
CONFERENCIA

Frente al porvenir, siempre con mi tema de la reforma de ciertas leyes, sin perjuicio de espigar al paso en otros campos, hablaremos, como de cosas de casa adentro, de la Ley de PROCEDIMIENTO EN LAS CAUSAS POR CRIMEN; institución nueva y sin historia, a cuyo redor, ambiguo, ha elevado sus murallas el silencio.

I

El hombre no es del presente. El que no piensa sino en el momento actual ha perdido la conciencia de su naturaleza superior, prefiriendo las funciones genéricas a las diferenciales, que son las que nos emancipan de la fraternidad zoológica con las especies inferiores. El hombre, en cuanto hombre, pertenece al porvenir. La esperanza, más que virtud religiosa, es virtud social. Los hombres del porvenir la tienen tan poderosa y magnífica que toma en ellos los abrumadores caracteres de locura. Jesucristo la sublimó, elevándola a la categoría de Virtud Teologal; pero ella existió antes. Los Argonautas yendo en pos del Bellocino, conducidos por Jazón, es su más elocuente símbolo en la antigüedad.

Se ha dicho que la humanidad se halla en un período de retroceso, y es cosa que descorazona al más estoico, tener que dar asentimiento a tan desconsoladora afirmación. Se anuncia una partida de football, un match de box o una función de circo, y no queda bo-
-eto resagado; pero se invita para una conferencia universitaria, en la que se pone la literatura y la cien-

cia al servicio de todo el mundo, libre de pensión de entraña y en una localidad que hace honor a quienes recibe, y el concurso se reduce al pequeño número de afiliados. Nos reunimos en silencio, como los primeros catecúmenos, y privados del entusiasmo que comunica al orador la numerosidad del auditorio, hablamos a boca chica, como los apóstoles en el cenáculo, antes de Pentecostés.

¡Oh Cuenca, ciudad universitaria, metrópoli en no lejano porvenir! ¿en un cuarto apenas de siglo, has roto tus relaciones con la gloria: te has divorciado con la tradición que te valiera el honroso título de Atenas; te has bastardéado en tus sentimientos y has descendido del trono de reina de las letras, al cual te levantaron nuestros mayores? Tu juventud, en cuyas almas está recién amaneciendo el sol ¿qué se te ha hecho que están desiertos los Liceos y Gimnacios, silenciosos y cubiertos de polvo, como estancia infestada de enfermedad contagiosa?

Aquí, en este mismo recinto, se daba cita la belleza para conocer y aplaudir a los que, más tarde, habían de otorgar esa mano perfumada, que supo antes coronarles de gloria y hacerles dignos del tesoro de sus encantos, en torneos que ellas hicieron inmortales. Así se pulimentaban los espíritus, se cultivaban los sentimientos superiores; se depuraba el amor que, cuando no se le pone alas, se arrastra y, como las sierpes, vive de fango, y vigorizada la esperanza, se traducía en un ardiente amor a la gloria y en una fe ilimitada en el porvenir.

Es preciso que reaccionemos; que reanudemos el hilo de la tradición roto intempestivamente por las mesquindades del momento, que no siquiera nos pertenece, y que pasará sin dejar en nuestros labios el perfume del vino generoso del ensueño. Reaccionemos; seamos los hombres del porvenir, no del presente. Despertemos en nuestras almas la dormida virtud de la Esperanza, y elévense nuestros sentimientos como blanca bandada de palomas hacia el sol. No importa la oscuridad, cuando hay un punto luminoso que dirija nuestro vuelo. Para las almas generosas, el porvenir es como la es-

trella de Belén: significa redención.

La humanidad no está compuesta únicamente por la parte masculina: la porción más hermosa de ella es la mujer; y no sólo es la más hermosa, sino también la de mayor preferencia: el alma del niño se modela en su alma. La mujer debe lucir en los asientos de primera fila en estas conferencias. Es preciso que el sol de la ciencia inflame su alma con sus rayos cálidos, sacándola de la plácida frescura de aurora en que, por una respetable tradición, hacemos que vegete. Hebe es la dispensadora del néctar en el Olimpo; en el mundo universitario debe ser élla quien presida los festines de la ciencia.

Impetro del Sr. Rector y del H. Consejo Universitario esta gracia, a la que el bello sexo si no ha perdido también su espiritualidad, responderá agradecido. La mujer cuencana jamás a negado el contingente de su presencia a todo lo que significa arte o ciencia: y es tan atinada y sabia en sus apreciaciones, que jamás aplaude méritos falsos, ni se hace vocera de medianías. El voto de la mujer es puro como el oro que sale del crisol, porque está libre de las emulaciones y mesquindades a que arrastra a los hombres la lucha por la vida.

La presencia de la mujer en los banquetes del pensamiento tiene muchas e inapreciables ventajas. La primera es relativa a la persona del conferencista, quien, por galana cortesía, sabrá tratar los asuntos más escabrosos, dentro de los cánones de la más esquisita cultura, así por los temas preferidos, como por la lucidez del desarrollo, que le llevará a no pensadas luminosidades de detalle, que son todo en materias de extensión universitaria. La segunda mira a la socialización del saber, que como honda luminosa abarque a la humanidad en su conjunto y no sea un privilegio reservado exclusivamente a la parte fuerte, a la parte masculina, como si la mujer no tuviera también derecho al desarrollo de su espíritu. Hasta aquí, las labores de extensión universitaria han sido unilaterales y desintegradas. La tercera de las ventajas, si no fundamental como las dos anteriores, de resultados prácti-

cos indiscutibles, es la concurrencia. Cada belleza es un sol a cuyo rededor giran muchos planetas. En torno de cada una de ellas flota un ideal ¿qué cosa más eficaz que congregar esos ideales dispersos, una vez por semana o por quincena, en el santuario de las letras?

He hablado de esto, por que en una conferencia se puede y debe hablar de todo. Los trabajos de extensión universitaria no serán nunca fecundos, mientras continúe esta desintegración del auditorio, que viene a ser una desintegración social. La mujer no debe continuar de víctima de estas exclusiones. A ella, como al hombre, puesto que los dos completan el hogar, le interesa conocer los problemas de la ciencia moderna, para acabar con la lucha de ideales, que, si no destruye, retarda la germinación de la nueva simiente, caída, como dice Jesús en la parábola del sembrador, en terreno inculto y pedregoso, mientras la mujer permanezca postergada.

Y esta postergación, señores, es un atentado social, porque la mujer ahora no es la que fuera antes, sino un factor de la política activa, en cuyo ejercicio aparecería vendada como la estatua de la justicia, cuando la visión clara del porvenir es el único guía de la humanidad en tan escabrosa senda. Es preciso que se descorra ya ante sus ojos el velo que la tiene privada de la luz, y que la idealizaba, a fin de que, en los prosaísmos de la lucha, a la hora de obrar, no padezca deslumbramiento, y vaya, como las aves en la bahía de Nueva York, a caer víctima de ceguera, a los pies de la libertad.

La mujer debe conocer, avaluar y discutir nuestras instituciones, y ninguna podía interesarla más, como hija, esposa y madre, que la del Tribunal del Crimen. En cualquiera de esos tres estados le es aplicable la frase desoladora que, en el cuento "La Condenada", picarezcamente pone Blazco Ibáñez, en la boca de la mujer de Rafael, al saber que a su marido se le había conmutado la pena de muerte con la de prisión perpetua: "¡La condenada soy yo!".

Al concederle a la mujer la ciudadanía con todos sus privilegios, se le ha impuesto el deber de ilustrar-

la, y es necesario que, ya que la hemos hecho el mal de sacarla a la arena, la ayudemos en la labor, dándola siquiera puesto preferente en estas conferencias.

II

Los proyectos de reforma al C. Penal y el de Procedimientos Penales, respectivamente, y que ya conocéis, elaborado por el Sr. Dr. Dn. Reinaldo Cabezas Borja y publicados en el N^o 92, tomo XVI, de la Revista Forense, órgano de la Academia de Abogados de la Capital, si valiosos por el esfuerzo y la iniciativa, deficientes en cuanto al desempeño y retrógados, no solamente en orden a las tendencias modernas, sino aún dentro del sistema que informa nuestra legislación penal vigente, era de esperar que no tuvieran aceptación. Pero, como de hecho, la creación del Tribunal del Crimen arranca del segundo de ellos, en previsión de lo que pudiera ocurrir también con el primero, vamos a ocuparnos de ambos, por su orden, con la premura que permite el tiempo y los límites de este trabajo.

Hoy que las humanitarias teorías socialistas privan, y que ya muchos de sus enunciados van entrando en la categoría de principios dentro de la ciencia; cristalizando en instituciones dentro de la política de los Gobiernos, y tomando carta de naturalización en el campo de la moral: hoy que el derecho de castigar se ha transformado, merced al avance de las ciencias positivas, en una sencilla fórmula de profilaxis social, no se puede, sin incurrir en anacronismo, hablar de *vindicta pública*, de cárceles, Establecimientos Penitenciarios y Colonias penales, últimos reductos de las penas del Levítico, sobre cuyas cenizas levanta la civilización moderna los asilos para delinquentes; instituciones no menos humanas que los Hospitales, los Hospicios y los Lazaretos.

Los proyectos tan dificultosamente elaborados por el Sr. Dr. Cabezas Borja, por más que su autor diga estar inspirados en el deseo de *poner de acuerdo nuestros Códigos con los conceptos modernos*, no hacen sino obligarnos a un retroceso en la vieja senda de la penalidad.

Si la atrocidad de las penas fuera adelante, el Código Penal Chino, ocuparía la vanguardia de las legislaciones modernas.

Según Ingenieros, "la fórmula del Derecho Penal Moderno es otra. Y es sencilla: asegurar la máxima defensa contra los individuos peligrosos, permitiendo la máxima rehabilitación de los readaptables a la vida social." ¿Habría estudiado esta fórmula el Sr. Dr. Cabezas Borja? Convertir la cárcel en enfermería; la expiación, en tratamiento terapéutico; a la fiera humana, en hombre enfermo, digno de conmiseración, con derecho para que la sociedad y los Poderes Públicos que la representan, le asistan con los medios adecuados para que se cure y vuelva a ocupar su puesto en las faenas del Progreso.

Por lo demás, ¿quién no siente la necesidad de que nuestra legislación sea, no solamente revisada, sino renovada en su totalidad, de acuerdo con los principios modernos? Concretándonos a lo penal, es tiempo ya de que deje de ser el delito considerado como una entidad ético-jurídica abstracta, sin atinencias con el delincuente sino para el efecto de la pena: que dejen de ser las cárceles escuela de criminalidad, en la que se enseña prácticamente el odio a la Justicia por injusta, y a la sociedad, por inhumana; que la condena pierda su carácter de venganza social, de castigo del culpable, y revista el de función de defensa colectiva y de reforma del individuo: que la duración de la condena guarde proporción, no con el delito, sino con la temibilidad del delincuente: que se hagan efectivas la condena suspensiva y la condena por tiempo indeterminado, según las condiciones de readaptabilidad del reo.

La Escuela Clásica, que informa nuestra legislación penal vigente, aparte de no arbitrar ninguna medida preventiva, porque es de su naturaleza ir tras el hecho, es "impersonal", porque, como no lo estudia, no conoce al delincuente; es "arbitraria", tanto porque reposa sobre el fundamento ético del libre albedrío, atenuado o nulo en la mayor parte de los delincuentes, cuanto porque basa el concepto subjetivo del juez, no sobre los dictados de la ciencia, sino sobre el capricho

de presunciones y testimonios falaces, que no tienen entre sí otro engarce, en la mayor parte de las causas, que la potencia imaginativa del juzgador; es "desorganizada", por las condiciones mismas del trámite: no conoce al delincuente, y le juzga, le condena y, cumplida ésta, le pone en libertad, sin preocuparse, en lo más mínimo, de los resultados nocivos o saludables, producidos en él por la acción de la justicia; y, por fin, es "impotente" para la defensa social, por razón de los caracteres anotados: como no conoce al delincuente, castiga con igual o mayor pena al ocasional que al nato: abre las puertas al alienado, mucho más temible que las fieras; y, dadas las condiciones de nuestras cárceles, desmoraliza a todos los que a ellas ingresan, lejos de rehabilitarlos para la vida social.

Es preciso que a la vieja fórmula de la Escuela Clásica: "a tanto delito, tanta pena", reemplace la de la Escuela Positiva: "a tanto peligro, tanta secuestación." ¿Acaso no se hace lo mismo con las desgraciadas víctimas de enfermedades contagiosas?

El proyecto de reformas al C. Penal, presentado por el Sr. Dr. Cabezas Borja, no está, pues, de acuerdo con las orientaciones modernas de la ciencia; sino que, dentro del sistema mismo de la Escuela Clásica, significa un retroceso, porque el rigor exagerado de las penas, es propio de la barbarie. Después de lo que dejamos dicho acerca de las deficiencias de la Escuela Clásica ¿para qué insistir sobre esto? Lo único que el proyectista ha hecho, es aumentar las penas a voluntad, haciendo tan poca estima de la libertad humana, que tantos sacrificios cuesta al mundo, que da para sospechar que no la conoce. Semejante proyecto, dentro de un Gobierno liberal y de tendencias socialistas, es un verdadero descalabro. Más valía que entre francamente por la pena de muerte: presidio por treinta años es un pavoroso enzañamiento, que solo puede tener cabida en un un cerebro enfermo.

El proyecto que estudiamos no tiene siquiera el mérito de la novedad. La mayor parte de los artículos han sido tomados de nuestro propio Código, contrahaciéndolos, sin mejora de la redacción y con lamen-

table perjuicio de la técnica; y los restantes, llevan factores de imposible constatación en la práctica, dentro de la escuela que informa nuestra legislación penal, en la cual apenas hallan campo las ciencias médicas, de las que tiende, más bien, a divorciarse.

El Código Penal, en el Art. 3º, consigna: "Repúntanse como voluntarios y *maliciosos*, ante la ley, todos los crímenes y delitos, mientras no se pruebe lo contrario; excepto, cuando todas las circunstancias que precedieren o acompañaren al hecho, pongan fuera de duda, que no hubo intención dañada al cometerlo."

Y el mismo Código, en el Art. 8º, dice: "El que ejecuta voluntariamente un hecho punible, será responsable de él; e incurrirá en la pena señalada, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender".

Estos dos artículos, que así separados están magníficamente, aparecen en el proyecto reconcentrados en uno solo, y es con el que se abre el monstruoso desfile de horrores, que Dios quiera que jamás pasen de sueño.

Proyecto.

Art. 1º—"Las acciones u omisiones penadas por la ley, se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere delito será responsable de él, e incurrirá en la pena de la ley, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender."

Este artículo tiene dos partes que pugnan y se repelen clamando por que se las separe. La primera es una parte del primero de los artículos que, del C. Penal, cité; y la segunda el segundo de dichos artículos, pero inconocible.

Vamos a la primera parte. El Código dice: "Repúntanse como voluntarios y maliciosos, ante la ley, todos los crímenes y delitos, mientras no se pruebe lo contrario," y el proyecto; "Las acciones u omisiones penadas por la ley, se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario." Las acciones u omisiones penadas por la ley; (esto es todos los crímenes y delitos, como

dice el Código), se reputan voluntarios (como voluntarios y maliciosos, reza el Código) a no ser que conste lo contrario, (mientras no se pruebe lo contrario, enseña el Código).

No se puede negar la calcadura; pero cuánta falta de habilidad y técnica! No basta que un hecho punible se repunte voluntario, para que sea castigado: se necesita además, que sea malicioso. Una cosa es constar y otra muy distinta probar. En el primer caso, cuando consta, ya no se presume voluntario, ni siquiera se toma como infracción: en los casos en que no consta, se le apresaa al autor, mientras no justifique la falta de voluntad o la falta de malicia. Por esto es que el Código, en la primera parte del Art. 3º dice: "Se reputan voluntarios y maliciosos, mientras no se pruebe lo contrario"; y luego, agrega: "excepto cuando todas las circunstancias que precedieron o acompañaron al hecho, pongan fuera de duda, que no hubo intención dañada al cometerlo". En este caso no existe infracción, y, por lo mismo, no tiene el autor del hecho, nada de que descartarse. En el proyecto se ha elevado la excepción a regla, haciendo, tabla rasa del derecho de defensa; puesto que, si no consta lo contrario, se reputa de voluntad el hecho, sin que sea permitido probar lo opuesto, ni haga al caso la constancia de que no hubo intención dañada al cometerlo.

Vamos a la segunda parte. Las infracciones, según el tecnicismo del C. Penal, se dividen en Crímenes, delitos y contravenciones. Usar una de estas denominaciones es excluir las otras dos. El Art. del proyecto, en su segunda parte dice: "El que cometiere delito será responsable de él". Y si cometiere crimen ¿no responderá? Muy superior la disposición vigente: "el que ejecuta voluntariamente un hecho punible, será responsable de él". Continúa el proyecto: "e incurrirá en la pena de la ley". El Código dice, en forma más elegante y clara: "e incurrirá en la pena señalada". El proyecto: "aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender". El Código: "aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar (extremo omitido en el proyecto y sus-

tancialísimo) o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender”.

Aquí va una de esas disposiciones en las que entran elementos tales, que hacen poco menos que imposible su aplicación. “El que con intención de matar causare la muerte de alguna persona, no por consecuencia directa del hecho, sino por un concurso de circunstancias preexistentes ignoradas por el culpable o por causas supervinientes, será castigado con la pena señalada al homicidio como si hubieren concurrido más de dos circunstancias atenuantes”.

La mayor parte de los Arts. son de este corte, y hay algunos, el segundo, por ejemplo, que demuestra que el proyectista apenas tiene idea de la técnica en la formación de un Código. “Es homicidio, dice, la muerte ilegítima dada a una persona, por obra de otra persona: no influye la edad, el sexo, la raza, ni el grado de vitalidad. Basta que la muerte sea un resultado de las lesiones, golpes o heridas causadas”. Estando ya definido en el Léxico del idioma lo que es homicidio, no hay para qué ponerse, como si se tratara de una obra didáctica, en la resbaladiza pendiente de las definiciones. Eso es bueno para la individualización de entidades jurídicas no comprendidas en el Diccionario, como el *cuerpo del delito*, y así otras.

Dice: “Basta que la muerte sea *un* resultado de las lesiones, golpes o heridas”. El indeterminado *un* está demás. Habiendo dicho lesiones, también está demás la palabra *heridas*. En cambio, se hecha de menos los casos de muerte por inmersión, veneno, fulguración, &, que están fuera del artículo.

Para el homicidio establece la siguiente graduación de penas, según la circunstancias: de 16 a 20 años, de 20 a 24, de 24 a 28, de 28 a 30. Nada justifica esta agravación de la pena, de 8 a 12 y 16 años mismo, es demasiado. Los avances de la criminalidad no se contiene con el rigor de las penas; sino con el mejoramiento ético de las mazas, mediante la educación: el terror de las penas pone al hombre en el camino del asesinato: atrofia el sentido moral, y multiplica el cohecho. Frente al derecho de defensa de la sociedad,

está el derecho de defensa del individuo. Abusar del derecho de castigar, es justificar las trapacerías del delincuente para defenderse. El derecho de castigar tiene sus límites, más allá de los cuales dégenera en tiranía. Las penas se dulcifican en razón directa de la civilización de los pueblos. El Ecuador no está en la última escala: no hay por qué hacerlo descender.

¿Para qué continuar? Todo lo demás del proyecto va por el mismo camino. No persigue otro fin que el aumento de las penas. Para este objeto bastaba que, sin embrollar las cosas, se aumenten las penas, quedando en su puesto las disposiciones vigentes. Pero ésto, como he dicho, es contrario a las tendencias modernas, al estado de civilización que alcanzamos y al espíritu del Gobierno. Las penas que tan dulces le parecen al Sr. Dr. Cabezas Borja, son, excepto la de muerte, las mismas del C. Penal de García Moreno. Y si a éste se le ha llamado tirano ¿no sé qué calificativo se le podría dar al que su tiranía halla tan dulce!

III

El proyecto de reformas al C. de Procedimientos Penales, tiene el inconveniente, resolutivo, de no guardar armonía con el C. Penal en vigencia, sistematizado de acuerdo con los principios de la Escuela Clásica; en tanto que el proyecto tiene puntos de contacto con la Positiva. Refórmase el C. Penal de acuerdo con las enseñanzas de las Ciencias positivas, y adóptense las reformas propuestas para el de procedimientos, adaptándolas, desde luego, a las exigencias del nuevo sistema.

Sin embargo, ni dentro de la Escuela Clásica ni dentro de la Positiva, pasa el inciso 2º del último Art. del proyecto: "En el caso de que el procesado careciere de defensor, el Tribunal le designará, si es por causa de que no tenga bienes". El Tribunal debe darle defensor al que no lo tiene, quiera éste o no lo quiera, tenga o no tenga para pagarle el honorario. El Estado es el órgano del derecho de defensa, y tiene la

tutela de todos y cada uno de los asociados. Faltaría a este deber fundamental, si dejara en algún caso, de proveer de defensor al delincuente que no lo tenga, y la condena sin legítimo contradictor, sería un atentado.

Por lo demás, el proyecto se resume en la supresión del jurado, reemplazándolo con un Tribunal compuesto de tres personas que se hayan especializado en estudios de ciencia penal. Sería precedente la reforma, si el Código Penal se basara en las enseñanzas de la Escuela Positiva, en la que la ciencia desempeña el papel que le corresponde. Pero ahora que hasta la Medicina Legal anda de capa caída, porque, con dignas excepciones, hasta los médicos la ignoran: ahora que no se exige siquiera la partida de defunción, porque basta un par de jureros, y las más de las veces uno solo, que diga que Juan ha matado a Pedro, para que lo manden a Presidio. ¿Qué objetivo puede tener el tribunal de especialistas? ¿Acaso nuestro Código de Procedimientos Penales se acuerda para nada del derecho que el procesado tiene a defenderse? ¿Acaso se le ha pasado siquiera por la imaginación al legislador, que el hecho de ser procesado, no es ser criminal? Puestos los ojos en la abreviación del trámite, que es lo menos, ha perdido de vista el otro extremo: el derecho de defensa, que es lo más. Si la brevedad es todo el secreto de la justicia penal, yo les preguntaría a sus partidarios: ¿por qué, para ponderar la monstruosidad de la tiranía, se valen de frases como ésta: "era un ogro, un energúmeno: condenaba sin fórmula de juicio?" Hay que ser lógicos: si la abreviación del trámite es todo, las resoluciones en que éste no entre para nada, deben ser la expresión ideal de la justicia. Pero no es así: Dios, con ser Dios, llamando a Adán y Eva a juicio, después de su caída, es para todos los tiempos, la más alta consagración del derecho de defensa.

Habiéndose perdido de vista en su confección el derecho de defensa, nuestro C. Procesal Penal ha venido a convertirse en una especie de reglamento para la casa de fieras: el procesado no puede recusar peritos, no puede tachar testigos; y, si no fuera por un

sentimiento de humanidad que a pesar de las leyes, que no lo han podido borrar, queda en el corazón de los jueces, no habría para qué acordarse que el procesado, por el hecho de estar procesado, no ha perdido ninguno de sus derechos, mucho menos, el de defensa, para cuya mayor eficacia y seguridad se hubo asociado.

Mientras el concepto privado del juez, divorciándose de las enseñanzas de la Lógica Judicial, siga el camino del *sano criterio*, que se traduce en arbitrariedad, y esto por disposición de una ley, será siempre el jurado popular, por su carácter eventual y libre de prejuicios, superior a toda institución de jueces permanentes (no hablo aquí del Tribunal del Crimen vigente, sino del de especialistas). Con la mira de hacer méritos para conservarse en el puesto, se adaptaría a la vieja costumbre, porque le sería imposible modificar el ambiente en que entre a funcionar, so pena de aparecer como una rueda desquiciada del sistema inquisitorial dominante, y, por lo mismo, inútil para el objeto de su creación. Habría más consumo del presupuesto, sin que la libertad, de parte de quien se halle la causa de la justicia, haya mejorado en un ápice.

No somos partidarios de las renovaciones parciales, de las involucraciones de escuelas, que producen en las instituciones sociales el mismo efecto que en los edificios: monumentos arquitectónicos de la Edad Media, con remiendos del Renacimiento. Los Códigos están sistematizados de acuerdo con una escuela determinada, y toda reforma que en ellos se introduzca, debe estar informada por el espíritu de la misma.

Además, es peligroso el trasplante intempestivo de las instituciones de un país a otro. La diferencia de legislaciones no es arbitraria; sino impuesta por las necesidades e idiosincracia de cada nación. En ellas entran factores étnicos, raciales, consuetudinarios, morales y de sentimiento, que constituyen la fisonomía de cada pueblo. El Derecho, hablando en general, es el resultado de la evolución social de cada grupo, y se resiente hondamente de esos trasplantes, que lejos de serle favorables, obstaculizan su desenvolvimiento.

A pesar de todas estas verdades, conocidas por to-

do el mundo, y que yo no hago más que recordarlas, el segundo de los proyectos que estudiamos, si no ha caído en terreno fecundo, ha dado fruto, aunque, a decir verdad, muy inferior a la simiente: la Ley del Procedimiento en las Causas por Crimen, de la cual, vamos a tratar en seguida.

IV

De todas las causas por crimen, desde el 1º de Noviembre de 1927; en que entró en vigencia la mencionada ley, conoce el Tribunal del Crimen.

Para poder hablar de esta institución sin reticencias, protesto que mis conceptos no son, bajo ningún sentido, alusivos al personal que lo ha integrado o lo integra actualmente: antes, me es muy grato dejar constancia de que, hasta hoy, el acierto en la elección de los miembros que lo integran, y el tino y circunspección con que el Tribunal procede en sus delicadísimas funciones, que han puesto a prueba especialmente la probidad de los Sres Jueces Letrados, han contribuído, por lo menos en esta Provincia, para que no se sienta todavía el peso de tan peligrosa y ekótica innovación. Todo cuanto me oigáis dice relación a las instituciones y nada más que a las instituciones. Hecha esta salvedad entro en materia.

El proyecto, dice: "La Corte Suprema nombrará tres personas que se hayan especializado en estudios de Ciencia Penal, para que formen el Tribunal que ha de conocer de las causas criminales".

"La jurisdicción de este Tribunal será el correspondiente a la Corte Superior en que se halle ubicado.—La misma Corte Suprema designará el Presidente del Tribunal.—El Tribunal nombrará su Secretario que será abogado, un Oficial Mayor y dos amanuenses.—El Ejecutivo formará el presupuesto, de acuerdo con la categoría que viene a ocupar."

Sin fijarnos en la forma gramaticalmente desastrosa de esta disposición, como aquello de *ubicarse en la Corte Superior*, se comprende que el objeto de ella era la creación de una especie de Corte Superior de Crimen, con

local propio, tres de empleados y pingües sueldos; lo cual era mucho pedir en la penuria económica que aflige al Gobierno. Pero, indudablemente, debido al prestigio del proyectista, les fascinó la novedad, y se procedió a organizar la flamante institución, en una forma parafrástica, si puedo hablar así, con poco gasto, en verdad, pero también con poco criterio científico, disponiendo:

“Art. 4.º—Habrá Tribunal del Crimen en todas las capitales de Provincia.

Art. 5.º—Dentro de los quince primeros días de Enero de cada año las Cortes Superiores nombrarán [¿reunidas en asamblea, o en su respectivo Distrito jurisdiccional?] tres abogados que no esté impedidos de ejercer la profesión para que formen el Tribunal del Crimen con el carácter de principales, y tres con el carácter de suplentes, para cada uno de los Tribunales de las capitales de Provincia de su jurisdicción.—Si no hubiere abogados expeditos en el lugar donde debe funcionar el Tribunal del Crimen, las Cortes Superiores designarán ciudadanos de reconocida honorabilidad e instrucción que deban componer el Tribunal.”

En cuanto a gramática, esta disposición no le va en zaga a la del proyecto. En cuanto a la elección, atribuída a las Cortes Superiores, en vez de la Suprema, por lo que mira a la legitimidad, la Ley y el proyecto corren parejas, pero se compromete muy de cerca la independencia del Tribunal. Lo incalificable está en el Art. 10, que completa, por decirlo así, el anterior. He-lo aquí:

“Art. 10.—El Tribunal del Crimen se compondrá del Juez de Letras Principal, del Juez de Letras Suplente y de los tres vocales nombrados de conformidad con el Art. 5.º”

Así organizado el Tribunal del Crimen, nos ofrece las siguientes consideraciones generales: 1.ª—Es espúreo y parasitario por su origen: 2.ª—Es anticonstitucional; y 3.ª—Está en pugna con los principios más elementales de la ciencia. Vamos a demostrar estos tres enunciados, por su orden.

La soberanía, una, indivisible, intrasmisible, impres-

criptible e inviolable, es el poder que tiene la nación para gobernarse, y reside en el pueblo, quien la ejerce por medio de sus mandatarios; a los que por esto se les denomina órganos de la Soberanía. Estos en relación con las funciones principales de la misma, se conocen en la ciencia política, con los nombres de Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. El primero lo ejerce el Congreso; el segundo el Presidente de la República, y el tercero, todo el personal de Tribunales y jueces, desde la Corte Suprema hasta el último juez de parroquia. Como órganos de la Soberanía, no sólo deben, sino que tienen estos últimos que ser elegidos por el pueblo, sea de una manera directa e inmediata, sea mediante diputados para el efecto, o por elección indirecta. Cualquiera otra forma de vinculación entre mandante y mandatario, sería ilegítima y ficticia. Sólo a una persona física o colectiva elegida en forma directa, se le puede, pues, diputar la elección indirecta: de otra suerte, el nombramiento no procedería del pueblo, que es la única fuente de la cual emanan todas las funciones públicas.

Esto sentado, pregunto: las Cortes Superiores, órganos del Poder Judicial por elección indirecta ¿tendrán facultad, a su vez, para completar el organismo del cual son parte, nombrando a alguno o algunos de los funcionarios que lo integran? La Ciencia Política, que es la que preside en la organización de los poderes públicos, está por la negativa. "Si la sociedad, dice Azcárate, tiene derecho a intervenir directa e indirectamente en las decisiones del Poder Legislativo y en los Actos del Ejecutivo, igual facultad ha de tener respecto del Judicial," Santa María es más terminante: "El Poder Judicial, lo mismo que los demás poderes, se ejerce por medio de órganos que representan al Estado Nacional, del cual emanan todas las funciones públicas. Cada Tribunal debe ser independiente en la esfera de sus atribuciones, pero todos los Tribunales del Estado han de hallarse armónicamente enlazados constituyendo un verdadero organismo, cuya cabeza sea el Tribunal Supremo de la Nación, y cuyos miembros se extiendan por todo el territorio, para que a todas par-

tes llegue por igual y coordinadamente la acción de la justicia." ¿Cómo un miembro ha de ser autor de otros miembros, de ese mismo todo del cual es parte? Prescindiendo, por ahora, de la necesaria dependencia que el nombramiento lleva consigo para con quien lo hace, que será materia de otras conclusiones; porque la dependencia no es el enlace armónico de que habla Santamaría, y vuelvo a mi interrogación: ¿el nombramiento de un miembro por otro miembro del mismo organismo, será legítimo? ¿No implica una verdadera superfetación; más que una superfetación, un parasitismo igual al de la orquídea que prende sobre la rama? El pueblo es la única fuente de donde emanan todas las funciones públicas, y de él deben arrancar, directa o indirectamente, todos los Tribunales y Jueces. Luego, el Tribunal del Crimen, que no procede de esa fuente, porque las Cortes Superiores no han sido diputadas para esa elección por el pueblo, desde que ellas mismas no provienen de él sino por elección indirecta, es una institución descentrada, espuria y parasitaria.

Además es anticonstitucional.

El Art. 3.º de la Carta Fundamental que nos rige, dice: "La Soberanía reside esencialmente en el pueblo, quien la ejerce por medio de los Poderes públicos que la Constitución establece." Uno de estos Poderes es el Judicial; por tanto, de la misma manera que el Legislativo y el Ejecutivo, debe tener sus raíces en el pueblo. Son como tres ramas de un solo y mismo tronco, deben vivir de una sola y misma savia. El Art. 17 de la citada Carta, estableciendo los canales por los cuales esa fecunda savia se reparte, dice: "Habrá elecciones directas e indirectas, con arreglo a la Constitución y a las leyes." ¿Dentro de cuál de estas dos especies de elección encuadra la del Tribunal del Crimen, atribuída a las Cortes Superiores? Ni en la una ni en la otra, ya que las mismas Cortes no proceden del pueblo sino por elección indirecta. Luego, la organización del Tribunal del Crimen, llevada a cabo por las Cortes Superiores, es anticonstitucional, por estar en abierta pugna con las disposiciones citadas.

Se me objetará que, naciendo de la ley, que les ha

concedido esa facultad, el ejercicio de la misma por parte de los Tribunales Superiores es legítimo. No discutimos la legalidad de la elección, sino la legitimidad de la facultad: de que sea legal, no se sigue que sea legítima, como de que haya nacido bajo matrimonio, no se sigue que el hijo espurio lo sea efectivamente del hombre que pasa por su padre. Lo legal no va más allá de la envoltura; lo legítimo mira a la esencia. Si la Soberanía, como reza la Constitución, reside esencialmente en el pueblo, todo poder que no venga de él, aun cuando sea legal porque una ley lo autorice, no podrá nunca decirse que sea legítimo, que arranque de su verdadera fuente. Lo que sí podría afirmarse es que esa ley, que así desnaturaliza los principios de la Ciencia en la organización del más importante de los Poderes Públicos, es una ley despótica, tiránica, contraria a la Constitución y que no puede ni debe subsistir en una República.

Pero la institución que estudiamos es contraria a los principios más rudimentarios de la Ciencia, no solamente por los motivos apuntados, sino también por los siguientes:

Primero.—El Art. 947 del Código de E. Civil, dice: "Cualquier Juez de los Tribunales y Juzgados de la República puede ser recusado por las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes: (entre otros), si ha manifestado su opinión con vista de autos." Este motivo de excusa se halla consignado de igual suerte en todas las legislaciones. El Art. 250, N° 10, de la L. O. del P. Judicial de Chile, asienta: "Son causas de recusación (entre otras). Haber el Juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella." En el Código de la República Dominicana, Art. 378, N° 8.º, se lee: "Todo juez puede ser recusado en razón de cualquiera de las causas siguientes: [entre otras] "cuando el juez hubiere dado consulta, alegado o escrito sobre el asunto debatido; si hubiere conocido de él precedentemente como juez o como árbitro." En el Código Peruano citado por Lama, en su obra "La Teoría del En-

juiciamiento", N.º 72: "Son justas causas de recusación (entre otras), por razón de prejuicio, haber dado su opinión sobre la materia disputada", y así.

En nuestro sistema de procedimiento penal, en todos los casos en que no está inhabilitado, dicta el auto de haber lugar a formación de causa, o auto motivado, el Juez de Letras principal, y si no, el suplente. Podemos decir que ese auto no difiere de la sentencia sino en que no se determina la pena; pues, por lo demás, la intracción está calificada y puntualizadas las circunstancias. ¿Puede haber organización más atentatoria que la de integrar el tribunal con ellos, haciendo que, en su caso, lo presidan? ¿No es esto atacar al derecho de defensa del encausado, por una parte, y por otra, ir contra el principio de la imparcialidad? Fray Vicente Solano dijo ya, que a nadie le gustaba pronunciar la erre larga: erré. ¿Se exigirá del Juez de Letras este sacrificio? No es más seguro que, como la cuerda se rompe siempre por lo más delgado, el juez se mantenga en sus trece, y el sacrificado sea el justiciable? ¿No aparece claro el deseo nada humano ni razonable de asegurar en la deliberación, de una manera ineludible, casi necesaria, un voto en contra del encausado? Y ¡qué voto, señores, qué voto! El voto principal; en la mayoría de los casos decisivo; porque, como sostienen los partidarios del unitarismo, en contra de los sostenedores de la pluralidad en los tribunales, siempre es la opinión de uno de sus miembros la que prevalece en los cuerpos colegiados, y todos los motivos de esta prevalencia quedan de parte del Juez Letrado, en el Tribunal del Crimen.

Si el sistema de procedimiento, en las apelaciones y consultas de los autos motivados y de sobreseimiento, repugna, porque el Juez de Letras, en obediencia al Superior, en los casos de revocación, tiene que obrar en contra de su convicción ¿cómo se quiere que en el Tribunal del Crimen, teniendo la presidencia, pase por sobre su propio criterio y juzgue con imparcialidad?

Es cierto que en el jurado popular tenía también la presidencia, pero no tenía voto deliberativo, ni pues-

to en la sala de las deliberaciones, limitándose su intervención a la policía de audiencia. ¿Y se dirá que hemos ganado en algún sentido con el Tribunal del Crimen? Lo que se ha conseguido es poner trabas, si no anular el derecho de defensa, y dar plaza a la parcialidad y la dependencia en los fallos criminales. ¿Esto será ir adelante o volver atrás en las conquistas del derecho? ¡Cómo se arrepentirá el Sr. Dr. Cabezas Borja, si lo hizo con espíritu de republicanismo, haber echado *gratis* la simiente para tan peligrosa cosecha!

Segundo.—En el Art. 3.º de la Ley se dispone que, cuando los sindicados, a la fecha del juzgamiento, no tuvieren 18 años de edad, se les juzgue en secreto, con audiencia únicamente del reo, su defensor, el Fiscal y el acusador particular, si lo hubiere.—No alcanzo a comprender el misterio de semejante excepción en contra de los menores, clase privilegiada a la que de tantas consideraciones ha rodeado la ley civil. Este procedimiento se explica en los países donde, prendida la luz de los nuevos evangelios, aceptada la fraternidad del criminal con nosotros, se ha llevado a la práctica el establecimiento de asilos de delincuencia para niños. Pero aquí!... Aquí, donde al niño se le trata más despectivamente que al criminal adulto! Aquí, donde no se tiene siquiera escrúpulo, menos compasión del niño, a quien se lo arroja en la cárcel como una presa a los lobos, para que sea la víctima de toda especie de inmundicias! Aquí, donde ni la condena, que es una especie de consagración de miseria, le sirve de protección al niño, para que no se agrave su situación con látigos y palos, que hace tanto tiempo suprimió la ley por infamantes!... Aquí, señores, para con el niño, desmoralizado; más que desmoralizado, corrompido; más que corrompido, desnaturalizado por un tratamiento sin calificativo en nuestras cárceles, el secreto en la audiencia, que es donde menos peligro corre, me parece tan ridículo como el escrúpulo de comerse el asador, después de haber devorado toda la carne.... Ya que ningún miramiento se le ha tenido, cuando todas las circunstancias exigían que se le tenga. ¡Déjesele siquiera la garantía de la publicidad, que le defen-

derá contra toda nueva afrenta!

La publicidad es esencial en los juicios, dice el Art. 126 de la Constitución de la República, consagrando esta garantía como la mejor salvaguardia del derecho de defensa, frente a los procedimientos de sapa de los tribunales del Santo Oficio. La publicidad es el mejor pararrayo contra el abuso, la parcialidad, la arbitrariedad y la mala fe de los juzgadores ¿y se ha de privar de él a los menores, que son los que más la necesitan, por la circunstancia misma de su edad? Si el menor no puede estar solo, ni como actor, ni como demandado, ni cuando hace de testigo o rinde una confesión, sino que siempre ha de comparecer con su representante o su curador ¿cómo se le llama solo, en secreto y con todo el aparato inquisitorio, al tratarse de su libertad, su honor y su hacienda?

Bien está que se establezca el procedimiento secreto para los crímenes contra la seguridad exterior o interior de la República, y para los atentados al pudor y la violación; pero ¿por qué a los menores se les ha de equiparar con los traidores, los facciosos y los libertinos, sujetándolos al mismo procedimiento? En buena hora a éstos, por el peligro que hay de tumultos, sediciones y contagios morales, se les prive de la garantía de la publicidad; pero nada, sí; nada justifica hacer partícipes de tan abandonada suerte a los menores. Déjeseles siquiera la garantía de la publicidad ¿por qué, después de tantas, se les ha de sujetar a esta nueva afrenta? ¿Por qué no se respeta la Constitución en el juzgamiento de los menores, o se cree, acaso, que no reza con ellos la Carta Fundamental del Estado?

Pero esto no es todo; sino que, en la práctica, cuando concurren sindicados menores con mayores, se les hace a éstos partícipes del secreto establecido para la audiencia de aquéllos. Mucho he meditado, pero no he podido dar con el principio que autoriza esta ampliación. Privarle al adulto, sólo por compañerismo, de los beneficios de una garantía constitucional, parece que no tiene explicación. A menos que, contra todo principio, por obra de la evolución de los tiempos, hayan venido a ser un favor los tribunales secretos. “El rasgo

principal de la jurisdicción inquisitorial—dice un historiador—consistía en el secreto más absoluto de la información judicial. La Inquisición data del siglo XIII. Si el secreto de la audiencia es favor, haced cuenta cuántas centurias hemos retrogradado.

No creo, de ninguna suerte, que el secreto sea un favor, en tratándose de juzgamientos. De serlo, como se limita al motivo de la edad, debemos convenir en que no puede ni debe hacerse extensivo a los adultos, porque todo privilegio cesa donde falta la razón del mismo. Además, habiendo determinado la ley, en forma taxativa, las personas cuyo concurso a la audiencia es permitido, sin que entre ellas consten los consortes de crimen, evidentemente, la presencia de éstos es una violación palmaria del secreto prescrito.

Mas, prescindiendo de este detalle, tan fácil de conjurar, hay que convenir en que el secreto para el juzgamiento a los menores de 18 años, así, de buenas a primeras, y frente a la exigencia constitucional de la publicidad, es un verdadero anacronismo, mientras no tengamos asilos para niños delincuentes.

Tercero.—La Institución que estudiamos es una institución sin historia, dentro ni fuera del país. Con el jurado popular no tiene parentesco alguno, por más esfuerzo que se ha puesto por enlazarlos. El jurado es limpiamente un Tribunal de hecho, exento de las exigencias de todo tecnicismo; el Tribunal del Crimen, por más que la razón lo pida, no podemos decir que sea de hecho ni de derecho; sino que aparenta ser, a un tiempo, uno y otro. Una hibridación incalificable. Algo peor, acaso, que el Hipogrifo en la Mitología griega, que no es ave ni caballo, siendo ambas cosas a la vez. Seres que no pueden pasar del dominio de la fantasía, pero que, al fin, siquiera como entes de razón, se los concibe. Un tribunal de hecho y de derecho, al mismo tiempo, es imposible; no se puede ni concebir. Entra en la categoría del círculo cuadrado o del cubo esférico, que, con solo enunciarlos, se presentan en la imaginación gesticulando en un constante esfuerzo de ser y de no ser.

No quiero recordaros que en el proyecto se exigía

el nombramiento de tres especialistas en Ciencia Penal, que integren la institución. En la Ley, se ha renunciado a los especialistas, que no era fácil hallar. Acaso no pasarían de dos en las Provincias más favorecidas; los cuales no hubieran consentido en dejar el noble y santo papel de defensores, para meterse a jueces en una materia que, por importante y necesaria que sea socialmente, repugna a los espíritus delicados, que desearían que se proceda con los delincuentes, sus hermanos, como el pobrecito de Asís con el hermano lobo.

Si nuestro Código Penal estuviera con la escuela moderna; si no llevara el ministerio fiscal la voz de la venganza, sino el médico la de la compasión y la dulzura; si el asilo de delincuentes hubiese reemplazado a las cárceles—nombre que, entre nosotros especialmente, con ser tan horrible, dignifica los lugares que lo llevan, porque un establo es más decente—entonces, sería, tal vez, posible que un defensor de vocación, no de ocasión, renunciase a su puesto de honor de combatiente por el derecho de los caídos, para irse a ocupar un pupitre de vocal del Tribunal del Crimen, más para contribuir al mejoramiento de la suerte de esos sus hermanos desgraciados, que por motivos de lucro o devoción.

La ley ha conjurado la dificultad, llamando a tres abogados no impedidos de ejercer la profesión, que unidos a los jueces de Letras principal y suplente, integren el Tribunal. Esta exigencia de la ley, empeñada en que el personal sea idóneo en derecho, seguramente no será para que se juzgue a ojo de buen cubero, de los hechos y de las pruebas consignadas, no a la buena de Dios, sino en procesos organizados según los cánones y ritualidades de las leyes. Cuando se llama a un personal poseedor de cierta especie de conocimientos para encargarle el desempeño de funciones conexas con ellos ¿hemos de cometer la sinrazón de argumentar que se le ha elegido, no por la excelencia de esos conocimientos, sino para que, desvestiéndose de ellos, proceda como si no los poseyese? Si así fuera, aparte de no llenar con la técnica científica en cuanto a su origen, ni ser beneficiosa para la República, por el peligro de despotismo, la institución cuestionada impon-

dría una condición de inferioridad a los elegidos.

Sabidísima cosa es que, en todos los órdenes de la vida humana, se va de lo menos perfecto a lo más perfecto, y que esta última calidad, lleva embebida en sí aquella. Primero es ser ciudadano, que abogado, en el orden de la naturaleza; pero, en el orden de perfección, primero es ser abogado que simple ciudadano. ¿Se podrá en algún sentido contradecir esto? Y si la cuestión de juzgamientos corresponde, por derecho propio al abogado, no menos que el juez lego, tiene que asesorarse de uno, so pena de nulidad, ¿será lógico sostener que el Tribunal del Crimen, que está integrado por jurisconsultos, ha de fallar como lego, igual que si de propósito se le impusiera que no acierte?

Porque no hay medio, señores, ¿las leyes o son el camino de la verdad, la libertad y la justicia, o son el del desacierto, el despotismo y la mentira? Si fueran lo segundo, preciso sería que se haga desaparecer esos padrones de ignominia denominados Códigos. Temeraria cosa es esta suposición, porque nos consta que la legislación es la flor de la sabiduría de los pueblos; nos consta que cada paso ganado en favor del derecho de defensa, le cuesta a la humanidad un diluvio de lágrimas y de sangre; nos consta que sólo el despotismo y la tiranía odian los Códigos, como odiaría el caballo el freno, si acaso tuviera capacidad para esa pasión; y, por último, en prueba evidente de que la verdad queda de lado de la ley, me basta citar el Art. 62 de la que estudiamos, en el que se impone al Tribunal el deber de expresar en la sentencia los fundamentos legales de ella. Como esto no puede hacer sino el abogado, resulta patente que el del Crimen es Tribunal de derecho.

Mas, como a renglón seguido, en el Art. 63 se lee: "El Presidente y los vocales del Tribunal atenderán únicamente a los dictados de su conciencia para la apreciación de los hechos y de las pruebas, así como para determinar el grado de culpabilidad del acusado o su inocencia: sin que las leyes le pidan cuenta de los medios por los que se han convencido, ni los señala reglas de las cuales deben hacer depender la plenitud ni

la suficiencia de una prueba, siendo por su sentencia irresponsables." ¿No resulta patente que el del Crimen no es Tribunal de derecho, sino de hecho?

Si es lo primero, no puede ser lo segundo y viceversa. Sostener que pueden ir juntos estos dos conceptos, es aceptar la existencia de un círculo cuadrado. ¿Cómo pasar adelante sin salvar la sabiduría del legislador, que no ha podido nunca incurrir en semejante contradicción? ¿Cómo armonizar esas dos disposiciones de manera que subsistan sin destruirse?

Todo ser en el mundo, hablando en términos cosmológicos, se compone de materia y forma; siendo distintas las leyes que rigen una y otra. Este concepto filosófico ha sido trasplantado al terreno del derecho: toda entidad jurídica consta necesariamente de materia y forma, o sea, de lo que los juristas llaman formalidades intrínsecas y extrínsecas, que deben ir juntas, lo mismo que la materia y la forma en los seres del universo, como condición de existencia de la entidad jurídica, cualquiera que sea su naturaleza. Las formalidades intrínsecas se reglan por las leyes sustantivas, y las extrínsecas, por las de procedimiento. Ambas concurren a generar la entidad, pero de tal suerte, que, faltando cualquiera de ellas, carecería de existencia, no se habría producido. A la manera que el cuerpo humano, diré con López y Moreno, es la forma única en que la vida del hombre se cumple en este mundo, encarnando en ella las manifestaciones todas de su espíritu, así es el procedimiento la forma única en que la vida de la ley sustantiva, encarna y se manifiesta." El Código Civil dispone que la compraventa de bienes raíces se otorgue por escritura pública; sin ésta, por más que las partes estén convenidas en el objeto, precio y condiciones del negocio ¿habrá compraventa? Lo mismo acontecería, si en el instrumento se hubiese omitido alguna de las solemnidades prescritas en el Código Procesal para su validez. La forma es como el vaso en que la materia u objeto de la entidad se contiene.

De aquí arranca la necesidad de la pericia del juez en dos clases de estudio: el de la materia, o formalidades intrínsecas, y el de la forma o solemnidades ex-

trínsecas. El de la materia raras veces va más allá de los límites de una sana razón, aún cuando no sea ilustrada por estudios especiales; pero no sucede lo mismo con el de la forma: un profano en derecho nada sabe en orden a los formalismos que debe revestir cada una de las diligencias o entidades jurídicas de un proceso. Sin separarnos de lo penal, pregunto: ¿quién no haya estudiado Derecho Procesal Penal, sabrá lo que se llama cuerpo del delito, cuándo está comprobado o cuándo nó? ¿Podrá darse cuenta de la validez o nulidad de una notificación? De la eficacia o ineficacia de una prueba por motivos de forma? Es evidente que nó.

Con el jurado popular, la cuestión formal estaba fuera de apreciación, y todo reparo de la acusación o de la defensa, se estrellaba contra la falta de conocimientos del Tribunal, compuesto en su mayoría de ciudadanos extraños a los estudios de Derecho. Hoy, con el Tribunal del Crimen, integrado en su totalidad por abogados, parece eliminado el inconveniente: debe, no solamente atender a la materia, sino antes, estudiar si cumple con las ritualidades de la forma, cada una de las diligencias, para, reputándolas existentes, entrar en la apreciación de su contenido.

En este terreno, altamente jurídico, se armonizan a maravilla los dos artículos. La libertad de apreciación quedaría circunscrita a las diligencias que revisitan el carácter jurídico de la entidad que representan, dejando cerrada la puerta a todo abuso en el procedimiento, que es lo que más contribuye a la injusticia. Y esto nos enseña la misma ley, al decir que no le señala reglas de las cuales deba hacer depender la plenitud ni la suficiencia de una prueba. Con el hecho de decir "de una prueba", está consagrando la exigencia del formalismo a que según su naturaleza esté sujeta, ya que sin él no existiría. En este concepto me confirma ese mismo texto de la ley, que, de haber querido dejarle en libertad al Tribunal respecto a la forma, habría dicho: "no le señala reglas de las cuales deban hacer depender *la legalidad*, la plenitud ni la suficiencia de una prueba"; al limitar a la ple-

nitud y la suficiencia, cierra de hecho la puerta al avalúo de las que, por defectos de forma, no existen.

Así considerado, el Tribunal del Crimen, no hay duda que, salvo los defectos de origen y de organización, significa un avanzadísimo paso, una verdadera conquista. Y así debemos entender, porque, de otra suerte, nada habríamos adelantado con la reforma, y no tendría explicación la exigencia relativa a la idoneidad del personal en conocimientos jurídicos. Por tanto, el Tribunal del Crimen, con el Art. 63 y todo, no es de hecho, sino exclusivamente de derecho. Sin más facultad, en parangón con los jueces de lo civil, que cierta libertad en la apreciación de los hechos y las pruebas, necesaria en atención a la complejidad de la materia, siempre que no traspase los límites de la legalidad, y peligrosa sólo cuando no haya acierto en la elección del personal.

Y me ratifica en este modo de sentir, la comparación entre el Art. 1º del proyecto y el 4º de la Ley. El primero dice: "Está sujeto al Tribunal del Crimen, el mismo que hará la vista de la causa, en audiencia pública, *como jurado*"; y el segundo; "habrá Tribunal del Crimen en todas las capitales de Provincia." Según el proyecto, está fuera de toda discusión, que la tendencia fue la de crear un Tribunal de hecho; así lo demuestra la frase: "hará la vista de la causa, en audiencia pública, como jurado." La Ley, al omitir la expresión de la forma en que debía conocer y que lo calificaba como Tribunal de Hecho, es indudable que lo ha tomado en el sentido contrario, y como institución de derecho. Pues, ya hemos manifestado antes, que no puede ser de hecho y de derecho, a la vez, porque son conceptos que se excluyen.

¿No es verdad, señores, que, de tantos como tiene, los motivos que rápidamente hemos apuntado, son más que suficientes para la reforma de la Ley que estudiamos? Ahora veamos por qué entraña peligro de despotismo.

Cuarto.—No hay poder más complejo ni más difícil de organizar, que el Judicial. Resuelta la cuestión de la forma, queda la de la elección: ¿será directa, se-

rá indirecta? Preferida la indirecta como la más adecuada a la selección del personal, surge la del nombramiento, ¿quién lo hace? El principio de la independencia de los jueces que, dada la miseria humana, encarna la esencia de la justicia, a la que nada se opone tanto como la servidumbre, es el que debe privar acerca de este punto. El nombramiento de tribunales, jueces y más empleados del Poder judicial—salvo el personal de las oficinas—no debe atribuirse a ningún individuo ni corporación que, bajo cualquier concepto, pueda cohibir su libertad de acción.

Tan delicado es el problema, que algunos escritores, buscándole solución, sin hallar una que no flaquee, quieren que, en cada asunto, designen Juez los interesados, sin que se reconozca otra jurisdicción que la arbitral; pero esto equivaldría a una renuncia de su autoridad por parte del Estado y a una mutilación de la soberanía: a lado de los tribunales voluntarios, deben estar los oficiales, sin contar con que lo criminal, como que mira al orden público, no es susceptible de arbitraje. Los que pretenden que el nombramiento de jueces se atribuya a los abogados, están divididos entre los que exigen oposición y los que no; entre los que, supuesta la oposición, quieren que lo hagan los abogados, y los que quieren que lo verifique el Poder armónico. . . . Y así, hasta lo infinito.

Para qué porfiar: tomemos a cuestras nuestra miseria y contentémonos con el menor de los males, siempre que tenga siquiera apariencia relativa, ya que la perfección es imposible.

Entre nosotros, hasta el presente la elección de las Cortes Suprema y Superiores la hace el Congreso; corporación de funciones eventuales y transitorias, que salvo la época de ejercicio, (y esto mismo sólo sobre los de la Capital) una vez hecho el nombramiento, difícilmente puede influir hasta el punto de perturbar la independencia de aquellos Tribunales. La Corte Suprema, a propuesta en terna de las Superiores, para consultar la idoneidad del personal, nombra a los Jueces Letrados de Hacienda, que pertenecen más al orden administrativo que al judicial; porque son los encargados

de los intereses del Fisco, como indica su propio nombre "de Hacienda"; desempeñando a la vez funciones conexas con la justicia penal, como la de poner las causas en condiciones de pasar al Jurado, imponer la pena que corresponda según el veredicto de éste, y fallar las de menor importancia; de la misma suerte que los Comisarios Nacionales, que siendo agentes del orden administrativo, conocen como jueces de las contravenciones y otros asuntos de poca monta, relacionados con el orden público. Así los Jueces Letrados gozan de plena independencia respecto de la Corte Superior respectiva, que no tiene con ellos otro contacto que el de conocer de las apelaciones y consultas que le fueren en grado.

Los Concejos Municipales, órganos del pueblo por elección directa, nombraban en cada Cantón, a los Alcaldes, a los Jueces Parroquiales, a los Jurados o Jueces de Crimen y a los Alguaciles; asegurándoles la más absoluta libertad en sus funciones; porque, hecha la designación, tiraba cada uno por su camino, sin volverse a encontrar con los favorecidos, para que se diga que pudiera coartar su independencia.

Finalmente, el Ejecutivo, a propuesta en terna de los Gobernadores de Provincia, consultando la idoneidad y conveniencia, designaba los Agentes Fiscales, asegurándoles la libertad de dictamen en la justicia penal, tan plenamente como a los jueces la independencia. Además, siendo como son empleados del orden administrativo, con atingencias en lo judicial, por llevar la voz de la vindicta pública, resultaba más lógico que su nombramiento lo haga el Jefe de la Administración, más bien que un poder extraño.

¡Qué aceptable, sino del todo científica era esta organización! Para el efecto del armónico enlace, la Corte Suprema tenía la supervigilancia de las Superiores; las Cortes Superiores, a su vez, en el respectivo distrito, la de los Juzgados inferiores, asesores, Agentes Fiscales, Escribanos y Secretarios de Hacienda, con facultades limitadas a exigirles el cumplimiento de sus deberes y promover la administración de justicia, pero sin riesgos de influir, menos imponerles opinión. Conocían

como Tribunales de grado de las apelaciones y consultas de los fallos dictados por los Jueces de Letras y los Alcaldes; Judicaturas cuyo personal les era completamente extraño, y que no les estaba obligado a pleitesía ni tenía derecho a otras consideraciones que las consiguientes a la de ser miembros de un mismo Poder.

Los Alcaldes, por su parte, tenían la supervigilancia de los Juzgados parroquiales, que podían visitar a voluntad, y, por lo menos, una vez al año y, de cuyos fallos eran jueces de grado, sin intervenir para nada en su nombramiento, a fin de no enervar el efecto de sus facultades, ni cohibir la independencia de los subordinados, que nada tenían que agradecerles.

Por la Ley de Régimen Municipal, a las Municipalidades les corresponde la creación, dirección e inspección de las Cárceles, a las que atienden con sus rentas. ¿Cómo se les ha de privar del derecho de nombrar el personal de empleados del Establecimiento? La designación de Alguaciles por el Concejo Municipal era más natural y aseguraba la libertad de acción de estos empleados.

Al mismo tiempo que había nexo perfecto entre todos los miembros y empleados de la administración de justicia, como ninguno dependía de ninguno, estaba asegurada, hasta donde es posible, la independencia de cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones, y conjurado el peligro, el gran peligro, el más espantoso de los peligros para los pueblos: el despotismo judicial.

Hoy . . . No podía haberse ideado sistema menos científico y de peores perspectivas de servidumbre! Las Cortes Superiores ternan Jueces Letrados, y nombran Alcaldes, Tribunal del Crimen, Jueces Parroquiales, Asesores, Agentes Fiscales, Escribanos, Registradores de la Propiedad y Alguaciles: tienen en el puño a todo el Poder Judicial del Distrito, que vive de su vida, como la parásita de la savia del árbol en el cual ha prendido sus raíces. Con una diferencia: lo que para el árbol es carga, (como los merecimientos del personal no siempre guardan proporción con la elevación del cargo,) para las Cortes Superiores, según quienes las integren, podría convertirse en regalía.

Aquellos sobre quienes tienen las Cortes Superiores, como tribunales de grado, la revisión de los fallos que por apelación o consulta les eleven, debiéndoles el nombramiento, estando sujetos, a su supervigilancia y con los ojos fijos en el oriente de la reelección ¿cómo podrían conservar su independencía? Vivero dice que ésta debe observarse, no solamente con respecto a los otros Poderes, sino entre los mismos tribunales que lo componen, sin que sea permitido otro género de dependencia que el de la apelación gradual de unos tribunales a otros, según las reglas prescritas por la ley. Vinculados al superior, como a tribunal de grado, en el pasado, por el nombramiento; en el presente, por la supervigilancia, y en el futuro, por la esperanza de la reelección ¿no estarían siempre pendientes de su opinión, no sólo porque a nadie le disgusta la confirmación de sus fallos, sino por los entronques que los nombramientos presuponen, y porque, con rarísimas excepciones, la preocupación dominante de todo empleado es la conservación en el puesto, si acaso no puede mejorar?

Hay autores que alzan bandera a favor de la inmovilidad de los jueces, porque la dependencia, dicen, puede hacer vacilar su integridad. "Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación u otro perjuicio. Y para ello nada es más a propósito como que la duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta." La de hacer méritos para ser reelegido es una preocupación ante la cual, por el maldito predominio de la materia, cuya imposición es absoluta, toda testa inclina la cerviz, claudica toda opinión, enmudecen las conciencias y levanta su cabeza de Calibán, ese otro principio de moral individual: primero el número uno. Sería el sálvese quien pueda del instante del naufragio; la bancarrota de la justicia.

A su turno, las Cortes Superiores, dueñas de la tela de Penélope, para hacer y deshacer, con más esa tendencia innata en el hombre cuando se halla en el poder, de no respetar linderos, ¿mantendrían su integridad para con sus propias hechuras, —a quienes les liga-

sen los más caros sentimientos, que serían, acaso, los que, rellenando los vacíos que dejaba el mérito, les llevaron en muchos casos, a la preferencia,— para imponerles la expiación de sus abusos, prevaricatos y concusiones? ¿Tendrían la entereza de echar en el platillo de los merecimientos, los gestos de independencia de quienes piensan con su cabeza y juzgan con su criterio, para, expirado el período del nombramiento, conservarles en el puesto? ¿No convertirían las facultades de nombrar, y supervigilar en una arma terrible de sojuzgamiento, de opresión y de tiranía contra todos los que de ellas dependen: llamándoles a cuentas por qué tamente allá esas pajas; sacudiendo contra los abogados el látigo del ultraje; interrumpiendo el ejercicio legal de la jurisdicción a los unos, cohibiendo la acción de los otros, siempre con la amenaza de la separación en los labios, y trocando el papel de tribunales de derecho por el de juntas populares e irrefrenadas, con pérdida de tiempo en el despacho y perturbación completa de la administración de justicia?

Los Agentes Fiscales, acoquinados por las frecuentes amonestaciones, ya públicas, ya privadas, e interesados, a la vez, por la reelección, procurarían solidarizarse en ideas y sentimientos con las corporaciones de quienes dependen. Atrás irían los Jueces de Parroquia, los Asesores, los Escribanos, los Alguaciles, los Defensores Públicos. . . . Se habría olvidado a los comentaristas del derecho por inútiles; la Medicina Legal y más ciencias auxiliares, por indigestas; la Lógica Judicial, por innecesaria y contrapuesta al *sano criterio*. Calmaría el viril y ruidoso aleteo de las discusiones, porque no habría para qué estudiar, meditar ni argüir; y la unificación de la Jurisprudencia, pero sólo en cada Distrito, sería plena, como cosa de milagro, pero con esa plenitud de muerte, que iguala a todos los hombres en el sepulcro, o en la ergástula a todos los esclavos.

Tal es, con colores pálidos, el cuadro del despotismo judicial para los pueblos. Cuando esto suceda, decid que nos hallamos bajo el peso del peor de los flagelos. Permanecemos indiferentes porque todavía no lo experimentamos; pero es un deber ciudadano con-

jurarlo antes de que llegue. Y el remedio es muy sencillo. Devolver la elección de Agentes Fiscales, al Poder Ejecutivo; la de Alcaldes, Jueces Parroquiales, Tribunal del Crimen y Alguaciles, a las Municipalidades; y esto, no solamente para conjurar los riesgos de despotismo, sino, principalmente, para dar legitimidad a sus funciones, haciendo que dimanen del pueblo, por elección indirecta.

Así legitimado el origen del Tribunal del Crimen, quítese el voto deliberativo en el fallo al Juez que motivó la causa; deróguese el secreto de la audiencia para los menores de dieciocho años; exclúyase de la jurisdicción del Tribunal del Crimen a los traidores, facciosos y libertinos, dejándolos a la potestad de los Jueces de Letras, y defínanse las facultades del Tribunal del Crimen en el sentido de nuestras observaciones, a que no sea su autoridad irrefrenada, y esta Institución, tan plagada de imperfecciones por la precipitación en crearla, significará un adelantadísimo paso en el terreno del derecho.

Labor es ésta que debe realizar la próxima legislatura, a cuya sabiduría encomendamos estas reformas, mientras asome en el horizonte del Derecho Penal Ecuatoriano la luz de la Escuela Positiva, que, rompiendo las murallas de odio y de venganza que ahora los divide, restituya a los caídos a la comunión humana, y no haya excepción a la santa doctrina de la fraternidad universal.

Cuenca, Abril 29 de 1931.

JUAN IÑIGUEZ VINTIMILLA.

Profesor de Práctica Civil, en la
Universidad de Cuenca.