradicional) es una función social; por tanto la escuela clásica defiende el derecho y la positiva la sociedad, la primera aplicando la pena, la segunda adaptando el tratamiento, la tradicional fundándose en la culpabilidad, la positiva basándose en la inadaptabilidad.

Pero no es sólo esto, muchísimas son las modificaciones que ha sufrido el Derecho Penal y numerosas las divergencias de las escuelas citadas; mas, dada la naturaleza de este trabajo, lo exiguo del tiempo de que disponemos y la necesidad de ocuparnos del tema principal, no creemos oportuno ampliar este capítulo y, por lo mismo, concluiremos, desde luego seguros de que nadie duda que el Derecho Penal ha sido objeto de muchas transformaciones.

## DE LA PENA.

El término pena, "procede del latín *poena* derivación del sánscrito *punya*, raíz *pu*, que significa purificación.—Por extensión, dolor, fatiga, sufrimiento, pesar".

Ahora bien, aun cuando la etimología del vocablo pena, explica siquiera aproximadamente el concepto que se tiene del hecho; sin embargo, fijándonos con atención, veremos que dicho concepto difiere notablemente según los diferentes pueblos y épocas de que se trate; en efecto en los tiempos primitivos, o sea en los inmediatamente posteriores a los prehistóricos de los cuales no se sabe nada cierto, "la pena es la venganza" y desde entonces comienza la evolución de su concepto; porque se modifica un tanto durante la civilización antigua, luego más con la influencia de numerosas doctrinas y teorías contrapuestas, hasta que en la época clásica, se la estudia conforme a los principios absolutos y metafísicos cuyo reconocimiento la caracterizan; y, por fin se transforma totalmente al considerarle según los postulados de la escuela positivista que corresponde a la época contemporánea.

En vista de la condición de relatividad de que hablamos antes y teniendo presente cuan decisivas son las circunstancias del medio, referentes a la raza, al tiempo, al lugar, etc.; resulta lógico que cada una de las escuelas que abordan el problema que nos ocupa, y dentro de éstas cada uno de sus pensadores miren a la pena de un modo diverso; y, es por esto que se ha dicho: "La pena es la medicina del alma".—Platón. "Pena es el acto de la sociedad que en nombre del derecho violado sujeta al delincuente a un sufrimiento, como medio indispensable para la reafirmación del derecho".—Pessina.—"Pena es el conjunto de condiciones exteriores y coactivas prestadas por el Estado para que el derecho que por él ha de hacerse efectivo sea restaurado".—"Pena es el mal impuesto por los magistrados conforme a la ley del Estado a aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito".—Carrara.—"El medio racionalmente necesario para ayudar a la voluntad del ciudadano, determinada infaustamente, a ordenarse por sí mismo, porque y en cuanto la desarmonía que nace de ese desorden perturba la armonía de todo el organismo social del Estado", es pena.—Silva.

Como se ve la pena, en la antigüedad, se identifica con el padecimiento. "Es un mal infringido al paciente en cambio de un mal ocasionado por éste".

## DIFERENTES PERIODOS DE LA PENA.

Cuatro son los períodos que, los criminalistas, reconocen al tratarse de la pena, es decir: el de la venganza, el del talión, el de la composición y el de la analogía y proporción.

### PRIMER PERIODO

#### LA VENGANZA

Antes de que la sociedad se haya establecido en debida forma, el hombre salvaje y solitario, sin tener aún leyes que puedan garantizar sus derechos y concretar sus deberes, vióse obligado a emplear la fuerza para repeler la fuerza, puesto "que el hombre devuelve al ente sujeto del daño—ente animado o inanimado—golpe por golpe. Reacciona de una manera inconsciente, y por lo mismo involuntaria. Sólo ve la causa del daño"; y, cuando no es posible la reacción inmediata surge en él, con motivo del recuerdo del mal sufrido, un intenso sentimiento de rencor que se traduce en venganza, tan pronto, como está en condiciones de satisfacerla. De modo que el período más antiguo de la pena está constituido por la venganza, como primera manifestación del derecho de castigar, es "La justicia penal en su expresión primitiva más espontánea y más grosera", según Tissot.—"La idea de justicia innata en el hombre se había convertido en idea de venganza" dice César Cantú (en la página 38 de su Historia Universal, al hablar de las leyes de Egipto).

Al respecto, Tissot [pág. 415] trae esta citada de Néstor de la ley Praw.—"Si un hombre mata a otro, el hermano venga al hermano, o el hijo al padre, o el padre al hijo, o el hijo del hermano al hijo de la hermana".

Para evidenciar la variabilidad, crueldad e injusticia de la pena, así considerada, que debía necesariamente corresponder a todas estas condiciones que distinguen al sentimiento en que se funda, recordamos que un notable penalista moderno, refiriéndose al particular, dice:

“Bastaría que la venganza no se distinguiera de la justicia más que por la falta de medida y sobre todo por el placer inherente al hecho de castigar el hombre por sí mismo, para que difriese de la pena que siempre se presume justa y aplicada sin pasión y con pesar”.

Pero, por injusta que sea la pena, considerada como consecuencia del derecho de venganza, ha tenido, no obstante, varios y distinguidos defensores del mérito de Hume y de Kant, y ha imperado hasta 1875 en que se pasa del criterio de la venganza privada al de la venganza social o pública, la cual dura, en no pocos pueblos, hasta fines del siglo XVIII.

“Rusia la tuvo hasta hace pocos años”, afirma Tissot.

Y los resabios de este concepto de pena que estriba en la venganza, perduran aún en algunos países, en que se prohíbe recibir dinero en lugar de la sanción que los hombres deben aplicar para satisfacer el sentimiento expresado y en los que se oye decir todavía que “el Agente Fiscal es representante de la vindicta pública”; que “el delito reclama venganza”; que “es impostergable la venganza de la sociedad”, etc.

## SEGUNDO PERIODO

### EL TALION

Este período se caracteriza por “la pena igual y semejante al delito cometido, esto es, la pena que consiste en castigar por el mismo modo que se delinque”, asegura Joaquín Escriche en su diccionario de jurisprudencia.

Casi todos los pueblos han establecido el talión;

en efecto en los países del Oriente, en los de la civilización antigua, en Grecia, Roma, España y en la mayor parte de los demás países de Europa, se ha aplicado mucho tiempo esta pena; pues, así lo demuestran las prescripciones existentes en las leyes de las Doce Tablas, el Fuero Juzgo, las Partidas, el Derecho Canónico que lo implantó como privilegio, y muchas otras leyes. Advirtiéndose, eso sí, que mientras en unos lugares predomina la norma relativa al "ojo por ojo, y diente por diente", o la de Nueva Zelanda que dice: "la muerte se castiga con la muerte, la sangre con la sangre y el robo con el pillaje", los demás lo adoptan con ciertas modificaciones, como ocurre en Egipto; pero en todo caso se observa que se procura castigar el órgano con que se perpetró la infracción, o el que está relacionado, aunque sea remotamente, con ella, y es por eso que a los falsificadores de escrituras y de monedas se les cortaba la mano con la cual se suponía haber cometido el delito, al que descubría un secreto al enemigo se le cortaba la lengua, a la adúltera se le mutilaba la nariz "para hacerla menos hermosa" y así sucesivamente.

## TERCER PERIODO

### LA COMPOSICION

Entiéndese por composición la forma en que el delincuente repara el daño causado valiéndose, para el efecto, de dinero u otros medios y procurando siempre que entre el daño y la reparación exista la mayor equivalencia posible, la cual, como se comprende, sin esfuerzo alguno, es muy difícil establecer, en virtud de que no se puede determinar con precisión el valor de una muerte, herida, violación, calumnia, etc., toda vez que dicho valor, además de lo que difiere indiscutiblemente con arreglo a las condiciones subjetivas del autor del hecho punible y de la víctima del mismo, en los casos en que ésta existe, varía también por la influencia mesológica.

Por lo expuesto, se deduce la absoluta falta de equidad que existía al tratarse de las tarifas formuladas a cerca de la composición, entre las que citaremos la de los galos que exige el pago de trescientos sueldos por la muerte de un diácono y setecientos por la de un obispo.

En cuanto a la antigüedad de la composición, ésta es evidente, de ahí que Tissot, aludiendo a ella, dice: "No debemos, pues extrañarnos de hallarla en Homero". Respecto a que esta manera de penar ha sido muy generalizada, es suficiente fijarse que: en Argos las leyes permiten las "transacciones" y composiciones pecuniarías; que en Loango "el culpable de robo se libra por una suma; si comete adulterio debe al marido ultrajado el valor de un esclavo; cuando ha herido hasta derramar sangre da un esclavo o su valor para librarse de ser vendido"; que la Ley Sálica tiene un capítulo sobre la herencia de lo debido por la composición; que "en Lituania y en Polonia se conservó hasta mil seiscientos setenta y dos"; que "la ley de las Doce Tablas prescribe el talión en subsidio de la composición"; que los germanos emplean la composición más que ningún otro pueblo. Y que en las Capitulaciones de Carlos Magno se ha escrito: "Si alguien por odio no quiere recibir por la ofensa que se le ha inferido el precio fijado por las leyes, que nos sea presentado y le enviaremos a un lugar en donde no podía hacer daño a nadie. De igual manera, si alguno quiere comprar el odio que se le ha jurado, ni quiere hacerse justicia, le enviaremos a un lugar donde no tenga ya ocasión de causar nuevos daños".

## CUARTO PERIODO

### LA ANALOGIA Y PROPORCION

El período de la analogía y proporción, se distingue; porque tiende a disminuir la crueldad de la pena; labora por la abolición de la pena de muerte, que, según la escuela teológica, representada por Santo Tomás, es enteramente justa por creerla lícita y necesaria para



la salud del cuerpo social; por manera que, en esta época se procura, como fin primordial, convertir la pena en "simple penitencia".

En lo que, se refiere al fundamento de la pena, existen muchas teorías que pretenden explicarlo, y entre ellas tenemos: la de la venganza que corresponde al primer período de la pena, y cuando ésta es cruel, salvaje e inhumana; la de las represalias que aparece con Lieber en 1833 y que difiere muy poco de la anterior; la de la aceptación la cual sostiene que siendo la ley conocida, se sabe que castiga el delito, y que, por tanto, el que delinque, se resigna a sufrir la pena impuesta o acepta la sanción legal; la de la reparación que se funda "en que todo daño debe ser reparado por su autor y, por consiguiente, el criminal debe reparar su crimen soportando la pena; la de la conservación de la sociedad que afirma, en virtud del derecho a la vez que deber, que ésta tiene de conservarse, que el delito, por ser contrario a dicha conservación debe ser reprimido mediante la sanción del delincuente; la de la utilidad que considera a ésta como fin de la sociedad, al cual se opone el delito, debiendo, en consecuencia, castigar a su autor; la de la corrección que estriba en la necesidad que tiene el Estado de corregir al delincuente, por medio de la pena, y muchas otras más tales como la de la asociación, la de la convención, etc. de cuyo estudio prescindimos, porque así lo exige la extensión que debe tener un trabajo de esta naturaleza,

## LA PENA SEGUN LA ESCUELA CLASICA

La escuela clásica tiene su origen en Italia, llamada "tierra clásica del Derecho Penal", con César Beccaria, representante de dicha escuela, que revoluciona o modifica los conceptos anteriores sobre la delincuencia y pena; porque dice: "Si yo demuestro que la pena de muerte no es ni útil ni necesaria, habrá ganado la causa de la humanidad"!!!

Según esta escuela el concepto de pena está íntimamente relacionado con el de delito al que estudia



tomando en cuenta las normas generales de justicia, bien, mal, derecho, etc.; reconociendo, en el delincuente: conocimiento, libertad y responsabilidad y considerando a la pena como consecuencia de dicha responsabilidad. Por tanto, precisa ver previamente lo que es el delito, para luego establecer lo que se entiende por pena de acuerdo con la escuela mencionada; de ahí que transcribamos las definiciones que siguen:

"Delito es toda acción o inacción exterior que vulnera la justicia absoluta cuya represión importa para la conservación o bienestar social que ha sido de antemano definido ya que la ley ha impuesto pena [Ortolán].

"Hay delito en la más lata expresión de la palabra, siempre que se comete una violación voluntaria suficientemente probada y libre, del derecho de otro" [pág. 31, cap. I de la obra de Tissot].

El Art. 1º del Código Penal de los Estados Unidos de Colombia del año de 1873, dice: "Delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena".—El Código Español de 1882 en su Art. 1º dice: "Comete delito el que libre y voluntariamente, y con malicia, hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley, se entiende haber malicia".

El Código Penal para el Distrito de la Baja California y Méjico, dice: "Art. 4º.—Delito: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda".

El proyecto del Código Penal Italiano, "presentado en 1878 por P. Mancini, según la traducción de Vicente Romero y Girón", dice: "Disposiciones Generales, Art. 8º.—Es delito la infracción voluntaria de una ley que por expresa disposición prohíbe un acto castigándolo según su propia naturaleza con pena correccional o de Policía". El Código Penal de la República del Ecuador "literalmente copiado del de Bélgica" "como dice el Dr. Víctor M. Peñaherrera", no define el delito, pero al hablar de los delincuentes, lo hace así: [Art. 20] "Son delincuentes únicamente los que han cometido el hecho punible con la necesaria inteligencia y en uso de su liber-

“Etiología Criminal” en “Antropología Criminal y Mesología Criminal, y que subdivide la primera en Psicopatología Criminal (Tratado de las anormalidades funcionales en la psiquis del delincuente) y Morfología Criminal [Estudio de las anomalías morfológicas]; que considera a la Sociología Criminal como parte de la Mesología Criminal, fundándose en que estudia “las causas propias del ambiente social”; y la Meteorología Criminal que trata de “las causas propias del ambiente físico”; que reconoce como determinantes del delito dos clases de causas: las fisiopsíquicas y las del medio en que actúa el delincuente, porque —dice—: “El delincuente más anormal, más tarado física y psíquicamente, necesita encontrar en el medio las condiciones propicias a la oportunidad para delinquir.—De igual manera, las condiciones del medio aunque sean pésimas necesitan actuar sobre un carácter o sobre un estado psicológico especial, para arrastrar el individuo al delito”; que establece principios como los que siguen: “El delito no se produce sin que exista una perturbación de la actividad psicológica, capaz de modificar la conducta social: esa perturbación puede ser permanente, transitoria o accidental. “El desarrollo mental de cada individuo tiende a plasmarse en el ambiente social de la sociedad en que vive: la experiencia individual se forma dentro de la experiencia social; la personalidad humana sería inexplicable sin el conocimiento del medio en que se desenvuelve y al que necesita adaptarse”. La herencia “es la base que sustenta la formación de la personalidad de un individuo de cualquier especie inclusive el hombre”. La educación “es el proceso continuo de adaptación del temperamento congénito al medio social”. “La personalidad está representada por el carácter y se traduce en conducta”; que clasifica a los delincuentes en cuatro clases que son: delincuentes por anomalías morales, delincuentes por anomalías intelectuales, delincuentes por anomalías volitivas y delincuentes por anomalías combinadas; que aún estas clases subdivide en categorías o grupos catalogando entre los de la primera clase a los congénitos o delincuentes natos, lla-

mados locos morales por Lombroso, como puede verse en el cuadro adjunto.

CLASIFICACION DE LOS DELINCUENTES	
CLASIFICACION	ANÓMALOS MORALES
PSICO-	{ Congénitos.—Delinquentes natos o locos morales, Adquiridos.—"Habituales o pervertidos morales", Transitorios.—Delinquentes de ocasión.
PA-	{ ANÓMALOS INTELECTUALES { Congénitos.—"Por locuras constitucionales etc". Adquiridos.—"Por locuras adquiridas, obsesiones cri- minosas etc". Transitorias.—Embriaguez, locuras tóxicas, etc.
TO-	
LO	{ Congénitos.—Degenerados, impulsivos, natos, delin- cuentes, epilépticos, etc.
GI-	{ Adquiridos.—Delinquentes, alcohólicos, crónicos, im- pulsivos, etc.
CA	{ Transitorios.—Impulsivos, pasionales, emouvios, etc.
DE LOS	{ ANOMALIAS COMBINADAS { Afectivos Intelectuales.—Delinquentes, estéticos. Intelectuales-volitivos.—Obsesiones impulsivas. Afectivo Impulsivas.—Impulsivos pasionales. Afectivo-Impulsivo-Intelectuales.— Degeneración com- pleta del carácter.
DELINCUENTES	

Reproducción del Cuadro del Instituto de Criminología de Buenos Aires, dirigido por el Profesor Ingenieros.

De ahí que, entre los trastornos psíquicos más importantes, “debemos tener en consideración 1º los trastornos de la ideación; 2º los trastornos de la percepción; 3º los trastornos de la afectividad; 4º los trastornos de la conciencia y de la personalidad; y 5º los trastornos de la actividad.—[Esta clasificación es la de Regis y consta en su obra “Tratado de Psiquiatría”.]

Como consecuencia de los principios y teorías enunciados y muchísimos más que sostiene la escuela positiva; resulta, que ésta, prescinde de la “criminalidad”, para estudiar la “temibilidad”; no considera el delito como ente abstracto, sino como hecho contrario a la convivencia social; “Abandona el terreno de la culpa y el castigo”, según el decir de uno de sus expositores, para preocuparse de la defensa social (pena antigua) procurando adaptarla a los diferentes grados de temibilidad (criminalidad según la escuela clásica); razón por la que, “para adecuar la defensa”, considera tres clases de antisociales (delincuentes) que son: antisociales o delincuentes accidentales, reformables o irreformables, estableciendo respectivamente la represión mínima, media y máxima; de manera que el castigo y la pena de la escuela clásica son sustituidos por la “profilaxis y represión de los delincuentes”, de la escuela positiva.

## DE LOS MEDIOS DE CERTEZA

Entre las innovaciones del Derecho Penal a que nos referimos antes y como consecuencia necesaria de su progreso, tenemos la adopción de los cánones del juicio, uno de los cuales dice: “Los medios de certeza son las pruebas y las presunciones”. Ahora bien, entendiéndose por certeza el conocimiento claro y seguro de una cosa, o sea, la persuasión de una verdad, es decir de la conformidad existente entre la idea que se tiene de una cosa y la cosa misma; razón por la que la verdad se ha dicho que es lo que es. Se asegura también que la certeza equivale a la verdad; y, por consiguiente aquella, como ésta, debería ser una, no

obstante, del mismo modo que hay quienes dividen la verdad en física, metafísica, etc., otros establecen distinciones al tratarse de la certeza, llamándola metafísica, física o histórica, según que se adquiera en virtud de las ideas puras; esto es, de las que nos procura la mera inteligencia, en vista de las ideas que son resultado de las sensaciones, o gracias a las ideas mixtas que son producto de las demás relaciones; pero de conformidad con Filangieri toda clase de certeza tiene un valor igual; y, efectivamente creemos que la certeza no es susceptible de admitir grados o términos medios ya que o hay certeza o no la hay, puesto que cuando existe indecisión o inseguridad acerca de algo, se pasa del terreno de la certeza al de la incredulidad, o surge la duda; sin embargo hay autores que dan mayor valor a la certeza metafísica, fundándose en que su grado es tan alto que adquiere la nota característica de la evidencia, y colocan después de la certeza metafísica, a la física, y por último a la histórica, respecto de la que aseguran que tiene menor valía, justificando esta diferencia porque afirman que al tratarse de la certeza metafísica no hay sino una causa de falsedad: el error, mientras que en la física, además del error se tiene la ilusión de los sentidos y en la histórica no sólo el error y la ilusión de los sentidos, sino también la mentira del testimonio.

Finalmente no hay que olvidar nunca que cerca de los motivos objetivos se hallan los subjetivos, y que así al tratarse de la culpa como de todas las demás cosas ya no impera el criterio de lo absoluto sino la noción de relatividad; de ahí que, lo que para uno es cierto, para otro puede ser tan sólo probable y para un tercero únicamente dudoso o quizás absurdo; y, talvez en esta relatividad se funda Brugnoli al reconocer la certeza plena y semiplena considerando a ambas como suficientes para la condena. No hemos mencionado todavía todas las clases de certeza, pues, hay quienes agregan la llamada moral o natural y la artificial o legal, debiendo advertir que los tratadistas de las pruebas en materia criminal dan preferencia a dos

especies principales de certeza criminal, a saber: la de hombre y la legal o de la ley, lo cual equivale a la que se obtiene por la íntima convicción del juez, y a la fijada por el legislador cuando circunscribe o limita la libertad del magistrado como al determinar el máximo de medios probatorios, supuesto el que, puede dictarse sentencia condenatoria, o bien el mínimo de los mismos, sin cuya existencia no puede condenar; según esto certeza legal sería ya que está regulada por la intervención legislativa, por ejemplo, la obtenida con una sola declaración testimonial, al tratarse de las contravenciones de primera clase, y con la confesión espontánea del sindicado, o el doble testimonio, en las otras contravenciones.

De lo expuesto, se deduce que cuando se sostiene como verdadera una cosa cualquiera, es porque estamos ciertos de élla, si bien hay ocasiones, [sin contar con aquellas en que interviene la malicia o el dolo], en que podemos equivocarnos y creer verdadera una cosa que no es tal, de acuerdo con la realidad, ya por las ilusiones y aberraciones de nuestros sentidos, ya por las decepciones que sufren los mismos al tratarse de ciertos fenómenos físicos, como el de la refracción que nos hace ver un bastón roto en el agua, el de los espejismos, etc. y esto que es innegable al tratarse de la certeza física, es mucho más respecto de la histórica que es muy frecuente en materia criminal, puesto que sólo por una rara coincidencia, puede presenciar el delito el mismo juez que va a conocer de él, salvo el caso de aquellos que, como el perjurio, se verifican ante los mismos tribunales, porque entonces sí, surge la certeza física. Por tanto si es tan fácil equivocarse y existe el espantoso peligro de "ajusticiar a la justicia" para evitar estas equivocaciones que, en materia criminal sobre todo, dan como resultado consecuencias funestas y casi siempre irreparables, el magistrado debe apelar a todos los medios que lícitamente se hallan a su alcance, para adquirir una certeza plena acerca de la existencia del hecho punible y la responsabilidad de su autor; y entre estos medios tenemos las pruebas y

las presunciones, de las que nos ocuparemos en seguida.

---

Desde que existe el mundo y la sociedad comienza, la justicia ha sido su necesidad inherente, porque sin ella toda sociedad sería incapaz de reconocer y garantizar los derechos más sagrados del hombre y de reprimir al delincuente imponiéndole el condigno castigo, o al menos aislándolo de acuerdo con su grado de temibilidad, procurando a toda costa la reeducación del inadaptado o antisocial; misión ésta sin la que la justicia misma sería ilusoria, o imposible la convivencia humana; de ahí que el gran Pontífice Brahma, escribe: "El castigo protege al género humano, el castigo vela siempre y mientras todos duermen, y es la justicia; el universo no sería más que confusión si el castigo no hiciese su deber".

Luego, si el imperio de la justicia y la necesidad del castigo son imprescindibles, el juez, para administrar justicia o imponer la sanción correspondiente al que ha infringido la ley, tiene antes que llegar al convencimiento o "evidencia moral" de que se ha verificado el hecho punible y para ello necesita de los medios indispensables, es decir, de la prueba; por consiguiente la justicia, el castigo, la prueba y la sociedad son coetáneos ya que, dada la imperfección del hombre, no se podía, como no se puede, ni se podrá, prescindir de la justicia, la ley, el castigo y la moral, únicos frenos con los que se consigue que la bestia humana se adapte a las exigencias de la convivencia social y que no podrán suprimirse mientras el hombre no se despoje de la materia a la cual se atribuye todos sus defectos.

## GENESIS DE LA PRUEBA

Como en los tiempos remotos no existía un derecho penal propiamente dicho, sino un sistema de reacciones, más o menos, consolidado por la costumbre,



contra los hechos nocivos a la familia, al grupo, a la horda, a la tribu, etc; la prueba se reducía simplemente al convencimiento de la ofensa irrogada, sin sujetarse a ritualidad alguna; razón por la que en las épocas prehistóricas, en que predominaba la venganza privada no existían jueces que verdaderamente tengan el carácter de tales; pero cuando la venganza particular se trocó en venganza colectiva o del grupo, entonces se recurría a la composición o arreglo, que tiende a atenuar la venganza, valiéndose de la intervención de las personas más caracterizadas del núcleo primitivo (pater familias) quienes resolvían la controversia de acuerdo con su íntima convicción, puesto que aún no habían reglamentos ni solemnidades relativas a la prueba; en efecto, en el pueblo griego no se encuentra ninguna ley escrita antes del siglo VII en que aparecen las legislaciones de Carondas y Dracon, en Roma la Ley de las Doce Tablas, data del siglo V; y sólo un milenio más tarde, o sea, después de Cristo los tardíos germanos principian a hacer sus compilaciones.

A la época en que la pena consistía en una reacción inmediata e individual contra un ser animado o inanimado, porque la idea del mal nacía de la del acto; época en que, como hemos visto ya predomina la venganza privada, sucede aquella en que la venganza se solidariza porque se socializa así la responsabilidad como el daño causado y, por lo mismo, ya no es el individuo el que castiga por su propia mano la ofensa irrogada, sino el grupo a que pertenece el agraviado, el que venga declarando la guerra al grupo del agresor; motivo por el cual a la venganza particular sustituye la guerra y los arreglos denominados composición; posteriormente a este período el daño social se individualiza, de modo que el criterio difuso de la segunda fase de responsabilidad llega a definirse o concretarse, puesto que ya no se castiga a la tribu o a la colectividad, sino al delincuente aplicándole una pena proporcional a la falta o daño causado y para hacerlo se procura determinar la culpabilidad, con cuyo objeto se ape-



la, las más de las veces, a las pruebas de la magia, porque en esos tiempos reinaba la superstición más funesta y se creía en el animismo, antropomorfismo, etc.

Más tarde, durante el gobierno teocrático no es el daño causado el criterio para medir la responsabilidad, sino que el castigo se aplica en consideración al individuo, de ahí que en la Edad Media, si bien el concepto de la prueba evoluciona notablemente, su resultado es el establecimiento de las ordalías o juicios de Dios que, aunque confirman el progreso, ponen también de manifiesto la ignorancia y credulidad de los pueblos de ese entonces y para que no se diga que exageramos, haremos una breve reseña de aquello en que consistía las ordalías que, según Pattete, "Es todo procedimiento de cualquier género con el que se cree posible inducir a seres sobrenaturales para que manifiesten de un modo determinado su decisión sobre una cuestión de que han de nacer efectos jurídicos". Se ha dicho también que la Ordalía "es una petición que se hace a los espíritus, bajo ciertas condiciones y formalidades que los inducen u obligan a responder de un modo prefijado".

Por estas definiciones se comprende que las ordalías se deben al carácter supersticioso del cual no ha podido independizarse ningún pueblo, motivo por el que opinamos que es más aceptable la creencia de Pattete, quien considera las Ordalías como Institución mundial, que la de Kaegi, relativa a que se trata de una Institución Indo-germánica.

Una vez que hemos visto en que consisten las ordalías, advertiremos que éstas no se aplicaban, sino a la orden de los desvalidos; porque, como es sabido, a las castas reconocidas por los pueblos antiguos tales como el Egipto, la Persia y la India fundadas en la diferencia accidental de los individuos y tenidas erróneamente como creación divina, sucedieron las órdenes de la Edad Media, las cuales, a su vez, han sido sustituidas por las clases sociales de la actualidad; y es por esto que a los juicios de Dios se sometían preferentemente a las órdenes ínfimas, pues, las superiores

podían hacerse creer con la espada o bajo su palabra, siendo éste el origen del duelo, refiriéndose al cual, dice Bentham, que ha sido y será un suplemento de la insuficiencia de las leyes.

Entre las Ordalias, citaremos como principales, la de la balanza, del fuego, del agua, del veneno, del anillo enrojecido, de la suerte, etc.; todas las que espe-luznan con sólo imaginarse y sin embargo fueron consideradas, durante cuatro siglos, como medios seguros y eficaces de averiguar los hechos que se reputaban delictuosos, en virtud de haber sido sancionados por la mayor parte de los fueros municipales.

Después de las Ordalias, el duelo se propagó más aún, y luego se instituyó la purgación canónica, es decir, el juramento del acusado que servía de prueba suficiente de culpabilidad o inculpabilidad; de modo que aparece ya el juramento, el mismo que, al principio, se efectuaba con varias solemnidades, como la de rendirlo en las Iglesias juranderas, ante el altar y reliquias de los sepulcros; solemnidades que subsistieron hasta cuando los reyes católicos, por cédula de 1498, declararon prohibido jurar en esa forma por más que los jueces lo exijan; prohibición que en 1505 pasó a ser "Ley de Toro", resultando que, desde entonces, se presta el juramento ante el juez y en nombre de Dios.

En cuanto al fundamento de la purgación canónica, no hay duda que éste consiste en el valor que tenía en la India el juramento o afirmación a voz divina que, como dijimos anteriormente, bastaba para condenar al reo; y, según Clemborg, el juramento indio, era "imprecación contra uno mismo", pues, para el caso que se falte a la palabra o se perjure, se ofrecía como garantía la propia vida, la de los seres más queridos y los bienes de ésta y de la otra existencia. Entre los griegos y los romanos se daba, así mismo, mucho valor al juramento como nos prueba Homero al decir: "y si perjuras mis palabras fueren denmen los justos dioses cuánto males suelen dar por castigo al que su nombre invocó sin verdad". Respecto al juramento por las cosas, armas, lanzas o espadas, no es sino un resabio de las

casa"; por consiguiente en Babilonia se daba ya el juramento, más o menos, el mismo valor que en Grecia y Roma y el que tiene entre nosotros.

En cuanto a la prueba testimonial también la reconocía la ley de Ammurabí y de élla dependía la resolución del asunto, materia del litigio, siempre que, exista un principio de prueba por escrito que es exactamente la enunciación de uno de los preceptos establecidos en nuestras leyes.

Se asegura, así mismo, que en ese tiempo ya se conocía la prueba escritural, puesto que los compromisos se hacían en tablillas de greda, de manera que una vez extinguida la obligación o resuelto el contrato se disolvían dichas tablillas, en el agua, con el objeto de que desaparezca la prueba de la obligación; que es precisamente lo que nosotros hacemos al romper o cancelar un pagaré.

Según lo expuesto, no creemos aventurada la opinión de que nada o casi nada original tiene, en materia de pruebas, nuestra legislación. Y no puede ser de otro modo ya que cada país ha imitado de los otros muchas instituciones, leyes y aún costumbres; he ahí porque se supone que hasta las Doce Tablas que constituyen el más bello monumento de la sabiduría romana, se deben a las Diez Tablas de bronce que han sido llevadas de Grecia por los magistrados nombrados por su pueblo, cuando Tarquino el soberbio fue destronado; tablas que constituyen el fundamento más antiguo de la civilización jurídica de los romanos y a las que éstos agregaron posteriormente estudios de nueva índole, en dos tablas más de bronce; advirtiéndose que el contenido de muchas fracciones de las Doce Tablas de bronce a que aludimos, y que han resistido a perderse, en el transcurso del tiempo, se encuentran glosadas en la Instituta y en la Historia del Derecho Romano de Ortolán.

Para concluir y por no dejar en el olvido a quienes han contribuido eficazmente para el progreso del derecho, citaremos a Justiniano emperador de Constantinopla, quien hizo por medio de Triboniano, empleado de palacio, la compilación íntegra del Derecho Romano,

Pandectas, Código de Justiniano, Instituta y Novelas; a César Lombroso, y al Jurisconsulto César Beccaria, de cuyo trabajo, nuestro Código de Enjuiciamiento Penal, ha copiado totalmente la sección titulada de las pruebas, las cuales han sido clasificadas por dicho autor.

Finalmente, en nuestros días, y como quinta face del criterio de responsabilidad, se sostiene que el autor del delito no es responsable sino cuando ha obrado con intención de cometer el acto, es decir, cuando lo ha efectuado con entera libertad, voluntad y conciencia del hecho; y los medios por los que se averigua la culpabilidad del delincuente son las pruebas y las presunciones que, si antes ya han sido empleadas, ahora, por lo menos, se aceptan al estar seguros de su autenticidad; y de estas pruebas, así como de su clasificación trataremos en el capítulo siguiente.

## CRITERIO MODERNO DE LAS PRUEBAS

Por temor de que se prolongue demasiado este trabajo, vamos a tratar, a la mayor brevedad posible, de las pruebas reconocidas por nuestra legislación y limitarnos tan sólo a la enumeración sucinta de las clasificaciones hechas por algunos autores.

Si el Juez no contara con los medios necesarios, para adquirir la certidumbre que es indispensable al tratarse de un fallo, la justicia sería un mito; ahora bien estos medios de certeza son: las pruebas y las presunciones, y es por esto que se llaman pruebas "los atestados de personas o de cosas, acerca de la existencia de un hecho"; o "las circunstancias sometidas a los sentidos del Juez y las cuales ponen de manifiesto el contenido del juicio".

Respecto al origen de las pruebas, se afirma que existen desde el tiempo de las Siete Partidas y que su fundamento radica en la maldad de los hombres que niegan lo asegurado en las demandas.—Partida III, Título XIV.—"Prueba es la demostración de la verdad o falsedad de un hecho, conforme a lo prescrito en la ley".—"Prueba, en materia criminal, es la averiguación

o demostración de un hecho delictuoso y de su autor”.

Etimológicamente el término prueba deriva del adverbio *probo* que significa honradamente; de ahí que un juez que dé a la prueba la importancia que debe y se funde en ella para fallar la litis, será un magistrado *probo*, es decir, honrado, pues, “la prueba es la esencia y sustancia del juicio”, por tanto hay necesidad de apreciarla con la prudencia e imparcialidad que el caso requiere lo cual, desgraciadamente, no siempre es posible ya sea por ignorancia o malicia; y por eso se ha llegado a decir que un buen juez es tan raro como un cuervo blanco.

Por lo demás la prueba puede referirse a un punto de derecho o a un hecho. “Probar el hecho es conseguir que el juez esté cierto de que el hombre ha ejecutado determinadas acciones, o han tenido lugar acontecimientos de orden físico de naturaleza propia, para así provocar la acción de la justicia social”; y, probar de derecho es establecer que si existen tales hechos es aplicable esta o aquella disposición legal, aun cuando la prueba de derecho, según Escriche, no están obligadas a presentar las partes, ya que probado el hecho el juez tiene que decidir sobre el derecho, sin necesidad de que aleguen los interesados.

## DIVERSAS CLASES DE PRUEBAS

La prueba considerada en su esencia se llama plena y semi plena. Plena la que no deja duda acerca del hecho controvertido; y semi plena la que se funda en presunciones que no producen de un modo inequívoco la certeza del hecho en cuestión; de éstas muchos opinan que sólo la plena sirve de fundamento para dictar sentencia condenatoria, en materia penal, dada la gravedad de sus consecuencias, y que por eso desde el tiempo de los romanos ha sido desechada la prueba semi plena.

Dumont, divide las pruebas en dos grandes grupos, dentro de los que están comprendidas todas las que reconoce nuestra legislación, y estos son: Pruebas directas

y pruebas indirectas, las primeras asegura que se perciben inmediatamente, sin necesidad de auxiliares, a diferencia de las indirectas que sólo sirven de auxiliares al raciocinio; según P. Ellero, prueba directa es la que se refiere a una circunstancia del delito, e indirecta la relativa a las circunstancias de donde se inducen las del delito, de modo que la prueba indirecta es la que justifica un hecho desconocido en virtud de otro u otros conocidos, o lo que es lo mismo se trata de la prueba conjetural. Bajo la calificación de directas están comprendidas; la prueba testimonial, las inspecciones judiciales, la instrumental—documental o preconstituída—y la pericial. En la segunda calificación se encuentran las indiciarias, llamadas por Bentham circunstanciales, si bien esta denominación está criticada porque se asegura que toda prueba es circunstancial ya que si es directa se refiere a las circunstancias constitutivas de la infracción y si es indirecta a las circunstancias indiciarias del hecho punible.

Ahora bien, esta división de las pruebas no es sino virtual y se impone como una necesidad nada más que por razones de método, pues, no pueden efectivamente separarse estas dos clases de pruebas ni considerarse como alternativas, sino unidas y recíprocas ya que la indirecta tiene que probarse con la directa, respecto de las circunstancias que la constituyen.

## PRUEBA TESTIMONIAL

Entre las pruebas directas una de las más importantes es la testimonial que consiste en las declaraciones de testigos rendidas de conformidad con los requisitos establecidos por la ley; porque cuando no se puede adquirir una certeza verdaderamente intrínseca, esto es, producida por auto percepciones, recaídas sobre el objeto materia de la controversia [hecho punible], lo cual es difícil y se consigue sólo mediante las pruebas llamadas, así mismo, intrínsecas, o sea, las que surgen de la realidad de la cosa y, por consiguiente, son siempre reales, se procura, subsidiariamente, la adquisición

de la certeza extrínseca y para ello se necesita del concurso de las pruebas llamadas también extrínsecas, las que son personales y se reducen a dichos y testimonios, así como las reales se reducen a cosas. Por tanto, el testimonio además de ser prueba directa es personal y se funda en la presunción de veracidad, por cuanto se parte del principio de que en toda persona normal y capaz, existe una tendencia natural hacia la verdad, como nos demuestra el axioma siguiente: "el hombre dice la verdad siempre que no tenga interés en mentir"; pero la presunción de veracidad puede ser neutralizada y aún contradicha por la presunción de falsedad que se origina, según los comentaristas, 1º en virtud del carácter de la persona, como cuando ésta es notoriamente trapisondista o mentirosa, en cuyo caso no debe ser creída; 2º por la relación que tiene el declarante con los hechos que refiere, ya que si se trata de un interesado, éste no merece fé; y 3º por la naturaleza de los hechos aseverados, puesto que si son inverosímiles tampoco pueden ser tenidos como ciertos.

De lo dicho se deduce que se considera como válida la prueba testifical, sólo cuando el testigo es idóneo moral, física e intelectualmente considerado; expresando que hay inidoneidad moral cuando el exponente tiene interés en mentir ya sea en su beneficio ya en pró o en contra del sindicado, como al tratarse de los perjudicados, parientes, coreos; y, en general, siempre que los declarantes tengan una vinculación más o menos íntima con el individuo a quien se imputa el hecho criminoso o con aquel a quien perjudica el hecho en referencia, o con el mismo delito como cuando les interesa probar su existencia o inexistencia por traducirse en su daño o beneficio. Hay inidoneidad intelectual cuando la mente del testigo es anormal o se halla perturbada como sucede con los imbéciles, dementes, lelos, monomaníacos y todos los que padecen de anomalías o enfermedades relativas a la inteligencia, muchas de las que son producto de la embriaguez. Y, por fin, existe inidoneidad física, al tratarse de los menores de edad, sordo mudos, etc.; siendo por esto que, conforme a la opinión



de varios comentaristas y la ley, no pueden ser testigos los niños, por falta de raciocinio perfecto, mientras no hayan dejado de ser infantes, es decir, hasta no tener siete años que es cuando concluye la infancia, término que, según los filólogos, significa la época de la vida en que se habla sin sentido; otros criminalistas sostienen que toda persona es incapaz de declarar, por razón de la edad, mientras no sea púber, o lo que es lo mismo, en el Ecuador y en otras naciones civilizadas, al no tener catorce años; y por último hay quienes afirman que para poder testificar es indispensable la edad de veinte años como mínimo. De manera que no existe un criterio uniforme, acerca de la edad en que el testigo debe considerarse hábil para declarar; y esto obedece a que el desarrollo intelectual es muy relativo, porque depende de la raza, clima y más condiciones peculiares de cada lugar.

Nuestra legislación, adoptando un criterio o sistema ecléctico, establece que no pueden declarar las personas que no han llegado a la edad de catorce años; que sirven de base para la indagación las de aquellas que, pasando de catorce, no han llegado a diez y ocho años, desde luego, si es que han reunido los requisitos legales; requisitos que, en la práctica, se reducen a que el testigo declare con intervención de un curador; y, que son válidas las exposiciones de los que tienen diez y ocho años de edad, por su puesto, siempre que sean idóneos.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, resulta que la inidoneidad física del testigo se refiere a sus sentidos, por consiguiente, no pueden declarar los ciegos, los áfonos, los sordo mudos, etc; pero esta incapacidad, como se comprende a primera vista, no es absoluta, sino para determinados casos, así por ejemplo, aunque el ciego es incapaz al tratarse del testimonio ocular y el sordo, al tratarse del auricular, sin embargo pudieran muy bien ser testigos, el primero auricular y el segundo ocular; y esto mismo sucede con casi todos los que adolecen de defectos físicos, muchos de los que, como la atonía, ceguera, sordomudez, etc., pueden ser



actualmente subsanados, siquiera en parte, al saber leer y escribir bien, ya que esto, aunque difícil, no es imposible, en virtud de los métodos modernos últimamente adoptados; motivo porque se dice que no hay testigos inhábiles sino tan sólo sospechosos, toda vez que la inhabilidad puede ser aparente y desaparecer mediante prueba contraria, no obstante que casi todas las incapacidades físicas son relativas, como lo son también las morales y aún, en ciertos casos, las intelectuales. la mayor parte de las legislaciones, sobre todo al tratarse de las incapacidades físicas, no establecen distinción alguna, puesto que consideran como incapaces para declarar a todos los que tienen defectos físicos suficientemente graves para hacerlos perder el uso de uno o más sentidos.

Resumiendo, podemos decir: que los requisitos intrínsecos del testimonio consisten en la idoneidad moral, intelectual y física del declarante y que las causas que lo invalidan pueden ser voluntarias como cuando la inidoneidad del testigo es moral o se funda en el interés, e involuntarias cuando son intelectuales o físicas.

Según otros comentaristas los requisitos de las declaraciones testimoniales se reducen a seis: "capacidad mental y sensible, originalidad y causa del conocer, integridad circunstanciada, prestación en juicio y desinterés". Como se ve, no hay diferencia sustancial entre los requisitos mencionados al principio y estos últimos, sino, por el contrario, se nota que se insiste o se recalca sobre la necesidad de su existencia, como sucede, por ejemplo, con el interés, el cual acabamos de ver que invalida la declaración testimonial, porque contraría su naturaleza; pues, Bonnier define a la prueba testimonial, diciendo que: "es la declaración de terceros desinteresados".

Hasta aquí hemos tratado de los requisitos esenciales o intrínsecos del testimonio; pero como su mayor o menor fuerza probatoria, depende también de los requisitos extrínsecos, veamos que éstos son los que se refieren a la forma, de manera que están determinados en la Ley de Procedimiento Penal de cada pueblo y, por lo mismo, varían de acuerdo con sus respectivas con-

diciones aunque de un modo general se tiene como requisito extrínseco del testimonio el juramento que, según varios tratadistas, debe considerarse como requisito intrínseco, mientras otros lo miran como extrínseco, si bien algunos, como Bentham, afirman que sería mejor excluirlo, ya que el juramento si no es perjudicial resulta, por lo menos, inútil; advirtiendo que, en nuestro concepto y dada la poca moralidad existente entre nosotros, creemos que todavía se impone la necesidad de recurrir al juramento, siquiera para que aumente o intensifique la inclinación natural que sentimos por decir la verdad; inclinación que, los comentaristas, aseguran se origina en el temor de la sanción religiosa moral y civil.

En cuanto a la pluralidad de los testigos, ésta es considerada, por Meyer, Bonnier y otros, como imperativo o exigencia esencial de esta clase de prueba, fundándose en que dos personas no pueden mentir ni equivocarse con la misma facilidad que una sola; al paso que la opinión contraria sostiene que el número de testigos no significa nada, sino la capacidad intelectual, moral y física de los declarante y que resulta palmariamente contradictorio dar mérito a la declaración del reo que, al fin, no es más que un testimonio y desechar la de un testigo.

Nuestra legislación penal tampoco da mayor importancia de la que se debe al número de los testigos; de ahí que el Art. 1º de las Reformas al Código de Procedimiento Penal, sancionadas en 28 de Agosto de 1923, dice: "El inciso 1º del Art. 1º de la Ley Reformativa de 1919, dirá: "Art.... En cuanto a la prueba testimonial, el Juez tomará cuidadosamente en cuenta las condiciones de idoneidad de los testigos y apreciará el mérito de las declaraciones según las reglas de la sana crítica, sin estar sujeto a condiciones fijas de *número ni calidad*. Apreciará del mismo modo la confesión tomando en cuenta las circunstancias del caso"; sin embargo nuestra opinión personal se adhiere más a la sustentada en el sentido de que se exija por lo menos dos testigos acordes e idóneos, para poder dictar

una sentencia condenatoria, tomando en cuenta la gravedad de sus consecuencias, sobre todo en materia criminal.

Al estudiar la prueba testimonial, se discute también si se puede o no tomar juramento a toda persona; al respecto muchos autores están por la negativa, recordando la máxima que dice: 'nadie puede jurar en favor de sí o de los suyos'; de lo que se deduce que no pudiendo hacerlo en su beneficio, mucho menos, hay como exigir que juren cuando la exposición del manifestante puede acarrearle responsabilidad, desde luego al tratarse de asuntos criminales; en efecto todas las legislaciones de procedimiento en lo penal han dictado la reglamentación conveniente en virtud de esta máxima; razón por la que, por ejemplo, entre nosotros, no se toma con juramento la declaración indagatoria [V. Art. 67 del Código de "Enjuiciamientos en Materia Criminal"]; porque lo contrario equivaldría a poner al sindicado, del modo más inhumano, ante el terrible dilema de perjurar o declararse culpable.

Sin embargo la máxima expresada no es absoluta, aún en lo criminal; pues, así lo prueba el Art. 66 y el Art. 75 del Cuerpo de leyes citado, de conformidad con los cuales se recibe la declaración instructiva con juramento y se establece que, al tratarse del robo, y faltando las declaraciones de testigos idóneos o domésticos del perjudicado, se justifique con la declaración jurada de éste la preexistencia de lo sustraído; particular que aseguramos: porque no sólo la declaración rendida para comprobar la preexistencia, sino también la instructiva y hasta la confesión, se consideran, por algunos autores, como verdaderos testimonios, aunque de carácter especial.

Habiendo visto, con la rapidez que impone las circunstancias, en que consiste la prueba testimonial y qué requisitos necesita para su validez, debemos agregar que hoy está, y con razón, muy desacreditada dicha prueba, porque las costumbres se hallan desmoralizadas; de ahí que se han dado casos en que hemos constatado que hay verdaderos jureros de oficio y que Loysel no

se equivocó al afirmar que es: "Loco el que se mete en informaciones, porque quien más remunera mejor prueba". Y por esto, sabiamente, nuestra ley, en el Art. 51 del Código de Enjuiciamientos en materia Criminal", dice: "Las declaraciones de los testigos constituyen la prueba testimonial.—Para que esta prueba sea plena se requiere que haya cuerpo del delito y por lo menos dos testigos presenciales, libres de tacha y conformes, en cuanto a la persona, al hecho, al tiempo y al lugar".

## PRUEBA INSTRUMENTAL

La prueba instrumental, considerada como una de las pruebas directas está constituida por los documentos públicos y privados. Los instrumentos públicos hacen plena prueba, porque se presume su autenticidad, en virtud del carácter autorizado del funcionario que ha intervenido en ellos. Los documentos privados, a diferencia de los públicos, no prueban como éstos; pues, no se presume su autenticidad por no intervenir en su celebración un funcionario competente, sin embargo, de conformidad con nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, dichos documentos, es decir, los privados, hacen plena prueba si han sido reconocidos antes de iniciarse el juicio criminal.

A veces la prueba real no es sino una expresión especial de la prueba personal, o sea, un "testimonio realizado en forma real".

Entre los varios documentos que sirven de prueba instrumental, tenemos los que acreditan las actuaciones de funcionarios públicos, tales como las diligencias o autos del juicio referentes a la inspección judicial de las cosas, y testimonios de las personas; los documentos constitutivos de una o varias circunstancias del hecho o hechos en que consisten las infracciones y los que demuestran una o más circunstancias del delito. Advirtiéndose que, al tratarse de la prueba instrumental, además de su autenticidad, hay que inquirir la verdad o falsedad de su contenido, lo cual es indispensable sobre todo respecto de los instrumentos privados cuya

veracidad tiene que ser demostrada mediante la prueba directa testifical, y a falta de ésta, por indirectas, ya sean personales o reales; porque hay ocasiones en que las pruebas reales pueden ser también indirectas.

En los delitos de imprenta, la acción material, o elemento objetivo, del hecho delictuoso, consiste precisamente en el mismo impreso en el que permanece la materia de la infracción, y una vez conocido su autor, aunque se supone que se halla probada la delincuencia, se necesita constatar si la persona o personas que aparecen como firmantes del impreso en referencia, son sus verdaderos autores; porque no hay imposibilidad de que se trate de una impostura verificada, por ejemplo, valiéndose de otra infracción, como sería la de falsificar una firma de responsabilidad.

En resumen, "un documento prueba las cosas a que se refiere cuando no se suscita duda sobre su autenticidad", ya que, en el caso contrario, se necesita desvirtuar esa duda, mediante declaraciones testimoniales, informe de peritos calígrafos, confesión del supuesto autor del documento, en el sentido de que efectivamente es obra suya, etc.

Muchos documentos constituyen el contenido criminal, como sucede al tratarse de una carta amorosa, en los casos de adulterio o incesto; los impresos en los delitos de imprenta; el título falsificado en la falsificación y así varios otros, que la naturaleza limitada de este estudio, no permite enumerarlos.

Por último, según Bonnier, se cuentan entre las pruebas preconstituidas las actas auténticas de juzgamiento verificadas por las autoridades de policía; actas que antes se llamaban procesos verbales y que constituyen un principio de prueba por escrito, a las que indudablemente se refiere nuestro Código de Enjuiciamientos en Materia Criminal, cuando dice: "documentos públicos", ya que estas actas, siendo autorizadas por el funcionario respectivo, tienen el carácter de los documentos mencionados, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

## PRUEBAS REALES

Aunque generalmente se tiene por prueba real la relativa a hechos o cosas materiales permanentes (cuerpo del delito) siempre que sean comprobadas personalmente por el Juez, no obstante muchos autores dan mayor anplitud a este concepto y aseguran que debe entenderse por prueba real todo lo que consta al juez o a los testigos por percepción de sus propios sentidos y nó por referencia de otros; de ahí que, según Pedro Ellero, la prueba real es la "surgida de la inspección; esto es de un modo inmediato de un hecho (aunque sea verbal) ocurrido o de una cosa existente, a diferencia de la personal o bien testifical, que resulta o proviene de la audición en virtud de una referencia o narración que en sí mismo y como tal no constituye la circunstancia inmediatamente considerada".

Entre nosotros el cuerpo del delito que, según el Código de Procedimiento, se conoce con el nombre de prueba material, los vestigios que deja la infracción y los instrumentos con que se ha cometido, constituyen las pruebas reales, siendo, entre éstas, la principal el cuerpo del delito, respecto del cual no se hallan de acuerdo los comentadores, de modo que hay tres conceptos que son: 1º el delito en general, o sea el hecho objetivo ya permanente o transitorio; 2º el efecto material, es decir el resultado del acto o hecho objetivo, pero permanente; y 3º la huella real dejada por la infracción. Como se observa fácilmente en la primera opinión se prescinde del delincuente, en la segunda se dá preferencia a la acción material y en la tercera se mira a los restos reveladores de la infracción perpetrada; de ahí que, al tratarse de un homicidio, por ejemplo, el cuerpo del delito sería, de conformidad con las opiniones citadas y respectivamente, primero el homicidio, segundo una muerte, y tercero el arma. Nuestra ley no se adhiere a ninguna de estas opiniones, sino que exige la concurrencia de todos tres elementos cada uno de los cuales, según los diferentes comentadores, constituye aisladamente el cuerpo del delito que es considerado por

cia del hecho punible, al menos, porque en élla se citan testigos que, de otro modo, no hubieran sido tenidos como tales, o se determinan circunstancias que, por su naturaleza, sobre todo al tratarse de los elementos morales del hecho delictuoso, sirven de auxiliar importante e innegable, para que el juez adquiera la certidumbre necesaria, respecto de la infracción, su autor y la responsabilidad del mismo.

Tratándose de si la confesión del reo es o no suficiente prueba en materia criminal, podemos decir: que, a diferencia de lo que ocurre en lo civil, puesto que allí la confesión de parte termina el juicio, porque, dada la naturaleza de los contratos y obligaciones, es posible la transacción, el renunciamiento y muchos otros arreglos consensuales, en lo penal, la confesión del sindicado no constituye prueba plena si no se ha rendido ante el juez de la causa o su comisionado, de manera libre y espontánea y siempre que se haya comprobado el cuerpo del delito; expresando que esto se ha establecido por cuanto la confesión puede obedecer a despecho, pasión, miedo, presión, atolondramiento, etc., del confesante; de ahí que se concede al reo, en lo criminal, el derecho de alegar en contra de su confesión; entendido que en la antigüedad, así entre los judíos, como entre los romanos y otros pueblos, la confesión del reo se tenía como suficiente prueba, para condenar hasta al último suplicio. Por consiguiente, sostenemos que la declaración del sindicado, bien puede tenerse como un testimonio especial que requiere para su justa apreciación que el juez proceda con mucha prudencia ya que, aún prescindiendo de la coacción moral o física con que, desgraciadamente, muchos jueces rurales o ignorantes, suelen arrancar confesiones a los sindicados, hay que tener presente que varios individuos se han declarado autores de crímenes no cometidos sólo por vanidad, mientras que otros, sobre todo en Europa, hacen lo mismo, o sea se declaran culpables, y, de preferencia en ciertas estaciones del año, para pasar el invierno o el rigor de una estación o temporada difícil al abrigo de una cárcel; particular que ya fue obser-



vado por Lombroso y que le hizo decir: "las cárceles, en las asperezas de la vida, son un Nirvana en donde se engorda y constituye el ideal de la gran masa de inconscientes y vagos".

## BREVE ENUMERACION DE OTRA CLASE DE PRUEBAS

Hay jurisconsultos que, además de la división de las pruebas que hemos mencionado, establecen otras llamándolas perfectas, y aunque se ha dicho que parece un pleonasma llamar a una prueba perfecta, porque toda prueba para tener el carácter de tal, debe indudablemente, ser más o menos perfecta, sin embargo se emplea esta designación, para expresar la mayor o menor validez de las mismas, y por eso se ha dado en llamar perfectas a las pruebas que demuestran el hecho de una manera plena, o sea a las que provocan la certeza judicial, en vista de existir una verdadera relación de necesidad entre la circunstancia probatoria y el hecho probado; razón por la que se afirma que prueba perfecta plena o completa es aquella que, según el modo común de juzgar, suministra a todos la certeza, como sucede con el nacimiento que supone, según el común juzgar, la concepción previa.

Ahora como, en materia criminal, las circunstancias que acompañan al hecho punible, son tan importantes que puede decirse que constituyen la infracción misma, pues, la presencia de algunas convierten un aparente delito en otro distinto, resulta que las pruebas que, en un caso concreto, son perfectas, pueden no serlo en otros; no obstante los jurisperitos catalogan entre las pruebas perfectas las testimoniales y la confesión del reo, por supuesto, cuando se han rendido de conformidad con las solemnidades legales.

## PRUEBAS IMPERFECTAS

Respecto de las pruebas imperfectas, se dice, y con justicia, que esta denominación es contradictoria, por-



que la idea de lo probado repele a la de imperfección, pero también, para facilitar el estudio y graduar la eficacia de las pruebas o su fuerza convincente, el uso ha consagrado esta designación; y así se denomina imperfecta a la prueba incapaz de producir la certeza judicial, por cuanto entre la circunstancia probatoria y el hecho que debe ser probado no existe esa relación de necesidad que se encuentra al tratarse de las pruebas perfectas por esto se define a la prueba imperfecta diciendo que es "aquella parte de prueba que unida a otras partes semejantes de prueba componen una prueba perfecta". Se debe advertir además que, en la práctica, se tiene como imperfecta a la prueba que no demuestra íntegramente la existencia del hecho punible, dada la complejidad del mismo, de modo que se confunde, a veces, con la semiplena que justifica perfectamente algunas de las circunstancias del delito, mas no todas; pero esto no es exacto, porque, en este sentido, toda prueba resulta ser imperfecta. Precisa expresar, igualmente, que las pruebas perfectas que, por sí mismas, tienen el carácter de tales y, por consiguiente, no necesitan el concurso de otras, se llaman simples; y las imperfectas que, para llegar a ser perfectas, tienen que juntarse o auxiliarse entre sí, se llaman compuestas. Del mismo modo, las pruebas, ya sean perfectas o imperfectas, presentadas ante el juez como efecto inmediato de la realización de un hecho criminoso, por ejemplo la declaración de un testigo presencial, se llaman inmediatas y las que no proceden inmediatamente de la existencia del hecho que se indaga, sino de una circunstancia con él relacionada, como sucede al tratarse del testigo, del testigo es decir de exposiciones de referencia, se denominan mediatas o derivadas, a diferencia de las anteriores; esto es, de las inmediatas u originales.

Las pruebas perfectas se dividen también en formales y esenciales, las primeras son las que no tienen un nexo íntimo con el delito que se averigua o se fundan en un indicio prenatal o ficticio; de ahí que se tienen como formales las empleadas en la antigüedad (v. g. los juicios de Dios, la purgación canónica, etc.;

en suma las formales equivalen a las negativas de Montesquie, son pruebas "mudas", y respecto a la legitimidad de ellas, ésta ya fue probada por Mitermaier, en su obra "Tratado de las pruebas en Materia Criminal". Actualmente las pruebas formales se consideran ineficaces, en lo penal; pruebas esenciales son las que tienen un nexo lógico con el hecho controvertido, porque se fundan en un indicio natural y no ficticio como las formales; siendo por esto que entre las pruebas esenciales se menciona la confesión del reo, considerándola nó cual mero testimonio o revelación del delito, sino como una resignación respecto de la culpa, o, de acuerdo con el decir de los tratadistas, como un desistimiento, un darse por vencido, o una "admisión de la acusación".

### PRUEBAS NEGATIVAS

Pruebas negativas son las que no se refieren al delito o a un hecho cualquiera directamente relacionado con él, sino a circunstancias que, al parecer, no tienen ninguna vinculación con aquel; pero que sin embargo sirven para justificar su imposibilidad, por manera que las pruebas negativas son las que se usan preferentemente para el "descargo", ya que se emplean de un modo especial en lo que se conoce, en la práctica, con el nombre de coartadas, como cuando se demuestra la irresponsabilidad del sindicado, probando que éste no pudo cometer la infracción que se le imputa, porque el día y hora que se asegura haberse perpetrado se hallaba a gran distancia del lugar del suceso. Decimos que las pruebas negativas se emplean preferentemente para el descargo, porque, en determinados casos, pueden utilizarse también para la inculpación o acusación.

### PRUEBAS POSITIVAS

Pruebas positivas son las que se refieren, nos permitiremos decir, rectilíneamente al delito o a algunas de sus circunstancias constitutivas, de lo que se dedu-

ce que son directas, a diferencia de las negativas que son indirectas, pues, se afirma que contemplan el hecho punible de un modo oblicuo; según lo expuesto, acabamos de ver que sí hay pruebas negativas y en qué consisten éstas, no obstante, repetidas veces, hemos oído, con verdadera grima, que ciertos abogados sostienen que es absurdo aceptar e imposible imaginarse siquiera la existencia de pruebas negativas.

## PRUEBAS EXTERNAS

Pruebas externas, dicen los comentaristas, son: las que se refieren a las circunstancias indicadoras del delito, e internas las que se relacionan con las indicadas; ahora bien, las pruebas internas se dividen, a su vez, en pruebas de inculpación o de cargo y en las de descargo, según concurren a demostrar, la existencia de la infracción y la responsabilidad de su autor, o la inexistencia de aquella y la inculpabilidad de éste; expresando que las pruebas internas y de cargo se subdividen en objetivas y subjetivas intencionales y de ejecución, principales y accesorias; son objetivas las que se refieren al hecho criminoso perpetrado, con prescindencia de su autor; subjetivas las que dicen relación al autor, prescindiendo del hecho, a estas pruebas, los prácticos, desde luego impropriamente, suelen también llamar genéricas y específicas respectivamente, entendido que esto ocurre al tratarse de las dos últimas pruebas de que nos ocupamos, es decir, de las objetivas y subjetivas; prueba intencional es la que mira al propósito de efectuar el delito, o sea el elemento moral del mismo, de modo que la única prueba directa de esta naturaleza es la confesión del reo, pero como ésta es rara, se recurre a la prueba indirecta constituida por las presunciones e indicios; la prueba de ejecución, difiere de la precedente por referirse al elemento material del delito y, por tanto, a esta clase pertenecen las pruebas reales; finalmente, como en el juicio criminal no sólo se prueba el hecho delictuoso sino también otros hechos relacionados con él, los cuales nos dan a conocer su

existencia, resulta que al primero se considera como principal y a los demás como colaterales, y de aquí surge la distinción entre pruebas principales y accesorias, llamándose principales a las que constituyen el objeto y el fin de la justicia y accesorias a las referentes a un hecho colateral.

## DE LAS PRESUNCIONES

En virtud de que el delito es un hecho complejo, no siempre tiene el juez prueba expresa, directa y completa respecto de los elementos constitutivos de la infracción, de ahí la necesidad de recurrir a las sospechas del magistrado, relativas a la existencia del hecho punible y originadas por la de otro u otros hechos [indicios] que tienen conexión con aquel. En efecto se llama presunción la consecuencia que saca la ley o el magistrado de un hecho conocido, para inquirir la verdad de un hecho desconocido o incierto, de conformidad con esta definición se comprende que hay dos clases de presunciones, la legal, es decir, la que reconoce y determina la ley y la presunción del juez, llamada también de hombre, las cuales no deben confundirse con las presunciones de derecho, cuya característica es la de no admitir prueba en contrario, a diferencia de las dos anteriores que pueden desvirtuarse si se demuestra su falsedad o inverosimilitud; ahora bien, de estas presunciones la que se estudia preferentemente, en materia criminal, es la segunda de las mencionadas, o sea, la presunción de hombre, denominada así por referirse al sentido común, puesto que la prueba conjetural que reconoce nuestra legislación penal y muchas otras está constituida por las presunciones judiciales, desde luego, siempre que reúnan los requisitos correspondientes, porque de otro modo no pueden servir de fundamento para sentencia; estos requisitos consisten en que las presunciones sean graves, precisas y concordantes; graves para que el hecho conocido en que estriba la presunción, haga suponer, de un modo necesario, el hecho desconocido; precisas, porque no deben

ser equívocas ni referirse a varias circunstancias y concordantes, porque en lugar de destruirse entre ellas deben converger hacia un mismo punto, a fin de que el magistrado llegue al convencimiento de la verdad que inquiriere.

Muchos criminalistas opinan que no se debe condenar por simples presunciones, pero esto obedece, seguramente, a que no han observado que, antes en lo criminal, todo o casi todo se reduce a presunciones; pensamos que se nos dirá: ¿Qué presunción puede existir en un fallo en que se condena al reo en virtud de varias declaraciones de testigos idóneos, acordes y libres de tacha? Pues, si la hay, y para demostrarlo, basta fijarnos en que, al apreciar dichas declaraciones, el magistrado tuvo, por lo menos, que presumir la veracidad de los declarantes; por otra parte, hasta el fallo mismo no viene a ser sino una presunción favorable o desfavorable del juez respecto del sindicado, o, lo que es igual, una presunción grave, precisa y concordante acerca del delito, de la persona que lo ha cometido y de su responsabilidad; presunción que se establece en mérito de los datos constantes en el proceso y de acuerdo con los que se declara si existe o nó el hecho punible y la culpabilidad o inculpabilidad del indiciado que es lo esencial en toda sentencia de esta naturaleza.

Para corroborar lo expuesto, en el sentido de que las presunciones son suficientes para dictar un fallo condenatorio, recordemos que Escriche, al tratar de este asunto, manifiesta que no debe condenarse al reo por presunciones que dan lugar a duda en cuanto a la veracidad del hecho, pero que sí puede hacerse en el caso contrario. Particular que conceptuamos indispensable, pues, aún en el supuesto de que el juez presencie la perpetración del delito, no por eso puede prescindir del medio de certeza denominado presunción, ya que podrá tener certeza física respecto del hecho material, sus huellas, los instrumentos con que se ejecutó, etc. (cuerpo del delito); pero para sentenciar necesita además inquirir la causa o móvil que impulsó a come

ter el hecho, la capacidad del delincuente para efectuarlo y si hubo o nó intención de consumarlo o producirlo, es decir, las circunstancias antecedentes, concomitantes, muchas de la que podía no haber percibido personalmente el juez, y las consiguientes al hecho delictuoso, para lo cual tiene, seguramente, que recurrir a las presunciones.

Por último, es tan cierto que el juez se ve precisado, muchas veces, a condenar al reo, apreciando las presunciones, que la ley misma ha tenido que facultarle para que lo haga, como sucede entre nosotros en virtud de la reforma del Artículo 51 del Código de "Enjuiciamientos en Materia Criminal", verificada por el Artículo 1º de la Ley Reformatoria de 1919 que dice: "y apreciaá el mérito de las declaraciones según las reglas de la sana crítica". Verdad que esta disposición se presta a muchos abusos, pero confirma nuestro aserto referente a que los fallos se fundan en presunciones.

Para concluir lo relacionado con la prueba conjatural, creemos oportuno diferenciar las presunciones y el indicio que, desgraciadamente, muchos confunden, dándoles idéntica amplitud o significado, cuando, en realidad de verdad, la presunción es la circunstancia probabilísima tenida como cierta por el juez, respecto de tal o cual hecho, por consiguiente, no debe ni puede confundirse el indicio con la presunción ya que ésta, en nuestro concepto, consiste en la sospecha que tiene el juez, como resultado de un acto mental o de una inferencia, en virtud de la que admite la existencia de un hecho desconocido, y por lo mismo no probado, fundándose en otros conocidos, los cuales, por tanto, tienen que ser previamente probados o hallarse fuera de duda y se llaman indicios; razón por la que, creemos que, los indicios sirven de base para que surgan las presunciones, por manera que, aunque no hay una verdadera relación de causalidad entre el indicio y la presunción, pero a fin de formarnos un concepto exacto de estas dos entidades, nos permitimos decir que el indicio viene a ser algo así como la causa de la presunción y ésta, en consecuencia, un efecto de aquel;

de manera que insistimos en que la presunción es una circunstancia probabilísima que se tiene por cierta y por eso no necesita probarse, sino que de hecho se considera probada y para desvirtuarla se requiere prueba en contrario, si es que dicha presunción no es de derecho, mientras que todo indicio tiene que ser probado o hallarse fuera de duda, como dijimos antes.

## INDICIO DEL MOVIL PARA DELINQUIR

Es indubitable que los móviles de las acciones humanas son múltiples; pero, sin embargo, al tratarse de las intracciones, hay quienes los clasifican en dos grandes grupos, llamándolos: internos y externos, según que impulse a la ejecución del delito, el afecto mismo del ánimo, o un suceso o accidente cualquiera.

En consecuencia, se deduce que, siempre se debe inquirir el móvil de la acción punible, pues, aunque muchas de éstas aparentan no tenerlo, es innegable que sí lo tienen, ya que hasta los crímenes más horrosos cuyo móvil no se alcanza a comprender por de pronto, obedecen a una aberración que puede ser de distinta naturaleza, y con frecuencia, como en el perpetrado por Antonio Leger, al deseo de experimentar la voluptuosidad que provoca, en muchos anormales, la tortura de la víctima o los estertores agónicos precursores de su postrer gemido.

## INDICIO DE LA CAPACIDAD PARA DELINQUIR

El indicio de la oportunidad para delinquir, consiste en la condición especial del acusado, ya por sus cualidades o defectos, ya por sus relaciones con las cosas, o el conocimiento de las circunstancias reales que vuelven más o menos fácil o difícil la perpetración del delito, de modo que antes que a la capacidad intelectual de la persona, se refiere a la relación que ésta tiene con las cosas.

Este indicio, lo mismo que el precedente, o sea, el del móvil para delinquir, es además condición del



delito, por manera que no puede prescindirse de él, y, por consiguiente, es necesario probarlo o presumirlo y, como todos los otros, puede ser más o menos fuerte y hasta indicio necesario de culpabilidad; por ejemplo cuando, al no haber más que dos personas en un aposento, una de ellas resulta victimada y se imputa la muerte a la superviviente, por estar probado que no se trata de un suicidio y que no ha entrado en dicho lugar ninguna otra persona.

La fuerza convincente de este indicio se funda en que no todos pueden cometer cualquier delito, por falta de oportunidad para delinquir; en efecto hay infracciones que pueden efectuarlas únicamente determinadas personas; de ahí que, al tratarse, supongamos de una falsificación de monedas, quien tiene oportunidad para realizarla sería, indudablemente, un grabador; y, en este caso, el indicio surge de la relación que el sindicado tiene, por razón de su oficio, con el hecho cometido.

### INDICIO DE LAS HUELLAS MATERIALES DEL DELITO

Este indicio, a diferencia de los anteriores, se refiere al delito como acto, es decir, una vez consumado; y nó al delito en potencia, como los otros indicios; pues, se trata de las señales reveladoras de la infracción que se manifiestan en su autor, en terceros, o en las cosas, por tanto, mientras los indicios de que hemos hablado anteriormente, sirven de causa para inducir el efecto, éste hace de efecto del cual se infiere la causa, puesto que existe íntima concatenación entre la causa y el efecto, si bien es verdad que un mismo indicio, considerado objetivamente, puede ser causa y efecto a la vez; y esto, aun cuando parece paradójico, realmente, no lo es; porque, de acuerdo con la ley de causalidad, un efecto es causa de otro efecto.

De modo que el indicio de las huellas materiales del delito consiste, podemos decir, en los rastros dejados por el hecho delictuoso, sea cual fuere su naturaleza, en las personas o cosas, tales como el cadáver,



que es ya cosa, monedas o documentos falsificados, impresos ofensivos, etc., según la infracción de que se trate; rastros o huellas de cuya existencia conocida induce, el juez, hechos desconocidos.

### DEL INDICIO DE LAS MANIFESTACIONES ANTERIORES AL DELITO

No hay duda que todo acto tiene antecedentes y consecuencias; ahora bien, al tratarse del hecho punible, y no habiendo prueba más perfecta, se apela para constatar su existencia y la responsabilidad del autor, a las circunstancias precedentes y consiguientes del hecho en cuestión, de las que las primeras son: directas o indirectas y las últimas verbales o reales; expresando que como manifestaciones anteriores a la infracción, se mira, sobre todo, la promesa u oferta de cometerla, la cual debe considerarse, según los comentaristas, como confesión anticipada o previa del hecho que se procura sancionar. Ahora, así como esta circunstancia, hay muchas otras que, habiéndose suscitado antes del crimen, y, no obstante aparecer indiferentes, sin embargo, tienen verdadera conexión con él. De ahí la absoluta necesidad de que el juez sea lo suficientemente listo e ilustrado, para que no desprecie ciertos detalles que, aunque se presentan sin importancia manifiesta, a primera vista, son, si nó decisivos, muy elocuentes.

### DEL INDICIO DE LAS MANIFESTACIONES POSTERIORES AL DELITO

Finalmente, entiéndese por manifestaciones posteriores al delito las circunstancias que, como su designación indica, han acaecido después de efectuado el hecho criminoso y cuya existencia es capaz de hacer que el juez infiera la de otra u otras que están directamente relacionadas con la infracción que se pesquisa; advirtiéndose que estas circunstancias tienen mayor eficacia probatoria, o, por lo menos, conjetural, que las que precedieron al hecho punible; y que entre ellas se encuentran

la confesión, la supresión de los vestigios dejados por el crimen o la destrucción del cuerpo del delito, la transacción que se ha pretendido celebrar con el ofendido o perjudicado, el soborno; y muchas otras, llamadas, por los autores, sub-indicios, tales como la fuga del sindicado, la ocultación del mismo, denominada, por los pragmáticos, latitanza, el cambio rápido o intempestivo de situación económica, el viaje repentino, la satisfacción dada por el presunto reo, la inquietud, la tristeza, el remordimiento, el aisiamiento y muchísimas otras que no las enumeramos por temor de prolongar demasiado este trabajo.

En cuanto a la confesión que es, evidentemente, la principal de dichas manifestaciones, en materia criminal, se la considera bajo dos aspectos: el interno y el externo y bajo este último aspecto se la tiene como indicio y se la da valor de tal, pero sólo cuando reúne los requisitos indispensables para la validez de la exposición testimonial, desde luego, en lo posible; pues, aunque no siempre es fácil que el responsable, y menos aún el inocente, se declare reo, no obstante tiene lugar, a veces, dicha declaración, ya sea por jactancia, temor, interés personal mal entendido y hasta por evitar la condena de otro con quien se tiene un nexo íntimo de parentesco, como cuando el padre se resigna a sufrir una condena para salvar al hijo, o viceversa.

Si bien, como acabamos de ver, las manifestaciones posteriores al delito son innumerables, sin embargo, se asegura que todas ellas tienen que ser expresas o explícitas e implícitas o tácitas, de las que estas últimas necesitan inferirse de los actos o dichos correspondientes.

Por lo que se refiere a la exposición falsa, resulta que ésta se considera también como indicio de culpabilidad, tomando en cuenta el principio que dice: "nadie se aparta de la verdad, a no ser por un interés contrario y suficiente"; en cuanto al silencio que, en lo civil, equivale a confesión, porque es lícito el voluntario desistimiento, aún cuando se esté en lo justo, en lo criminal, no tiene dicho valor, sino cuando existen otros

indicios que vuelven al silencio sospechoso y hasta convincente.

La fuga se reputa, así mismo, como indicio de culpabilidad, porque se sostiene que, sólo al temer el peligro, se procura ir precipitadamente al lugar en donde se cree estar seguro; pero lo que se afirma de este indicio y todo cuanto se dice de los demás, sobre todo respecto de los sub-indicios, no es, ni puede ser absoluto, en virtud de que existen múltiples causas que pueden dar por resultado los mismos efectos.

# DISCURSO

Del Mantenedor de la Fiesta de la Lira en 1932.

## I

Hace tiempo leí, en libro de un pensador argentino, un ensayo de crítica fundado en la experiencia histórica de las culturas americanas que impresionó mi espíritu, agitó mi fantasía e hizome soñar en amables y bellas teogonías.

Hay en los diversos lugares de la tierra -dice este escritor- misteriosas influencias espirituales, como de númenes invisibles, cuya presencia mística suele hacerse más perceptible en ciertos sitios: grutas, selvas, fuentes, - al menos para intuición de algunas almas excepcionales. Esto es lo que llamaron *genius loci* los antiguos; genio de los lugares, representado a veces por el totem en los pueblos primitivos, más agudos que los civilizados en la visión de lo oculto de la naturaleza. Esa influencia espiritual de los *dioses* crea la unidad emocional de una raza, la continuidad histórica de una tradición, el tipo social de una cultura.

El numen tutelar de Cuenca no puede ser otro que la poesía: su influjo está manifiesto en la unidad emocional de nuestro pueblo: emociones estético-religiosas; en la continuidad histórica de una tradición: tradición político-religiosa, y en el tipo social de nuestra cultura: cultura intelectual y artística a la vez.

Nuestro medio es propicio al sentimiento de la poesía. Un estudio histórico sociológico de la literatura azuaya comenzaría por su exposición, pero mi objeto

es distinto y apenas tocaré las causas genéticas y metafísicas que influyen en el medio, haciéndolo apto para el arte y para que a su vez influya en los que habitan dentro de su zona de acción.

El *genius loci* debe estar simbolizado en este caso por el árbol de capulí, árbol de los cuencanos, sin ser exclusivamente de Cuenca. El poeta incógnito que se llama pueblo ha hecho del capulí tema y motivo de coplas sentimentales preciosas. Observemos que el capulí ha sido cantado por poetas de Cuenca de todas las épocas: Honorato Vázquez y Remigio Tamariz Crespo le han dedicado bellas composiciones; Remigio Romero y Cordero habla con cariñosa simpatía de las *capulicedas* de Surampalti, y el gran artista Em. Honorato Vázquez, hizo de este árbol elemento principal de un blasón que lo llamamos de la Arcadia de los Andes y lo adoptamos como símbolo de la Fiesta de la Lira, porque su espíritu armoniza con el espíritu de ella.

Largo sería el recuento de hechos que hablan del cariño que en Azuay se tiene a este árbol. Nadie, antes de ahora, ha encontrado en esta planta la encarnación y símbolo de la poesía.

Este árbol atrajo las miradas del fundador de Cuenca y el *genius loci* encarnado en él, quizás también en nuestros ríos y jardines o en la maravilla de nuestras colinas y montañas, hizo que la espada de Ramírez Dávalos trazara sin vacilaciones, los puntos cardinales de la nueva Cuenca. Semilla de pueblos del Nuevo Mundo fué la primera piedra de la iglesia bendecida por el misionero católico; desde ese mismo momento sabíase ya por dónde debería crecer y extenderse la futura población.

El español Don Gil Ramírez Dávalos sintió el influjo de esa divinidad tutelar que habita en los bosques y jardines de Cuenca, en las orillas de nuestros ríos, en los recuestos de nuestras colinas, en ubicación panteística, reveladora de una divinidad superior de la cual depende todo orden, armonía y equilibrio. Aquel numen hizo que se avecinen y aquerencien, llenos de

optimismo, los primeros habitantes de esta ciudad, e inspiró para que fuesen cubiertas de flores las cercas que dividen las parcelas de los buenos vecinos y hermanos.

Éspfritu cordial y dulce el de aquellos antepasados nuestros; podemos todavía encontrarlo en los nombres que se registran hasta hoy en muchos lugares. Ellos nos hablan de las virtudes hogareñas, de las costumbres sencillas de nuestros abuelos, y de la poesía que era como brisa que oreaba los primitivos instintos de encomenderos y conquistadores.

Cuenca, ciudad de la paz, Arcadia de los Andes, ciudad universitaria como también se la nombra, es, ante todo, Ciudad de la Poesía. Su clima es suave y caricioso; sus campos, fecundos y soleados, sus paisajes, bellos y tranquilos; sus cielos y crepúsculos casi inverosímiles, tanto son bellos. Puestos sobre terrazas vemos ese primor, esa variedad de colores en el paisaje que, bañado de espuma y humedecido por cuatro ríos, circuye amorosamente a la ciudad; vemos esa gracia, esa suavidad de líneas, de ondulaciones, de senos, de curvas de formas casi femeninas de la naturaleza, que en representaciones orogénicas, enmarca y circuye a la ciudad y jardines aledaños. Por el suroeste las colinas se inician suavemente con terrenos de coloración crema, a trechos gris, rubial o blanca; la vegetación en ella es nula, y sólo aquí y allá, en pequeñas oquedades y senos, la tierra de labor mantiene huertas y sementeras mínimas. A continuación y conforme van curvándose en dirección al sur, se las ve revestirse de árboles y plantas; se multiplican las propiedades señalándose por casitas humildes de evocación arcádica; en la cima misma de la colina, como desafío a los huracanes, como ingenuo alarde de fecundidad bravia, pequeños bosques de eucaliptos perfilan sus ramas en el eterno azul del horizonte. Atravesando el Tarqui y puestos en línea con el curso del Yanuncay y el Tomemamba, el paisaje varía notablemente, las montañas se alejan cada vez más y aparecen azules y altas, imostrando pajonales y cambroneras que se doran de tarde con la luz del véspero. Más adelante y siguiendo el cerco de co-

linas a manera de fortificaciones ciclópeas que defienden a Cuenca, de los vientos, se mira la colina del Cebollar, más acá la de Culca y por último la vista se pierde en el vasto callejón del norte que tiene fondo de montañas caprichosas, que van elevándose en anfiteatro hasta el Nudo del Azuay.

¿Quién extraña que en esta tierra bella, sobremañera bella, la poesía tenga culto en el corazón de la mujer y los cuencanos sean poetas, sacerdotes o soldados, que todo eso es poesía, porque es heroísmo y belleza?

Mas ¡qué cierto es que los dioses se van, de que la belleza se acaba!... Cuidemos nosotros de que nuestros númenes, nuestros dioses tutelares no se vayan nunca de tierras del Azuay. Fiestas como las que celebramos hoy sirvan para tener propicia a nuestra divinidad tutelar, a la santa, a la hermosa poesía que hace más buenos a los hombres, más buenas y exquisitas a las mujeres, y en general, más buenos, exquisitos y nobles a los pueblos.

Con el mes de Mayo de este año son catorce los Mayos sucesivos que en un día como éste, último Sábado del mes de las flores, y mes de Nuestra Señora la Virgen María, el lirio más bello de las primaveras del mundo y del Cielo, en peregrinación de arte, en romería de belleza, en fuga de prosaísmos consuetudinarios, venimos al campo para la tradicional vendimia del verso, a agruparnos cordiales en torno del divino y armonioso símbolo, en fiesta los sentidos y el espíritu y en fiesta el corazón, conmovidos con las maravillas del arte y la poesía. El verso se hace espíritu en la voluta intocada del madrigal y el espíritu se trueca en verso a fin de magnificarse y expandirse, madrigalizando con las bellas mujeres que empurpuran las manos al aplaudir los versos que por hermosos cogen ellas al vuelo, igual que si fuesen libélulas de oro o mariposas de colores de una floresta de ensueño en un amable mediodía de trópico.

Fiesta de la Lira, fiesta de la Poesía, inventada en hora propicia para entretenimiento y solaz de inteli-



gencias luminosas y corazones ricos de sentimiento; para cátedra y docencia a la manera griega de los maestros y triunfo y afirmación de valores de los jóvenes; de los nuevos que creen aún que el laurel es inmarcesible y sedante del temor del olvido, del dolor de las sombras que nos estrechan ahogándonos en oscuridad desesperante.

La Fiesta de la Lira hace año tras año la talla, talla directa, honda y persuasiva, de la fisonomía cuencana, de la cuencanidad, que diremos con orgullo, por cuanto ella es síntesis de los valores de arte y poesía, de la varonía nuestra y de su corte de virtudes que se llaman valor, sacrificio, abnegación, entusiasmo, idealismo y diez virtudes más que, como el Decálogo promulgado por Moisés, pueden compendiarse en dos: patriotismo y fe: fe en el esfuerzo propio y patriotismo desvelado de ideal, inquieto de porvenir, fanático y apasionado del bien y grandeza nacionales.

Y aquí, señores, cabe una explicación mía, personal y sincera; de no ser yo, por buena ventura que me place, uno de los creadores o fundadores de esta fiesta, habríame excusado de aceptar el honroso cargo de Mantenedor, prefiriendo, como en otros años estarme contento entre el auditorio, escuchando mejor que haciéndome oír, prestando mi atención antes que solicitándola y encareciéndola. Ventajosamente cuento con la indulgencia de maestros, la atención cariñosa de amigos y la curiosidad amable de mujeres.

Hube así de acatar, lleno de gratitud, el título de Mantenedor, con que el Consistorio de la Fiesta quiso honrarme en el presente año; y aquí me tenéis en el desempeño de cargo superior a mis fuerzas, deseoso de hacer con vuestro concurso la décima cuarta Fiesta de la Lira.

Esta Fiesta muestra en mi concepto en forma convincente y única la presencia de la poesía, tal un numen familiar en los jardines de Cuenca.

A la poesía en tierras del Azuay se la ve, se la siente, se la comprende: esplendor suyo la luz que arde en los ojos de las mujeres; gracia suya la sonrisa

femenina, la conversación insinuante y fácil de las niñas; influjo natural de ella el correr plácido de las horas en las fiestas campestres, la fuga al campo en los meses de vacaciones, el amor a la tierra, a la propiedad pequeña convertida en manos inteligentes y carinosas, en huertos y jardines virgilianos.

La novela, el poema color de rosa, vivimos y escribimos en el campo, en la hacienda, en las vacaciones del colegio, cuando éramos ricos de versos y de esperanzas y conocíamos la Vía Láctea y la Cruz del Sur y otras cien constelaciones de tanto ver el cielo, camino azul del ensueño y camino también de la esperanza. En el campo se ama y en el campo se escriben también los mejores poemas, más cerca de la divinidad inspiradora, a la sombra nemorosa de los viejos árboles familiares que se otoñan en Agosto y dejan ver nidos entre las ramas desnudas y entrecruzadas.

Los capulíes centenarios nos muestran cordialidad, esperándonos a la orilla del camino tendida a lo largo una alfombra de hojas secas por donde van nuestros pasos trémulos e inquietos, a la cita primera con el campo, después de los meses de ausencia larga en la ciudad.

¡Qué bien se explican la alegría y la tristeza, la paz y la inquietud, la convalecencia perezosa que se complace en la lentitud de los días y el ansia súbita de retorno, la nostalgia de la ciudad y de sus cosas! Volubilidad, inconstancia, emociones de campo, antinomias; incomprensibles entonces, fáciles, obvias de explicar ahora.

De cada árbol, de cada piedra, de cada regato, la poesía nos habla, sugiere, emplaza. El espíritu, con variadas y múltiples sollicitaciones, vive de emoción y se nutre de inquietud, emoción e inquietud de arte que se traducen en poemas de serenidad, en églogas de paz, en estrofas beatas donde queda aprisionada una parte hermosa de la vida.

En los comentarios, en los lugares lindantes con ellos hay no sé qué de melancólico y triste, el genio tutelar de esos lugares debe ser adusto y grave, y to-

do lo que se siente en esos parajes es en consecuencia pesado y triste. En un jardín, en cambio, sinfonías y armonías nos dan un refugio de beatitud que convida al reposo, a la paz virgiliana arrullada por enjambres de doradas abejas, cuando no es una ansia de amor que nos desvela y vemos azorados el lugar propicio para la cita y contamos en balde con la complicidad y secreto de la arboleda, con la discreción de las cortinas de los sauces y las alfombras de musgo que en vano amortiguarán el ruido de los pasos y por donde habríamos ido cogidos de la mano hasta los jardines mismos de la felicidad.

Emociones diversas nos embargan y esas emociones varias y contradictorias se explican por los genios que guardan esos lugares. En Cuenca, en nuestra tierra muy querida, está todo lo plácido, todo lo bello, todo lo poético. Sus campos inspiran idilios y églogas, el epicismo no tiene lugar en nuestra literatura ni siquiera en la forma fragmentaria del romance. La poesía nace del medio y el nuestro es de inspiración amable y tranquila. La poesía está en nuestros campos, en cada flor, en cada árbol, por eso se la siente y aún se la ve; por eso también no hay monotonía en el paisaje, por frecuente que sea su visión contemplativa. La luz se encarga de hacerle diverso a cada instante, bañándole ya de tintas policromadas y vivas claridades, o ya poniéndole velaturas, degradando los tonos en matices suaves y difundiendo el claro oscuro, enrareciendo la atmósfera o recargándola de materia extraña, de manera que parezca el paisaje como visto a través de neblina sutil o de un fanal opalescente, casi lácteo.

El césped, según haya o no nubes en el espacio, se nos aparece dorado y suave, a modo de terciopelos y brocados antiguos, o bien de sedas espesas que se tienden en paños, para celebrar alguna ritualidad pagana en que intervienen silfos y ninfas enlazados en eurítmicas danzas, admirables de sencillez y de belleza.

Otras veces la pradería sin sol, los céspedes umbríos se dilatan sin ondulaciones dando sensación de frío en el espíritu. Se oye cantar a las ranas y se ve tiri-

tar las gramíneas de tallos débiles y tiernos.

Las lomas ofrecen más variados y maravillosos efectos, ya se presenten en un plano recogido en moles escuetas y sin relieve, ya se dilaten inconmensurables, la vista abarca eminencias o depresiones, salientes y entrantes, el claro-oscuro dice la maravilla de la luz y la luz hace el milagro del infinito, de lo grande: lo que nos parecía pequeño vemoslo grandioso, la vista descubre secretos, la óptica opera juegos de ilusionismo y el paisaje visto mil veces nos parece nuevo y como recién salido de las manos del Divino Hacedor.

¿Qué diremos del paisaje húmedo y gracioso de las orillas, con piedras que asoman a flor de agua, con remansos teñidos de cobalto y cinabrio, de ocre y de sombra, según sea la hora, la fuerza de la corriente o la altura del agua en el albo orillado de juncos y árboles crecidos salvajemente en incontenible fuerza multiplicadora? Las piedras bañadas de espuma se visten de algas y líquenes y se agrietan con el choque dinámico de las olas, que al romperse en pedazos, florde-lisan el abismo, como para hacerlo menos espantable.

En un instante dado, deslumbrada la vista y maravillado el espíritu, vemos una fiesta de carnaval, un corso de flores en que se juega con serpentinas de luz y flores hechas de oro y piedras preciosas; granates y esmeraldas, diamantes y topacios, berilos y crisoberilos, dan su nota característica, fúlgida y armoniosa, al cruzar el espacio y rebotar cinglando del agua en un movimiento incesante de maravilla, entre dos calles de colgaduras de damascos verdes, de pesadas colgaduras brillantes que parecen, aquí y allá, levantar curiosos unos seres fantásticos, imprecisos y raros. De súbito, una nube le esconde al sol y el paisaje torna a la realidad, algunas ramas se mueven al fondo, allá donde las orillas parece que se tocan en una curva del río, se diría que ese momento, ese mismo momento, la procesión fantástica acabara de pasar y se desvaneciera.

Paisajes del Azuay, florestas y jardines de Cuenca, tengo por cierto que están habitadas por dioses llamados a inspirar religiosidad, alegría, optimismo, bondad

en el corazón de los moradores. La poesía puebla nuestros campos y a ella como dioses menores, están sujetos otros y otros, que hacen el encanto y hermosura de esa región, admirada y envidiada de cuantos la conocen. La poesía tiene su reino en nuestros campos, por eso son ellos alegres y fecundos, dóciles y mansos los rebaños, los campesinos buenos y piadosos como los de Barbinson que Millet inmortalizó en sus lienzos del *Angelus*.

Mas, como dije ya, los dioses se van, la belleza se acaba, y Cuenca, sin sus dioses tutelares, no sería lo que es ahora. Está bien por eso la Fiesta de la Lira, la fiesta de la poesía. Mantengamos esta fiesta que es como mantener todo lo bueno, todo lo noble y lo espiritual que poseemos. Después cuando sea ella una tradición centenaria no habrá ya nada ni nadie, que sea capaz de aniquilarla. Pueden pasar los rebaños de Calibán; los mirtos y laureles que plantamos cada año en los jardines de Cuenca no morirán bajo sus pezuñas.

Cuenca, después de una centuria será un bosque tupido de laureles y a su sombra gloriosa jugarán los hijos de nuestros hijos, que serán amantes de la proporción, del equilibrio mental y la belleza pura. Ellos sabrán llevar el volante de un automóvil y manejar una raqueta de tennis, como hacer un poema, o llevar los libros de una explotación de carburos. Tejerán coronas de laurel para los vencedores en los torneos y multiplicarán árboles en las granjas. Conviene para ello que nuestra educación sea integral, cuidemos de la poesía, justifiquemos sus festivales, que ellos sean en verdad de la poesía, y Calibán, ni a título de converso, quiere tener intromisión en esta fiesta para la cual debemos prepararnos siempre con discreta anticipación y presentarnos de acuerdo con las ritualidades más severas. Fiesta de la Poesía, es decir, fiesta de arte, y el arte no es vendimia sin antes haber sembrado viñedos de inspiración que nos den normas para las ritualidades del culto. El arte se cosecha sembrando arte, arte que quiere decir estudio, reflexión, acendramiento.

El Consistorio del gay saber, cada vez más due-

ño de su misión, al hacer cada año la Fiesta de la Lira, haga también la cultura y la educación del país. Tome sobre sí esa cultura más alta que de las universidades, fomenta la difusión del libro, el amor a la lectura, la creación de bibliotecas; trabaje por la expansión de nuevos géneros literarios: el concurso anual sea como la muestra de lo mejor de la cosecha. Para ufanarnos de ella preciso es no contar con la casualidad, sino con el estudio, con la adquisición de nuevos y mayores conocimientos.

Cada vez la Fiesta de la Lira sea la objetivación de impropio trabajo anual, mejores cosechas corresponden a mejores cultivos. El consistorio es y debe ser la institución de cultura más grande del país: ¿por qué no pensar en conferencias culturizantes, en la publicación de un órgano literario propio del Consistorio, aun cuando fuese un boletín anual, en que se haga la crónica de la fiesta y el estudio crítico de los poemas premiados y de los cuentos, las poesías y los discursos de la fiesta. Foméntese el cultivo integral de la buena literatura y hágase una propaganda eficaz ante los Municipios para la creación, tan importante, de premios que otorguen las corporaciones representativas de las ciudades al igual que en España, en la Argentina y otros países de alta cultura. El Municipio de Buenos Aires tiene premios en oro para el ensayo, la novela, el drama, y premios de diez mil y veinte mil nacionales para el dueño del caballo que bata el record de velocidad el día señalado en el calendario del deporte. La civilización es integral, la cultura es también integral, hipódromos y teatros, bibliotecas y estadios, hacen la civilización y la notoriedad de un pueblo.

Utopías dirán muchos, sueños dirán otros; yo, con menos pesimismo y más confianza, digo, esperanzas, bellas esperanzas, que de ser mañana realidad, harán la verdadera cultura y el buen nombre de nuestra ciudad, sobre la cual pesan cognomentos difíciles de llevar, sin que el sarcasmo nos hiera por la espalda, ni ellos nos resulten como una jiba oprobiosa y pesada.

Ciudad de la Paz llaman a nuestra ciudad, y la

crítica mal llamada literaria hunde sus dientes afilados por el rencor, en la obra ajena que debe ser respetada como lo sagrado del hogar y que significa casi siempre esfuerzo, abnegación e idealismo.

La crítica literaria es comprendida por espíritus selectos como modalidad artística, como creación estética, como función constructora y no como destructora como es la pseudo crítica, caricaturesca y grosera que se plasma en denuestos e insultos y en sangrante burla de la obra, y del autor de la obra. Los que sabemos que la crítica es una creación artística, una obra de comprensión y simpatía, una glosa de lo mejor y más bello de un libro y que se critica sólo lo bello, porque la crítica es la vibración sincrónica de dos espíritus, nos dolemos cuando a raíz de la publicación de un libro se dan a luz juicios y conceptos erróneos y apasionados con el pretexto de crítica literaria.

La crítica no es docente, la crítica enseña tanto como lo criticado, ¿qué nos enseña un poema? No se aprende a sentir lo bello: el sentimiento de lo bello es un instinto que se purifica, perfecciona y maravilla con la cultura, pero que no se aprende, porque nadie puede tampoco enseñarnos.

La crítica que juzga el valor de un poema con el código de la gramática en la mano, no es crítico. Su autor será gramático, pero no esteta, y para ser crítico es preciso ser esteta, ser poeta en el mismo grado y en el mismo nivel que el autor a quien se critica.

Arcadia le llaman también a Cuenca, y aquí donde debería haber mucho de égloga, en vez de la zampoña, se oyen quizás con demasiada frecuencia los silbidos de la víbora que se ejercita y entrena en la soledad, para herir, a tiempo, al viajero descuidado.

Atenas, y escasean cada vez más las pláticas que enseñan, noble y desinteresadamente. Nuestros filósofos salen al Pórtico quizás sólo para denostar a los transeúntes. Ciudad Universitaria, y no tenemos una Facultad de Letras que sirva escuela de tolerancia culta, de periodismo civilizado y sensato, con raigambre en el científicismo y la filosofía de la historia.



Utopía ó lo que fuere, sería también de desear que el Consistorio se organice y forme una falange poderosa, capaz de renovar la cultura de la provincia, y sea una entidad respetable que trabaje por el engrandecimiento espiritual del país. La cultura es el desarrollo equilibrado de todas las facultades. Seamos cultos en esta forma. Seamos también generosos: todos podemos dar algo, aun cuando sea sólo la aceptación de un consejo no solicitado y hasta fuera de ocasión.

Han pasado trece años de la primera Fiesta de la Lira, y parece ayer que partíamos al campo los viejos maestros con sus amigos jóvenes, fraternalmente unidos, para hacer fiesta de gay si *lle* en *hermananza* cordial, al amor de los árboles y al amor del sol como en las fiestas de Provenza.

Cuántos bienes han emanado de esta institución de esta fiesta. La literatura regional y la nacional se han enriquecido con piezas antológicas que nacieron de ella. Los maestros han hecho ellos sólo un importante libro de valor didáctico, por lo que tienen sus discursos de historia literaria, de crítica razonada y científica, de literatura comparada y erudita y de lecciones de ética y estética; ética y estética que quería Don Honorato Vázquez que se reflejaran en la vida como en la obra de los escritores.

Los certámenes de la fiesta van despertando la conciencia artística en los iniciados, la conciencia artística que controla la espontaneidad, que regula la producción, cuidando que calidad y cantidad vayan juntos. Los rimadores fáciles no siempre aciertan por falta de esa conciencia artística tan necesaria que estrecha los moldes, que depura y magnifica la obra, haciéndola ganar en calidad lo que se pierde en cantidad, y perder en cantidad no es perder, pues basta muchas veces un madrigal, para vencer el olvido y tener puesto seguro en la memoria de los pueblos, sea siquiera desde las páginas de una antología.

La conciencia artística hace que muchos afiliados a las escuelas modernas, sepan distinguir lo bello que es perdurable de lo raro, banal y caprichoso, que sin

ser bello, trata imponerse sin más que la novedad, la originalidad, sin pensar que original y raro puede ser lo feo y hasta lo monstruoso.

De desear sería que se editasen todas las poesías y discursos de las catorce sesiones de la Fiesta de la Lira. Hay material para cinco volúmenes de interesante y selecta literatura, que haría el prestigio de la fiesta y la daría a conocer en su mejor aspecto en otras partes, desde cuando se quiere darle carácter de fiesta nacional.

Si sabemos conservar renovada la Fiesta de la Lira, élla ha de perfilar nuestra personalidad de pueblo culto, enamorado de lo bello: nuestras características son distinguidas y honrosas, y el ferrocarril con su convoy de progreso y modernidad ha de servir para precisar más el relieve de nuestra psiquis interesante, ya que ella tiene dinamismo de motor en sus alas y fuerza de intuición y luz de experiencia en sus miradas.

Las cualidades de los cuencanos son para estar prontos y en lugares de avanzada, en las conquistas de la inteligencia y la civilización. Nuestro temperamento soñador nos ha hecho ver con anticipación días mejores de nuestra historia regional, haciéndonos vivir no de la conformidad, sino de la esperanza, esperanza que realizándose a diario acendra la confianza y el optimismo en el esfuerzo propio.

Tengo confianza en que el grito triunfal de las máquinas de hierro no ha de auyentar a nuestros genios tutelares que viven de antaño en la paz de la Arcadia. Junto con la poesía hemos soñado con el progreso, y sabemos que el altar de nuestra señora la Poesía puede estar lo mismo en jardines arcádicos, bajo añosas arboledas, como en casas de veinte pisos.

Somos pueblo joven y emprendedor, amamos el arte y no desdeñamos la realidad. Lo mismo podemos hacer saltar en nuestros parques o avenidas un chorro de agua musical en fuentes de mármol, como uno de petróleo en los tanques enormes de las industrias poderosas.

Nuestra personalidad, cuando se defina mejor en

goce y posesión de ferrocarriles, palmo a palmo conquistados pacientemente, tendrá características preciosas que han de ufanarnos con justicia.

En las avenidas que construyan las nuevas generaciones, encinas y robles estarán alineados con mirtos y laureles.

Somos pueblo rico, pero al par que rico pensemos ser volitivos y viriles. Dormimos sobre minas de oro, envidiando el oro de las estrellas distantes. Soñamos con las avenidas marmóreas de la Vía Láctea, y en nuestro suelo hay mármoles y alabastros preciosos, y nuestro subsuelo quizás y casi en su totalidad es de hierro, el mismo hierro de las casas de treinta pisos de la poderosa Yanquilandia.

Nos conviene, cuanto antes mejor, ponernos de pie en actitud vertical de hombres, tenemos modelo en el Discóbolo del Museo del Vaticano, o en el Mercurio de Juan de Bolonia del Museo del Louvre. De pie, prontos para la marcha, el salto, la carrera, el vuelo, todo, menos la actitud estática y enfermiza que no es ensueño ni reconditez interior, sino inercia infecunda y glacial; que no es contemplación estética, sino enervamiento, tristeza y apatía indígenas....

Tenemos minas ricas, minas de oro, de platino, de plata; las medallas de los torneos de arte y el encaje metálico de los Bancos nacionales, deberían ser hechos con el oro de esas minas. Seamos prácticos, integrales, fecundos, sabios y soñadores: pensemos y cantemos; el ensueño y la realidad se unen como los brazos de acero de los puentes del progreso.

Cantemos y meditemos, que hay tiempo para todo y la armonía es el ideal de la estructura estética. Conservemos nuestra idiosincracia, sigamos siendo pueblo de poetas, celebremos fiestas de la lira, mas sea también la Fiesta del Arbol, ella enseña el valor de la riqueza forestal en la biología y economía de los pueblos.

Como dije antes, sembramos robles y plantemos laureles: el roble es la fortaleza, la realidad triunfadora: el progreso material; la poesía, el arte, son el de-

licado laurel de los poetas.

Que nuestras manos no se anquilosen en la apatía, ni queden sólo para aplaudir madrigales. Manos que tañen lirás, manos que pulsan arpas, deben ser también manos que tiendan rieles, que levanten planos, que manejen microscopios, que cojan la esteva en el campo, o sostengan las tiendas sobre el cuello de potros al saltar una valla. Nuestras manos deben saber cómo es áspera la crin de un caballo, delicada y tibia la cabeza de un niño; cómo es duro el mármol que se esculpe, o suave la madera que se talla.

Los poetas no han sido nunca seres parásitos, inactuales en la sociedad, baldíos en el hogar, nocivos en la comunidad social.

Con poco que se conozca la historia sociológica de los pueblos, se verá que los poetas han sido los videntes de las ciencias y las industrias, que han hecho de heraldos de la libertad, de guías en los éxodos oscuros que ha emprendido la humanidad, y cómo el genial Herodoto fue padre y precursor de la Historia. Herodoto, creador de la Historia, fue poeta ameno que hacía historia contando las maravillas de otros pueblos, las peripecias de sus viajes por los mares lejanos que había atravesado, sediento de emociones de arte, deseoso de ver, de admirar cuadros bellos de la naturaleza, curioso de nuevas cosas y de cosas sobre todo de misterio, que el misterio es el alma de la poesía.

Un pueblo sin poetas es como una ciudad sin templos, como un templo sin campanas, como una campana sin musicalidad argentina. Ufanémonos nosotros de nuestros grandes poetas: por ellos antes que por importantes firmas del comercio, es conocida Cuenca en los lugares más distantes del mundo latino.

Una ciudad con poetas, en cambio, es una ciudad con palacios, mármoles, parques y avenidas: hay poetas que son catedrales: Crespo Toral en el Ecuador es una catedral gótica. Su libro GENIOS hace el primor de los vitrales policromados, en donde hasta la luz parece detenerse admirada. Cada soneto es un vitral de suaves y bellos colores que da luz al edificio.

Crespo Toral, poeta y poeta cristiano, puede ser comparado con una catedral estilo renacentista. Hurgad en su producción, deteneos en ella, y sentiréis que vuestro espíritu maravillado y maravillosamente atraviesa naves sonoras en su mismo imponente silencio; admira columnas, frisos y capiteles de preciosos relieves: las LEYENDAS DE ARTE del poeta; se prosterna ante el santuario, en el presbiterio cupular y alto, en el *sanctus sanctorum*, en donde está Dios entre oro y seda y piedras preciosas: riqueza acumulada en largos años de fe, constructora, creadora, grande; allí están lámparas eucarísticas, lámparas votivas que encendió un día la madre del poeta, y que no se han apagado nunca, ni han amenguado su fulgor.....

Alguien, improvisándose Caballero de Armas, debería asignar a nuestros grandes poetas el blasón lírico que les corresponde en derecho.

El escudo de Crespo Toral estaría dividido en dos cuarteles por una línea vertical; en campo de azur, la mitad en el de la derecha llevaría estilizada heráldicamente una catedral renacentista, y en el de la izquierda, en campo de oro, nueve lises de plata, evocarían a las nueve musas que han mantenido vibrante la lira multicolorde del poeta. El cerco de mirtos estaría surmontado por la corona de laureles de oro, que le otendó la Patria agradecida.

Y así para los otros poetas, para Luis Cordero, Honorato Vázquez, Miguel Moreno. El lenguaje del blasón, que es idioma de síntesis, diría brevemente la gloria y el amor que el pueblo les concede a sus vates, y diría también el propio merecimiento de ellos, estilizado en algo que es un símbolo o un emblema de su vida.

Para terminar, hagamos votos para que la Fiesta de la Lira no falte nunca en la tierra de Crespo Toral, de Moreno, Vázquez, Cordero.

Las mujeres hermosas del Azuay sigan dando esplendor y sigan aplaudiendo a sus poetas: ellas son las inspiradoras de la Belleza, la luz que alumbra y la estrella que guía al Belén de la Gloria de los predestinados al triunfo.

la legislación ecuatoriana como la "existencia real o presunta del hecho punible", aunque no siempre es consecuente con este principio o concepto, ya que, a veces, prefiere a la existencia real del hecho o al elemento material u objetivo permanente de la infracción, prescindiendo de la existencia presunta de la misma, o sea del hecho punible.

## PRUEBAS PERSONALES

Como vimos antes, pruebas reales son las que se manifiestan al juez en la inspección, de modo que puede percibir las directamente por sus propios sentidos, mientras que las personales las aprecia por audiencia, resultando que, aunque, en este caso, intervienen también los sentidos del magistrado, pero lo hacen de una manera indirecta respecto de lo que ha visto o sabe la persona a quien oyen; motivo por el cual a estas pruebas, muchos, las llaman orales, advirtiendo que entre ellas están incluidas el testimonio y la confesión del reo conocida, por algunos, como "la revelación del delito por su autor". Debiendo observar que, entre nosotros, no en toda confesión revela el delito su autor, si entendemos por confesión la declaración que rinde el sindicado en la etapa del juicio que se designa plenario.

Ahora bien, por haber estudiado ya, siquiera someramente, lo relativo a la prueba testimonial, nos ocuparemos tan sólo de la confesión que, según varios criminalistas es, en definitiva, una declaración o un testimonio; particular que si nos parece aceptable; mas, hay quienes pretenden que se le dé igual valor que a los demás testimonios, asegurando que no hay diferencia entre el testigo actor y el testigo espectador, acerca de lo cual no estamos de acuerdo, aunque tampoco llegamos al extremo sostenido por Filangieri, referente a que no presta fe alguna la confesión; pues, creemos que, muchas veces, sólo gracias a ella se puede llegar al conocimiento de la verdad, si nó por lo que la confesión misma afirma en cuanto a la existencia del delito o esen-

dad". El Art. 64 del Código Francés, dice: "No hay crimen ni delito cuando el procesado se hallaba en estado de demencia al tiempo de la acción o cuando fue compelido a élla por una fuerza a la cual no pudo resistir". [Cita de Ortolán]

Por las disposiciones que preceden, se comprende que para la escuela clásica, la pena consiste en la privación de un bien por el delito cometido con conocimiento y libertad, porque si faltan estos dos requisitos no hay responsabilidad.

## LA PENA SEGUN LA ESCUELA POSITIVA

La Escuela Positiva, de igual modo que la Clásica, se origina en Italia, en el siglo XIX y con César Lombroso autor del "Hombre delincuente"; estudio, hablando del cual dice Morcelli, "su obra constituye una de las más importantes del siglo XIX, digna de ponerse al lado del Origen de las especies de Carlos Darwin o de la Sociología de Spencer"; y "Es la buena nueva del siglo", según Gámbara. Ahora bien, como esta escuela lo mismo que su antagónica (la clásica) estudia la pena de conformidad con el concepto que ella tiene del delito, veamos primero aunque sea a grandes rasgos que las ideas referentes al delito, delincuente y responsabilidad son profundamente modificadas a causa de los postulados y doctrinas positivistas, puesto que esta escuela sustituye la libertad y la responsabilidad por el determinismo "combate el empirismo medioeval y el apriorismo de la teoría clásica", refuta los principios metafísicos y eternos, considera el acto antisocial [delito para la escuela clásica] no como la violación de las normas del derecho, sino como la transgresión de las limitaciones impuestas por la sociedad al individuo por la lucha, por la existencia" (Ingenieros).—[Criminología, pág. 23]; o "lo que lesiona las condiciones primordiales de la convivencia social", "como afirma Garófalo".—En su obra el delito con fenómeno social pág. 4.<sup>a</sup>—Que estudia de preferencia al delincuente y no al delito, dividiendo la