

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, Talió, 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 manitestaciones 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 sí 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 ígneas 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 Heráclito 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 Fouillée 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 Zev-davesta y los dioses Ordmudz y Arihman 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 Lamarck 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 Hœkel que explica la vida mediante las plastides o plastidulas o el sárcodo, con el descubrimiento de las móneras efectuado por el mismo Hœkel 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 tal 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 Vences 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 ella 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 cita tomada 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 difiriese 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 Zelandia 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 pecuniaras; 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 transcribimos 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 [Ortoján].

“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 Metereología 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

CLASIFICACION DE LOS DELINCUENTES

CLASIFICACION	ANÓMALOS MORALES	<ul style="list-style-type: none"> { Congénitos.—Delincentes natos o locos morales. { Adquiridos.—“Habituales o perversidos morales”. { Transitorios.—Delincentes de ocasión.
PSICO.	ANÓMALOS INTELECTUALES	<ul style="list-style-type: none"> { Congénitos.—“Por locuras constitucionales etc”. { Adquiridos.—“Por locuras adquiridas, obsesiones cri- minosas etc”. { Transitorias.—Embriaguez, locuras tóxicas, etc.
PA.	ANÓMALOS VOLITIVOS	<ul style="list-style-type: none"> { Congénitos.—Degenerados, impulsivos, natos, delin- cuentes, epilépticos, etc. { Adquiridos.—Delincentes, alcohólicos, crónicos, im- pulsivos, etc. { Transitorios.—Impulsivos, pasionales, emouvios, etc.
TO.	ANOMALIAS COMBINADAS	<ul style="list-style-type: none"> { Afectivos Intellectuales.—Delincentes, estéticos. { Intellectuales-volitivas.—Obsesiones impulsivas. { Afectivo Impulsivas.—Impulsivos pasionales. { Afectivo-Impulsivo-Intellectuales.— Degeneración com- pleta del carácter.
LO.		
GI.		
CA		
DE LOS		
DELINCUENTES		

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

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

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 substituídos 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, entiéndese 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 adquiriera 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 ella, 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 élla 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 Dracón, 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 Ordalías, citaremos como principales, la de la balanza, del fuego, del agua, del veneno, del anillo enrojecido, de la suerte, etc.; todas las que espeluznan 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 Ordalías, 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 Cleberg, 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 dénmen los justos dioses cuanto: 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 tace 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, monománacos 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 afonía, 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 Reformatoria 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 criminoso, 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 preconstituídas 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 llámándolas 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 inquiere.

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 no 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 Reformativa de 1919 que dice: "y apreciará 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 conjetural, 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 pesquiza; 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 sienpre 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.