

OBSERVACIONES

AL

CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS

EN

MATERIA ~~CRIMINAL~~



QUITO

—
IMPRENTA DEL GOBIERNO

—
1894

Comprado en 1944



OBSERVACIONES

AL

CODIGO DE ENJUICIAMIENTOS

EN

MATERIA CRIMINAL

La idea del delito envuelve necesaria é indispensablemente la del castigo; y por esto podemos decir que la ley penal nació con el primer delito, ó sea con la rebeldía del ángel, como nos lo enseña la fe, y se estableció en la tierra con la falta de nuestros primeros padres, según nos lo dice la inspirada Historia del género humano. Así, la ley penal es la más antigua de las leyes; y sin embargo es la que ha tenido desarrollo más lento. Ha fluctuado con los tiempos, los usos, las costumbres y el desenvolvimiento más ó menos pujante de las sociedades; pues todo esto ha contribuído para que, por una parte, vaya desapareciendo la punibilidad de ciertos actos, y, por otra, se establezcan penas para hechos que, ó no se habían ejecutado hasta entonces, ó no figuraban en la escala de los punibles.

Del mismo modo que han variado los hechos en su carácter de punibilidad, hánse cambiado también las penas, avan-

zando, eso sí, en el camino de la perfección. Dura, hasta la crueldad, la legislación penal en el paganismo humanizóse un tanto con la aparición del cristianismo; y las máximas de la Divina enseñanza han ido destruyendo lentamente el carácter de barbarie que predominaba en esa legislación. Con todo, la ley penal ha sido la que menos ha llamado la atención de los hombres encargados de gobernar las sociedades. Hasta fines del siglo pasado había ya colecciones ó códigos de leyes civiles, políticas y administrativas más ó menos perfectos; pero en materia penal no se habían ejecutado trabajos semejantes.

Y si el derecho penal, diremos así, ha llevado al través de los siglos este curso lento y variado, el Código de las fórmulas, ó sea el que prescribe el modo y forma como deben perseguirse las infracciones, ha sido todavía más vario en su marcha, y ha llamado menos la atención de los legisladores.

A la América no llegaron los juicios de Dios; pero alcanzaron á venir hasta nuestro suelo el tormento y otros medios de prueba que se encontraban arraigados en la legislación penal de la madre Patria, que por cierto no era de las mejores. Rotas las cadenas del coloniaje, los legisladores colombianos contrajeron su atención á reglamentar los derechos políticos, á dictar leyes administrativas y á dar una que otra disposición, para fijar los derechos del individuo con relación á la propiedad. El poderoso genio de Bolívar, consagrado á la lucha titánica que dió libertad á un Continente, no tuvo tiempo para desplegar su acción en el campo del legislador. Pocas disposiciones expidió en materias políticas y administrativas; poquísimas en lo civil, y muy raras en lo penal.

Disuelta la gran Colombia y constituido el Ecuador en Estado independiente, nuestros legisladores se apresuraron á formar leyes de enjuiciamiento civil, comercial y hasta militar; pero no se acordaron de la legislación penal hasta el año de 1837, época en que con el Código Penal, apareció por primera vez una ley de Enjuiciamiento Criminal, que si bien imperfecta, tenía el mérito de ser propia. Esa ley, con varios Acuerdos de la Corte Suprema, que se consideraron como adicionales á la ley, rigió hasta el año 1863, en el cual se formuló una nueva que, si calcada sobre la anterior, reunió en un cuerpo todas las disposiciones que en la República se habían dado en materia de enjuiciamientos criminales. Con la reforma que del Código Penal se verificó en 1871, se expidió también el Código de Enjuiciamientos Criminales que, con

algunas reformas, estuvo en vigor hasta que en 1892 se sancionó el que actualmente rige.

Si el derecho de castigar nace del delito, la ley penal tiene por principal objeto el castigo y el legislador debe marchar directamente á este fin, guardando las reglas de justicia y proporción entre el delito y la pena, sin entrar en consideraciones secundarias. Por esto, en la ley penal debe prevalecer la bondad absoluta. No así en el Código de procedimiento. El legislador al establecer las reglas que debe seguir el juez para descubrir las infracciones y aplicar la pena al infractor, además de ser muy claro debe atender al estado de civilización, á los usos, costumbres, y sobre todo al carácter é índole del pueblo para el cual legisla. En esta materia debe buscarse, en lo posible, la bondad relativa.

La índole de los ecuatorianos es, generalmente hablando, suave; el carácter ardiente, voluble, pero ingenuo. Raro es entre nosotros el delincuente que no termina por confesar su falta. Raras son las causas en que el juez se encuentra torturado para descubrir la verdad de los hechos. Encuéntranse sí obstáculos en la aplicación del derecho, y muchas ocasiones en la observancia de las fórmulas, que, hablando en puridad de verdad, son un verdadero arsenal para la suspicacia de la defensa. En el procedimiento buscan ciertos defensores el modo de echar zancadilla al proceso, ó, cuando menos, de retardar el curso del juicio. De aquí resultan graves consecuencias para la buena administración de justicia. No son raras las veces en que la omisión de ciertas fórmulas de poca entidad ha contribuído para dejar impunes á los infractores, ó para prolongar los juicios de tal modo, que, alejándose el recuerdo de la impresión que causó el hecho punible, venga á desaparecer casi, en la opinión pública, la necesidad de la eficacia del castigo. Sí: no son raros los casos en que por los dos medios que dejamos apuntados, la vindicta pública ha sido completamente burlada ó el infractor no ha sufrido la pena merecida.

Nuestro Código de Enjuiciamientos Criminales está lejos de la perfección, como que es obra de los hombres; pero es ya un cuerpo de doctrina, y no debe ser desechado. Los legisladores deben perfeccionarlo, aunque sea paulatinamente.

Esta consideración ha influído en nuestro ánimo para resolvernos á hacer algunas observaciones al efecto. No nos proponemos presentar un *proyecto de Código*, porque un nuevo proyecto indica cambio de sistema, y el del que tenemos,

á nuestro juicio, no es malo. Además, los nuevos proyectos entre nosotros no son sino copias de lo establecido, con muy ligeras modificaciones. Nuestro objeto es hacer notar algunos vacíos, apuntar los vicios de algunas disposiciones, la falta de claridad de otras; y manifestar los inconvenientes que han podido observarse en la práctica.

Nadie, que sepamos, ha trabajado hasta hoy en el sentido que vamos á hacerlo. El Procedimiento en Materia Civil ha sido objeto de observaciones, de estudio, de discusión. El de la parte Criminal ha sido mirado con indiferencia, si cabe decirlo, á pesar de su importancia.

TITULO I.

SECCION 1.^a

De la Jurisdicción Criminal y del Fuero.

El Legislador ha principiado por explicar concisamente el origen de la jurisdicción criminal, determinar las personas que, por infracciones están sujetas á la acción de las leyes ecuatorianas y fijar las reglas que deben observarse relativamente á la competencia del Juez. Puntos demasiado importantes son éstos; pues sobre ellos rueda la organización del procedimiento. Las leyes anteriores al Código nada establecían acerca de la Jurisdicción y el Fuero, y talvez por esto no eran raros los casos en que se suscitaban competencias, con perjuicio de la causa pública.

Art. 1.^o La Jurisdicción Criminal nace de la ley.

A primera vista parece impropio el origen que en el artículo se da á la Jurisdicción Criminal; pues siendo la Jurisdicción la facultad de *administrar justicia*, podría decirse que esta facultad no nace de la ley, sino del derecho natural. Mas, si se observa que en la materia no hay *jurisdicción voluntaria*; y que, además, la ley es la que establece el carácter punible de las acciones humanas; que el acto que ella no ha declarado de antemano punible no puede ser penado, debemos convenir en que el derecho de administrar justicia en materia criminal emana de la ley.

Art. 2.^o Están sometidos á la Jurisdicción Criminal del Ecuador:

2.^o *Los Agentes Diplomáticos del Ecuador; su familia y*

que ó cambie su nombre ó apellido. Es indudable que sería necesario comprobar la identidad para que la sentencia pudiera pronunciarse con acierto. ¿Esta prueba deberá practicarse en el mismo proceso ó por cuerda separada? Al verificarse en el mismo proceso, tal vez habría necesidad de suspender el juzgamiento hasta que resulte comprobada la identidad; y podría suceder que la suspensión se prolongase demasiado con perjuicio de la causa pública y á veces de la inocencia. Quizá sería más propio seguir el incidente de comprobación por cuerda separada, y continuar el juicio hasta el estado de pronunciarse sentencia. Lo así actuado se agregaría al juicio principal para expedir el respectivo fallo.

SECCION 6ª

De la detención del Indiciado.

Innumerables abusos se han cometido y se cometerán, ya por ignorancia, y no pocas veces por prevención, al arrimo del art. 104. Más de una causa han fallado los Juzgados y Tribunales en las que el sindicado ha estado preso meses, y hasta años, y ha resultado que el hecho que se pesquisaba no ha sido infracción, ó no ha sido suficientemente comprobado, ó no ha habido razón para arrestar á un infeliz. Cierto que la disposición del citado artículo garantiza lo suficiente la libertad del individuo; que los abusos nada prueban contra la bondad de la ley; pero para evitar, siquiera en parte, estos abusos, debería imponerse alguna pena eficaz al juez que ordenase la detención sin cerciorarse de que se han llenado las dos precisas condiciones que la ley exige. De este modo, el miedo de incurrir en esa responsabilidad cierta, haría al juez de instrucción más cauto, ó menos prevenido, para ordenar el arresto.

Art. 109. Este artículo debería decir: "Los vagos, *los que hayan sido enjuiciados por ladrones*, y los reincidentes, etc." El robo es el delito más común entre nosotros, si bien es cierto que el mayor número de robos es de cosas de poca valía. Los ladrones que rinden fianza salen de la prisión á continuar en el *oficio*, y con el mismo producto del robo costean la defensa: algunos son diestros, y obran de tal modo que eluden fácilmente la responsabilidad y dejan burlada la acción de la justicia, porque el juez no encuentra en el proceso la prueba

que *excluya la posibilidad de la inocencia del acusado*. Por esto, el que una vez fué enjuiciado por robo, aunque haya salido bien del lance, y vuelve á ser sindicado del mismo delito, tiene contra sí la presunción del vicio, y no debe gozar de un beneficio concedido por la ley en atención á la posibilidad de la inocencia. Raro sería tal vez el sindicado que sufriera injustamente el rigor de esta disposición.

SECCION 7ª

De la extradición y allanamiento.

La Constitución garantiza la inviolabilidad del domicilio; y el Código, en consecuencia, dispone que para allanar la morada de un habitante en el Ecuador, cuando no es delincuente, se observen las formalidades prescritas en el art. 118; esto es, que se expida el auto de allanamiento, en virtud de declaraciones ó denuncia jurada de personas fidedignas. Mas, en los casos 4º y 5º del art. 117 la necesidad de observar estas formalidades viene á hacer infructuoso el allanamiento. Si se trata de impedir una infracción que se está cometiendo, ó de socorrer á los moradores del domicilio contra un ataque actual, el requisito del auto, previas las respectivas diligencias, dará tiempo á los infractores para que consumen el hecho; y entonces el juez irá no ya á contener la perpetración, sino á ser testigo de los resultados que habría podido impedir si no se hubiese visto obligado á observar las formalidades legales. Para que la ley pudiera tener eficacia en los dos casos mencionados, deberían suprimirse las fórmulas para el allanamiento, ó, cuando menos, incluir esos casos en la primera parte del art. 118.

Para el allanamiento de los *locales de las oficinas* (porque hay oficinas que no están en el Palacio de Gobierno ni en el de Justicia), debe determinarse cual es *la autoridad respectiva*, á quien deba darse el aviso previo.

Es necesario agregar al art. 125 el procedimiento que hay que observar para extraer de los buques mercantes extranjeros á los infractores.

SECCION 8ª

De la conclusión del sumario.

Esta sección contiene las mismas disposiciones que al efecto han regido desde el año de 1839, con la supresión de los recursos que las leyes anteriores al año de 1872 concedían para el auto motivado, y de la parte relativa al Jurado de acusación verificada en 1892.

La fianza que el sindicado rinde en conformidad con el art. 106 es para eximirse de la *detención*, carácter que conserva la privación de la libertad del individuo, hasta que se expida el auto motivado. Por consiguiente, la fianza debe servir hasta que tal auto se pronuncie. Por esto opinamos que al art. 127 debe añadirse, "*si no hubiere rendido fianza*"; pues siendo absoluta la disposición de dicho artículo, una vez concluido el sumario, tiene que procederse á la detención del indiciado para remitirlo, junto con el sumario, al juez competente; lo cual no parece justo si ha rendido fianza. Esta disposición viene copiándose en todas las leyes, y en la del año 1846, que estableció el juicio por Jurados, se prevenía remitir al reo *bien asegurado*. En la práctica vemos que no se procede así; de modo que la corruptela ha venido á corregir una injusticia de la ley.

SECCION 9ª

Del auto de sobreseimiento.

Las leyes anteriores no establecían la acertada división del sobreseimiento en *provisional* y *definitivo*, que ha establecido el Código. Pero el legislador ha puesto como uno de los fundamentos para dictar este auto, en ambos casos, la falta de comprobación del cuerpo del delito, y para el *definitivo* acentúa la falta de comprobación con el advervio *absolutamente*. La adición de este advervio arguye en cierto modo á favor de nuestra manera de pensar acerca de lo que debe llamarse *comprobación del cuerpo del delito*; pues, si para ésta fuese necesaria, en los casos dados, la inspección ó reconocimiento de peritos, el *absolutamente* sería inexplicable, porque no puede haber reconocimiento á medias. La naturaleza de este trabajo no nos permite extendernos á este respecto, y pa-

samos á la división. El Código del cual se ha tomado nos parece más lógico y más claro: en él se establece, con diferentes palabras, que el sobreseimiento sea provisional cuando está comprobado el cuerpo del delito, pero no aparezca persona responsable; lo cual, á nuestro modo de ver, no completaba la idea, como viene á completarse con la última parte de nuestro art. 132.

La falta de comprobación del cuerpo del delito no puede ni debe surtir sino un solo efecto: si no hay tal comprobación, no hay fundamento para continuar el proceso, no puede haber juicio. Y es contrasentido disponer, con el sobreseimiento provisional, que el juicio quede suspenso, cuando no existe. Por esto, opinamos que el inciso 1º del art. 132 debe decir: "Haya ó no acusación, si comprobado el cuerpo del delito, el sumario en concepto del Juez no presta mérito para continuar la causa, porque no se sabe quien sea responsable de la infracción, ó porque se han desvanecido completamente las presunciones que había contra alguno, el Juez dictará auto de sobreseimiento provisional."

En el inciso 2º del art. 132 se dispone que inmediatamente se ponga en libertad al sindicado, bajo fianza; y en el art. 133 cuando, en fuerza de la reunión de las condiciones puntualizadas, se pronuncia auto de sobreseimiento definitivo, nada se dice de la libertad del sindicado. La naturaleza del auto exige que, en este caso, se ordene la inmediata é incondicional libertad del individuo.

Del art. 136, inciso 1º debería eliminarse la frase: *Sea ó no definitivo*, porque, además de ser una redundancia, puede dar origen á alguna confusión. La segunda parte del inciso aclara perfectamente la idea que se enuncia en la primera.

Al conocer el superior del auto de sobreseimiento se han presentado dos casos acerca de los cuales, por falta de disposición expresa, ha habido diversas opiniones.—1º Sube en consulta el auto de sobreseimiento pronunciado á favor de Juan, en el mismo *motivado* contra Pedro. ¿Podrá el superior declarar la nulidad del proccso, si encuentra en él alguna falta que lo invalide? No faltan opiniones por la negativa, fundadas en que subiendo en grado el auto, sólo en la parte del sobreseimiento, no ha de considerarse sino esa parte; y que la nulidad afecta á la parte del *motivado*, acerca de la cual el superior carece de jurisdicción para conocer. La Corte ha resuelto declarando la nulidad, porque de no hacerlo, obligaría al inferior á continuar un proceso viciado; y á no poder

declarar la nulidad, aunque conozca el vicio, porque ya la causa ha sido *devuelta* por el superior.—2º El inferior ha juzgado que el cuerpo del delito no estaba comprobado y declarado la nulidad del proceso, previniendo que se rehaga subsanando la falta; mas, como no se ha podido practicar otras diligencias para la comprobación, el juez ha dictado sobreseimiento, fundado en el efecto de la nulidad que declaró. En concepto del superior está comprobado el cuerpo del delito, de manera que fué erróneo el fundamento del auto consultado. ¿Podrá revocarse el sobreseimiento, declarando comprobado el cuerpo del delito, ó deberá respetarse la nulidad que pronunció el juez? La Corte ha resuelto afirmativamente. No hay, repetimos, disposiciones expresas acerca de estos dos puntos; y tal vez sería conveniente dictarlas para evitar dificultades y quizá fallos diversos.

SECCION 10ª

De la formación de causa.

El tenor literal del último inciso del art. 138 puede dar lugar á que se crea que lo dispuesto en los artículos 107 y 110 acerca de la fianza, es relativo solamente á la *detención* del sindicado, y que no debe regir tratándose del *mandamiento de prisión*. En consecuencia se diría que *los vagos, los reincidentes, los que han comprometido una vez al fiador, y, como lo hemos indicado, los ladrones* que han sido juzgados por la misma clase de infracción, pueden dar fianza si el delito no merece una pena que en su mínimo no pase de dos años de prisión. Para llenar este vacío, en el citado inciso debería decirse "*siempre que el encausado no esté comprendido en los casos de los artículos 109 y 110, y además rinda fianza &*

Se acostumbra, contra ley, no llevar á efecto la *prisión* cuando el encausado ha rendido fianza para eximirse de la *detención*, y esta corruptela puede dar lugar facilmente á que la justicia quede burlada. El fiador que se obliga á presentar al simple *detenido*, no puede ser obligado legalmente, en fuerza de su fianza, á presentar al mismo individuo después que se ha dictado auto de prisión contra él. Después del auto debe rendirse nueva fianza, excepto el caso de que la anterior hubiese sido otorgada en conformidad con el art. 108, y en términos que demuestren claramente que durará hasta la conclusión del juicio.

Cuando son dos ó más los reos y uno ó más de estos están ausentes ó prófugos, después del auto motivado se suspende el juicio respecto de los ausentes y se continúa con los presentes. Esto se practica sin disposición legal que lo prevenga. Sería bien llenar la falta.

TITULO IV.

SECCION 1ª

De la jurisdicción de los Jurados.

No queremos entrar en el examen de si ha sido conveniente y lógica la supresión del jurado de acusación; si falsea ó no el sistema del juicio por jurados, pues la índole de nuestro trabajo ño lo permite; y además, esta reforma *radical* que se ha introducido en nuestra legislación debe tener la ejecutoria de la experiencia, para poder apreciarla por sus resultados. Tomamos el Código como está, porque, lo repetimos, nuestras observaciones se contraen á las disposiciones vigentes.

Por las razones expresadas cuando tratamos del art. 9º acerca del art. 389 del Código Penal, y caso de no aceptarse la indicación que hicimos, el crimen detallado en dicho art. 389 no debería ser de la competencia del Jurado.

El Nº 2º del art. 150 dice que los militares, aún en tiempo de campaña, están sujetos al Jurado en los casos de desafuero, según el Código Militar y las leyes vigentes. La ley del año de 1846 que estableció el Juicio por Jurados contenía la misma disposición, con la diferencia de que en ella se decía *Ordenanzas militares* en vez de Código Militar, y sólo por esto nos explicamos la existencia de la misma disposición en el Código, pues, ni en el Militar, ni en ley alguna encontramos los casos de desafuero. La ley no debe contener una disposición que no tiene razón de ser.

En el art. 154 deben incluirse los Ministros del Tribunal de Cuentas; pues no son empleados de Hacienda para considerarlos comprendidos en el Nº 5º de dicho artículo.

SECCION 3ª

Del nombramiento de Jurados.

La ley de 1846 fijó el número de treinta jurados principales y quince suplentes, porque estableció los Jurados de

acusación y decisión, y esto sólo en los cantones de Quito, Cuenca y Guayaquil. El mismo número continuó fijándose á pesar de que el jurado se estableció en otros cantones menos poblados; y todavía en el Código se fija el mismo número, cuando está suprimido el jurado de acusación. Conveniente parece disminuir hoy el número, porque en los cantones de poca población, en que el Tribunal se ha establecido, no es muy fácil encontrar expeditos cada año 45 ciudadanos para nombrarlos jurados.

La citada ley concedió también al Ejecutivo la facultad de establecer el jurado en otros cantones ó de someter á estos al jurado del cantón de las capitales de distrito ó de provincia; disposición que contiene el inciso 2º del art. 158 del Código. En virtud de tal facultad, el Poder Ejecutivo sometió el año de 1854, á los cantones de Cotacachi y Otavalo al jurado que había establecido en Ibarra; pero este decreto ejecutivo quedó sin vigor por la derogatoria que contiene el artículo final del Código de 1872. Con todo el año de 1891 la Corte Suprema, al resolver un punto de competencia, declaró que en virtud del decreto de 1854, los cantones de Otavalo y Cotacachi se hallaban sometidos al Jurado de Ibarra, declaratoria que, á nuestro juicio, no es correcta, y puede ser motivo de vicios en el procedimiento para lo sucesivo. Bien sería que este punto se ponga en claro. Y nos parece que sería más conveniente disponer en la ley que los cantones que estén á cuarenta kilómetros, ú otra mayor distancia, si se quiere, del en que esté establecido el jurado, se consideren sometidos á éste, sin perjuicio de que más tarde pueda el Ejecutivo establecer también en ellos el Jurado.

SECCION 4.^a

De la reunión del Jurado.

Debe procurarse en lo posible la concurrencia al Jurado de los testigos que declararon en el sumario, pues tratándose de averiguar el hecho ó hechos que constituyen la infracción con todas sus circunstancias, los testigos que presenciaron esos hechos deben ir al jurado para llevar, con sus dichos, la convicción al ánimo de los jueces. Por esto, y considerando la distancia á que, generalmente, se encuentran las poblaciones á la cabecera del cantón en que el jurado se halla establecido,

opinamos que en vez de quince kilómetros se diga veinticinco, en el inciso 1º del art. 165.

Costear la parte interesada la comparecencia de los testigos al jurado tiene algo de inmoral. Por lo común, el ánimo del testigo costeadado se inclina á favor de quien hace el gasto. Tratándose de la vindicta pública sería quizá más propio que el Fisco costease la traslación de los testigos que exija el acusado.

Con el objeto de inhabilitar á uno ó más jurados, la *chicanería* ha recurrido al medio de presentarlos de testigos de abono; y hemos visto ya casos de presentar una larga lista de ellos para obstar así á la reunión del Tribunal. El mal ejemplo se propaga con rapidez, y no tardará el día en que el jurado no podrá reunirse porque todos los nombrados *deben declarar* acerca de la buena conducta del acusado. Necesario es poner valla á este abuso, ya sea determinando qué clase de testigos no pueden ser jurados, ya limitando el número de testigos de abono que cabe presentarse, ó excogitando cualquier otro medio.

A pesar de la claridad con que está redactado el art. 186, y viciando el sistema del juicio, acostumbran algunos jueces y secretarios hacer que se lea á los testigos las declaraciones que prestaron en el sumario y preguntarles después si es eso lo que declararon, y si se ratifican en lo que han dicho. Este viciado procedimiento, debido á la incuria ó á la pereza de los funcionarios, debe corregirse de algún modo: por idiota que sea el testigo, una vez que se le recuerda lo que ha dicho, no hará sino ratificarse en ello; y nunca llegará el caso de que se contradiga, si acaso no dijo la verdad en la declaración. Prevéngase bajo alguna pena que se haga constar en el acta que primero declaró el testigo, y que después se ratificó en la declaración anterior. Las actas del juicio son las más de las veces tan pobres de datos, que, si llega el caso de algún recurso, el superior no encuentra en ellas la luz necesaria para apreciar los hechos.

Si se acepta la indicación que dejamos hecha en el inciso 1º del art. 165 respecto á la distancia, debe ponerse en armonía con él el art. 192.

La facultad que por el art. 189 tiene el presidente del Jurado para *hacer retirar á los acusados y examinar á los testigos* estando aquellos ausentes, parece estar en oposición con el caso 7º del art. 236, que como causa de nulidad es disposición especial. Debe ponerse acordes á las dos disposiciones.

SECCION 5ª

De la sentencia.

La ley de 1846 decía: "Si el jurado declara que el acusado no es culpable, ó que el hecho no es constante, el juez absolverá definitivamente. Hará lo mismo cuando hubiese declarado que obró sin discernimiento, ó que consta el hecho permitido por la ley, que propuso como excusa." Igual disposición contenía la de 1863; mas, el Código ha introducido una diferencia que, bien examinada, es absurda. El art. 232 previene que cuando se declare que el hecho no es constante ó que el acusado no es culpable, se absuelva *definitivamente*. También le absolverá, dice el 123, (aquí no añade, como las leyes anteriores, *definitivamente*) cuando el jurado declare que el acusado obró sin discernimiento, ó que consta el hecho permitido por la ley y que sirve de justificación."

Viciosas eran las disposiciones anteriores, pero lo es más la actual. Por la naturaleza del juicio, la división de la absolución en *definitiva* y de la *instancia* parece que no debe tener lugar en el de jurado; pues en ningún caso el acusado que obtuvo veredicto favorable puede volver á ser encausado por la misma infracción. Cierto que hay diferencia entre el veredicto que declara que *el hecho no es constante ó que el acusado no es culpable*, y el que resuelve que *el acusado obró sin discernimiento ó que el hecho es justificable*, puesto que en el primer caso no es cierto el hecho, mientras que sí lo es en el segundo; pero declarada la causa de justificación, el resultado es el mismo que si se hubiese declarado no culpable al acusado. Así, pues, prevenir que en el un caso se absuelva definitivamente, y establecer tácitamente en el otro la absolución de la instancia, como si se pudiese volver á seguir de nuevo el juicio, es un contrasentido. ¿Tuvo presente el legislador para disponer así la responsabilidad en que incurre el acusador con la absolución definitiva? Parécenos que no; porque el juicio por jurados en todas sus faces está sujeto á disposiciones especiales, y la del art. 225 es muy clara respecto de esa responsabilidad. Empero, si se quiere puede añadirse en este artículo: "En los demás casos no se exhibirá la denuncia." Así quedaría seguro el que hubiese acusado por un hecho cierto. Debe borrarse el *definitivamente* de los ar-

títulos 222 y 227, para hacer desaparecer la idea de la absolución de la *instancia*.

El inciso 2º del art. 233 previene que se ejecute la sentencia después de tres días si no se interpusieren los recursos de nulidad ó revisión; y estamos viendo constantemente, en los casos de pena capital, que, contra lo dispuesto, se suspende la ejecución de la sentencia cuando el reo pide *gracia* al Poder Ejecutivo. Esta suspensión es ilegal; por lo que sería más acertado añadir al inciso citado este caso de *suspensión*, á fin de evitar al juez un procedimiento contra ley, si suspende la ejecución de la sentencia, ó un acto que podría calificarse de bárbaro, si no obstante la solicitud de gracia llevase á ejecución la sentencia en cumplimiento de la ley.

Dispone el art. 234, que si durante los debates el reo hubiese sido inculcado por testigos ó documentos de otras infracciones que merezcan pena mayor ó *diversas* de aquellas por las que ha sido, en caso de que el veredicto sea condenatorio, el juez suspenda el pronunciamiento de la sentencia, y someta al inculcado á nuevo juzgamiento. Cuando la nueva infracción que se imputa al reo merezca pena mayor que la juzgada, la disposición no presenta obstáculo en la práctica; pero sí puede presentarlo cuando merezca pena menor, ó sea *diversa*. El veredicto declara al acusado reo de asesinato; pero en los debates se le ha inculcado de un estupro con violencia ó de un robo simple. ¿Será lógico suspender el pronunciamiento de la sentencia sobre el asesinato para juzgar acerca del estupro ó del robo, é imponer al acusado después de la pena de muerte la correspondiente al robo ó al estupro? No; pero sería legal. Hasta hoy la suspicacia de los defensores, en los casos desesperados, no se ha aprovechado de esta de escape que el Legislador debe apresurarse á condenar.

SECCION 6ª

De la nulidad.

Hemos apuntado lo relativo al caso 7º del art. 236 y al art. 189.

Art. 238. Si el recurso de que habla este artículo fuese interpuesto por el acusador particular, parece justo que también se le oiga en la Corte Suprema, como se le oye en los demás casos en la Corte Superior.

Art. 246. Cuando la nulidad se declare por los casos 8º y 9º, debe conocer de la causa el mismo juez, á pesar de que se le condena en las costas. Razón de ser tiene la causa 14 del art. 911 del Código de Enjuiciamientos en materia civil, y va contra toda la filosofía de esta disposición el art. 246 que examinamos. O exímase al juez de la responsabilidad de costas cuando la nulidad se declare por uno de los dos casos mencionados, lo cual sería hasta justo, porque bien puede no ser culpable; ó dispóngase que otro juez proceda al nuevo examen.

SECCION 7ª

De la revisión.

El art. 250 no expresa el término dentro del cual debe interponerse el recurso de revisión por el caso 3º, cuando la ley lo ha hecho en todos los demás: tampoco se designa el Tribunal que debe conocer del recurso, ni se fija el procedimiento que debe observarse.

SECCION 8ª

Disposiciones comunes.

Lo dispuesto en el art. 259 es una verdadera prorogación legal de jurisdicción, pero entendemos que tal prorogación es sólo para el jurado. Y si el cantón en que el jurado se reúne pertenece á un distrito judicial diverso de aquel en que se cometió la infracción. ¿Cuál de las Cortes Superiores deberá conocer del respectivo recurso de nulidad? Para evitar dudas parece necesario determinarlo.

TITULO V.

Procedimiento en las causas que no son de Jurado.

Art. 261. "En los crímenes que no son de la competencia del jurado, en los que *deben juzgarse en los lugares donde éste no se haya establecido*, y generalmente en todos los delitos, etc."

Los Jueces Letrados conocen á prevención con los Al-

caldes Municipales de las causas seguidas por las infracciones que se cometan en los cantones donde no residen los primeros. Cuando el Juez Letrado ó un Alcalde no instruyen el sumario, el juez de instrucción es quien concreta la jurisdicción del competente, pues á su arbitrio queda enviar el sumario al Alcalde del cantón, ó al Juez Letrado de la provincia. El crimen se ha cometido en un cantón no sometido al jurado, y el sumario se envía al Juez de Letras. ¿Deberá conocer de esta causa el jurado, ó el juez debè juzgar ordinariamente? Por el tenor del artículo puede creerse que corresponde al Jurado; porque en tal caso la infracción ya *debe juzgarse en el lugar en que está establecido el jurado*. Y viene á corroborar esta idea el inciso 2º del art. 271 que dice: "*Pero si resultase que la infracción merece pena criminal Y SE JUZGA en un lugar donde se HALLA establecido el jurado y es de la competencia de éste, el juez se abstendrá de sentenciar y ordenará que el proceso se someta al juzgamiento por Jurados*". Con todo, opinamos que es el Juez de de Letras quien debe juzgar, ya porque, si nuestra memoria no es infiel, la Corte Suprema así lo ha resuelto; ya porque de otro modo, sería por demás la autorización del inciso segundo del art, 158: no habría necesidad de someter el Cantón al Jurado de ótro, pues con sólo enviar el sumario al Juez de Letras se produciría el sometimiento. Necesaria parece una disposición clara al efecto.

SECCION 1ª

De las diligencias que deben preceder á la sentencia.

Establecido en este Código el modo como debe recibirse la prueba testimonial, cuando tiene que practicarse en lugar distinto de aquel en que se sigue el juicio, parece impropio que, tratándose de tal prueba, el art. 265 se remita á lo dispuesto en el Código de Enjuiciamientos civiles, cuyas disposiciones al respecto, tienen alguna diferencia de las prescritas para lo criminal, especialmente en la parte que conmina con penas al juez comisionado omiso ó negligente. Sería mejor redacten así el artículo: "Si la prueba testimonial debe practicarse en lugar distinto de aquel en que se sigue el juicio, se librá despachos al efecto á las autoridades locales de la residencia de los testigos; y se observará lo dispuesto en los artículos 166, 167 y 168".

Cuanto á la prueba instrumental, que muy rara ocasión puede tener cabida en estos juicios, puede referirse á lo dispuesto en materia civil, si acaso no pareciere mejor establecer disposición especial.

SECCION 2ª

De la sentencia.

Hemos hablado del art. 271, al tratar del 261; y caso de aceptarse la observación que hicimos, deberían ponerse los incisos 2º y 3º en armonía con la reforma.

SECCION 3ª

De los recursos de apelación y tercera instancia, y de las consultas.

La limitación de los casos de recursos y consultas es una benéfica reforma que al procedimiento se hizo el año de 1892; pues era una clamorosa injusticia que el individuo que había sido absuelto ó condenado á una pena de más de un mes de prisión, ó de menor tiempo y multa, tuviese que esperar hasta la ejecutoria suprema para ser puesto en libertad. Un juicio, por lo común, á pesar de las conminaciones de la ley, tarda mucho en recorrer las tres instancias; y por esto hemos visto antes, más de un caso en que el reo condenado á pocos meses, de prisión permaneció preso el doble y triple del tiempo para el cual resultó condenado. La limitación de que tratamos, y la disposición del art. 277 han hecho de hecho desaparecer casi el inconveniente; y decimos *casi*, porque todavía puede llegar á suceder lo que se quiso evitar. El núm. 4º del art. 275 deja campo al recuso de tercera instancia aunque la Corte Superior, reformando el fallo, imponga sólo la pena de seis meses de prisión. En este caso, el condenado, aunque haya estado preso ya más del tiempo de la condena, debe continuar en prisión hasta que se expida el fallo supremo. Para prevenir este mal, la última parte del art. 277 debería decir: "Pero si la sentencia fuere absolutoria, ó en caso contrario le condenase á una pena que pase de seis meses de prisión, se le pondrá en libertad si diere fianza.

SECCION 4^a

Disposiciones especiales relativas á los juicios que se promuevan contra los funcionarios públicos.

El art. 285 debería decir: "Si la infracción merece una pena que en su *mínimo* no pase de dos años de prisión y multa, ó una de estas penas solamente &". Esta es consecuencia de la reforma que se hizo al art. 297 del Código anterior. Lo dispuesto en el art. 285 ha dado lugar á que un funcionario enjuiciado por infracción, que no merezca sino pena de tres meses de prisión y ocho sucos de multa, se vea obligado á presentarse en el lugar del juicio.

SECCION 5^a

Disposiciones especiales relativas á las infracciones cometidas por la imprenta.

Las infracciones de que habla esta sección son delitos públicos; pues, las que constituyen delitos privados cometidos por la imprenta, deben ser juzgados en juicio económico; y de ellas trataremos después. La naturaleza de este trabajo no nos permite hacer apreciaciones acerca del modo cómo dispone el Código que se persigan las infracciones cometidas por la imprenta; juzgamiento en el cual debe consultarse al mismo tiempo que la eficacia de la sanción legal, la garantía que la Constitución y las leyes conceden al que hace uso de la prensa para expresar sus pensamientos. Así pues, nos limitamos á observar, que debiendo perseguirse estas infracciones sólo por acusación, ésta debe sujetarse en lo posible á lo prescrito en el art. 20; y el acusador debe, en consecuencia, manifestar cuáles son las frases ó razonamientos de la publicación que constituyen el delito acusado; para que el defensor que se nombre de oficio; y aun el autor ó reproductor, en su caso, conozcan los fundamentos de la acusación, y se prevengan á la defensa.

Al pronunciar el auto de que se habla en el art. 294, algunos jueces se aventan á calificar el escrito acusado, de modo que ya expresan su juicio acerca de la existencia de la infracción. Decir que se exhiba el original porque la publicación es irreligiosa ó contiene injurias, etc., equivale á resolver el

punto que va á discutirse y cuya resolución debe ser obra de la sentencia. Bueno sería prevenir este abuso.

El defensor que se nombra para que conteste á la acusación es parte en el juicio hasta que, ejecutoriado el auto de que habla el art. 294, se presente el responsable. No obstante, se ha negado tal carácter al defensor que ha interpuesto algún recurso con motivo del expresado auto. Al art. 293 debe agregarse: que el defensor es parte, ó tiene derecho para intervenir en el juicio, hasta que se exhiba el original del im- preso acusado.

SECCION 6ª

Disposiciones especiales sobre los Juicios de Contrabando.

En las leyes anteriores al Código no era necesario aprehender los objetos para castigar al contrabandista; bastaba *justificar el contrabando*, como decía la ley de 1863, para imponer al infractor la pena de una multa *equivalente* (la equivalencia sería sin duda á los efectos no aprehendidos). El art. 209 del Código dice que el juicio se reducirá á *comprobar la aprehensión del contrabando y la perpetración del delito*; y como por *aprehensión del contrabando* entendemos la de las especies importadas, exportadas, elaboradas ó vendidas fraudulentamente, se deduce que no basta para constituir la infracción la aprehensión de ellas solamente, sino que es necesario que se compruebe el fraude. ¿Bastará para constituirla la comprobación del fraude, ó sea la perpetración del delito sin la aprehensión de las especies? Podría decirse que no, fundándose en los términos del artículo. En este caso hay prueba de una infracción, y esta infracción no puede ser pesquisada; porque siendo el juicio criminal consecuencia de la sentencia condenatoria que se pronuncie en el de contrabando, sin esta sentencia el Juez del Crimen no tendrá base para el enjuiciamiento. ¿No sería conveniente establecer que se juzgue á los contrabandistas para imponerles la pena respectiva, aunque no se haya seguido el juicio de contrabando? Importantísimo es el punto, y nos parece digno de llamar la atención del Legislador.

SECCION 8ª

De los juicios económicos.

El Congreso de 1892 restableció el Juicio económico abrogado en 1872. Quiso el legislador que las infracciones que deben ser juzgadas en juicio económico no estuviesen sujetas á la tramitación del ordinario, para que se fallare prontamente acerca de ellas; pero el resultado no ha correspondido á las miras del legislador. Hemos visto juicios económicos cuya duración no ha sido de once días, término máximo fijado por la ley, sino de muchos meses; porque el juez ha concedido para la prueba término indefinido: hemos visto más de diez actas de un juicio económico celebradas en más de dos meses, y concesiones de términos largos para alegar después de celebrado el juicio, de modo que éste ha venido á ser verdaderamente *anticconómico*, ya por el tiempo que pierde el juez, ya por los gastos que hacen los litigantes.

El art. 312, que es general para los delitos de heridas y para los de robo, previene, en todo caso, se instruya el sumario, y que concluido, el juez ordene la celebración del juicio económico. En estos procedimientos no hay auto de sobreseimiento ni motivado; porque la resolución tiene que darla el juez por *sentencia*, después de concluido el juicio.

Tratándose de infracciones no pesquisables de oficio, la disposición del citado artículo no presentaría talvez inconvenientes; porque en este caso hay dos partes contrincantes, y bien estaría que concluido el sumario se celebre el juicio y se absuelva ó condene al acusado. Si no está comprobado el delito de heridas, el juez *sentenciará* absolviendo al acusado, sin entrar á considerar el vicio del proceso por falta de comprobación del cuerpo del delito. Mas, tratándose de infracciones que deben pesquisarse de oficio, se palpa la viciosa organización del procedimiento. Se sigue el sumario por robo; no se ha probado la preexistencia de la cosa robada; por consiguiente no está comprobado el cuerpo del delito. Concluido el sumario, el juez está obligado á ordenar la celebración del juicio económico; y ¿para qué? para resolver en la *sentencia* que no está comprobado el cuerpo del delito y absolver al acusado. De donde resulta que se ha seguido un juicio y pronunciado fallo cuando no ha habido *basa para continuar* el proceso. ¿No habría sido más expedito, más *económico*, que el juez, ya que

no estaba comprobado el cuerpo del delito, una vez concluido el sumario, pronunciase auto de sobreseimiento, que no ordenar la celebración del juicio económico? Y luego, la falta de comprobación del cuerpo del delito vicia el proceso: el juez, después del juicio no puede pronunciar auto de sobreseimiento, sino sentencia; y en esa sentencia no puede declarar la nulidad del proceso. Comprobada la infracción no aparece persona responsable: concluido el sumario el juez tiene que ordenar la celebración del *económico*. ¿Con quién va á seguirse este juicio? ¿Será con el defensor que se nombró para el sumario, ó con otro que se nombre al efecto? Concluido el juicio, debe pronunciar sentencia. ¿Contra quién se pronunciará? á quién se absolverá? La ley de 1863 era, á no dudar, mejor en esta parte: disponía que *si de la información sumaria resultare probado el delito, y por indicios ó presunciones graves apareciere el culpado, el juez dispondrá la celebración del juicio*, etc. Ya que se quiere juicio económico así debe establecerse, añadiendo que, si el juez no encuentra comprobado el cuerpo del delito, ó no aparece persona responsable, pronuncie auto de sobreseimiento.

Na hay razón para que el delito de heridas no pesquisable de oficio, deba sujetarse á la tramitación establecida en el art. 312, esto es, á la información sumaria. A nuestro juicio, en la parte final del art. 313, debía decirse: "Y luego cumplirá con todo lo prevenido en el *inciso 2º* del artículo anterior".

En el inciso 2º del art. 312 no se ha expresado, como en el inciso 2º del 315, la necesidad de la concurrencia del acusado al juicio: por esto se ha fallado en algunas ocasiones que tal concurrencia no es necesaria. de modo que se ha celebrado el juicio sin estar presente el sindicado. Esta resolución parece errónea si se considera que descubierto el infractor debe estar detenido, ó en libertad con fianza, y el fiador tiene obligación de presentarlo cuando lo exija el juez. Pero á tal resolución ha dado lugar, en parte, la consideración de que cuando el autor no es descubierto, el juicio económico se celebra sin la parte acusada; lo cual parece ser una modificación de la regla general que no puede juzgarse al ausente. Lo repetimos: si se quiere conservar este juicio, es necesario reglamentarlo con precisión y claridad.

Acerca de la prueba de preexistencia por la sólo declaración del dueño de la cosa robada, recordamos lo que hemos dicho al hablar del art. 78 con relación á la *honradez y buena fama*.

Ojalá pudiera establecerse un Juez y un procedimiento especial para conocer y juzgar de las calumnias ó injurias irrogadas de palabra; porque en estos juicios casi siempre terciamente acostumbrada al lenguaje de lupanares y tabernas, y los procesos no son sino vocabularios de inmoralidad y desvergüenza.

El amparo de pobreza, tan fácil de obtenerlo entre nosotros, no debe tener lugar en estos juicios. Con el amparo se burla por completo el fin que se propuso el legislador al ordenar, que estas querellas se sustancien en papel de 4.^a clase y ante el Alcalde Municipal.

El juicio de calumnias ó injurias irrogadas por la prensa tiene dos partes: 1.^a el juicio de imprenta, para descubrir la persona responsable de la publicación (el auto que ordena ó niega la exhibición del original debería ser apelable). 2.^a El de calumnia ó injuria que debe seguirse según lo prescrito en el art. 315. En este juicio la querella debe ajustarse á lo prescrito en el art. 20; y no hay, lo repetimos, auto de sobreseimiento ó motivado, sino sentencia que absuelva ó condene al querellado. Cierto que hemos visto en un juicio de esta clase pronunciar auto de sobreseimiento provisional fundado en que el cuerpo del delito no estaba suficientemente comprobado; mas, aunque tal auto fué expedido por un Jurisconsulto muy notable, la resolución nos ha parecido absurda y contraria á la ley y á la naturaleza del juicio, tan absurda como lo sería la nulidad que se declarase por no estar comprobadas las calumnias ó las injurias acusadas.

SECCION 9.^a

De las solemnidades sustanciales en los juicios de que trata este título.

Es solemnidad sustancial, cuya falta vicia el proceso *la debida comprobación de la infracción*. Los términos en que el N.^o 4.^o está concebido nos obligan á recordar lo que hemos dicho acerca de la diferencia que hay, á nuestro juicio, entre *comprobación del cuerpo del delito y de la infracción*. Para que el proceso sea válido, se requiere que esté comprobado que el hecho que sirvió de base para el juicio sea una verdadera infracción. Creemos que el juez debe tener presente esta diferencia para apreciar la validez del proceso; pues, muy bien puede suceder que esté comprobado el cuerpo del delito, ó sea

la existencia presunta de un hecho punible, y no está comprobada la infracción.

En los juicios de contrabando, dice el art. 321 son solemnidades sustanciales, únicamente, la competencia de jurisdicción y la *debida comprobación del cuerpo del delito*. Vuelve aquí á notarse la diferencia que marca la ley entre las dos *comprobaciones*. En el caso de contrabando, la comprobación del cuerpo del delito no puede ser sino la de la aprehensión de los efectos; y como sin esta aprehensión no puede seguirse el juicio, según lo dijimos en el lugar respectivo, resulta que siguiéndose sin ella, el proceso es nulo. Sólo así puede explicarse esta solemnidad sustancial cuya falta anularía el proceso; pues si se dijese como en el N^o 4^o del art. 318, la *debida comprobación de la infracción*, sería absurdo el caso de nulidad; porque debiendo resolverse por sentencia si se ha cometido ó no el contrabando, sería contrasentido declarar nulo el proceso cuando el juez absuelve al acusado, porque no está probado el hecho punible que se le imputaba.

TITULO VI.

De los juicios por contravenciones.

El art. 329 debería decir: "Si apareciere que no se ha cometido una simple contravención, sino un crimen ó delito *que debe perseguirse de oficio*", etc. Los términos generales del artículo comprenden también á los delitos que no deben perseguirse de oficio; y la autoridad de Policía podría incurrir en el error de seguir sumario si de la contravención resultase también un delito privado.

Sucede con frecuencia que la Policía en los casos en que de una contravención resulta un delito privado, como de las riñas y pependencias heridas cuya curación pasa de tres días y no excede de ocho, castiga la contravención por queja del agraviado: éste se presenta después ante el Alcalde Municipal acusando el delito de heridas; y el acusado alega á su favor el fallo de la Policía. No ha faltado juez que ha aceptado esta especie de excepción de cosa juzgada; y en verdad hay casos en que tal *excepción* debería ser admitida. Una herida levisima puede pasar de la duración que sirvió de base para el fallo de la Policía, ya por efecto de la constitución fisiológica del individuo, ya porque éste ha contribuido para

tal resultado; y parece que no es muy justo condenar dos veces por el mismo hecho. Algo debe establecerse á este respecto: la falta de una disposición expresa ha dado lugar á especulaciones inmorales con heridas intencionalmente agravadas.

El Teniente parroquial ejerce en su parroquia las funciones de Comisario de Policía; ha habido casos en que el Teniente parroquial, extralimitándose de las funciones de Teniente y de Comisario, ha resuelto asuntos de la competencia del Juez Civil, y por el hecho de tener el carácter de Comisario se ha interpuesto contra él recurso de queja ante el Juez Letrado en virtud de lo dispuesto en el art. 331. En nuestro concepto, ese recurso no debió ser atendido por el Juez Letrado, porque el fallo no recayó sobre contravención ú otra materia correspondiente á la Policía. Estos casos se presentan con frecuencia; y sería bien fijar reglas claras acerca de ellos.

TITULO VII.

Disposiciones generales.

El art. 334 no tiene razón de existir en el Código. Antes, en la relación de las causas civiles se ordenaba el *memorial ajustado*; por esto, desde la ley del año 39 se prevenía que en las causas criminales no se hagan tales memoriales; y esta disposición ha venido copiándose hasta en el Código. Hoy no hay memoriales ajustados para lo civil, y es innecesaria la prohibición para lo criminal.

El nuevo reconocimiento de que habla el art. 336 debería hacerse á los ocho días de causadas las heridas. El pronóstico que hacen los peritos de la duración de la herida no es infalible; y el mejor medio de asegurar la competencia del juez á este respecto, y aun de mirar por la justicia, sería ordenar este reconocimiento, sin perjuicio de que si el juez lo estimase conveniente pueda también ordenar que se practique otro antes de pronunciar sentencia.

Y ya que hablamos del reconocimiento de las heridas, preciso es confesar que entre nosotros tal reconocimiento se practica á veces de un modo irregular; y el informe que presentan los peritos es tan imperfecto, que en muchas ocasiones el juez se ve obligado á interpretarlo. Con frecuencia el pronóstico de los peritos ó empíricos se da en consideración al

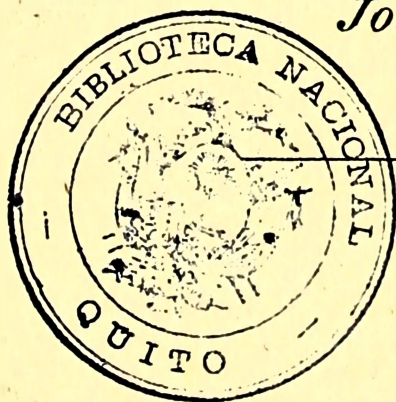
tiempo que duran los vestigios de las heridas ó de los golpes; y por esto hemos visto casos en que, en la curación de un golpe, se ha señalado como término de duración la existencia de la equimosis, y en la de una herida, que apenas ha comprometido la epidermis, el desprendimiento de la costra, lo cual es motivo para que el juez no pueda fallar acertadamente. Para evitar estos inconvenientes debe ordenarse que los peritos, para determinar el tiempo de duración, expresen los días que la enfermedad causada por el golpe ó herida hace necesaria la asistencia de un facultativo, ó incapacita al individuo para el trabajo.

El art. 340 ha extendido á todos los juicios criminales la disposición que acerca del juicio por jurados contenían las leyes anteriores con relación a los recursos. Hemos oído censurar la disposición actual; pero á nuestro juicio no es del todo mala; porque en materia criminal debe procurarse evitar la prolongación de los juicios; y los recursos son el mejor medio de prolongarlos. A los casos de recurso que el Código determina, añadiríamos solamente el que dejamos indicado al hablar del juicio de imprenta; y añadiríamos á los de consulta la del auto en que el juez declara la nulidad por falta de comprobación del cuerpo del delito, para evitar, con la consulta, el inconveniente que anotamos al tratar del *auto de sobreseimiento*.

Las anteriores observaciones son hechas, lo repetimos, al Código que rige actualmente; de modo que no tenemos la pretensión de introducir cosa nueva en la materia: hemos querido solamente indicar las modificaciones que á lo establecido se pueden hacer; y al publicar nuestro trabajo no hemos tenido otra idea que la de llamar la atención de las personas que, por su competencia, pueden perfeccionar nuestro Código.

Quito, Junio 24 de 1894.

José J. Estupiñán.



ERRATAS SUSTANCIALES.

PAG.	LÍN.	DICE	LÉASE
34	17	por las que ha sido, en caso	por las que ha sido juzgado, en caso.
34	31	esta de escape	esta puerta de escape.
36	30	tal prueba, el art.	tal prueba en el art.
37	24	han hecho de hecho desaparecer	han hecho desaparecer.
30	18	en todo caso se instruya	en todo caso, que se instruya.

comitiva que delinquen en territorio extranjero, y los Cónsules ecuatorianos que, en igual caso, delinquen en el ejercicio de sus funciones Consulares.

Para hacer efectiva la responsabilidad de las personas enumeradas en esta disposición, debería establecerse algo relativo al enjuiciamiento del infractor. ¿Cómo se aparejará la información sumaria que debe servir de base al juzgamiento? Respecto de los Cónsules, la respuesta no es difícil; pues las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones pueden comprobarse aquí, ó por los documentos en que se han ejecutado, ó por testigos, ya que tales infracciones no pueden ser de aquellas cuya comprobación debe hacerse con reconocimiento de peritos. Cuanto á los Agentes Diplomáticos, su familia y comitiva, el asunto no es de fácil solución cuando se trate de infracciones que *dejan señales*, al decir de nuestro Código. En este caso es imposible verificar aquí la comprobación del cuerpo del delito. En el lugar de la infracción el infractor no puede ser citado para la práctica de ninguna diligencia; de modo que lo actuado allí no tiene valor ninguno ante nuestra ley; y aun cuando la citación pudiera hacerse, esa actuación de un juez incompetente no puede admitirse en el Ecuador, como base para el juzgamiento. Mientras no se llene este vacío, las infracciones cometidas en territorio extranjero por los Agentes Diplomáticos, por su familia, &^a, no pueden ser juzgadas, y la sujeción de estas personas á la Jurisdicción Criminal del Ecuador no pasará de ser una disposición de puro lujo.

Por los números 3^o y 4^o están sujetos á la Jurisdicción del Ecuador los ecuatorianos y extranjeros que delinquen á bordo de buques nacionales en alta mar, Ó EN LAS AGUAS DE LA REPÚBLICA, ó á bordo de buques de guerra ecuatorianos en aguas de otra nación. Mas nada se dice de los individuos que delinquen á bordo de buques mercantes extranjeros en LAS ACUAS DE LA REPÚBLICA, de modo que estos infractores no están sujetos á la jurisdicción. Podría decirse que lo están según los principios del Derecho Internacional; pero desde que la ley ha expresado que están sometidos á la jurisdicción los que delinquen en buques nacionales EN LAS AGUAS DE LA REPÚBLICA, se hace necesario llenar el vacío que dejamos indicado.

El art. 4^o declara sometidos á la Jurisdicción del Ecuador á los extranjeros que fuera del territorio de la República se hubiesen hecho culpables de atentados contra la seguridad

del Estado, falsificación del sello, de monedas nacionales, etc., cuando sean aprehendidos en el Ecuador ó se hubiese obtenido su extradición. Los Códigos de algunas otras naciones contienen igual disposición, excepto en la parte relativa á los atentados contra la seguridad del Estado, principio nuevo, sentado en el nuestro sólo desde 1872, y emanado, á no dudarlo, de la controversia suscitada en esa época entre nuestra Cancillería y el Ministro Plenipotenciario de los EE. UU. de Colombia, General Trujillo, con motivo de la enérgica advertencia que el Sr. García Moreno hizo al General Mosquera, para que se abstuviese de tocar en territorio ecuatoriano, por que dicho General había atentado contra la seguridad del Ecuador, maquinando una guerra de desmembración de nuestro territorio con una de las repúblicas amigas. La discusión fué brillantemente sostenida por nuestro Gobierno: se demostró con acopio de opiniones de notables publicistas el derecho con que una nación puede castigar al extranjero que se hace reo de semejante atentado, y el principio pasó á ser ley nuestra. Mas, parece necesario advertir que los individuos de una nación que estuviese en guerra con el Ecuador, no cometerán atentado justiciable, ejecutando las hostilidades que la guerra autoriza.

Art. 5º El ecuatoriano que se haya hecho culpable, fuera del territorio de la República, de un CRIMEN contra otro ecuatoriano, será, á su retorno al Ecuador, perseguido, juzgado y castigado por acusación *del ofendido*, si no ha sido juzgado en la nación donde delinquiró”.

Para poder perseguir, juzgar y castigar en el caso del artículo al infractor, es necesario establecer también, como hemos dicho al hablar del Nº 2º del art. 2º, lo relativo al sumario; pues, de otro modo el derecho que se concede al ofendido será una burla. Perseguir y castigar aquí un crimen cometido fuera del territorio, sin tener los antecedentes que en el lugar de la infracción deben establecer la existencia del cuerpo del delito, será tal vez un imposible legal.

El legislador ha concedido esta acción quizá con el ánimo de obligar á los ecuatorianos que residen fuera de la República á guardarse en todas partes las consideraciones de connacionalidad. Mas como la acción se concede sólo AL OFENDIDO, y para perseguir un *crimen*, resulta, 1º que muerto el ofendido caduca la acción; y 2º que para dictar la disposición, se ha tenido en cuenta únicamente la propiedad, y en un solo caso, el del art. 437 del Código Penal, la persona de

los ecuatorianos. Creemos, pues, que talvez sería conveniente extender el derecho de acusar, á lo menos, á los descendientes, ascendientes y cónyuge del ofendido.

Si el legislador quiso que los ecuatorianos que residen fuera de la patria se respeten mutuamente en su persona y bienes; ha debido ser consecuente, obligándoles al mutuo respeto de la honra, que vale más que algunos centenares de sucres sustraídos con fractura. ¿Por qué no conceder también acción para poder perseguir aquí los delitos contra el honor de la familia ó contra la honra del individuo? ¿Por qué no conceder al padre el derecho de perseguir en el suelo de la patria al individuo que en tierra extranjera le roba una hija y se viene al Ecuador para burlarse así del ofendido, de la moral y de la ley? ¿Por qué no concedérselo también al calumniado, cuando el calumniador, después de cometer la infamia de denigrar entre extraños á un compatriota, viene á refugiarse en territorio ecuatoriano?

El N^o 2^o del art. 7^o establece la competencia para juzgar las infracciones cometidas en nación extranjera; pero esta disposición no es tal vez aplicable al caso determinado en el art. 4^o. El ecuatoriano ofendido tendrá que llevar su acusación ante los jueces de la Capital de la República, aun cuando el infractor resida en un lugar bien distante de ella; y entonces el juzgamiento se hace difícil. No puede hacer aprehender al infractor antes de presentar la acusación; luego no puede presentarse ante los jueces ó magistrados de la provincia en que el infractor sea aprehendido. Por estas razones, opinamos que en el caso de que se trata sea competente el juez del lugar en que resida el delincuente.

El inciso 2^o del N^o 4^o art. 7^o prescribe, que en el caso de que los jueces de dos secciones territoriales sujetas á diversa jurisdicción hubiesen prevenido á un mismo tiempo en el conocimiento de la causa, siga conociendo el que ejerciere jurisdicción en el CANTÓN más inmediato al en que reside la Corte Superior.—Llámase CANTÓN todo territorio comprendido en la sección respectiva; y hay cantones que parten límites entre sí y también con el en que reside la Corte Superior, como sucede con Daule, Vinces y Guayaquil; de modo que los primeros están á igual distancia del último. Resulta de aquí que la solución de la competencia presentaría dificultades; y por esto nos parece que sería conveniente sustituir la palabra LUGAR á la de CANTÓN. Aunque el punto parece de poca significación por ser de palabras, con todo, la necesidad de

que la ley sea clara nos ha sugerido esta objeción.

El art. 7º no expresa cuáles sean los jueces competentes para conocer de las infracciones cometidas en buques nacionales, ya sean de guerra ó mercantes, y en extranjeros mercantes. A este respecto, opinamos que debe establecerse: 1º lo relativo á la instrucción sumaria, y 2º la competencia del juez. Habrá casos, y tal vez los más, en que si el sumario no se instruye formalmente á bordo, el castigo del infractor se haga imposible; y la patente de navegación vendrá á serlo de impunidad. El asesinato cometido á bordo quedará fácilmente impune, pues, sin la comprobación del cuerpo del delito, no puede haber juicio; y como no es posible que se conserve el cadáver á bordo hasta que el buque arribe á un puerto nacional, no instruyendo el sumario con arreglo á la ley, no habrá cuerpo de delito. Reglaméntese, pues, la instrucción del sumario en los buques nacionales; y decimos en los nacionales, porque de las infracciones cometidas á bordo de los extranjeros en las aguas de la República, el sumario debe instruírse por el juez del primer puerto mayor á que el buque arribe. Cuanto al juez competente, nos parece que de las infracciones cometidas á bordo de los buques de guerra, si el infractor pertenece á la tripulación, conozca el tribunal militar del asiento de la Comandancia General de Marina; y si no es de la tripulación, el juez respectivo del mismo lugar. Si la infracción es cometida á bordo de buques mercantes, el juez competente debe ser el del cantón del primer puerto á que arribe el buque.

Estas disposiciones quizá parecerán impropias de un Código de Enjuiciamientos; pero sea en el Código ó en un reglamento especial, el legislador debe llenar el vacío que dejamos anotado.

El Nº 5º del mismo artículo declara que el juez competente para los actores de una infracción, lo es también para los cómplices. Los términos generales en que la disposición está concebida pudieran dar campo á dudas, en el caso de que el autor ó el cómplice gocen de fuero ó estén sometidos á un juez especial. Ciertamente que el art. 7º habla de la competencia con relación al territorio; pero no han faltado casos en que los jueces la han entendido como que se tratara de las personas, y los correos ó cómplices aforados han sido juzgados por el mismo juez, error que si bien ha sido corregido por los tribunales, ha contribuído para entorpecer de algún modo el curso de los juicios.

Si se pudiese, respetando la Constitución, establecer que

cuando uno ó más de los coautores ó cómplices gocen de fuero, sean juzgados por el juez ordinario, se evitarían los inconvenientes que se presentan, y las anomalías que resultan de juzgar por la misma causa á dos individuos en tribunales diversos. Otro caso de desafuero debería ser el del aforado que es *acusador* ante el juez ordinario y resulta responsable de la acusación. El ejercicio del derecho de acusar debería tenerse como renuncia voluntaria del privilegio del fuero.—La jurisdicción especial debe extenderse para juzgar á los codelincuentes ó cómplices del que está sometido á ella.

SECCION 2ª

Del acusador particular.

Toda infracción es un ultraje á los derechos de la sociedad; mas, unas hieren á ésta directa y gravemente; y otras, conculcando derechos especialísimos de los asociados, la hieren también, pero de un modo menos grave. De aquí la división en infracciones que deben perseguirse de oficio, y en que pueden perseguirse sólo por acusación del ofendido. En esta división el Legislador ha cuidado, ante todo, de distinguir la naturaleza de los derechos lesionados para establecer las reglas que deben observarse en la vindicación de esos derechos, y ha dado en ciertos casos, diremos así, facultad al individuo para perseguir un hecho que le ha causado daño, ó para cubrirlo con la necesidad del silencio ó la generosidad del perdón. Nada más conveniente y justo que colocar en la categoría de las que no pueden ser perseguidas sino por el agraviado aquellas infracciones que, además del daño que causan, lastiman la honra; pues de otro modo la malevolencia, disfrazada con la máscara de la acción popular, iría muchas veces á dar publicidad á secretos encerrados en el santuario del hogar doméstico.

En conformidad con estas ideas, juzgamos inconveniente é injusta la *limitación* que contiene el N^o 3^o del art. 8^o El rapto comprendido en el art. 390 del Código Penal es delito privado; luego el comprendido en el 389 es público. El rapto, ó sea la separación de una joven de la casa paterna, es un hecho que afecta directa y profundamente á la honra de la familia; y por esto es que los más de los padres prefieren, en el caso, dejar impune al infractor, antes que sacar á lucir en un proceso las faltas de sus hijas. Cuando el padre ofendido,

saltando por encima de todas las consideraciones que le obligan á guardar el secreto, se resuelve á presentarse en juicio contra el raptador de su hija, tendrá motivos poderosos para hacerlo. Pero nadie más que él es competente para estimar estos motivos y pesar las consecuencias de su procedimiento; nadie más que él tiene derecho para aventar su honra al viento del escándalo.

¿No militan las mismas razones en los casos de los dos artículos mencionados? A nuestro juicio, sí. Se dirá que el hecho de que trata el art. 389 es del ejecutado con violencias, artificios ó amenazas, y que esta es la razón que ha habido para convertirlo en delito público. Sea; pero sobre semejante razón deben prevalecer las consideraciones que dejamos apuntadas. En la separación de una niña púber de la casa paterna, la llamada OPINIÓN PÚBLICA ve casi siempre el concurso de la voluntad; y para vituperar á su placer desecha hasta la idea de que la niña ha sido víctima de violencias ó amenazas. La joven que sigue voluntariamente al raptor deja manchados los umbrales de la casa que abandona; luego en el caso del art. 389, cuando la niña tenga más de doce y menos de 16 años, está comprometida la honra de la familia abandonada. ¿Por qué entonces quiere la ley exponer á la publicidad la honra del hogar en que suceda semejante desgracia? De cualquier modo que una joven púber, menor de 16 años, se separe de la casa paterna, cualquier individuo, por maldad ó por venganza, puede arrojar lodo á la frente de la familia, acusando el hecho como ejecutado por el raptor con violencias, artificios ó amenazas: así forjará un proceso escandaloso, sacará á luz un acontecimiento que el ofendido quisiera ocultar, y dejará depositados en un archivo, para perpetua memoria, los girones de la honra de una familia sacrificada á la inconsulta severidad del art. 389 del Código Penal. Y no debe pasar inadvertida la circunstancia de que el oficioso acusador quedará siempre impune; por que en ningún caso podría declararse temeraria la acusación; puesto que probado el hecho de haber sido sacada la joven de su casa, desaparece ante la ley la temeridad. Debería ser también delito privado el que puntualiza dicho art. 389; pero fijando tanto en éste como en el 390 la edad de 12 años en lugar de 16. En una niña menor de 12 años no se supone la reflexión suficiente para seguir voluntariamente al seductor, y el rapto no puede reputarse sino como obra de la violencia ó de la astucia; mas, en una mayor de 12 años ya se puede presumir que en la separación

de la casa ha influido el despertar de las pasiones, y que ha obrado con discernimiento.

Art. 13. No pueden acusarse recíprocamente, ni aún por infracciones que deben perseguirse de oficio, los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, excepto el adulterio de la mujer, que puede ser acusado por el marido".

Inmoral y escandalosa sería la acusación que se hiciese entre las personas designadas en este artículo. Pero, á nuestro juicio, la disposición es incompleta, y hay en ella una notable inconsecuencia de lógica. La acusación entre parientes afines en primer grado debería también prohibirse por las mismas razones á que obedece la prohibición del art. 13; pues tales acusaciones traerán casi siempre al hogar doméstico perturbaciones de fatales consecuencias. La esposa no podrá ser indiferente cuando su padre ó madre sean acusados por el esposo, ó viceversa: la madre no podrá sofocar los impulsos del amor maternal, cuando su hijo sea acusado por el padrastro, ó al contrario. En verdad no alcanzamos á comprender el motivo que haya tenido el legislador para dejar este campo abierto á la intranquilidad de la familia; y más todavía cuando vemos que los *criados y sirvientes no pueden acusar á sus patronos*. El Código que parece haber servido, en parte, de modelo al nuestro, extiende hasta el segundo grado de afinidad la prohibición de acusarse recíprocamente. La moral y la justicia exigen que siquiera los parientes en primer grado de afinidad se incluyan en el art. 13.

La disposición del art. 17, es importantísima, y por lo mismo, debe ser tan clara que no deje lugar á duda. Frecuentemente se han presentado casos de petición de abandono, y los jueces no han estado muy seguros en la resolución. ¿Cuándo se entiende que deja de *continuarse la querrela ó acusación*? Debe determinarse claramente el momento desde el cual se cuentan los quince días necesarios para declarar el abandono.

Art. 19. En este artículo se dispone terminantemente, que los Agentes y Ministros Fiscales no intervengan en las causas por infracciones que no deben perseguirse de oficio. Mas como en el art. 10, se previene que sí, en los casos que allí se puntualizan, el acusador no desiste expresamente de la querrela ó acusación, el juez siga sustanciando la causa de oficio, resulta que el Ministerio público llega á intervenir en causa seguida por infracción que no debe pesquisarse de oficio. Parece necesario poner en armonía las dos disposiciones para evitar obstáculos en el juicio.

Art. 24. "En caso de muerte del acusador ó del acusado, podrán continuar el juicio sus herederos con la misma fianza".

La muerte del infractor pone fin al juicio que se le sigue para imponerle la pena respectiva. Ciertamente que no hay en nuestros Códigos una disposición que así lo exprese; pero la jurisdicción criminal no puede extenderse más allá de la tumba. Por esto, y por que son varios los resultados que en el juicio en que hay acusador produce la muerte de éste ó del acusado, opinamos que el artículo, tal como está concebido, es inaceptable. El acusador que debe rendir fianza persigue únicamente el castigo de la infracción: no puede pedir los daños y perjuicios, ó sea las reparaciones civiles, porque él ni es ofendido, ni representa legalmente al agraviado. Así, pues, en ningún caso podrán el acusador que ha rendido fianza, ó sus herederos, continuar el juicio cuando ha muerto el acusado.

La muerte del acusador ó del acusado da sí lugar á consecuencias que deben ser previstas y reglamentadas; puesto que el derecho de acusar impone grave responsabilidad á quien lo ejercita. Creemos que debe eliminarse el art. 24, y sustituirse á él las reglas siguientes:

1º Muerto el acusador que ha rendido fianza, podrán sus herederos continuar el juicio con la misma fianza, asumiendo la responsabilidad de la acusación.

"Si los herederos no quisieren continuar el juicio, el acusado podrá obligarles á continuarlo, pero sólo para exigirles las indemnizaciones de que habla el art. 23.

2º Muerto el acusador, que no ha rendido fianza, podrán sus herederos ó el ofendido, si no lo hubiese sido el mismo acusador, continuar el juicio, asumiendo la responsabilidad de la acusación.

3º Muerto el acusado, el acusador, en los casos del art. 25, ó el ofendido, si no lo fuere el mismo acusador, podrá continuar el juicio contra los herederos del fallecido, pero sólo para el efecto de las indemnizaciones civiles que oportunamente se hubiesen pedido.

Y ¿no sería conveniente conceder algún derecho á los deudos del que ha muerto durante el juicio para vindicar su memoria? Si la muerte pone término al juicio, no quita la nota de delincuente que pesa sobre la memoria del fallecido, y quizá la de infamia que el enjuiciamiento arrojó sobre sus deudos. A la familia del *reo* se le concede el derecho de pedir la revisión de la causa para vindicar la memoria del que mu-

rió después de sentenciado; ¿por qué no conceder igualmente á la del que muere antes de sentencia el derecho de continuar el juicio para obtener la declaratoria de la inocencia del fallecido? La justicia resuelve afirmativamente la cuestión.

SECCION 3^a

De la denuncia.

Aceptada la indicación que hemos hecho acerca del art. 13, el art. 27 debe ponerse de acuerdo con aquél.

El Fiscal tiene atribución para hacer reconocer con juramento la denuncia que se le haga, y UN ESCRIBANO debe autorizar el reconocimiento, si es escrita, ó la redacción si es verbal. ¿Quién deberá, en este caso, conservar la denuncia reconocida? Nada se dice á este respecto. En el art. 31 se ordena QUE EL JUEZ CONSERVE reservada la denuncia hasta su debido tiempo, esto es, hasta que se exija por quien tenga derecho á ello. De la disposición de este artículo puede deducirse que el Fiscal debe pasar al Juez la denuncia con la respectiva excitación; y tanto más acertado nos parece este modo de pensar cuanto que el Juez tiene que expresar en el auto cabeza de proceso el modo como ha llegado á su noticia el hecho punible; y al decir QUE HA SIDO POR DENUNCIA contrae para con el sindicado la obligación de responder de la autenticidad y seguridad de la denuncia. Si esto es así, debe expresarse claramente en la ley para asegurar la conservación de la denuncia; pues la falta de un archivo en que el Fiscal debiera guardarla puede ser causa de confusión ó extravío.

¿Será indispensable la intervención de Escribano para el reconocimiento de la denuncia? ¿La denuncia hecha á los Ministros y Agentes Fiscales deberá también reconocerse ante un Escribano? ¿Los Tenientes de las parroquias que están lejanas de la residencia del Escribano deberán hacer viaje con el denunciante en pos del Escribano para hacer reconocer la denuncia escrita, ó para hacerla REDACTAR POR ESCRITO cuando sea verbal?—Las palabras de la ley nos hace opinar en el sentido afirmativo; pues en los casos en que prescribe la intervención de Secretario de Hacienda, de Secretarios de Policía, de Secretarios AD HOC, lo ha expresado. Para evitar las dificultades que pueden presentarse si la concurrencia del Escribano es siempre necesaria sería conveniente disponer que el reconocimiento se practique ante el respectivo

Secretario del Juez á quien se haga la denuncia; ante un Secretario de Hacienda si la denuncia se hace al Fiscal; á falta de Secretario de Hacienda ante un Escribano, y á falta de Escribano ante un Secretario *ad hoc* nombrado y juramentado por el funcionario que hace practicar la diligencia, nombramiento que debe hacerse á continuación de la denuncia para garantizar así la autenticidad.

SECCION 5ª

En esta sección, relacionada con la anterior, nada encontramos que anotar.

TITULO II.

SECCION 1ª

Del juicio en general.

El sumario es la parte más importante del juicio criminal, ya que de los datos que él suministre depende la solución del problema que persigue el Juez.

Nuestro procedimiento, á diferencia del de otros países, deja al sindicado libertad para defenderse desde el principio del juicio; y esto, aunque sea en parte obstáculo para la pronta terminación del sumario, es una verdadera garantía para la inocencia; pues no es raro encontrar un Juez de instrucción prevenido, sea por exceso de celo ó por parcialidad, y tal prevención sería una formidable amenaza para el sindicado sino pudiese gestionar durante la información.

Para la organización del sumario deben establecerse reglas claras, que puedan ser fácilmente comprendidas y apreciadas por los Jueces de instrucción, que, especialmente en nuestras parroquias rurales, las más de las veces, son los que menos conocen la ley. En este punto no debe haber referencias á lo establecido en otros Códigos, que tal vez no puedan ser consultados por que el Juez no los tiene.

Inadecuada nos parece la referencia del art. 47, á lo establecida en el Código de Enjuiciamientos Civiles para la recusación. En materia criminal las causas de excusa y recusación debían ser pocas y precisas. Muchos nos parecen los 14 motivos del art. 911 del Código de Enjuiciamientos Civiles, y algunos de ellos no deben tener aplicación en lo criminal.

SECCION 2ª

De las pruebas.

La prueba de testigos es la más común en materia criminal; pero por desgracia, la santidad del juramento va perdiendo entre nosotros su fuerza y su prestigio. Ya hemos tenido una sociedad casi organizada de juradores falsos; y aún aquí, en la Capital, no ha faltado quien haya imitado en parte al Jefe de los jureros del Guayas. El legislador debe, pues, buscar todos los medios que conduzcan á hacer verídica y segura la prueba testimonial.

Sería de desearse que las declaraciones de los indígenas que no hablan el idioma castellano se escribiesen en entrambos idiomas; porque los intérpretes que sirven para estos casos son gente tomada al azar, los primeros que se vienen á la mano del alguacil ó sus dependientes; y así, la persona que tenga interés en que la declaración de un testigo indio le sea favorable, puede apostar de antemano intérpretes *ad hoc*, y llenar su objeto; por que esos intérpretes, por lo común creen que no es tan grave alterar el dicho del testigo como declarar falso siendo testigo. Difícil sería poner en práctica la escritura en ambos idiomas; pero ya que esto no fuera posible, debe prevenirse que el Juez nombre para intérpretes personas muy conocidas.

En la prohibición del art. 58 deben comprenderse los parientes afines que se incluyan en el art. 13; y á nuestro juicio el artículo debería terminar en la parte prohibitiva. Repugna á la naturaleza y á la moral el que un deudo inmediato se presente á declarar voluntariamente contra su deudo acusado; pero repugna más todavía que la ley contenga expresamente la autorización de un hecho semejante. Si el hecho tiene lugar; si el pariente cuya declaración no se prohíbe admitir se presenta á declarar llamado por el juez, puede decirse que obedece á una orden judicial si no se resiste á dar su testimonio; pero leer en un proceso que el testigo dijo: "soy pariente en el tercer grado, por ejemplo, sin embargo vengo á declarar voluntariamente", es desagradable hasta á la vista. De tal testigo puede presumirse que su declaración no es homenaje rendido á la verdad, sino el efecto de algún oculto motivo que puede darse la mano con la venganza.

La confesión del reo que antiguamente no era admitida como prueba contra él, hoy constituye la prueba *oral*; pero entre las condiciones que se requieren para su validez, la 3.^a dice: "*que haya cuerpo de delito*"; y aun cuando al tratar del *Cuerpo del delito* tendremos ocasión de recordar este punto, nos viene la duda de si este *haya* equivale á decir *que esté justificado legalmente el cuerpo del delito*, ó que esté simplemente probada la existencia de un hecho que es ó puede ser punible. Diez testigos vieron que Pedro escaló una habitación y se robó un baúl: este hecho está comprobado; pero, el ladrón, diestro en su oficio, hizo desaparecer las huellas del escalamiento y la fractura, ó el juez no hizo practicar el respectivo reconocimiento. Pedro en su confesión dice que es cierto que robó escalando, y forzando la ventana, por ej. ¿se desechará esta prueba del robo con fractura y escalamiento porque no se practicó el reconocimiento por peritos juramentados?— Diez ó más testigos declaran que cuatro bandoleros, á quienes perfectamente bien conocieron, asesinaron bárbaramente á Juan, y que á presencia de los declarantes encendieron una hoguera, redujeron á cenizas el cadáver y aventaron al aire las cenizas. Los cuatro bandoleros confiesan libremente ante el juez respectivo, que es cierto que, á presencia de los declarantes, mataron á Juan, quemaron el cadáver y esparcieron al viento las cenizas. ¿Hará en este caso prueba la confesión de los reos? Cuestión importantísima es esta, y el legislador debe contraer á ella su atención.

TITULO III.

SECCION I.^a

De las diligencias con que principia el sumario.

En el art. 67 se previene que se cite al individuo si estuviese presente con el mandamiento de instruir el sumario; y aunque posteriormente se dice que el *defensor nombrado por los infractores que pudiesen aparecer después*, representará también al indiciado *si no apareciere ó no hubiere instruído apoderado*, es ya cosa resuelta que esta citación, aunque sólo tiene por objeto dar á conocer al indiciado el fin con que se sigue el sumario, es indispensable cuando *está presente*. Mas, como por indiciado ó acusado presente se entiende *el que es conoci-*

do y tiene también domicilio conocido en el cantón en que se sigue el juicio, resultará que si el sumario se sigue en Quito, por ejemplo, y el indiciado es conocido en Gualea, ó en otra parroquia así distante, tiene que hacérsele precisamente la citación so pena de nulidad del proceso. En los sumarios que se instruyen en las parroquias rurales por jueces no muy avisados, sucede frecuentemente que si el indiciado no es del lugar, si tiene su domicilio en otra parte, no se le cita con el auto cabeza de proceso, y sólo se cita al defensor de oficio. Viene después, por esta causa, la nulidad del proceso, y la pesquisa de la infracción se hace entonces imposible, ya porque con el transcurso del tiempo desaparecieron las huellas que dejó el hecho que constituyó la infracción, ya porque los testigos se han muerto ó se han ausentado. En consecuencia, tiene que seguirse el auto de sobreseimiento por falta de comprobación del cuerpo del delito, las más de las veces. Estos inconvenientes podrían subsanarse en parte, disponiendo que se tenga por acusado presente al que es conocido y tiene residencia conocida en el lugar en que se sigue el juicio; que en este caso se le cite con el auto cabeza de proceso, y que en todos los demás sea suficiente la citación que se haga al defensor de oficio.

Art. 72. Reglamentada la instrucción del sumario á bordo, deben incluirse en este artículo estos jueces de instrucción.

En el inciso 2º se dice que los jefes y comisarios de Policía actuarán con sus respectivos secretarios, si lo tuvieren, y de no con el que nombren para el caso. En el inciso 1º se habla de los Tenientes parroquiales separadamente de los Comisarios, y como de ellos no habla el 2º, hay el vacío de no determinarse con que Secretario deben actuar. Este vacío lo ha llenado la práctica en virtud de la parte final del art. 61; pero sería más propio que lo llenase expresamente la ley.

Art. 73. La multa de diez y seis décimos de sucre por cada día es muy fuerte, y por esto será rara la ocasión en que se aplique: tal vez será conveniente rebajarla á 50 centavos diarios.

SECCION 2ª

Del Cuerpo del delito.

La parte más importante del Código de Enjuiciamientos en materia Criminal es la que trata del Cuerpo del delito, porque éste es la base y fundamento del sumario, y sin su existencia no hay ni puede haber juicio.

En los Códigos de otros países no se ha definido, tal vez por razones poderosas, lo que sea *Cuerpo de delito*; pero entre nosotros viene copiándose desde el año de 1839 el artículo que dice "Cuerpo de delito es la existencia real ó presunta de un hecho punible". Esta definición es pésima, y quizá ha sido causa de muchos vicios y algunos errores en la práctica. Infracción es la ejecución de un hecho punible, ya consista en *hacer ó dejar de hacer*. Así, en toda infracción lo que hay, lo que debe haber de cierto es *un hecho*; y lo que se trata de averiguar es su origen y el carácter que este puede darle. Hay hechos que, por su naturaleza, ó por el modo como han acaecido, pueden ser apreciados desde el instante en que se tiene conocimiento de ellos: otros, por el contrario, no presentan de bulto su origen, no pueden apreciarse con evidencia; y la ley, celosísima para averiguarlos, presume que pueden ser causados por la mano del mal: de aquí nace la presunción de *punibilidad*; de modo que la presunción recae sobre el carácter del hecho, que no sobre su existencia. Decir que Cuerpo de delito es la existencia real ó presunta de un hecho punible, equivale á establecer que puede presumirse la existencia de un hecho punible, equivale á establecer que puede presumirse la existencia de un hecho, lo cual nos parece un absurdo. No puede presumirse la muerte de un individuo: es necesario que la muerte sea cierta, para que la ley entre en la averiguación de las causas que la produjeron. Está á la vista, es evidente, diremos más bien, que murió asesinado; aquí hay un hecho realmente punible. No tiene señales de haber sido asesinado, pero ciertas circunstancias dan á esa muerte un carácter sospechoso; aquí *existe* un hecho que puede ser obra del crimen, y la ley presume entonces la punibilidad. Así, pues, debería decirse que "Cuerpo de delito es la existencia de un hecho que es ó puede ser punible". Y este no es asunto de mera palabrería: es punto de altísima importancia en el procedimiento y para el resultado del juicio. Si un *hecho* pudiera presumirse, no serían raros los errores judiciales, como no lo han sido en los países en que semejante presunción ha tenido cabida. Dos individuos han estado juntos en un lugar solitario: allí han sido vistos por muchos testigos. Después de haber sido vistos allí, desaparece el uno de ellos; ¿cabe aquí presumir que la desaparición ha sido obra de un crimen? ¿Podrá presumirse que el desaparecido murió á manos de su compañero? Racional y lógicamente no; pero según la definición de nuestro Código habría tal vez Cuer-

po de delito, porque había la existencia presunta de un hecho punible. ¿No sería este un absurdo?—Mas, si habiendo visto juntos á los dos, se encontrase el cadáver de uno de ellos, entonces sí puede presumirse que esa muerte ha sido obra del compañero, ó sea la punibilidad del hecho, y esta presunción subsistirá mientras que la justificación legal del cuerpo del delito la desvanezca, ó resulte prueba de la inocencia del compañero vivo.

Y del absurdo de la definición han emanado quizá consecuencias fatales; porque de la confusión que de ella se deriva ha salido la impunidad en más de un caso grave, pues, se ha llegado á confundir la comprobación de la existencia del hecho con la *justificación* legal del *cuerpo del delito*, como dice el Código; de la *infracción*, como diríamos nosotros.

En efecto, en el art. 74, después de la definición que dejamos trascrita se añade: “y sin estar suficientemente comprobado no podrá continuar el proceso”. Indudablemente lo que la ley ha querido es que esté suficientemente comprobado el *hecho* real ó presuntamente punible, sobre el cual va á levantarse la investigación. No quiere que esté comprobada la *existencia real ó presunta del hecho*, sino el hecho mismo, para que pueda continuar el proceso; y adviértase que dice el *proceso*, y no el *juicio*.

Nosotros opinamos que la comprobación de que habla el art. 74 no es lo mismo que la justificación de que trata el 75: que la comprobación se refiere á la existencia del hecho, y la justificación á determinar sus caracteres, ó sea que ese hecho constituye una infracción. La *justificación* en el caso de que tratamos, es un verdadero reconocimiento del cuerpo del delito, esto es del hecho que existe, reconocimiento que, lo repetimos, tiene por objeto establecer la existencia de la infracción, ó declarar que el hecho aunque puede presumirse punible, no lo es en *realidad*.

Si no es esto lo que la ley dispone, convendría tal vez reformarla en este sentido para hacer más expedito el procedimiento. Así no daría tanto asidero á la declaratoria de nulidad del proceso la solemnidad 4ª del art. 318; pues comprobada la existencia del hecho estaría sentada la base del juzgamiento; y declarada la nulidad por cualquier otra causa podría rehacerse el proceso. Entonces serían menos frecuentes los casos de impunidad que surgen de la falta de comprobación del cuerpo del delito.

En el inc. 1º del art. 75 tenemos dos puntos de suma

importancia. ¿Cuáles son las infracciones que dejan señales? ¿Las señales de que habla la disposición se refieren á la naturaleza del hecho ó al modo cómo se lo ha ejecutado? Nuestra duda nace de que en otros artículos al hablar el Código de *señales* como sucede en el 21 y en el 81, se comprende que se refiere al modo de ejecución, esto es, á los *rastros ó huellas* que la ejecución del hecho haya dejado. Con todo, en la práctica se procede en el sentido de que el *hecho sea de la naturaleza de los que dejan señales permanentes*, como el homicidio, en el que las señales son, á no dudarlo, el cadáver; el robo con fractura en que las señales *serán* la fractura; el envenenamiento de un animal doméstico en el que lo *serán* el cuerpo del animal, &^a. La razón del principio adoptado será talvez la de los errores judiciales que encontramos en la historia, especialmente en los casos de homicidio; pero si estudiamos el punto con alguna detención, encontraremos que la calificación que examinamos no asegura el criterio del juez contra los errores que quizá procedan de otras causas.

Y por cierto, que la disposición de que vamos tratando tal como se observa hoy, es de lo más adecuada para dejar impunes los más grandes crímenes. El criminal audaz, que asesina á presencia de cien testigos y hace desaparecer el cadáver, impune se quedará, lo repetimos, porque la *infracción dejó señales* (aunque desapareció el cadáver), y fué imposible el reconocimiento del cuerpo del delito. El Juez de instrucción que tenga interés en salvar al reo, podrá con facilidad hacer inválido ó imposible el reconocimiento, y el reo se reirá á su placer de la justicia y de la ley. No hace mucho tiempo á que se cometió en las selvas del Oriente un asesinato escandaloso en presencia de más de diez testigos que vieron sucumbir á la víctima bajo los puñales de los asesinos; que éstos arrojaron el cadáver al río, y que las corrientes del Napo, *ocultaron* ó más bien dicho, *arrebataron las señales*. Los testigos declararon unánimemente haber presenciado la ejecución del hecho; los delincuentes confesaron cínicamente el crimen; y sin embargo los asesinos de Parker quedaron impunes, porque la infracción fué de las que dejan señales, no pudo practicarse el reconocimiento por peritos, y, por tanto, no se comprobó el cuerpo del delito! Y estaba probada hasta la saciedad la existencia de un hecho *realmente* punible! ¿No es monstruoso que un hecho como el asesinato de Parker quede sin castigo porque se ha sentado un mal principio al establecer el fundamento del juicio? El Legislador debe pen-

sar seriamente en esto. El escándalo *legal* de la impunidad de Díaz y consortes puede dar pábulo á la imitación de la tragedia del Napo.

Y si en los casos de homicidio debiera practicarse siempre la autopsia, lógico sería exigir siempre el reconocimiento de las *señales*. Pero ¿que baste para el efecto legal, según lo practicamos, que dos ignorantes (que ni ciudadanos son á las veces) nombrados por el juez &ª, aseguren que vieron el cadáver, y que este cadáver tenía una herida (que bien pudo no haber sido causa de la muerte); y que no baste para el mismo efecto, que diez ó más ciudadanos aseguren haber visto que el individuo murió á manos del asesino, *que vieron dar las heridas, que vieron el cadáver* y que presenciaron que se le hizo desaparecer! ¿una incalificable inconsecuencia?

El segundo punto del inciso que examinamos versa acerca del reconocimiento. ¿Será legalmente válido el reconocimiento practicado por peritos nombrados y juramentados, á presencia del juez que los nombra y de su secretario, sin que se haya citado al sindicado con el auto cabeza de proceso, ó es indispensable para la validez legal la citación? Este es un punto demasiado importante, cuya aplicación ha dado lugar á la nulidad de muchos procesos seguidos por crímenes atroces. Si la falta de citación con el auto cabeza de proceso, en el cual se nombran los peritos, invalida el reconocimiento, el juez, por una parte, y las circunstancias, por otra, pueden influir para la impunidad del delincuente. El juez que tenga interés por el sindicado, manifestando excesivo celo en el cumplimiento de sus deberes, levanta el auto cabeza de proceso, nombra peritos, les recibe juramento y procede al reconocimiento de un cadáver, habiendo hecho omitir de propósito la citación al sindicado con el auto cabeza de proceso. Se inhumaba el cadáver, y se sigue la información con laudable actividad: se concluye el sumario á los diez días, como lo ordena la ley, y se le remite al juez competente *junto con el indiciado*.

El juez competente, después de la sustanciación de costumbre, declara nulo el proceso, porque se ha omitido citar al sindicado con el *auto* en que se nombraron los peritos, y manda que se rehaga. Si el reconocimiento es inválido, el hecho queda impune, porque es imposible practicar nuevo reconocimiento, ya porque el estado de descomposición del cadáver no lo permitiría, ya porque hasta el art. 77 se opone á la exhumación pasados que sean ocho días.—Puede suceder igual

cosa cuando el sindicado es *conocido y tiene domicilio conocido* en un lugar distante de aquel en que se ha iniciado el juicio. La citación con el auto cabeza de proceso es necesaria: ¿se librarán comisiones en tal caso para la práctica de la citación? Así deberá hacerse; y mientras el auto cabeza de proceso está viajando en busca del sindicado, el juez hace verificar el reconocimiento. El proceso es nulo, el reconocimiento nulo también; y el infractor queda impune. Y no se diga que en este caso puede el juez proceder como lo dispone el art. 21; porque este artículo habla de las infracciones que dejan *señales* que pueden borrarse.

A nuestro juicio el reconocimiento practicado por peritos nombrados y juramentados por el juez, hecho en presencia de éste y el Secretario, es válido, aunque no se haya citado al sindicado con el auto cabeza de proceso: declarada la nulidad del proceso por la falta de citación, el juicio puede rehacerse sobre ese reconocimiento. Y si esto no es lo establecido, así debe establecerse expresamente, para evitar los inconvenientes que dejamos anotados. De una disposición semejante ningún daño resulta ni á la buena prosecución del juicio, ni á la garantía de la defensa.

Y cabe aquí tratar de un grave vicio que se ha introducido en la práctica por falta de una disposición expresa relativa á la recusación de los peritos nombrados. La ley de 1863 prevenía que sólo pudiera recusarse á los peritos en el acto de la notificación; mas, el Código suprimiendo esa disposición ha dado lugar á que en este punto se aplique lo establecido en el de Enjuiciamientos Civiles, ó sea á la facultad de recusar libremente á los peritos dentro de las 24 horas (que indudablemente deben contarse después de hecha la citación con el nombramiento).

En materia criminal la recusación de los peritos nombrados para reconocer el cuerpo del delito no debería ser libre; pero ya que así no se ha establecido, talvez en mira de la *amplitud* de la defensa, nos parece mejor la disposición de la ley de 1863. Practicado el reconocimiento, en caso de homicidio, con citación del sindicado, y verificada la inhumación del cadáver, es recusado uno de los peritos á las 23 horas: debe nombrarse otro para el nuevo reconocimiento; pero mientras se proceda á éste, bien ha podido hacerse desaparecer el cadáver del lugar en que fué sepultado, ó mutiládosele de modo que se haga imposible la comprobación de la identidad, y por consecuencia la continuación del proceso. Y he-

mos visto llevar la facultad de recusar al extremo de que practicado el reconocimiento estando ausente el reo, cuando se le ha aprehendido y citado con el auto cabeza de proceso, se ha recusado á uno de los peritos, y el juez ha aceptado tal recusación.

La última parte del art. 77, como ya lo hemos dicho, pudiera en algunas ocasiones favorecer la impunidad. En la pesquisa de las infracciones el juez no debe verse entrabado para obrar sino por la imposibilidad. Nuestro Reglamento de Policía señala ocho días como término para la exhumación; y no son raras las veces que después de ocho días el estado del cadáver puede hacer practicable el reconocimiento. Por esto juzgamos que en vez de decirse en el inciso *siempre que no haya pasado el término, &c.*, se diga *siempre que fuere posible*.

Para comprobar la preexistencia de la cosa robada en el lugar en donde estuvo antes del robo, si no hay testigos idóneos basta la declaración del dueño, si fuese honrado y de buena fama. La generalidad con que estos dos requisitos están expresados en la ley, ha dado lugar á que no se estime, en este caso, comprobada la infracción, á pesar de que muchos testigos han acreditado la honradez y buena fama, si la astucia del acusado le ha proporcionado medios de presentar siquiera dos testigos que depongan acerca de alguna falta oculta del perjudicado. Estas dos declaraciones han destruido la buena fama, y el robo ha quedado impesquisable. Debe buscarse un medio para salvar este inconveniente.

Llamamos la atención acerca del art. 81 para acentuar lo que hemos dicho respecto de las *infracciones que dejan señales*; pues de entenderse esta frase como actualmente se la entiende, tendríamos que en el caso de homicidio el juez *debe ir al lugar en que se cometió para practicar allí el reconocimiento*. La disposición es preceptiva, y el juez no puede excusarse de ir al lugar del crimen, cualquiera que este sea, llevando, sin duda á los peritos, para *comprobar legalmente el cuerpo del delito*.

En el inciso 3º del art. 83 debe ponerse después de *Escribano*, ó Secretario, á fin de que no se crea indispensable la concurrencia del Escribano.

Si los papeles de que habla el art. 84 suministran noticias de una infracción distinta de la que se pesquisa ¿por qué no podrá hacerse uso de tales noticias para pesquisar la infracción? No alcanzamos á comprender la razón de la prohibición del artículo, prohibición que contraría el deber tan

expresamente impuesto al juez en los artículos 34 y 36.

SECCION 3ª

Del examen de los testigos.

El art. 76 dice: "El juez podrá arrestar, como sospechoso de complicidad, al testigo variante ó que discordare consigo mismo, etc.

Si la ley presume esta complicidad ha de ser con algún objeto. Los cómplices deben ser enjuiciados también; pero nos parece que sería un absurdo el enjuiciamiento del testigo sólo porque fué vario en su declaración ó discordó en sus dichos; y por esto pensamos que el arresto no ha de ser para enjuiciarlo. Sería conveniente suprimir la frase *como sospechoso de complicidad*.

SECCION 4ª

De las citas y careos.

Entre nosotros la diligencia de *careo* es absolutamente inútil; pues la práctica, según la ley, es reunir á los *discordantes*, leerles sus respectivas declaraciones, y hacer que cada uno se ratifique en la suya. Sería tal vez más útil al descubrimiento de la verdad, que no se les leyese previamente la declaración: hacerles declarar de nuevo, y después de confrontadas estas declaraciones con las anteriores, hacerles las observaciones á que la discordancia y las nuevas declaraciones diese lugar. El declarante más estúpido á quien se le lea la deposición que ha dado, se ratificará en lo que ha dicho cuando se le pregunte, como lo ordena la ley, *si se ratifica*, y el juez pierde el tiempo, y la verdad nada gana con una diligencia así practicada. Hasta hoy no hemos visto, ni tenemos noticia de que un *careo* haya producido entre nosotros buen resultado.

SECCION 5ª

Del modo de comprobar la identidad del reo.

El Código trata sólo del reconocimiento personal del infractor; pero nada dice para el caso de que el sindicado nie-